

Centro de Estudos e Treinamento
-CETREI-

Revista da
Procuradoria Geral
do Município de
Fortaleza

Fortaleza (CE) - 2002
Ano 10-Volume 10

SUMÁRIO

1.	APRESENTAÇÃO	11
2.	ARTIGOS	
2.1.	A SÚMULA E ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS CÍVEIS Evanna Soares	15
2.2.	INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À PENSÃO POR MORTE DE SEGURADO FALECIDO POSTERIORMENTE À EXTINÇÃO DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA PARLAMENTAR - IPP Júlio César Rola Saraiva	35
2.3.	CONFISCO: ONTEM E HOJE Salomão Lopes Teixeira	49
2.4.	RECONHECIMENTO MÚTUO: UM PROJETO DE ÉTICA POLÍTICA Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz	83
2.5.	OS REFLEXOS DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Ana Cristina Uchoa de Albuquerque Andrade	89
2.6.	ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 8666/93 NOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - EBCT Lia Sampaio Silva	107
2.7.	ORÇAMENTO PÚBLICO E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICOS Marcelo Sampaio Siqueira	127
2.8.	CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS Francisco Lisboa Rodrigues	149
2.9.	INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS E DELITOS FISCAIS Francisco Jacinês Gurgel Luz	169
2.10.	CONSIDERAÇÕES ACERCA DO RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA RECENTE REFORMA Dartanham Vercingetórix de Araújo e Rocha	179

2.11.	FIDELIDADE PARTIDÁRIA E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA: O CASO DO CEARÁ NAS LEGISLATURAS DE 1990-2000 Francisca Valéria Silveira	193
2.12.	O PRONTUÁRIO MÉDICO ENQUANTO OBJETO DE SIGILO PROFISSIONAL Maria Giselda Fonteles Ximenes	221
2.13.	CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA RETENÇÃO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO Roberta Liziane Leite Rodrigues	231
2.14.	DA APLICABILIDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NO ÂMBITO DO DIREITO TRIBUTÁRIO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 32/2001 Francisca Brenna Vieira Nepomuceno	245
2.15.	OS DESAFIOS DA SEGURANÇA PÚBLICA PARA O SÉCULO XXI: OS DIREITOS HUMANOS, A DEMOCRACIA E A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE EM DEBATE José Valente Neto	257
2.16.	OS ATORES E A QUALIDADE DA PEÇA Manuela Lourenço Pires Torquato	291
2.17.	ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: DUNAS. LIMITES À APLICAÇÃO DAS RESOLUÇÕES DO CONAMA DE Nºs 302/2002 E 303/2002. ALCANCE DA NORMA. PODER REGULAMENTAR CONSTITUCIONAL E COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO EM MATÉRIA AMBIENTAL. Denise Barbosa Sobreira	295
2.18.	DOS LIMITES AO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DOS CRIMES ORGANIZADOS - LEI Nº 9.034/95. Márcia Maria Amorim de Oliveira.....	311
3. PARECERES		
3.1.	FÉRIAS DOS OPERADORES EM RAIOS X Maria Carneiro Sanford	331
3.2.	APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA POR TEMPO DE SERVIÇO Maria Teresa Magalhães Cabral	335
3.3.	ISENÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA Luiz Gonzaga Gomes Vieira.....	339
4. TRABALHO FORENSE		
4.1.	SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE DECISÕES LIMINARES E ANTECIPATÓRIAS DE TUTELA Felipe Diogo Siqueira Frota	345



PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
Procuradoria Geral do Município

Apresentação

A Procuradoria Geral do Município de Fortaleza destaca-se nos últimos anos, graças a seus integrantes, por ter em seus quadros pessoas dedicadas aos labores jurídicos, não apenas os de pareceres, peças em juízo, defesa do patrimônio, da autonomia, da moralidade administrativa, mas sobretudo a dos princípios constitucionais, também na Banca ou nas Universidades, como professores ou alunos de cursos de Pós Graduação.

Sempre nos acompanham com textos doutrinários: especialistas, mestres e doutores que nos procuram ou convidamos e enriquecem o trabalho apresentado.

A continuidade Administrativa na P.G.M. tem permitido a manutenção da Revista, de que ora sairá a nº 10, do ano de 2002, já se preparando a revista nº 11 que pretendemos editar ainda no ano de 2003 pois a ele diz respeito e assim atualizaremos a publicação anual.

Quem lida com as limitações do tempo, escassez de prazos e dificuldades de atender aos cidadãos, bem sabe quanto de dedicação e esforço tem sido pedido aos Procuradores e entende por que é satisfatório para o Procurador Geral e seus colegas ver mais um número revelador de nosso labor intelectual, o que nos gratifica e enobrece esta P.G.M. cujo Fundo de Aperfeiçoamento tem exatamente como um de seus objetivos a publicação da Revista.

Rômulo Guilherme Leitão
Procurador Geral do Município

A Súmula e Admissibilidade dos Recursos Cíveis

Evanna Soares

Procuradora Regional do Trabalho Especialista em
Direito Processual, Doutoranda em Ciências Jurídicas
e Sociais pela UMSA

SUMÁRIO:

- 1 INTRODUÇÃO.
- 2 A SÚMULA E O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.
 - 2.1 Breves considerações.
 - 2.2 Algumas vantagens e desvantagens da vinculação das súmulas.
 - 2.3 O princípio do livre convencimento do juiz *versus* princípio da igualdade na aplicação da lei.
- 3 A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE.
 - 3.1 Breves considerações.
- 4 EFEITOS PROCESSUAIS DA JURISPRUDÊNCIA SUMULADA E DOMINANTE E SEU VALOR QUASE-NORMATIVO.
 - 4.1 Breves considerações.
 - 4.2 As súmulas e a jurisprudência dominante como freio ao manejo de recursos: o art. 577 do Código de Processo Civil.
 - 4.3 As súmulas e a jurisprudência dominante como alicerce recursal: o art. 577, §1º-A, do Código de Processo Civil.
 - 4.4 O art. 544, §§3º e 4º, do CPC.
 - 4.5 Óbice à remessa *ex officio*.
 - 4.6 O art. 38 da Lei nº 8.038 de 1990.
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
6. BIBLIOGRAFIA.

RESUMO

A súmula, embora dotada de natureza persuasiva, vem recebendo do legislador ordinário brasileiro, juntamente com a jurisprudência dominante, um valor quase-normativo que, por via transversa, induz ao efeito vinculante a partir da análise dos recursos, servindo como fundamento para denegação ou para autorizar o provimento do recurso, mediante decisão singular do relator, de sorte a agilizar a prestação jurisdicional e aliviar as pautas dos tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988, rica em garantias e direitos, fez renascer na população brasileira o entusiasmo pelo exercício dos direitos subjetivos, levando à maior procura do Judiciário para solução dos conflitos¹. Além disso, o fracasso de sucessivos planos econômicos, entre outros motivos, fomentou as causas, especialmente na Justiça Federal e nos Tribunais Superiores, versando, na maioria das vezes, matéria idêntica, contribuindo para sobrecarregar, mais ainda, o Poder Judiciário, agravando sua crise marcada pela morosidade e queda da qualidade da prestação jurisdicional.

Diante desse quadro, buscam-se várias soluções para tentar, pelo menos, amenizar a crise, sobressaindo-se a súmula vinculante. Assim, a jurisprudência, quer dizer, "a sucessão de acórdãos de análogo teor acerca de um mesmo assunto"², cristalizada no enunciado da súmula, abandonará a singela natureza persuasiva para obrigar o julgador a decidir conforme o entendimento nela esposado. Com isso espera-se inibir a propositura de ações e a subida de recursos cuja pretensão, fatalmente, será denegada, desafogando, conseqüentemente, os tribunais.

A tradição do sistema jurídico brasileiro³, filiado ao *civil law*, que cultua a lei como fonte principal, dificulta a implantação dessa vinculação

1 Edilson Pereira Nobre Júnior. *O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores*, p. 64.

2 Rodolfo de Camargo Mancuso. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, p. 331.

3 Edilson Pereira Nobre Júnior, ob. cit., p. 77, lembra que, "ao contrário do que se pensa, o Brasil, no curso de sua história, não permaneceu estranho à influência do precedente", registrando-se os assentos (Ordenações Manuelinas e Filipinas) e os prejulgados eleitorais, por exemplo.

das decisões judiciais, mais apropriada ao sistema do *common law* para quem "a fonte formal de maior importância é a jurisprudência, cabendo à lei o lugar de fonte secundária, incumbida de trazer corretivos e adjunções aos princípios firmados pelos tribunais"⁴.

No entanto, por força das grandes transformações que vêm sofrendo, notadamente no que se refere à função judiciária, verifica-se uma tendência à aproximação ou convergência entre esses dois sistemas, como ressalta Mauro CAPPELLETTI⁵, significando isso, na prática, notadamente no caso brasileiro, que se terá um modelo *sui generis* de estado, em que se deverá observância não só à lei, como também à súmula vinculante⁶.

O único caso expresso de vinculação das decisões judiciais previsto na legislação nacional encontra-se na Constituição da República de 1988, no art. 102, §2º, inserido pela Emenda nº 3, de 1993, e consiste da ação declaratória de constitucionalidade, cuja decisão definitiva de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, tem efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Enquanto o Congresso Nacional discute Projetos de Emenda Constitucional para implantação da súmula vinculante⁷, leis ordinárias premidas pela galopante crise do Poder Judiciário se encarregam de dar relevo à jurisprudência dominante e às súmulas para processamento e julgamento do mérito dos recursos, de sorte a viabilizar, indiretamente, quase os mesmos efeitos da vinculação.

Nesse contexto, mostra-se interessante estudar a função e a força da súmula e da jurisprudência dominante para a admissibilidade recursal no juízo cível, perquirindo suas hipóteses de incidência, natureza jurídica, finalidade e efeitos. Eis o objetivo deste trabalho.

4 Edilson Pereira Nobre Júnior. *O direito processual brasileiro e o efeito...*, p. 67.

5 Mauro Cappelletti. *Juizes Legisladores?*, p. 133-134.

6 Rodolfo de Camargo Mancuso. *Divergência Jurisprudencial e...*, p. 330.

7 Veja-se Rodolfo de Camargo Mancuso. *Divergência Jurisprudencial e...*, p. 324 e seguintes, sobre os PECs em andamento no Congresso Nacional.

2 A SÚMULA E O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

2.1 Breves considerações

A idéia de súmula no Brasil é creditada ao Ministro Victor Nunes Leal, por volta de 1963 - como testemunha Evandro Lins e SILVA⁸. Consistia de pequenos enunciados que definiam as decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal sobre determinadas matérias. Com sede regimental, destinava-se a divulgar o pensamento da Corte a juízes e advogados, servindo, também, para racionalizar e agilizar os próprios julgamentos do Tribunal. Quando de sua implantação, não versava temas processuais nem se cogitava de lhe dar outro efeito que não a mera sugestão para desfecho dos processos examinados.

A súmula da jurisprudência do STF ganhou prestígio entre os advogados como valioso fundamento, bem assim junto a tribunais e juízes inferiores, sendo utilizada em larga escala, com verdadeiro *status* de fonte do direito, ao lado da lei, para escorar suas decisões.

Súmula consiste, conforme art. 102 e §1º, do Regimento Interno do STF, de "jurisprudência assentada pelo Tribunal" e a inclusão, alteração ou cancelamento de enunciados precisam de ser deliberados, por maioria absoluta, em Plenário (art. 102, §2º, do RI).

A edição de súmula é imitada por tribunais superiores, regionais, estaduais, chegando até aos juizados especiais cíveis e criminais.

Até esse ponto o que se vê no trato da súmula é a tentativa dos órgãos julgadores, premidos pela necessidade, de darem vazão ao crescente número de processos que lhes chegam, com maior rapidez e coerência nas decisões.

Como se disse, no Brasil a súmula é indicativa, ou seja, meramente orientadora da decisão a ser proferida em casos iguais.

Pretende-se-lhe imprimir o efeito vinculante⁹ e compelir juízes e tribunais inferiores a decidirem, nos casos análogos, tal como enunciado na súmula, com a finalidade de, pelo menos, minorar a "crise do Poder

8In *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*.

9 Vide nota nº 7.

Judiciário"¹⁰ - abarrotado de processos que, na expressiva maioria, notadamente no que se refere aos tribunais superiores, versam questões iguais e de desfecho previsível, decorrentes de ilegalidades praticadas pelo Governo Federal, e que não existiriam se a União, simplesmente, agisse conforme as decisões já pronunciadas¹¹.

2.2 Algumas vantagens e desvantagens da vinculação das súmulas

Quando se cogita de vinculação das decisões judiciais, não se pode deixar de sopesar as vantagens e desvantagens¹² da sua adoção em um sistema jurídico de tradição romano-germânica, tal o brasileiro.

A doutrina nacional se acha dividida acerca do assunto.

Postam-se ao lado da vinculação, alguns com reservas e sugestões¹³, entre outros, Miguel Reale, Carlos Mário da Silva Velloso, Sálvio de Figueiredo Teixeira, José Augusto Delgado, Walter Nunes da Silva Júnior, Carreira Alvim, Calmon de Passos, Edgard Silveira Bueno Filho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Fernando da Costa Tourinho Neto, Ivan Lira de Carvalho e Saulo Ramos. Contrariamente, encontram-se as ilustradas opiniões de Evandro Lins e Silva, José Celso de Mello Filho, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Luiz Flávio Gomes, Valmir Pontes Filho, Dalmo de Abreu Dallari, Pestana de Aguiar, Dínio de Santis Garcia, Vicente de Paula Maciel Júnior e Mauro Roberto Gomes de Mattos¹⁴.

Álvaro MELO FILHO¹⁵ alinha, com propriedade, 33 aspectos contrapostos acerca da vinculação das súmulas.

Por exemplo, o argumento segundo o qual a vinculação traria alívio para os tribunais superiores é rebatido com a advertência de engessamento do Judiciário e cerceamento da independência dos juízes inferiores.

10 Miguel Reale. *A Questão das Súmulas Vinculantes*.

11 Eros Roberto Grau. *Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado "efeito vinculante"*, p.31.

12 Pelo menos as principais vantagens e desvantagens, haja vista que este estudo não tem por objeto a vinculação, propriamente dita, mas sim o efeito da súmula no exame da admissibilidade dos recursos, que se traduz, na prática, como verdadeira observância do seu conteúdo.

13 Edilson Pereira Nobre Júnior. *O direito processual brasileiro e o efeito...*, p. 84.

14 Edilson Pereira Nobre Júnior. *O direito processual brasileiro e o efeito...*, p. 85.

15 *Súmulas vinculantes: os dois lados da questão*, p. 104-109.

2.3 O princípio do livre convencimento do juiz *versus* princípio da igualdade na aplicação da lei

Para focalizar o problema da vinculação das decisões judiciais, basta que se dedique atenção a dois princípios que precisam de ser preservados e compatibilizados com prioridade em qualquer democracia, isto é, o princípio do livre convencimento do juiz, corolário da independência judicial, e o princípio da igualdade na aplicação da lei.

É em nome do primeiro que se elevam as mais respeitadas opiniões contrárias ao instituto da vinculação¹⁶. Evandro Lins e SILVA¹⁷ - depois de rememorar o episódio do juiz gaúcho¹⁸, no final do Século XIX, punido porque decidira contrariamente ao pensamento do tribunal local, absolvido, depois, pelo STF, defendido por Rui BARBOSA com a tese ironicamente denominada "novum crimen e o crime de hermenêutica" - destaca que um tribunal superior não é infalível e que não se deve tentar fazer os juízes de primeiro grau se curvarem às suas decisões, devendo ser preservada sua autonomia intelectual, enfim, sua liberdade para interpretar a lei.

O princípio da igualdade na aplicação da lei, por sua vez, vem recebendo destaque na doutrina e é lembrado como fundamento em prol da vinculação das decisões judiciais. Consiste em aplicar a isonomia não somente no plano da norma legislada, mas também no tocante à norma julgada, o que, na prática, significa que a solução dada a um caso concreto por um órgão jurisdicional deve ser a mesma conferida por esse órgão ou por outro em caso análogo¹⁹.

Quem bem sintetiza o confronto entre os dois princípios referenciados, sem esconder sua preferência pelo segundo, é CALMON DE PASSOS²⁰, quando indaga: "Por que os juízes podem nos torturar em nome da justiça a que se dizem obrigados, subjetivamente, e estariam livres de ser torturados por um sistema jurídico capaz de oferecer alguma segurança objetiva aos jurisdicionados?"

16 Vide, por exemplo, Luiz Flávio Gome. *Súmulas vinculantes e independência judicial*, p. 37.

17 *Crime de Hermenêutica e Súmula Vinculante*.

18 Juiz de Direito Mendonça Lima. cf. Sílvio Nazareno Costa. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*, nota de rodapé nº 36, p. 194.

19 Rodolfo de Camargo Mancuso. *Divergência Jurisprudencial...*, p. 286, 287, 290, 352, 353 e 355.

20 *Súmula vinculante*, p. 637.

Em outras palavras: não se pode interpretar a independência do julgador a ponto de distorcê-la e relegar a plano inferior bens da vida igualmente importantes, tais a rapidez da prestação jurisdicional, a coerência das decisões sobre casos concretos idênticos e a igualdade na aplicação da lei.

Nesse particular, como assinala Augusto César Moreira LIMA²¹, o art. 5º, "caput", da Constituição da República, ao consagrar o princípio da igualdade formal, permite ao sistema jurídico brasileiro, até mesmo, a utilização dos "precedentes de maneira mais eficaz" - embora típicos da doutrina *stare decisis*.

3 A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

3.1 Breves considerações

A expressão *jurisprudência dominante* é um conceito vago e impreciso, não se confundindo, porém, com *súmula*, como observa Juvêncio Vasconcelos VIANA²², o qual, citando Cândido Rangel DINAMARCO, esclarece que "jurisprudência dominante será não somente aquela já estabelecida em incidentes de uniformização da jurisprudência, mas também a que estiver presente em um número significativo de julgados, a critério do relator"²³.

No Código de Processo Civil, a jurisprudência dominante foi inserida pela Lei nº 9.756 de 1998, que alterou o art. 557, para, ao lado da súmula do tribunal julgador, do STF ou de Tribunal Superior, servir de fundamento ao relator para fins de negativa de seguimento a recurso com elas em confronto, ou, então, para autorizá-lo a, monocraticamente, dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida estiver em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior.

Juvêncio Vasconcelos VIANA, considerando que os tribunais se dividem em órgãos internos, afirma que há de se considerar jurisprudência dominante, para efeitos do mencionado art. 557, a produzida pela turma, seção ou órgão especial do órgão julgante, desde que competente, internamente, para julgar a matéria objeto do recurso²⁴.

21 *Precedentes no Direito*, p. 117.

22 *Os Recursos Cíveis...*, p. 74.

23 Juvêncio Vasconcelos Viana D. *Os Recursos Cíveis e...*, p. 74.

24 *Os Recursos Cíveis e...*, p. 74.

A mesma Lei nº 9.756/1998 deu relevância à jurisprudência dominante, também, no art. 120 do CPC, em que acresceu um parágrafo para permitir ao relator decidir, de plano, o conflito de competência, e no art. 544, do mesmo Código, §§3º e 4º, para deslinde de agravo de instrumento visando a destrancar recurso especial e recurso extraordinário.

As referidas inovações refletem a tendência à *potencialização dos poderes do Relator*, como observa Rodolfo de Camargo MANCUSO²⁵, vislumbrada desde o art. 21, XVII, §§1º e 2º, do Regimento Interno do STF, tendo como ponto central o “binômio *súmula-jurisprudência dominante*”, e que levará ao sistema de súmula vinculante²⁶.

4 EFEITOS PROCESSUAIS DA JURISPRUDÊNCIA SUMULADA E DOMINANTE E SEU VALOR QUASE-NORMATIVO

4.1 Breves considerações

Embora tenham, até o momento, força somente persuasiva perante a convicção do julgador, sem obrigá-lo a seguir a tese pacificada, as súmulas, assim como a jurisprudência dominante - que se pode chamar de *quase sumulada* - além de influenciarem fortemente nessa convicção, vêm se tornando, notadamente nas recentes mini-reformas do Código de Processo Civil, um instrumento para definição da sorte dos recursos, seja como indicativo de pressuposto de admissibilidade, seja como solução meritória para o apelo mediante decisão monocrática do relator.

Ressalta Rodolfo de Camargo MANCUSO que os regimentos internos dos tribunais e a legislação ordinária é que reconhecem os “múltiplos e relevantes efeitos processuais” das súmulas, influenciando poderosamente os operadores do Direito, a ponto de se enxergar nisso um “valor quase-normativo”, considerados o prestígio e a posição dos Tribunais Superiores e do STF no topo do Judiciário brasileiro, sem outros órgãos que possam reformar suas decisões, não se admitindo, outrossim, que juízes inferiores ignorem sua jurisprudência pacificada²⁷.

25 *Divergência Jurisprudencial e...*, p. 365-364.

26 Cf. Cândido Rangel Dinamarco, citado por Mancuso. *Divergência Jurisprudencial e...*, p. 364.

27 *Divergência Jurisprudencial e...*, p. 332.

Há de se registrar, no entanto, que a implementação desses efeitos das súmulas e da jurisprudência dominante nos recursos não constitui tarefa tão simples como aparenta a dicção legal e regimental. Os Tribunais Superiores ainda precisam de cuidar da uniformização dos julgados ditados por seus órgãos (turmas e seções), clamando, inclusive, pela observância doméstica, como ilustra o seguinte aresto da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA.

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós – os integrantes da Corte – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la. (Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 228.432/RS, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 18/3/2002, p. 163)²⁸.

4.2 As súmulas e a jurisprudência dominante como freio ao manejo de recursos: art. 577 do Código de Processo Civil

O CPC, quando trata da ordem dos processos nos tribunais, no art. 557, *caput*, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17/12/1998, assim dispõe:

“O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com

28 <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=200000492370&cddata=18/03/2002>>.

jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

Trata-se de dispositivo que se propõe a, de plano, mediante simples decisão do relator, cortar o caminho de recurso (entre outras hipóteses alinhadas e no que interessa ao objeto deste estudo) cujo fundamento não se harmonize com a súmula ou com a jurisprudência dominante do próprio tribunal *ad quem* (Tribunal Regional Federal e Tribunal de Justiça do Estado, por exemplo), do STF ou de Tribunal Superior.

A súmula e a jurisprudência dominante têm força, no caso, para frear o recurso e impedir sua trajetória rumo ao colegiado. A medida serve, por um lado, para aliviar a pauta de julgamentos e, por outro, desestimular a interposição do recurso. Dá, ainda, à decisão recorrida proferida consoante a rese contida na súmula ou na jurisprudência dominante, uma quase certeza de que não será reformada, funcionando, assim, como instrumento de segurança jurídica.

O dispositivo sob comento inspirou-se no sucesso do art. 38 da Lei nº 8.038, de 1990, como observa Accácio CAMBI, e serve para todos os recursos alinhados no art. 496 do CPC, abrangendo os agravos de instrumento e inominado²⁹. Nota-se, porém, que a disposição legal vem objeto de análise pela doutrina muito mais sob o enfoque dos novos *poderes* conferidos ao relator do recurso³⁰, do que como uma verdadeira vinculação subliminar das decisões judiciais no sistema brasileiro.

Sobre a constitucionalidade da medida conferida ao relator, o STF pronunciou-se reconhecendo-a, desde que a decisão monocrática seja passível de recurso para o colegiado³¹, prestigiando-se, assim, o devido processo legal. E esse recurso se acha contemplado no art. 557, §1º, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756/1998.

Há de se destacar, no entanto, que cabe ao relator identificar a súmula ou a jurisprudência dominante que sirva para fundamentar sua decisão. A

29 *Atribuição Inovadora Concedida ao Relator: Negar Seguimento ou Dar Provisão ao Recurso Monocraticamente (Art. 557 do Código de Processo Civil)*, in *A Segunda Etapa da Reforma Processual Civil*, p. 302-303.

30 Confira-se, entre outros, Accácio Cambi. *Atribuição Inovadora...*, p. 302 e Juvêncio Vasconcelos Viana. *Os Recursos Cíveis...*, p. 74.

31 Accácio Cambi. *Atribuição Inovadora...*, p. 303.

expressão *confronto* tem a ver com *oposição*, *conflito*³², enfim, é preciso que se configure um desencontro entre as razões do recurso e a súmula ou jurisprudência dominante sobre a matéria debatida, para determinar seja cortado seu caminho, de plano.

Resta perquirir se o relator está compelido a negar seguimento ao recurso, como indica a literalidade (*o relator negará...*) do art. 557 do CPC.

Juvêncio Vasconcelos VIANA entende que não, visto que não foi implantada no Brasil, ainda, a súmula vinculante, que depende de emenda constitucional, a seu ver. Assim, não existe a obrigação irrecusável pelo relator, mesmo porque não consta sanção para a desobediência, e ele pode preferir, mesmo diante do confronto entre o recurso e a súmula ou jurisprudência dominante, após as providências de praxe, levar o recurso ao colegiado para decisão³³. Desse pensamento, isto é, de que se trata de uma faculdade do relator, não compartilha Mantovani Colares CAVALCANTE, citado por Juvêncio Vasconcelos VIANA³⁴, para quem não fica a critério do relator submeter a questão, ou não, ao colegiado, estando autorizado o provimento singular.

Não se pode exagerar e assegurar que se trata de dever imposto, irrecusavelmente, ao relator, a negativa de seguimento a recurso nas hipóteses enfocadas. Há de se ponderar que o objetivo do legislador foi exatamente impedir a chegada do recurso em tais condições ao colegiado, para economizar tempo e trabalho e frustrar os intentos protelatórios, partindo da premissa que lá o apelo não teria sucesso, ficando incumbido, assim, o relator, de, monocraticamente, decidir pelo colegiado. É óbvio que, se o relator vislumbrar no caso alguma nuance que ponha em dúvida a situação de confronto com a súmula ou jurisprudência dominante, ou mesmo que tal súmula ou jurisprudência mereça alguma revisão, mais aconselhável é que submeta o recurso a seus pares. Não é difícil imaginar, outrossim, o quanto seria difícil a convivência de um julgador, no respectivo tribunal, que, por simples teimosia, se furtasse da decisão singular autorizada pelo mencionado dispositivo.

32 Juvêncio Vasconcelos Viana. *Os Recursos Cíveis...*, p. 75.

33 *Os Recursos Cíveis...*, p. 77.

34 *Os Recursos Cíveis...*, p. 77, nota nº 28.

Desse art. 557 infere-se que não apenas o relator, como também o próprio órgão *ad quem*, está direcionado para decidir conforme a súmula ou a jurisprudência dominante.

Arremata-se para afirmar que esse provimento singular do relator, se ingressar no mérito do recurso e preencher os requisitos alinhados no art. 485 do CPC, é passível de ação rescisória, visto que equivale, na prática, a um acórdão, conforme Donald ARMELIN, citado por Juvêncio Vasconcelos VIANA³⁵.

4.3 As súmulas e a jurisprudência dominante como alicerce recursal: o art. 577, §1º-A, do Código de Processo Civil

No novo §1º-A do art. 577, do CPC, a hipótese é distinta do contido no *caput* desse mesmo artigo examinado no item anterior.

Cuida-se, aqui, de situação em que o relator *poderá* conhecer e prover, de plano, o recurso, isto é, reformar a decisão e deferir a própria pretensão recursal, quando “a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”.

O ponto referencial para o fundamento do provimento autorizado singularmente é o confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior. O descompasso entre a decisão recorrida e a súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal que examinará o recurso, exceto se for Tribunal Superior, não permite o provimento monocrático ora examinado. “Excluem-se, nessa hipótese, os precedentes do tribunal local³⁶”.

No caso, a súmula e a jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais Superiores funcionam como fundamento para a interposição do recurso, com larga possibilidade de sucesso, a menos que o relator não faça uso da permissão legal e leve o apelo ao colegiado e este, por sua vez, afaste a aplicação da súmula ou da jurisprudência dominante invocada – o que é possível, considerados o caso concreto e a falta de força vinculativa.

35 *Os Recursos Cíveis...*, p. 76, nota nº 27.

36 Juvêncio Vasconcelos Viana. *Os Recursos Cíveis...*, p. 75.

Esse provimento singular também é passível de agravo para o órgão competente para julgamento do recurso provido de plano, nos termos do art. 557, §1º, do CPC, o que, segundo o STF, isenta o procedimento da pecha de inconstitucionalidade³⁷.

4.4 O art. 544, §§3º e 4º, do CPC

Esses dispositivos também são oriundos da Lei nº 9.756/1998 e tratam, especificamente, do agravo de instrumento destinado a destrancar recurso especial e recurso extraordinário.

No art. 544, §3º, a súmula e a jurisprudência dominante do STJ (só dele) servem para permitir ao relator o conhecimento do agravo de instrumento para dar provimento ao próprio recurso especial, ou, ainda, para converter o agravo em recurso especial, quando o acórdão recorrido estiver em confronto com elas.

Aqui, também, a súmula e a jurisprudência dominante (do STJ) funcionam como eficiente fundamento para o recurso especial e ao agravo de instrumento.

Verificam-se poderes do relator mais amplos que os conferidos pelo art. 557 do CPC, pois o conhecimento do agravo poderá se dar para prover o próprio recurso especial³⁸, encurtando sua tramitação.

No §4º desse art. 544, do CPC, a súmula e a jurisprudência dominante – que devem ser entendidas como as produzidas pelo STF – destinam-se a autorizar o conhecimento do agravo de instrumento para dar provimento ao recurso extraordinário, “salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar”.

Nesse parágrafo também a súmula e a jurisprudência dominante (do STF) servem para fundamentar, fortemente, os recursos (agravo e recurso extraordinário).

Desses dois parágrafos é possível concluir que, embora não vinculem as instâncias inferiores, a súmula e a jurisprudência dominante produzidas pelo STJ e pelo STF dão a quase certeza de provimento aos recursos especial e extraordinário manejados contra julgados que com elas não se harmonizem.

37 Juvêncio Vasconcelos Viana. *Os Recursos Cíveis...*, p. 78-79.

38 Juvêncio Vasconcelos Viana. *Os Recursos Cíveis...*, p. 102.

4.5 Óbice à remessa *ex officio*

A Súmula 253 do STJ³⁹ deu o primeiro passo para valorar a súmula e a jurisprudência dominante também quanto ao destino do reexame necessário previsto no art. 475 do CPC.

E a Lei nº 10.352, de 26/12/2001, acresceu a esse art. 475 o §3º, para excluir da sujeição ao duplo grau de jurisdição a sentença contrária à União, Estado, Distrito Federal, Município e respectivas autarquias e fundações de direito público, bem assim a sentença que der procedência, ainda que parcial, aos embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, qualquer que seja o valor em discussão, que estiverem fundamentadas na "jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente".

Estando a sentença assim fundamentada, não precisam os autos de ser remetidos ao tribunal para reexame necessário, e o *decisum* produzirá efeito desde logo, independente de confirmação pela instância superior. Esse §3º do art. 475, do CPC, veio para dar coerência legal ao sistema, pois, afinal, não teria sentido barrar o recurso voluntário do ente público com base nos termos do art. 557 do CPC e levar a efeito o reexame necessário apenas para lhe negar provimento.

Observa-se, porém, que o legislador, ao reformar o mencionado art. 475, não usou a expressão *súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal, do STF ou de Tribunal Superior*, como se vê no mesmo art. 557, mas, sim, *jurisprudência do plenário do STF, súmula do STF, ou súmula do tribunal superior competente* (competente para conhecer da remessa oficial, se fosse o caso de ser procedida). Pode até se vislumbrar, nesse ponto, uma sinalização do que venha a se consolidar como conceito de *jurisprudência dominante*, isto é, a *jurisprudência do plenário* do tribunal. Mas somente os tribunais superiores, ao longo dos julgados e dos debates, é que poderão modelar e compatibilizar as terminologias distintas empregadas pelo legislador.

A Lei nº 10.352/2001 deu um tratamento específico ao duplo grau de jurisdição obrigatório, ao inserir o §3º no art. 475, do CPC. Surge a dúvida, então, se continua pertinente o enunciado da Súmula 253, do STJ,

³⁹ Súmula 253: "O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário".

que simplesmente determinou a aplicação do art. 557 do CPC. Com efeito, aquele Tribunal Superior partiu da premissa que "... o art. 557 do CPC alcança os recursos arrolados no art. 496 do CPC, bem como a remessa necessária prevista no art. 475 do CPC. Por isso, se a sentença estiver em consonância com a jurisprudência do tribunal de segundo grau ou dos tribunais superiores, pode o próprio relator efetuar o reexame obrigatório por meio de decisão monocrática" (STJ, 1ª T., REsp nº 226698-PR, reg. 1999.0071854.2, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 22/5/2000, p. 78). Mas a dicção desses dois dispositivos do CPC não coincidem: se a sentença estiver fundada apenas na jurisprudência dominante ou em súmula do tribunal *ad quem* que não seja um Tribunal Superior, pelo art. 475, §3º, haverá reexame necessário; do mesmo modo se estiver escorada em jurisprudência dominante não produzida pelo plenário do STF, ou, então, na jurisprudência dominante de um Tribunal Superior, mesmo que do seu plenário. Esse dispositivo é mais restritivo, é específico, como dito, e mais recente no ordenamento jurídico, devendo afastar, por conseguinte, a aplicação da Súmula STJ/253, e obstar a remessa oficial somente quando a sentença estiver alicerçada na jurisprudência do plenário do STF, em súmula do STF ou em súmula do tribunal superior competente.

Enxerga-se nisso a opção do legislador em manter a sistemática do duplo grau obrigatório, ressalvadas as condenações ou direito controvertido no valor de até sessenta salários mínimos (art. 475, §2º, do CPC), mesmo nas demais hipóteses previstas no art. 557 do CPC, isto é, sentença fundada na jurisprudência dominante do STF estranha a seu plenário (das Turmas), na jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores, ainda que produzidas pelos respectivos plenários ou na jurisprudência dominante e súmula do próprio tribunal *ad quem* (não *Superior*). Com a restrição quis-se dar mais proteção à Fazenda Pública.

Essa é uma interpretação livre que se extrai dos dispositivos sob comento, mesmo porque a novidade legislativa ainda não recebeu reflexões mais profundas da doutrina nem consolidação jurisprudencial em que se possa buscar companhia.

É certo, no entanto, que o art. 475, §3º, do CPC, derroga a tradição brasileira do duplo grau de jurisdição como requisito de eficácia das sentenças contrárias à Fazenda Pública, e eleva a jurisprudência do plenário do STF, suas súmulas e as súmulas dos Tribunais Superiores ao *status* de fator inibitório do reexame necessário.

4.6 O art. 38 da Lei nº 8.038 de 1990

Esse dispositivo, no que interessa ao presente estudo, autoriza o relator do recurso no STF e no STJ a negar seguimento a recurso contrário, “nas questões predominantemente de direito”, às suas súmulas. Nem sequer se examina o mérito recursal. O papel da súmula, no art. 38 da Lei nº 8.038/1990, é o de fundamentar a negativa de admissão do recurso.

Sílvio Nazareno COSTA⁴⁰ analisa a disposição, profundamente, sob os aspectos da vinculação implícita de natureza processual e da autoridade do precedente jurisprudencial.

Observa-se, no entanto, que o art. 557 do CPC, com a redação conferida pela Lei nº 9.756/1998, abrange todos os recursos, inclusive o recurso extraordinário e o recurso especial, permitindo o seu trancamento, de plano, pelo relator, não apenas quando os fundamentos do recurso contrariarem suas súmulas, mas também quando se atritarem com sua jurisprudência dominante. O novo art. 557 do CPC, ao lado do igualmente novo art. 544, §3º, do CPC, é que orienta o STF e o STJ nesse aspecto, achando-se superado o art. 38 da Lei nº 8.038/1990⁴¹.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É impossível negar que a grave situação por que passam os órgãos da Justiça brasileira, notadamente os Tribunais Superiores - assoberbados de processos com alto percentual de matérias idênticas, recursos protelatórios ou, então, cujo desfecho é previsível - beira a irracionalidade e é insustentável.

Os processos em tais condições não podem “prosseguir congestionando o Judiciário e percorrendo suas diversas instâncias na sucessão, quase interminável, dos recursos colocados à disposição das partes pela legislação processual”, sem qualquer “progresso para a ciência jurídica”, como adverte a Ministra Ellen Gracie NORTHFLEET⁴².

40 *Súmula Vinculante e...*, p. 116 e 170 e seguintes.

41 V. acórdão STJ, 1ª T., no AgRegAI nº 310575-MG, reg. 2000.0052310-0, rel. Min. Franciulli Neto, DJU de 08/4/2002, p. 181, onde há expressa referência a esses dispositivos como fundamento para decidir.

42 *Efeito vinculante*, p. 128.

A adoção do efeito vinculante das decisões judiciais é uma alternativa para tentar resolver a crise do Judiciário, pois inibiria as aventuras judiciais e aceleraria a prestação judicial⁴³, mas esbarra, principalmente, no temor de engessamento do direito e de agressão à liberdade de convencimento do juiz. Cogita-se, então, em conciliar essas correntes, de molde a implantar o efeito vinculante - que seria afastado, porém, quando se apresentasse “nova tese ou argumentação diferente da adotada pelos tribunais superiores”⁴⁴.

Diante da resistência à vinculação e da necessidade de aliviar as pautas dos Tribunais Superiores, ganha espaço a *súmula com efeito filtrante*, isto é, uma súmula com força de requisito de admissibilidade recursal⁴⁵, desempenhando, portanto, ao lado da jurisprudência dominante, o papel de *trava* para os recursos, pois “o máximo de força coercitiva que se pode emprestar às súmulas, no sistema jurídico-constitucional pátrio, consiste em dotá-las de eficácia impeditiva de recursos repetitivos”⁴⁶.

A colocação da súmula e da jurisprudência dominante como entrave ao seguimento de recursos, ou mesmo como fundamento para seu provimento, inclusive mediante decisão singular do relator, tal como previsto nos arts. 544, §§3º e 4º, e 557 e §1º-A, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 1998, bem assim a eliminação do duplo grau de jurisdição obrigatório com apoio em súmula do STF ou de Tribunal Superior ou da jurisprudência do plenário do STF, na verdade constitui um caminho paralelo, um atalho que o legislador ordinário encontrou para dar a esses institutos um valor quase-normativo - um efeito vinculante “por vias transversas” às decisões dos Tribunais Superiores, segundo o testemunho prestado por Gilmar Ferreira MENDES ao ser sabatinado pelo Senado Federal, sobre a implementação da súmula vinculante no sistema jurídico nacional, quando de sua indicação para o cargo de Ministro do STF⁴⁷.

43 Arnoldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins, *Efeito vinculante das decisões judiciais*, p. 125.

44 Arnoldo Wald e Ives Gandra da Silva Martins, *Efeito vinculante...*, p. 125.

45 Sílvio Nazareno Costa, *Súmula Vinculante e...*, p. 199.

46 Luiz Flávio Gomes, *Súmulas vinculantes e a independência judicial*, p. 36.

47 Consultor Jurídico, <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=10598&cad=br>>, p. 13 e 14.

6 BIBLIOGRAFIA

CALMON DE PASSOS, J. J. *Súmula vinculante*, Gênesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba: Gênesis, vol. 6, p. 625-638, set/dez-1997.

CAMBI, Accácio. *Atribuição Inovadora Concedida ao Relator: Negar Seguimento ou Dar Provimento ao Recurso Monocraticamente (Art. 557 do Código de Processo Civil)*, A Segunda Etapa da Reforma Processual Civil, coordenação de Luiz Guilherme Marinoni e Fredie Didier Jr., São Paulo: Malheiros, p. 302-311, 2001.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

CONSULTOR JURÍDICO. *Vaga no Supremo: conheça a íntegra da sabatina de Gilmar Mendes*. Disponível na Internet em <<http://cf6.uol.com.br/consultor/view.cfm?id=10598&rad=br>>. Consultado em 21.Mai.2002.

COSTA, Sílvio Nazareno. *Súmula Vinculante e Reforma do Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Súmulas vinculantes e independência judicial*, Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, vol. 739, p. 11-42, mai-1997.

GRAU, Eros Roberto. *Sobre a produção legislativa e sobre a produção normativa do direito oficial: o chamado "efeito vinculante"*, Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, vol. 16, p. 31-38, 1996.

LIMA, Augusto César Moreira. *Precedentes no Direito*, São Paulo: LTr, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*, 2. ed., São Paulo: RT, 2002.

MELO FILHO, Álvaro. *Súmulas vinculantes: os dois lados da questão*, Revista de Processo, São Paulo: RT, vol. 87, p. 103-109, jul/set-1997.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O direito processual brasileiro e o efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores*, Revista de Processo, São Paulo: RT, vol. 105, p. 64-95, jan/mar-2002.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Efeito vinculante*. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre: Síntese, vol. 84, p. 128-129, jun/1996.

REALE JÚNIOR, Miguel. *A questão das súmulas vinculantes*. Disponível na Internet em <<http://www.estudojus.hpg.ig.com.br/sumula.htm>>. Acessado em 07.Mai.2002.

SILVA, Evandro Lins e. *Crime de hermenêutica e súmula vinculante*. Disponível na Internet em <<http://www.imb.org.br/revista06/artigo.htm>>. Acessado em 07.Mai.2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Brasília. Jurisprudência/STJ. Disponível na Internet em <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acessado em 23.Mai.2002.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Os Recursos Cíveis e as Inovações da Lei nº 9.756/98*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2001.

WALD, Arnoldo e MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Efeito vinculante das decisões judiciais*, Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre: Síntese, vol. 84, p. 125-126, jun/1996.

Inexistência de direito adquirido à pensão por morte de segurado falecido posteriormente à extinção do Instituto de Previdência Parlamentar – IPP

JÚLIO CÉSAR RÔLA SARAIVA
Especialista em Direito Constitucional e Tributário
Procurador de Contas junto ao TCM/CE

Sumário

1. Introdução
2. Natureza jurídica do benefício. Mera transferência de benefício anterior ou instituição de um novo?
3. Evolução legislativa do benefício. Impossibilidade de incidência, para gerar novo direito, de uma norma legal revogada há 10 (dez) anos
4. Momento da aquisição do direito à pensão por morte
5. Inaplicabilidade do art. 201 da CF/88
6. Conclusões
7. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

No exercício de sua competência para verificar a legalidade dos atos concessivos de aposentadorias e pensões, a fim de exarar decisão a respeito do necessário registro, tem o TCM analisado vários processos pertinentes ao requerimento de pensão por morte de segurados titulares cujo falecimento veio a ocorrer posteriormente à extinção do Instituto de Previdência Parlamentar, da qual já decorre, aproximadamente, uma década.

Dessa análise surgem intrincadas questões, que podem ser resumidas na discussão sobre a existência de direito adquirido dos eventuais beneficiários às pensões por morte antes referidas, já que o evento concretizador (morte) somente veio a ocorrer, nos casos que ora nos

interessam, anos depois de extinto o Instituto responsável e já revogada, evidentemente, toda a legislação pertinente.

A este estudo nos dedicaremos a seguir.

2. Natureza jurídica do benefício. mera transferência de benefício anterior ou instituição de um novo?

No início do trabalho, e para fixar uma premissa essencial, convém, preliminarmente, discutir a seguinte questão: a pensão ora tratada, é um novo benefício, ou trata-se, *in casu*, de mera transferência do benefício anteriormente existente (também denominado "pensão")?

Necessário responder ao questionamento acima para evitar que a indicação legal de uma nomenclatura que consideramos inexata dê origem a uma eventual confusão entre os benefícios ora tratados; ocorre que, em geral, os segurados falecidos eram detentores de um benefício legalmente denominado de "pensão" (muito embora constituísse verdadeira aposentadoria), nomenclatura identicamente conferida ao benefício ora discutido, originado na morte do segurado titular.

A seguir buscamos esclarecer o tema.

Primeiramente, impõe-se relevar que, independentemente da nomenclatura adotada, não se deve incorrer no equívoco de confundir os dois institutos – aposentadoria e pensão – pois ambos apresentam características singulares, diferenciando-se de maneira evidente.

Ocorre que, é válido ressaltar, apesar de o benefício que era percebido pelo *de cujus* ostentar o *nomem juris* "pensão", na realidade, é flagrante que, por sua natureza, tratava-se de uma aposentadoria. Várias razões justificam tal entendimento.

Aposentadoria, segundo o Dicionário do Prof. Aurélio Buarque de Holanda é:

"Aposentadoria: 4. Quantia recebida mensalmente pelo beneficiário como resultado de suas contribuições durante o tempo que legalmente trabalhou." (grifo nosso)

A aposentadoria é, portanto, conceitualmente, a prestação devida ao próprio segurado; é ela um benefício de prestação continuada ao qual o segurado tem direito após preencher requisitos legalmente estabelecidos.

Diferentemente, a pensão é benefício devido ao dependente do

segurado, cujo direito de percepção, pelo primeiro, surge com a morte deste último; nesse sentido, vejamos mais uma vez o que consta no Dicionário do Prof. Aurélio Buarque de Holanda:

"Pensão: 9. Bras. Prev. Soc. Benefício devido aos dependentes do segurado que morre depois de haver pago 12 contribuições mensais." (grifo nosso)

Fica evidente, por mera consulta ao dicionário, que aposentadoria e pensão são, conceitualmente, benefícios distintos, que não se confundem; enquanto o primeiro é devido ao próprio segurado, o segundo é devido ao dependente do segurado, não podendo haver inversão ou troca.

Do mesmo modo pensa Antônio Carlos de Oliveira, pois para ele "a pensão por morte é benefício privativo dos dependentes do segurado falecido." (*in* "Curso de Direito Previdenciário", coordenador Wagner Balera, 4.ª edição, pág. 96/97.)

Nesse mesmo sentido, com base na legislação federal (Lei n.º 8.213/91, alterada pelas Leis n.º 8.870/94, 9.032/95, 9.125/95, 8.742/93, pelo Decreto n.º 1.744 de 08 de dezembro de 95 e pela E.C. n.º 20), é o posicionamento do Prof. Vladimir Passos de Freitas, organizador do livro *Direito Previdenciário – Aspectos Materiais, Processuais e Penais*, o qual transcrevemos:

"Atualmente, as prestações compreendidas pelo regime geral são as seguintes: Quanto aos segurados: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade h) auxílio-acidente; Quanto aos dependentes: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; Quanto aos beneficiários (segurados e dependentes): reabilitação profissional." (grifou-se)

Parece ter havido, na realidade, um equívoco do legislador municipal, que, na revogada Lei n.º 5.869/84, chamou de pensão o que, por suas características peculiares, era aposentadoria.

Para corroborar o entendimento, vale ressaltar que o benefício concedido aos segurados principais denominava-se, inicialmente, aposentadoria (Lei n.º 4.360, de 31 de maio de 1974, modificada pela Lei n.º 5.679, de 11 de janeiro de 1983); posteriormente é que, por uma alteração legislativa indevida (Lei n.º 5.869, 17 de outubro de 1984), em desacordo com os conceitos tradicionalmente vigentes na doutrina e nas legislações previdenciárias, foi a nomenclatura do benefício inapropriadamente alterada para "pensão".

Desse modo, inquestionável que, nos casos citados, não há mera transmissão do benefício; o que existe realmente é, diante do falecimento do segurado titular - que recebia, em verdade, uma aposentadoria - a discussão em torno da concessão de um novo benefício - agora uma pensão por morte, que seria devida aos eventuais dependentes.

Sabedores, então, que estamos a estudar a possibilidade de concessão de um novo benefício, podemos passar a outras importantes análises.

3. evolução legislativa do benefício. impossibilidade de incidência, para gerar novo direito, de uma norma legal revogada há 10 (dez) anos

Imprescindível conhecer, nesse momento, a evolução da legislação no que se refere aos benefícios objeto do presente trabalho.

Conforme dissemos, os beneficiários titulares (segurados falecidos) percebiam, na qualidade de ex-vereadores, uma aposentadoria concedida com fundamento na Lei n.º 4.360, de 31 de maio de 1974, modificada pela Lei n.º 5.679, de 11 de janeiro de 1983.

Em 17 de outubro de 1984, foi editada a Lei n.º 5.869, estabelecendo novo regime para o Instituto de Previdência Parlamentar; de acordo com o novo diploma legal, conforme já comentado, foi o nome do benefício concedido aos ex-vereadores indevidamente alterado para "pensão". A partir de então, todas as hipóteses de aposentadoria tiveram a nomenclatura alterada para "pensão".

Por fim, foi editada a Lei n.º 6.900, publicada em novembro de 1991 (a Lei está datada de junho), extinguido o Instituto de Previdência Parlamentar, e revogando, é claro, todas as disposições legais acima referidas.

Evidente, portanto, o completo equívoco na prática dos atos ora analisados, ao se pretender aplicar, para o fim de conceder um novo direito (pensão por morte para o eventual beneficiário), uma legislação de há muito revogada.

Ora, assim estaria subvertida toda a lógica do ordenamento jurídico, sendo intransponível que, segundo a boa teoria geral do direito, uma norma revogada, excluída, pois, do ordenamento, jamais poderá continuar a incidir, agora, sobre fatos novos, ocorridos após o encerramento de seu prazo de vigência.

A única hipótese admissível de produção postergada de efeitos consistiria na situação específica de aplicação da norma revogada a fatos ocorridos durante sua vigência. Entretanto, tal não ocorre no presente caso!

Portanto, nos casos que ora estudamos, é inarredável entender o seguinte:

a) Quando o então vereador completou os requisitos legais, a legislação do IPP (Lei n.º 4.360/74, modificada pela Lei n.º 5.679/83) incidiu, gerando para ele o direito de percepção dos proventos de aposentadoria; esse direito, uma vez adquirido, tornou-se intangível, pelo que, apesar das modificações legislativas e constitucionais posteriormente perpetradas, o segurado continuou a perceber, até o falecimento, o valor da aposentadoria que deixou de existir;

b) A legislação que fundamentou a concessão do benefício ao segurado falecido somente vigorou até novembro de 1991, quando foi publicada a Lei n.º 6.900, que extinguiu o IPP; a partir desse momento, a Lei n.º 4.360/74 e alterações posteriores não mais poderiam incidir para gerar novos benefícios;

c) Quando ocorre o falecimento do segurado, depois de extinto o IPP, não mais vigora a legislação que conferia ao beneficiário o direito à pensão por morte; dessa forma, inexistindo norma legal que possa incidir para gerar o direito, não se admite que tal seja feito com a utilização de uma norma que, por ter sido revogada, não mais integra o ordenamento jurídico pátrio.

Nem se tente contra-argumentar com o art. 2.º da Lei n.º 6.900/91, que tem a seguinte redação, *verbis*:

"Art. 2º - Os atuais pensionistas do IPP passarão a integrar o Quadro de Inativos da Secretaria de Administração do Município, com os seus proventos estabelecidos na forma da legislação vigente e resguardados os seus direitos adquiridos até o mês de abril de 1991." (grifou-se)

Fácil perceber que o legislador adotou o entendimento mais correto, idêntico ao ora defendido, assegurando o direito adquirido somente àqueles que já eram pensionistas na ocasião da extinção do IPP. Ao utilizar a expressão "atuais pensionistas" o legislador apenas respeitou aqueles direitos que já haviam se tornado "adquiridos", ou seja, o direito daqueles que já se haviam aposentado, percebendo seus respectivos proventos.

Descabida qualquer alusão a possível "direito adquirido" daqueles eventuais beneficiários das pensões em caso de morte dos segurados titulares; ora, não há divergência quanto ao entendimento de que a aquisição do direito à pensão por morte somente ocorre na ocasião do falecimento do segurado titular, quando então a norma garantidora do direito incide, gerando o direito de percepção para o beneficiário e a obrigação de pagamento para a Administração. Somente a partir daí é que se pode falar em "direito adquirido", integrado ao patrimônio jurídico do beneficiário, e como tal, intocável pelas alterações legislativas (e até constitucionais) posteriores.

Para reforçar a tese da inexistência de qualquer outro direito adquirido a ser respeitado quando da extinção do IPP, vale lembrar que, para aqueles segurados ainda não aposentados, a n.º Lei n.º 6.900/91 expressamente instituiu formas de ressarcimento ou aposentadoria proporcional, apenas para evitar o injusto enriquecimento da Administração.

Ora, se nem mesmo os segurados titulares ainda não aposentados por ocasião da extinção do IPP possuíam qualquer direito adquirido, como então seria possível cogitar a existência de direito adquirido em favor dos eventuais dependentes beneficiários, cujo direito efetivamente só surgiria com o evento morte?

Não se pode falar em direito adquirido se os requisitos à percepção do benefício não foram, digamos, completados durante a vigência da norma regulamentadora do direito. Óbvio que, de nada adianta que um virtual beneficiário venha a implementar todos os requisitos quando já se encontra revogada a norma instituidora do benefício, que assim não mais está apta a incidir e gerar qualquer efeito.

Por outro lado, a disposição que determinou que os pensionistas de então passariam a integrar o quadro da Secretaria da Administração tem caráter meramente operacional, não significando que os mesmos passariam a ter uma nova relação previdenciária, agora regida pela legislação genericamente aplicável aos servidores municipais. Na verdade, a disposição era necessária apenas para indicar que órgão da Administração seria responsável, após a extinção do IPP, pela realização (operacionalmente falando) dos pagamentos dos benefícios já concedidos.

Considerando a fundamental importância, para o deslinde da questão ora proposta, da tese referente ao momento de surgimento do chamado "direito adquirido", nesse tópico apenas superficialmente tratada, adiante voltaremos a expor sobre o assunto, de forma mais profunda e minudente.

4. Momento da aquisição do direito à pensão por morte

Para a conclusão do estudo, importa perquirir: tendo sido extinto o Instituto de Previdência Parlamentar (e conseqüentemente os benefícios por ele suportados), haveria, atualmente, direito adquirido dos eventuais beneficiários à pensão que pretendem lhes seja deferida?

Não nos parece que a resposta à questão acima conduza à concessão do benefício pleiteado, que, antes de ocorrido o evento morte, não constitui propriamente um direito (adquirido) do beneficiário, mas mera expectativa.

Cabível, *in casu*, fazermos uma sutil analogia com o Direito Civil, especificamente no Direito das Obrigações, onde existem direitos que se encontram subordinados a uma condição (na espécie, suspensiva), consubstanciada num evento futuro, indefinido e incerto.

O direito ora debatido efetivamente se assemelha à hipótese do direito subordinado a condição suspensiva, visto que, nos termos do art. 118 do C.C., enquanto não ocorrido o ato definido como condição suspensiva, "...não se terá adquirido o direito,...".

É evidente que o direito ao benefício objeto do presente estudo se encontra subordinado a uma, digamos, "condição suspensiva" (para utilizar a expressão do Direito Civil), considerando-se que, antes da morte do segurado titular, não há que se falar em qualquer direito daqueles que eventualmente figurem como beneficiários.

Portanto, se o direito à pensão somente surge com o falecimento do titular, inarredável concluir que, na verificação dos requisitos para a sua concessão, deverá ser empregada a legislação vigente à época da consumação do evento, de forma que o direito seja reconhecido a quem, naquele momento, detenha a condição de beneficiário.

E não é outra a interpretação dos Tribunais Judiciários sobre a matéria; todas as manifestações direcionam-se no sentido de que a apuração dos requisitos para a concessão da pensão deve ser feita de acordo com as disposições legais em vigor na ocasião do falecimento. Dessa forma, para corroborar a tese defendida, vale trazer à colação exemplos desse entendimento jurisprudencial:

"PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. DECRETO N.º 83.080/79. REQUISITOS LEGAIS. DEPENDENTE DESIGNADO.

- Em sede de benefícios previdenciários, sua concessão rege-se pelas normas vigentes ao tempo em que os beneficiários atendem às condições próprias exigidas.

- A pensão por morte é devida aos dependentes do segurado falecido e sua concessão deve observar os requisitos previstos na legislação vigente ao tempo do evento morte ou da decisão judicial, em se tratando de morte presumida.

- Ao dependente designado de ex-segurado falecido é assegurado pela Previdência Social o pagamento de sua cota parte de pensão por morte, sem prejuízo da parcela devida aos demais beneficiários legais.

- Recurso especial não conhecido." (grifou-se)

(6.ª T. do STJ – RESP 152093/PE – Decisão: 23.02.99 – DJ: 05.04.99, pág. 156 – Rel.: Min. Vicente Leal)

Também o E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL já decidiu, em idêntico sentido, sobre o tema:

"Pensão - Ex-combatente – Regência. O direito à pensão de ex-combatente é regido pelas normas legais em vigor à data do evento morte. Tratando-se de reversão do beneficiário a filha mulher, em razão do falecimento da própria mãe que a vinha recebendo, consideram-se não os preceitos em vigor quando do óbito desta última, mas do primeiro, ou seja, do ex-combatente." (Tribunal Pleno do STF – Mandado de Segurança 21.707/DF – Decisão: 18.05.95 – DJ: 22.09.95 – Rel.: Min. Carlos Velloso – Rel. p/ o acórdão: Min. Marco Aurélio) (grifou-se)

Por fim, afastando quaisquer outras dúvidas, vale invocar a sempre respeitável posição da 2.ª CÂMARA do E. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, que, conforme se vê da ementa da decisão n.º 25/98, proferida no processo TC n.º 011.466/92-8, de 19.02.98 (DOU de 06.03.98, pág. 129), a seguir reproduzida, esposa entendimento, já pacificado, de que o surgimento do direito à pensão apenas se dá com a morte do titular, exatamente como ora defendemos:

"Pensão Especial. Ex-Combatente. Pedido de reexame de decisão que considerou ilegal a reversão da pensão à filha maior. Falecimento o instituidor antes da vigência da Constituição de 1988. Conhecimento. Provimento. Legalidade.

- O direito da filha à pensão especial de ex-combatente surge com a morte do instituidor. Entendimento já firmado pelo Tribunal." (grifou-se)

Apoiados, assim, em entendimentos fixados tanto no Poder Judiciário como no Tribunal de Contas da União, consideramos possível afirmar que a matéria ora tratada já se encontra amplamente discutida, não mais comportando maiores divergências; de fato, genericamente falando, o direito à pensão para o beneficiário dependente não surgirá senão depois da morte do segurado, pelo que, nesse instante é que deverá ser consultada a legislação em vigor, que elenca as hipóteses em que o benefício será concedido.

Para finalizar, vale destacar que, em decisão exarada ao analisar o análogo PROCESSO DE PENSÃO n.º 1313/99, este TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO CEARÁ, por sua E. 1.ª CÂMARA, manifestou-se pela inexistência do direito adquirido da pretendente da pensão (filha maior), por entender que os requisitos para a concessão são aqueles que constam da legislação em vigor à época do evento gerador do direito, qual seja, o falecimento do titular segurado. Nesse precedente, a legislação que conferia a condição de dependente havia sido alterada, e a nova redação não mais contemplava a filha maior de 21 anos.

Esse entendimento nos parece aplicável à matéria ora discutida.

5. inaplicabilidade do art. 201 da CF/88

Vale observar que, em uma outra decisão, diversa da anteriormente citada, exarada em processo em que era analisado benefício idêntico ao ora debatido, a mesma 1.ª CÂMARA do TCM decidiu pela regularidade do mesmo, por entender que o direito da viúva decorreria diretamente de norma constitucional, especificamente do inciso V do art. 201 da CF/88, pelo que não poderia ser atingido pela alteração legislativa já referida.

Segundo a decisão, a CF/88 impõe, no dispositivo citado, que o(a) cônjuge ostente, necessariamente, a condição de beneficiário(a), o que seria suficiente para garantir o direito ao benefício. Assim, seria inconstitucional qualquer alteração legislativa que retirasse dos cônjuges a condição de possíveis beneficiários.

Data venia, temos que discordar do entendimento acima exposto, posto ser inaplicável, ao presente caso, o inciso V do art. 201 da CF/88, assim redigido:

"Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios

que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2.º." (grifou-se)

Verdade é que a norma constitucional torna impositivo que o(a) cônjuge ou companheiro(a) seja beneficiário necessário da pensão por morte do segurado titular. No entanto, deve-se observar que o art. 201 faz disposições em relação ao Regime Geral de Previdência, aquele destinado aos trabalhadores em geral, bem como aos servidores públicos vinculados a Entes Federados desprovidos de Sistema Previdenciário próprio.

A correção do raciocínio pode ser atestada pela simples leitura da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, que hoje dispõe sobre o Regime Geral de Previdência; com efeito, referida norma legal, ao tratar da organização da Seguridade Social e seu Plano de Custeio, assevera, em seu art. 13, *verbis*:

"Art. 13. O servidor civil ou militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, é excluído do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que sujeito a sistema próprio de previdência social." (grifou-se)

Portanto, fácil entender que:

a) A pensão ora debatida integrava o regime previdenciário parlamentar do Município de Fortaleza, regime específico, próprio, bem distante, portanto, do Regime Geral desenhado pela Carta Magna;

b) O art. 201 não é aplicável ao caso, posto que não veicula princípios constitucionais a serem observados pelos legisladores dos Entes Federados na instituição de seus regimes próprios de previdência. Na verdade, os princípios constantes do dispositivo deverão ser necessariamente observados apenas pelo legislador federal, na estruturação do Regime Geral de Previdência Social.

Acontece que - apenas para aprofundar o debate - mesmo que se entendesse o art. 201, inciso V, da CF/88, aplicável aos regimes próprios de previdência, o raciocínio que conduziu a votação que decidiu pela regularidade do ato de concessão não seria de todo correto.

Ora, o dispositivo constitucional referido impõe que o regime de previdência contemple como beneficiário(a) o(a) cônjuge/companheiro(a).

Evidentemente, também que o legislador constitucional impôs essa obrigação para o regime de previdência, enquanto este existir.

Dessa forma, nessa linha de raciocínio, estivéssemos diante de uma norma que pretendesse retirar do(a) cônjuge/companheiro(a) a qualidade de beneficiário(a), aqueles que entendem aplicável o art. 201 da CF/88 poderiam alegar sua inconstitucionalidade. No entanto, como não houve mera exclusão do(a) cônjuge/companheiro(a), mas sim a completa extinção do IPP e de seus benefícios, nenhuma inconstitucionalidade pode ser apontada, até porque foram devidamente resguardados os direitos adquiridos.

Evidente, portanto, que o pretenso "princípio constitucional" foi respeitado pelo Instituto de Previdência Parlamentar enquanto ele existiu! No caso em tela, não se trata de uma norma legal determinando (de forma inconstitucional, como entendeu a Câmara) a exclusão do(a) cônjuge/companheiro(a) do rol dos beneficiários da pensão por morte do beneficiário titular, mas sim de uma norma que regularmente extinguiu o próprio IPP, revogando sua legislação. Um procedimento absolutamente constitucional!

Consideramos, por tudo o que foi anteriormente exposto, que, por não integrar o Regime Geral da Previdência, a pensão ora debatida, mantida pelo extinto Instituto de Previdência Parlamentar, não está sujeita à incidência do art. 201 da CF/88 e, mesmo que se entenda em contrário, deve-se considerar que não houve mera exclusão do cônjuge/companheiro(a) (que poderia ser considerada inconstitucional), mas sim da completa extinção do próprio Instituto e de seus benefícios.

Conclusões

Diante de todas as razões fáticas e jurídicas aduzidas, seria razoável adotar as seguintes conclusões:

A pensão debatida é, indiscutivelmente, um novo benefício. O titular percebia, em verdade, uma aposentadoria, inicialmente concedida; no entanto, uma alteração legislativa posterior, em desrespeito à doutrina e à tradição legislativa, alterou indevidamente o *nomem juris* do benefício para "pensão". A modificação do nome não altera a natureza dos benefícios; "aposentadoria" é o benefício devido ao beneficiário titular e "pensão" é aquele devido aos seus eventuais dependentes;

A Lei n.º 4.360/74 (e alterações posteriores), tendo sido revogada pela Lei n.º 6.900/91, não mais pode incidir para gerar um novo direito;

Quando da extinção do IPP apenas foram resguardados os direitos dos beneficiários que, àquela época, já se encontravam aposentados (já eram pensionistas), estes, reais detentores de "direitos adquiridos"; em verdade, foram resguardados os únicos direitos efetivamente adquiridos, instituindo-se, também, formas opcionais de ressarcimento ou aposentadoria proporcional para aqueles ainda não aposentados, de forma a evitar prejuízo.

Assim, não há que se falar, atualmente, em direito adquirido dos pretensos beneficiários da pensão que não chegaram a implementar os requisitos para a obtenção da pensão durante a vigência da legislação do IPP; agora, há muito revogada esta legislação, de nada adianta que tenha ocorrido o fato gerador de seu direito (morte do beneficiário titular), considerando-se que os requisitos para a concessão da pensão por morte devem ser apurados (e estar presentes) no momento do falecimento, de acordo com a legislação então vigente.

Pelas razões aduzidas e considerando que, nas hipóteses a que nos referimos, no momento da morte, não estava mais em vigor a legislação pertinente ao benefício debatido, entendemos adequada a ilação de impossibilidade de sua concessão, à mingua de qualquer fundamento legal ou constitucional.

BIBLIOGRAFIA

BALERA, Wagner (coordenador). *Curso de Direito Previdenciário*. 4.ª edição. São Paulo. Ed. LTR. 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo. Ed. Saraiva. 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio – Século XXI – Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro. Ed. Nova Fronteira. 2001.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 8.ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 1996

FREITAS, Vladimir Passos de (coordenador). *Direito Previdenciário – Aspectos Materiais, Processuais e Penais*. 2.ª edição. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22.ª edição. São Paulo. Ed. Malheiros. 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9.ª edição. São Paulo. Ed. Malheiros. 1997.

PIETRO, Maria Silvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 10.ª edição. São Paulo. Ed. Atlas. 1999.

PONTES FILHO, Valmir. *Curso Fundamental de Direito Constitucional*. 9.ª edição. São Paulo. Ed. Dialética. 2001.

Confisco: Ontem e Hoje

Salomão Lopes Teixeira
Especialista em Direito Público
Analista Judiciário da Justiça Federal no Ceará

SUMÁRIO

1. JUSTIFICATIVA
2. INTRODUÇÃO
 - 2.1. O sentido vocabular
 - 2.2. Considerações históricas
 - 2.3. A opressão portuguesa
 - 2.4. O confisco no Estado Fiscal
 - 2.5. Nossa carga tributária
3. O CONFISCO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA
 - 3.1. A formulação da norma
 - 3.2. Apreciação segundo Norberto Bobbio
 - 3.3. A dificuldade de demarcar a proibição
4. ACHEGAS DOUTRINÁRIAS
 - 4.1. O pensamento de consagrados tributaristas
 - 4.2. A multa como decorrência do não recolhimento ou sonegação d tributos
 - 4.3. Confisco e excesso de exação
5. POSIÇÕES DOS TRIBUNAIS
 - 5.1. A visão do STF
 - 5.2. Como o STJ enfrenta a matéria
 - 5.3. O enfoque dado pelo TRF da 5ª. Região
 - 5.4. Manifestações do TCU
6. CONCLUSÕES
7. BIBLIOGRAFIA.

1. JUSTIFICATIVA

Esta monografia visa analisar o princípio constitucional-tributário da vedação do confisco. Ao longo da pesquisa, tive a oportunidade de perceber quão extenso é o campo a ser palmilhado pelo investigador, máxime se o objeto procurado não é encontrável às margens dos primeiros caminhos que perpassam o universo jurídico.

A tarefa proposta encerra a dificuldade de tentar desenvolver um tema, a um só tempo, de existência antiga e de feição imprecisa. Não tendo a Carta Magna do Brasil, nem o Código Tributário Nacional, chegado a conceituar a figura estudada, contentando-se, apenas, em dizer que o tributo não pode confiscar, urgiu recuar um pouco no tempo, como forma de alavancar a investigação e lhe oferecer um rumo.

Pondera-se ao leitor que, longe de buscar resposta a todas as questões suscitadas, o propósito do presente trabalho é o de contribuir, ainda que singelamente, para a compreensão de um pequeno ponto do Direito.

2. INTRODUÇÃO

2.1. O sentido vocabular

A palavra *confiscar* provém do latim *confiscare*. Segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, elaborado pelo Professor Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, significa apreender em favor do fisco; arrestar. Em abono do entendimento afirmado, transcreve passagem elucidativa (colhida de Oliveira Martins - História de Portugal, II, p. 193), nos termos seguintes: "Se por seu lado a Inquisição não cessava de funcionar, queimando judeus para depurar a fé, confiscando-lhes os bens para acudir às urgências do erário régio ..., força é também confessar que, no decurso do século XVII e na primeira metade do seguinte, a Inquisição condena, castiga e queima os messias sebastianistas, freqüentemente padres".

Outro sentido, ainda, o excelente filólogo em apreço confere a confiscar: apoderar-se ou apossar-se de algo, com forma de confisco, e exemplifica: "Creio que ela ... confiscou-me, nessa ocasião, a totalidade da correspondência".

O apossamento de alguma coisa, de modo a sugerir confisco, ganha, nos dias de hoje, notável abrangência, a ponto de se falar em confisco salarial, confisco da felicidade e confisco da soberania nacional.

Assim é que a classe trabalhadora, há muitos anos, se diz vítima de confisco, mercê de constantes reduções em seus estipêndios. De fato, o poder de compra da grande massa de assalariados diminui a cada dia e, inversamente a isto, os preços dos bens de consumo não páram de crescer.

Evidentemente, a felicidade da maioria das pessoas também sofre restrições, numa economia de mercado cuja tônica é angariar bens e poderes materiais. As regras de sobrevivência emergem, muitas vezes, do fundo de concepções inclementes, pouco voltadas para a moralidade ou a decência e muito mais preocupadas em indagar sobre o *quantum* a ser obtido numa transação, por exemplo.

Eduard Laboulaye, citado por Paulo Bonavides, alude a confisco da soberania popular, ao descrever a confusão existente entre o "poder" constituinte e o "órgão" chamado Constituinte. O estudioso francês entendia que colocar nas mãos da assembleia política poderes completos, a ponto de proclamar-se a identidade do povo com seus representantes, significava confundir o mandante com o mandatário, conferindo a este competência ilimitada, quando, ao contrário, devia ser reconhecida como autoridade constituída, subalterna, derivada. O autor, dissecando a teoria francesa do poder constituinte, observa:

"Nós fazemos o mandatário idêntico ao mandante numa deplorável confusão que confisca a soberania nacional em proveito de alguns homens, à mercê dos quais fica o País. Ao contrário, para os americanos é inalienável a soberania: não possuem os deputados senão um poder subalterno e derivado".

2.2. Considerações históricas

No dia 05 de dezembro de 2000, uma terça-feira, às 22:30 horas, a Rede Globo de Televisão levava ao ar a Minissérie "Jesus", exibindo, em seu primeiro capítulo, uma cena memorável. O coletor de impostos chamado "Levi", filho de Alfeu, adentra a casa da Família Sagrada (Jesus, Maria e José) e pratica o confisco de uma cabra.

Levi, mais conhecido na Bíblia como Mateus, agia em nome de César, Rei de Roma. Devassando a moradia santa, ao lado de dois companheiros,

e num momento em que ali só se encontrava Maria, bradava pelo pagamento de dois anos de impostos. A humildade de recursos financeiros daquele lar e dos seus habitantes, como é sabido, não revelava poder algum de satisfazer a exigência do exator. Foi, então, que o caprino, avistado a passear pelo terreiro da casa, foi abruptamente de lá arrancado, posto às costas de um auxiliar do coletor e conduzido para o depósito real, de nada valendo à Mãe de Deus ponderar que não lhe tirassem aquela fonte de alimentação: o leite.

É bem verdade que os judeus eram escravos dos romanos, e esse fato, por si só, há vinte séculos, legitimava tamanha opressão. Naquele tempo, como em outros mais avançados, o que parece fora de dúvida é que o Estado baseava sua receita na transferência compulsória de recursos (financeiros ou não), do patrimônio particular para os cofres governamentais.

A tônica, pois, da tributação, sempre foi transferir riqueza do setor privado para o setor público, mesmo em épocas mais recuadas na história. O que, todavia, afronta violentamente minha sensibilidade de cidadão, é saber que a relação tributo *versus* contribuinte experimentou, por longos e tenebrosos anos, um desequilíbrio assustador, calcado na permissão estatal de poder carrear para o erário o máximo que pudesse do patrimônio dos particulares, de forma antipática e excessiva.

Assim é que, conforme se extrai de magistral exposição do Prof. Ricardo Lobo Torres, que aborda o tributo como preço da liberdade, a opressão a esse direito (liberdade) e, por conseqüência, a outros direitos fundamentais como, v.g., a propriedade do cidadão, vagueou altaneira no correr de longos séculos, imposta por poderes de variada índole, de divina a popular.

Consoante o magistério do aludido mestre,

“O tributo foi utilizado no patrimonialismo com função confiscatória. Durante as guerras da religião houve o confisco de terras da Igreja. Em Portugal confiscaram-se os bens dos judeus.”

Noutra passagem, assinala:

“À doutrina escolástica não repugnava a utilização do tributo com efeito confiscatório, especialmente quando se tratasse dos judeus”.

Havia recomendação enfática para se aplicar tributação mais pesada aos de raça hebréia do que aos cristãos, vazada nos seguintes termos:

“Pode e deve, todavia, impor-lhes (aos judeus) maiores talhas e gabelas ou exações do que aos cristãos, para reconhecerem que estão sob o jugo da escravidão e sob uma certa miséria do castigo do seu pecado. O mesmo digo dos outros infieis, como, por exemplo, os sarracenos.”

Patrimonialismo é o nome que se dá ao modelo de Estado verificado entre o Século XIII e começo do Século XIX; um período a partir do qual passou a existir maior interesse pela discussão sobre tributos e que vai do final do feudalismo ao absolutismo esclarecido ou, para alguns estudiosos, Estado Corporativo, de Ordens ou Estamental.

A esse modelo também se pode chamar de patrimonialismo financeiro pelo fato de o Estado depender, num primeiro plano, das rendas patrimoniais do príncipe, contando, de outra parte, com a receita extrapatrimonial de tributos.

O poder do rei se expressava por autorização divina. No âmbito, porém, da tributação, ocorre, por essa época, a tripartição do poder impositivo. Ao lado do Monarca, a Igreja e o Senhorio também tributavam. A Igreja cobrava os dízimos, bem como as rendas dominiais, dentre elas os pedágios e laudêmios. O senhorio (donatários e nobres) valia-se da arrecadação de pensões e foros (ou forais).

Houve um pensador, Diogo Lopes Rebelo, que fez bem a distinção entre o poder fiscal da Igreja e o do Príncipe:

“... Dai pois a César o que é de César e a Deus o que é de Deus. E com esta resposta insinua o Salvador que obrigados somos a dar alguma coisa a Deus e também alguma coisa aos príncipes seculares. Portanto, há obrigação de contribuir com os dízimos e primícias que se dão aos sacerdotes que servem a Deus e oram pelo povo na igreja; há também obrigação de dar ao rei tributos e impostos e pedágios conforme o antigo e honrado costume que desde o princípio existiu no reino desde o tempo de seus predecessores”.

Verificou-se um período, de poucas décadas, entre o Século XVIII e o Século XIX, denominado de Estado de Polícia. Trata-se de um momento

de transição para o Estado de Direito ou Estado Fiscal, conforme se verá adiante. O qualificativo "de polícia" quer designar que o Estado começa a buscar foros de modernidade, visando a atividade de polícia pelo tratamento a ser dispensado à segurança, à ordem e ao bem-estar em geral.

Também aqui o confisco se faz presente. São palavras do sempre mencionado autor, à pág. 90 do seu livro citado:

"A reflexão ética e jurídica sobre o confisco é pequena, antecipando-se alguns autores, através de argumentos de conveniência econômica, em sua condenação."

E refere que D. Luiz da Cunha, aludindo aos judeus, prega

"que se lhes deve dar, de um modo ou de outro, liberdade de religião e segurança de que seus bens não serão confiscados, e lhes será necessário empregá-los em renovar e aumentar as sobreditas manufaturas".

A opressão fiscal praticada pelo rei encontra defensores, dentre os quais se pode destacar Tomás Antonio Gonzaga, que diz:

"o rei não pode ser de forma alguma subordinado ao povo; e por isso ainda que o rei governe mal e cometa algum delito, nem por isso o povo se pode armar de castigos contra ele. Já mostramos que os delitos do rei não podem ter outro juiz senão Deus".

Também, na forma de poesia, defendeu o absolutismo:

"Eis aqui, Doroteu, o que nos nega
Uma heróica virtude. Um louco chefe
O poder o exercita do monarca
E os súditos não devem nem fugir-lhe
Nem tirar-lhe da mão a injusta espada.
Mas, caro Doroteu, um chefe destes
Só vem para castigo de pecados."

2.3. A opressão portuguesa

Por toda a importância de que se reveste o tema para nós, brasileiros, não há como, a esta altura, deixar de fazer alusão ao confisco praticado

pela Coroa portuguesa sobre as jazidas de ouro localizadas no Brasil, bem assim sobre os demais bens dos nossos compatriotas. Refiro-me ao que os portugueses denominavam de *QUINTO*.

"Quinto" era o nome que se dava à obrigatoriedade de pagamento da quinta parte do total de ouro explorado no Brasil, no início do Século XVIII. Para fiscalizar a atividade mineradora, criou-se a Intendência das Minas, através da qual toda exploração era comunicada à Coroa portuguesa. Como forma de evitar desvios ou sonegação, os portugueses se lembraram de criar, também, as Casas de Fundição. Estas transformavam o minério descoberto em barras timbradas e "quintadas".

Não é difícil de atinar com a conseqüência advinda de tão pesada tributação. De tanto explorado, o ouro se tornou escasso. Mas não escasseava, jamais, a voracidade da Coroa, sempre e sempre a querer o *quinto*, não valendo réclamações de natureza alguma por parte dos brasileiros.

Quando tudo parecia tão violentador da propriedade, do trabalho e da dignidade dos brasileiros, eis que surge algo pior: a *DERRAMA*, em 1765.

A *Derrama* é a quantificação do *Quinto*. Estipulou-se um montante mínimo de 100 (cem) arrobas para o valor do quinto. É claro que a meta se tornou inatingível. Por mais que se trabalhasse na exploração do ouro, os resultados ficavam muito aquém das cem arrobas cobradas. A dívida coletiva de ouro se avolumou rápida e assustadoramente, atingindo a casa de 500 (quinhentas) arrobas, o equivalente a 7.500 (sete mil e quinhentos) quilos.

Portugal valeu-se do confisco. A população brasileira foi obrigada a entregar todos os seus bens e, claro que, nem assim, integralizaria o débito. Muitos nomes de brasileiros podem ser lembrados pela revolta ostentada contra a *derrama*. O de Joaquim José da Silva Xavier (Tiradentes) é, porém, dentre todos, o que primeiro me vem à recordação, pelo denodo e pioneirismo com que enfrentou a impiedade daquela imposição da Coroa. Foi barbaramente morto por liderar um movimento de libertação, centrado exatamente no direito de os brasileiros não se submeterem à infame tributação.

Também é evocável a figura do traidor desse movimento libertário, Joaquim Silvério dos Reis. Devedor de exorbitante quantia ao tesouro português, delatou Tiradentes e seus parceiros, obtendo em troca o perdão do que devia.

Outros brasileiros não menos valorosos mantiveram acesos os ideais de Tiradentes, do que resultou, algum tempo depois, a instauração da República entre nós.

2. 4. O confisco no Estado Fiscal

Com a chegada do Estado Fiscal, ocorrida por volta do início do Século XIX, muitas transformações passaram a incidir sobre o tributo. Dentre as várias modificações, vale destacar que deixou de ser transitório, assumindo a feição de permanente. Em atenção aos ditames da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e graças às novas concepções advindas do movimento liberal, o tributo passou a ter por base de incidência a riqueza e a capacidade contributiva.

A publicização ou publicidade do tributo foi outra grande mudança verificada nesse período. Coisa pública foi como se passou a denominar toda a variedade de impostos arrecadados pelo Estado, e não mais como anteriormente, em que a fiscalidade privada se fazia presente o tempo todo.

Surge, nesse período, forte movimentação para se firmar o primado da lei formal (a legalidade), pois somente a partir da lei se poderia aferir da representatividade e do consentimento dos cidadãos. Isto quer significar que o próprio povo cria sua tributação, fazendo-o por seus representantes escolhidos em processo eleitoral.

A centralização do poder de tributar é outro traço desse período. Somente o Estado impõe o tributo, decorrendo esse monopólio de dois fundamentos: o da soberania e o do contrato social. Quanto ao primeiro fundamento, o sentido é o de que o Estado não conhece outro poder igual ou superior ao seu. No que toca ao segundo, significa que o cidadão, ao abrir mão de uma parcela (que pode ser considerada mínima) de sua liberdade para que o Estado viabilize a tributação, o faz como troca da garantia do próprio direito de liberdade e de outros direitos fundamentais. A expressão utilizada pelo Prof. Ricardo Lobo, para designar essa situação, é "preço mínimo da liberdade".

Pelos lapidares esclarecimentos que esse mestre lança acerca do confisco no Estado Fiscal ou Estado de Direito, vale a pena lê-lo, às páginas 136/138 de sua obra tão festejada. Eis passagens preciosas que bem elucidam o tem em foco:

"Com o advento do liberalismo, o confisco deixa de ser forma de opressão da liberdade. Bem é verdade que na Revolução Francesa e mesmo em Portugal ainda

se confiscam bens da Igreja. Mas a doutrina inicia a crítica severa a tal prática, valendo mencionar, pela profundidade e veemência, a de Burke (Burker, Edmund. Reflexões sobre a Revolução na França. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1982), que indagava: 'Por que não se confiscam os bens daquela longa lista de ministros, de financistas e de banqueiros que se enriqueciam enquanto a nação (França) se empobrecia em decorrência de suas operações e de seus conselhos?' O Decreto de 21 de maio de 1821, que proibiu 'tomar-se a alguém qualquer coisa contra a sua vontade, e sem indenização', dizia: 'Sendo uma das principais bases do pacto social entre os homens a segurança de seus bens; e constando-me que, com horrenda infração do Sagrado Direito de Propriedade, se cometem os atentados de tomar-se, a pretexto de necessidade do Estado, real fazenda, a particulares contra a vontade destes e muitas vezes para se locupletarem aqueles que os mandam violentamente tomar, e levando sua autoridade a ponto de negar-se qualquer título para poder requerer a devida indenização: Determino que, da data deste em diante, a ninguém possa tomar-se coisa alguma de que for possuidor, ou proprietário, sejam quais forem as necessidades do Estado, sem que primeiro, de comum acordo, se ajuste o preço que lhe deve por a real fazenda, ser pago no momento da entrega.'

Pontifica, mais adiante:

"Criação do liberalismo, a permitir, nos casos de necessidade pública, a transferência da propriedade particular para a fazenda pública é a *desapropriação*. Mas aí já não há ofensa ao patrimônio privado, pois se exige a indenização justa".

De fato, a Declaração dos Direitos do Homem e, no seu rastro, a Constituição Brasileira de 1824, fizeram ostentar, em seus textos, a possibilidade de desapropriação mediante indenização justa.

E arremata, esclarecendo que:

“Se desaparece o confisco e se a desapropriação se faz com justa indenização, segue-se que não se admitirá sequer o imposto com efeito confiscatório. A doutrina liberal começa a se preocupar com o assunto, para legitimar a incidência fiscal sobre a propriedade privada desde que observados certos limites quantitativos. Admite-se a progressividade do imposto, contanto que se não mate a galinha dos ovos de ouro. Montesquieu dizia que nos impostos pessoais ‘la proportion injuste seroit celle qui suivroit exactement la proportion des biens’. Locke proclamava a impossibilidade do imposto confiscatório, por ser a preservação da propriedade a legalidade do governo. Benjamin Constant afirmava, referindo-se ao imposto, que ‘se o Estado exigisse de cada um a totalidade de sua fortuna, a garantia seria ilusória, posto que já não teria aplicação. Realmente, cada indivíduo consente em sacrificar uma parte de sua liberdade para assegurar o resto; mas se a autoridade invade toda a sua liberdade, o sacrifício não terá finalidade’. Bastiar denunciava ‘a radical incompatibilidade entre o imposto excessivo e a liberdade. O máximo de tributação é escravidão’. No pensamento luso-brasileiro o problema não chega a ser objeto de reflexão de maior fôlego.”

2.5. Nossa carga tributária

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – acaba de revelar o quanto tem evoluído a carga tributária brasileira. O quadro a seguir foi publicado no Jornal Gazeta Mercantil, de 07/12/2000, pág. A-8:

	1995	1996	1997	1998	1999
Total	28,44	28,63	28,58	29,33	31,67
Federal	18,49	18,89	19,21	19,90	21,84
Estadual	8,53	8,32	7,90	7,89	8,66
Municipal	1,43	1,42	1,47	1,54	1,51

A tabela indica, em percentuais do Produto Interno Bruto – PIB – o quantum arrecadado pelo Governo, em impostos, taxas e contribuições. Comparemos 1998 e 1999. Naquele ano, como se vê, a arrecadação foi de 29,33% do PIB; já em 1999, pulou para 31,67%, significando que, de cada três reais (3) da renda nacional, um real (1) vai para os cofres do Governo, na forma de tributos.

A elevação é desmedida (e, só por isto, já cheira a confisco) se atinarmos para o fato de que, de 1995 a 1999, a tributação acumulou crescimento de 65%, enquanto a renda per capita mal alcançou o patamar de 40%, segundo, ainda, o mesmo relatório do IBGE. Se, em países desenvolvidos, a renda por habitante atinge a marca de US\$ 17.300 (exemplo da Espanha), — no Brasil chega, apenas, a US\$ 2.975, ou seja, quase seis vezes mais baixa. Entendo configurado, na hipótese, o que se poderia muito bem denominar de confisco social, pelo absurdo de que, em dinheiro, o incremento de 1988 a 1999 representou R\$ 36 bilhões, dos quais apenas R\$ 9 bilhões foram devolvidos à sociedade em forma de benefícios, sendo a maior parte do recolhimento absorvida pelas despesas com juros. Sinta-se a monstruosidade: os juros (despesas líquidas) cresceram R\$ 34 bilhões somente no ano de 1999, passando ao despautério de R\$ 84 bilhões.

Por que essa anomalia pode ser chamada de confisco social? Porque, segundo posso entender, o dinheiro utilizado no pagamento dos juros enseja o confisco do direito da população a ter moradia, alimentação, estradas conservadas, serviços de segurança, saúde e educação.

Todos nós, brasileiros, sabemos que as empresas e os bancos aqui instalados pagam, proporcionalmente, muito menos imposto de renda do que os assalariados. Conforme estudo efetuado pela empresa de consultoria financeira “Austin Asis”, os bancos pagaram de I.R., no ano de 1996, 3% de suas receitas; no ano de 1997, apenas 2,8% e, em 1998, 3,1%.

Quanto às empresas, a pesquisa demonstrou que pagaram de I.R., em média, o equivalente a 13,5% dos lucros.

A própria Receita Federal assegura que, em 1997, 28 bancos não pagaram imposto de renda; 17 bancos pagaram menos de 1% da receita; 9 bancos pagaram entre 1% a 2% da receita e 12 bancos menos de 4% da receita em I.R.

No ano de 1998, 24 bancos não pagaram imposto de renda; 56 bancos pagaram menos de 5% da receita em I.R.; 19 pagaram menos de 10% da receita em I.R. e 15 bancos mais de 10% da receita em I.R.

Das grandes empresas, no ano de 1997, 264 não pagaram imposto de renda; 56 pagaram menos de 5% da receita em IR; 19 menos de 10% da receita em IR, e 15 mais de 10% da receita em IR.

Já no ano de 1998, ainda relativamente às empresas, ocorreu: 33 não pagaram IR; 14 pagaram até 5% da receita em IR; 52 até 20% da receita em IR, e 45 mais de 20% da receita em IR.

Nesse interregno, as pessoas físicas, principalmente as que têm desconto em folha de salários, tiveram de desembolsar, a título de pagamento de IR, constantes e vultosas quantias. As beneficiárias de salários superiores, por exemplo, a R\$ 1.800,00, pagaram, invariavelmente, 27,5% de imposto de renda.

O imposto, assim enfocado, configura, portanto, *apenação* ao contribuinte, pessoa física. Os rendimentos do trabalho recebem incidência direta e inarredável de tributação, desproporcional em valores reais, com a agravante de que o trabalhador ainda tem de amargar tributação indireta, que vem embutida nos preços dos diversos produtos que é obrigado a consumir, dia após dia.

A sonegação dos grandes grupos causa o confisco de recursos dos contribuintes que não têm como fugir à imposição tributária. Os sonegadores, no final das contas, gozarão dos mesmos benefícios ou de maiores benefícios do que os contribuintes cumpridores da obrigação, visto que, no atendimento das necessidades do país, por via dos orçamentos e políticas sociais, os valores arrecadados em tributos serão repartidos para todos, indistintamente. Daí a indistintável revolta dos que se sentem injustiçados.

A deficiente fiscalização dos órgãos competentes enseja, também, uma necessidade governamental de "compensar" a receita não obtida junto aos sonegadores. É por isto que, mesmo já tão elevados os percentuais cobrados dos contribuintes amarrados às folhas ou fontes de pagamento, mais ainda se intenta a elevação dos patamares de cobrança, pois só assim serão cobertos os "buracos" da arrecadação.

A propósito de salário, oportuno destacar que a atual tabela do imposto de renda vigora desde o ano de 1996, época na qual a carga tributária já recebia críticas por sua significativa elevação. Imagine-se agora, já decorridos quatro anos, sem alteração alguma, o estrago que ela causa ao contribuinte! Sim, porque da forma como se apresenta, ela configura inegável confisco de parte dos ganhos dos trabalhadores. No período considerado, de quatro anos, ela se mantém a ostentar, para as pessoas

físicas, as alíquotas de 15% e 27,5% e, em correspondência a esses percentuais, as parcelas a serem deduzidas na operação tributária.

Se, em sã consciência não se pode negar que inflação existe no País e que, a par da desvalorização da moeda, o dinheiro do trabalhador também sofre diminuição pela constante sobrecarga de obrigações advindas do sistema econômico neoliberal, a exigir, a cada dia, mais recursos do cidadão no setor mesmo da sobrevivência, não há razão para se manterem estáticas e inalteradas, há tanto tempo, as tabelas de dedução do imposto de renda. Daí a avalanche de ações judiciais em busca de correção.

3. O confisco na Constituição Brasileira

3.1. A formulação da norma

Nossa Constituição Federal, ao tratar da Tributação e do Orçamento (Título VI), estabelece, no art. 150, inciso IV, a vedação de se utilizar tributo com efeito de CONFISCO. Eis como se manifesta:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(Omissis)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

A norma, em formulação deontica, proíbe a confiscação. A exemplo das outras normas dos demais incisos do mesmo art. 150 (bem assim das contidas nos arts. 151 e 152), é, tecnicamente, proibitiva, porque, diversamente das normas de caráter permissivo, — consistentes em outorgar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, um poder para a instituição de tributos, como se pode extrair da leitura dos artigos 145, 147, 148, 149, 153, 154, 155 e 156) —, LIMITA O PODER DE TRIBUTAR.

Não se está diante, apenas, de uma limitação, mas de um princípio constitucional. As implicações da vedação confiscatória dizem de perto com a proteção à propriedade, ao direito adquirido, à igualdade, à legalidade, à capacidade contributiva, dentre outros princípios norteadores do ordenamento jurídico.

Ao Estado cabe **TRIBUTAR**, exercendo uma parcela da soberania que lhe é inerente, valendo-se desse poder como forma de viabilizar o bem de todos os governados; a tributação, todavia, não pode desmesurar-se a ponto de suprimir a propriedade alheia, vale dizer: não pode descuidar-se dos parâmetros de razoabilidade e de justiça.

Para uma Constituição batizada de “Cidadã”, há de se atribuir uma dilargada importância aos direitos fundamentais e aos princípios que os albergam. Não há como negar que este, da vedação do confisco, encarna o verdadeiro sentido de *exação*, termo que, usado para designar tanto a atividade de cobrança dos tributos quanto os próprios tributos e suas espécies, deve ater-se à sua etimologia, conotativa de *exatidão, correção, precisão, justiça*.

Marcus Cláudio Acquaviva define tributo como “Ônus compulsório, criado e gerido pelo Estado, visando ao custeio de serviços públicos”, acrescentando que “O fundamento jurídico do tributo é o poder fiscal do Estado, e seu elemento essencial é a coercibilidade, vale dizer, prerrogativa legal de o Estado compelir o contribuinte ao pagamento da prestação”.

De fato, é o que se extrai da leitura do art. 3º do CTN, in verbis:

“Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Para limitar, todavia, esse poder, evitando que ele descambe ao absurdo, a Constituição consagra o princípio encartado no art. 150, IV. A preocupação do legislador constituinte encontra perfeito agasalho no entendimento de que, decorrendo o tributo de uma norma de rejeição social, possa o ente tributante exacerbar na sua força como forma de levar o contribuinte a satisfazer o que normalmente não lhe apraz.

3.2. Apreciação da norma, segundo Norberto Bobbio

Se nos ativermos à tipificação de normas, consoante se pode ler nos doutos, as normas jurídicas dividem-se em: normas de comportamento (ou de conduta) e normas de estrutura (ou de competência). Nesse sentido, Norberto Bobbio leciona:

“Existem normas de comportamento ao lado de normas de estrutura. As normas de estrutura podem também ser consideradas como as normas para a produção jurídica; quer dizer, como as normas que regulam os procedimentos de regulamentação jurídica. Elas não regulam o comportamento, mas o modo de regular um comportamento, ou, mais exatamente, o comportamento que elas regulam é o de produzir regras.”

O renomado mestre italiano fornece exemplos, a partir do ordenamento do seu país, nos termos a seguir:

“Tomemos agora um ordenamento estatal moderno. Em cada grau normativo encontraremos normas de conduta e normas de estrutura, isto é, normas dirigidas diretamente a regular a conduta das pessoas e normas destinadas a regular a produção de outras normas. Começemos pela Constituição. Numa Constituição, como a italiana, há normas que atribuem diretamente direitos e deveres aos cidadãos, como as que dizem respeito aos direitos de liberdade; mas existem outras normas que regulam o processo através do qual o Parlamento pode funcionar para exercer o Poder Legislativo e, portanto, não estabelecem nada a respeito das pessoas, limitando-se a estabelecer a maneira pela qual outras normas dirigidas às pessoas poderão ser emanadas.

Bobbio deixou entrever as normas de conduta como “imperativas de primeira instância” (entendidas por comandos de fazer ou de não fazer), quando qualificou as normas de estrutura como de “imperativas de segunda instância”, estas significando comandos de comandar. A distinção é importante. Vê-se que o dever-ser das primeiras normas corresponde a uma conduta obrigatória, permitida ou proibida, dirigida de modo direto aos jurisdicionados. Nas segundas normas, por sua vez, o comando tem por destinatário o produtor das normas de comportamento.

Segundo posso entender, a norma do inciso IV (art.150) da nossa Constituição revela-se, com nitidez, "IMPERATIVA DE SEGUNDA INSTÂNCIA".

De feito, é norma de estrutura, por determinar ao legislador um comando ou, mais que isto, um comando de comandar.

Ao proibir a instituição de tributo com efeito confiscatório, a mencionada norma constitucional pode ser catalogada entre aquelas que o mestre Norberto Bobbio denominou de "normas que obrigam a proibir". Vale dizer, o constituinte brasileiro obrigou-se ao estabelecimento de uma proibição. Não há dúvida, por outro lado, quanto à orientação fornecida para a produção de outras normas.

3.3. A dificuldade de demarcar a proibição

Ponto tormentoso tem sido estabelecer os marcos caracterizadores do que se possa chamar confisco. É dizer: Como se pode aferir que o tributo é exacerbante e, por conseqüência, violador do direito de propriedade?

Obviamente, em um primeiro plano, a resposta à questão apresentada poderia situar-se na constatação de que a medida balizadora estaria na própria legislação tributária. Revestindo-se, como se sabe, de vinculação legal toda a atuação do fisco, os seus agentes estariam, de modo invariável, atentos a um disciplinamento normativo a esse respeito quando da efetuação de uma cobrança de tributo. Tenha-se presente, no entanto, que, nem o Código Tributário Nacional nem a Constituição Federal definiram o termo *confisco*. A Carta Magna chegou a atinar, *a contrario sensu*, com o que seja *não-confisco*, quando entendeu de vedar essa prática.

O assunto é daqueles que, a exemplo de muitos outros que pululam no ordenamento pátrio, é capaz de agravar a crise de efetivação das normas, abrindo ensanchas a uma variedade de problemas fiscais, nem tanto pela vacuidade do termo em si, — pois, conforme o Professor Eros Roberto Grau, "Afirmar que as palavras e expressões jurídicas são, em regra, ambíguas e imprecisas não quer dizer porém que não tenham elas significado determinável." —, mas pelo inegável perigo de interpretação aberta, propiciada pelo tema.

Mercê de uma Constituição conhecida como "Cidadã", há de se reconhecer, entretanto, numa interpretação sistemática de seus vários artigos,

que o princípio da vedação confiscatória constitui garantia individual do contribuinte. Sendo assim, toda vez que, num caso concreto de incidência tributária, encontre-se o contribuinte-cidadão diante de uma imissão desarrazoada do poder tributante no seu patrimônio, poderá valer-se da própria Lei Maior para conjurar a anomalia.

Se se tratar, por exemplo, da desapropriação de um imóvel rural, deve-se examinar, antes de mais nada, que o Estado tem legitimidade para tal, porquanto assim o autoriza o art. 184 do Código Supremo. Para que não configure, no entanto, uma prática indevida, o próprio artigo trata de determinar, para a desapropriação, a prévia e justa indenização.

Bem se vê a correspondência que deve existir entre o poder do ente tributante e o direito do tributado, restando atendida a garantia prevista no art. 5º, *caput* e inciso XXII (direito de propriedade), se a imposição, além de ensejar a indenização, aplicar, para o atendimento desta, cálculos que revelem o valor justo do bem expropriado, compensando o proprietário da supressão do seu patrimônio. Ofenderia a razoabilidade comportamento diferente.

Se não há dúvida, nos dias de hoje, acerca da observância do princípio da proporcionalidade em nosso Direito Constitucional, e sendo o poder de tributar, à evidência, matéria desse direito, forçoso é reconhecer que deva existir um respeito geométrico na relação com o contribuinte.

Nesse sentido é que, após destacar a teoria dos princípios como o coração das Constituições, Paulo Bonavides assegura que o da proporcionalidade se vincula ao Direito Constitucional por via dos direitos fundamentais. "É aí que ele ganha extrema importância e afeição um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais e afins, nomeadamente o princípio da igualdade", acentua.

4. Achezas doutrinárias

4.1. O pensamento de consagrados tributaristas

Poucos estudiosos brasileiros têm lançado comentários ao confisco como prática vedada pela nossa Carta Magna. Aliomar Baleeiro chegou a ferir o assunto, ainda ao analisar a Constituição anterior. Asseverou ser *princípio implícito*, naquela Carta, o da *proibição de confisco*. São suas palavras: "Dentre os efeitos jurídicos dos arts. 141, parágrafos 1º e 16, e 202, se

inclui o da proibição de tributos confiscatórios, como tal entendidos os que absorvem todo o valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem exercício de atividade lícita e moral." (Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar, 2ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1960, pág. 237).

Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, ponderou que "A atividade tributária deve ater-se à captação de apenas uma parte da expressão econômica da operação tributária. Deve cifrar-se ao razoável, no sentido de não ser ínfima a ponto de tornar-se insignificante para a arrecadação do Estado, como também não pode exceder um determinado montante, a partir do qual estaria havendo uma apropriação que sacrificaria o próprio direito à propriedade". (Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário - Ed. Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 1995, pág. 134).

O autor mencionado elenca exceções que, a seu ver, justificam a elevação de alíquotas sem que tal configure a existência de confisco. "Admitem-se, portanto, em tese, alíquotas altas em impostos de importação ou mesmo de consumo quando não se desejem ver importadas ou consumidas determinadas mercadorias. É o caso, por exemplo, do fumo e das bebidas alcoólicas no imposto de consumo. Nessas hipóteses, valores de extrema significação social ou econômica podem legitimar a cobrança de tributos com altas alíquotas. A inexistência, contudo, dessa motivação de interesse coletivo leva naturalmente a que o imposto se torne confiscatório, lesivo ao direito de propriedade que a própria Constituição assegura."

Depreende-se da exposição acima referida que o confisco poderá legitimar-se ante finalidades extrafiscais, estando em jogo o bem-estar social ou a saúde da coletividade.

Após aduzir que a doutrina encontra dificuldade em demarcar o ponto a partir do qual um tributo pode ser encarado como confiscatório, Celso Ribeiro Bastos arremata: "Uma tributação pode ser confiscatória sob duas modalidades fundamentais: uma consiste na tomada em consideração exclusiva da operação tributária; a outra, traduz-se na significação da cobrança daquela quantia ante a situação patrimonial do contribuinte. Temos para nós que o Texto Constitucional veda o confisco em quaisquer dessas modalidades."

Ives Gandra da Silva Martins, por seu turno, assim se manifestou sobre o assunto: "Não é fácil definir o que seja confisco, entendo eu que, sempre que a tributação agregada retire a capacidade de o contribuinte se

sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos superiores ao atendimento destas necessidades para reinvestimento ou desenvolvimento), estar-se-á perante o confisco."

Na visão do renomado tributarista, o confisco não pode ser examinado "a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte."

E explica sua afirmação: "Se a soma dos diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá de ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade contributiva do cidadão."

Após pregar a existência do tributo confiscatório e de um sistema confiscatório decorrencial, ambos, a seu ver, proibidos pela Constituição Federal, o autor colaciona a redação do art. 5º, XXII e do art. 170, II, como forma de melhor aferir a proteção do cidadão-contribuinte ante a prática confiscatória.

Vale conferir o teor da Carta Magna:

Art. 5º - (Omissis)

XXII - é garantido o direito de propriedade.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - (Omissis)

II - propriedade privada.

Da leitura dos dispositivos resai o entendimento da assertiva levantada pelo autor no sentido de que a "Lei Suprema assegura que a propriedade não poderá ser retirada sem justa e prévia indenização, qualquer que seja, mesmo aquela que não cumpra sua função social." E isso porque, como bem assinala linhas adiante, "O não-cumprimento de sua função social torna a propriedade urbana ou rural sujeita a penalidades, mas não ao confisco." (Comentários à Constituição do Brasil, cit., v. 6, t. 1, p.161-4).

Verifica-se, a partir dessa abordagem, quão extenso é o campo de atuação do confisco. Ele ultrapassa os limites tributários. Aqui, a propriedade aludida figura como instituto mais sintonizado com o Direito Civil. Alhures, o instituto também não se furta a uma conotação de Direito Administrativo, Econômico ou Comercial, por exemplo.

Para Hugo de Brito Machado, tributo confiscatório é tributo antieconômico, por inviabilizar o desenvolvimento de atividades econômicas, a partir das quais se pode contar com a geração de riqueza.

Segundo o respeitado autor, tem efeito confiscatório o tributo excessivamente oneroso e de cuja imposição deduz o contribuinte a sensação de penalidade. Com sua autoridade de mestre, acrescenta: "Proibindo o tributo com efeito de confisco, a Constituição Federal de 1988 vedou o seu uso como instrumento de absorção, pelo Estado, dos meios de produção". Preconiza, ademais, que "O Estado brasileiro é demasiadamente paternalista. O número de funcionários públicos é escandaloso. Não há dinheiro bastante para cobrir seus gastos." (Curso de Direito Tributário, 11ª Edição, São Paulo, Ed. Malheiros, 1996, págs. 189/190).

Roque Antonio Carraza, aludindo ao valor a ser cobrado a título de taxa (serviço ou de polícia), proclama que esse tributo deve corresponder ao seu custo. Afirma a existência de uma *razoabilidade* a ser verificada entre a quantia cobrada e o gasto que o Poder Público efetuou na prestação daquela atividade.

Segundo o magistério do conceituado mestre, "Se não houver equivalência entre o custo da atuação estatal específica e o *quantum* da taxa, o tributo será inconstitucional, por desvirtuamento de sua base de cálculo. Com isto, aliás, ele assumirá feições confiscatórias, afrontando, pois, o art. 150, IV da CF."

Da passagem acima colhe-se que a base de cálculo, desvirtuada de sua conformação legal, enseja prática confiscatória. Tal raciocínio pode, também, ser estendido aos outros elementos formadores do tributo; ou seja: constatado desvio do sujeito passivo, do fato gerador, da alíquota ou da penalidade aplicável, o tributo pode revelar-se confiscatório.

Ocorre-me um exemplo de desvio quanto à determinação do sujeito passivo da relação jurídica tributária. Suponha-se que a empresa "X" esteja explorando, em determinado local, recursos minerais. O fato, normalmente, é daqueles que leva o legislador federal a impor o pagamento da espécie tributária conhecida por Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Pois bem, instituiu-se a contribuição, mas tal tributo, além de incidir sobre a empresa aludida, incidiu também sobre a empresa "Y", um escritório de advocacia, pelo fato de também atuar naquelas imediações. É patente a anormalidade. Basta dizer que só poderá figurar como sujeito

passivo da obrigação tributária, in casu, a entidade que estiver diretamente envolvida com a exploração da atividade econômica.

4.2. A multa como decorrência do não recolhimento ou sonegação dos tributos

Relativamente ao tributo, a Constituição se manifesta asseverando que não poderá confiscar. Nada ficou esclarecido, nesse passo, no que toca à incidência de *multa*, muitas vezes verificável por ocasião do não recolhimento de tributos ou mesmo de sonegação deles.

A solução do problema tem passado, basicamente, por duas correntes de opinião, segundo o Prof. Petrúcio Malafaia Vicente: a) a dos pensadores que aceitam poder a multa confiscar; b) a dos que não consentem nessa possibilidade.

Os que se integram ao primeiro entendimento argumentam que a Constituição Federal, conforme se vê das normas dos arts. 5º, XLV e XLVI e 243, permite *penas* com caráter de confisco. Se pode apenar, com essa conotação, é claro que a multa restaria permitida, entendem eles. Eis o teor dos dispositivos constitucionais citados:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do patrimônio transferido;

XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

(...)

b) perda de bens:

Art. 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

A corrente pregadora da possibilidade de confisco pela multa tem, pois, como primeiro fundamento, disposições da própria Constituição. Alguns desses autorizativos se espriam pelo Código Penal, como é o caso do art. 91, II, "a" e "b", bem assim encontram ressonância na lei que regulamentou o art. 243, vale dizer, a de nº 8.257, de 26 de novembro de 1991, que dispõe sobre a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

O segundo fundamento utilizado, ainda, pela corrente aludida decorre da forma de interpretação do art. 150, inciso IV, da Constituição. Asseveram ser possível à multa confiscar bens tendo em vista que o dispositivo constitucional só proíbe efeito confiscatório ao tributo. Alegam a inexistência de referência às multas, concluindo por estabelecer que **O INTÉRPRETE NÃO PODE DISTINGUIR ONDE A LEI NÃO DISTINGUE**.

Assentadas as razões que levam a primeira corrente de entendimento a afirmar que a multa pode confiscar bens, vejamos o pensamento da corrente contrária. Esta, diversamente da anterior, propugna pela impossibilidade de efeito confiscatório à multa. Começa por estabelecer uma **RELAÇÃO**

entre o **TRIBUTO** e a **MULTA**, uma relação de acessoriedade; quer dizer: se o tributo é o **PRINCIPAL**, e a multa é o **ACESSÓRIO**, só se pode depreender, por todos os ensinamentos da principiologia do Direito, que o acessório segue o principal. Logo, como o tributo não pode confiscar; muito menos poderia a multa assumir esse papel.

4.3. **Confisco e excesso de exação**

Impressionante como um termo de feição tributária e de tratamento constitucional, como é o confisco, por vezes conduza pessoas a vinculá-lo a outro, de natureza penal. Refiro-me ao delito de excesso de exação, previsto no art. 316, parágrafo 1º do nosso Código Penal.

É certo que ambos os termos patenteiam excessos em suas entranhas. Vale transcrever o teor da norma criminal:

"Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:
Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa."

A redação em destaque foi dada pelo art. 21 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, definidora de crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

Rui Stoco, ao comentar o crime de excesso de exação, assinala que, entre nós, ele se verifica sob duas modalidades: a) exigir o funcionário tributos ou emolumentos (custas) que sabe indevidos; b) empregar na cobrança dos que são devidos, meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza.

Conforme o referido autor, vexatório é o meio que expõe o contribuinte a vergonha ou humilhação. Cita, como exemplos, diligências aparatosas, violência física ou moral, injúria etc). Gravoso, explica ele, é o meio que impõe ao contribuinte maiores ônus; configura-se um abuso, uma agravação não permitida em lei.

A figura penal, de excesso de exação, não significa, é claro, confisco. Pus lado a lado as duas noções por me chamar a atenção o contato entre elas existente, quanto ao desmesuramento que as caracteriza e, por consequência, o tratamento de vedação a ser aplicado.

5. Posições dos tribunais

5.1. A visão do Supremo Tribunal Federal

Nossa Corte Máxima de Justiça, na AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n.º 2010, entendeu que a cobrança da Contribuição Previdenciária nos moldes da Lei n.º 9.783/99, agride frontalmente preceitos da Constituição Federal, especificamente o do art. 150, inciso IV.

A decisão dá conta do incabimento da cobrança de Contribuição Previdenciária dos Servidores Aposentados e Pensionistas da União.

A Proporcionalidade como fundamento de decisão a proteger o direito de propriedade:

No Recurso Extraordinário n.º 18.331, relatado pelo Min. Orozimbo Nonato, a Corte Máxima assim se manifestou: "O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do "détournement de pouvoir". Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode se acender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado". (Apud Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Gilmar Ferreira Mendes – Coordenador, Brasília Jurídica, 2000, págs. 251/252).

5.2. Como o Superior Tribunal de Justiça enfrenta a questão

De pesquisa efetuada em acórdãos do STJ, pude colher o entendimento que seus Ministros perfilham no enfrentamento do confisco. Conforme se pode perceber, muitas são as modalidades caracterizadoras da vedação constitucional, de acordo com cada caso concreto submetido à apreciação daquela Corte de Justiça.

Correção Monetária:

O Tribunal assegura que deve existir correção monetária na devolução de valores recolhidos por empréstimo compulsório, sob pena de desafio à proibição constitucional do confisco (art. 150, inc. IV, da CF). É o que se extrai de acórdão proferido no Recurso Especial de n.º 194404/SC, relatado pelo Min. Franciulli Netto, da 2ª Turma. Publicação DJ 28/08/2000, pág. 00066.

O aludido acórdão vai mais longe, ao prescrever que, além da necessidade de correção monetária, deve ser esta calculada através do índice que melhor reflita a inflação.

Situação Jurídica Consolidada e Direito Adquirido:

Numa decisão que teve por objeto a cobrança de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentados e pensionistas, quando à época da inativação a lei aplicável não dispunha sobre essa possibilidade, o Tribunal entendeu ser vedada a exigência da exação. Sustou o desconto de 3,5% feito nos proventos dos impetrantes, considerando confiscatório esse percentual por violador de uma situação jurídica já consolidada. (Acórdão ROMS 9965/MG, relatado pelo Min. Jorge Scartezini, da 5ª Turma. Publicação DJ 07/08/2000, pág. 00121.

No julgado acima, o STJ tomou como embasamento a previsão do art. 195 da CF e a Súmula 359 do STF. Deste Tribunal alinhou também os seguintes precedentes: ADIN n.º 2.010 e ADMIC n.º 1.433/GO.

Proporcionalidade:

A Primeira Turma do Tribunal vislumbrou existente o confisco na apreensão de veículo transportador de mercadorias clandestinas, pela manifesta desproporcionalidade entre o valor das mercadorias e o do carro transportador. Desconstituiu a apreensão fiscal, evitando a perda do veículo. RESP 119305/RS. Relator: Min. Milton Luiz Pereira. Publicação DJ 02/08/1999, pág. 00139.

Execução Fiscal – Penhora Insuficiente:

Normalmente, a interpretação que se faz acerca da possibilidade de manejo de embargos à execução, no caso de penhora de bens, é que tal constrição satisfaça integralmente o crédito. Porém, o STJ, no Acórdão RESP 14860/RJ, relatado pelo Min. Humberto Gomes de Barros, publicação

DJ 13/05/1996, pág. 15540, estabeleceu que "a circunstância de o bem penhorado ser insuficiente para garantir a satisfação integral do crédito, não retira do devedor a faculdade de embargar a execução." Acrescenta: "Aproveitar a penhora, apenas para dar curso à execução, sem abrir ao devedor o direito de embargar, é praticar odiosa restrição ao direito de defesa e transformar a execução em confisco."

Atraso no Pagamento do Preço de Imóvel Expropriado:

O Tribunal, por sua Segunda Turma, teve ensejo de considerar ilícito e confiscatório o ato de pessoa jurídica de direito público que, somente após quase quarenta anos de imitada na posse de imóvel expropriado, e mediante provocação do interessado, começou a discutir o pagamento do preço. Acórdão RESP 14860/RJ. Relator: Min. Ari Pargendler. Publicação DJ de 13/05/1996, pág. 15540.

Interessante como designado, neste passo, o confisco. A Corte de Justiça o situou no campo do *Direito Civil*, como *Ato Ilícito* da Administração Pública.

Direito ambiental:

Após análise do art. 5º da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal), em Recurso Especial, a 1ª Turma assentou que "As Limitações Administrativas, quando superadas pela ocupação permanente, vedando o uso, gozo e livre disposição da propriedade, desnaturam-se conceitualmente, materializando verdadeira desapropriação."

O caso versava sobre a criação de parque nacional, atribuição, sem dúvida, do Poder Público. Só que este, na oportunidade, efetuou desapropriação e não limitação administrativa. Logo, impunha-se o dever de indenizar, sob pena de configurar-se mascarado confisco. (RESP 8690/PR, DJ 03/11/1992, pág. 19698).

Processo Civil e Constitucional:

Por sua 2ª Turma, o Tribunal teve ensejo de abordar o tema à luz da sistemática processual. Num caso específico em que o tribunal de instância inferior deixou de reconhecer que determinada lei incorreu em confisco, firmou o entendimento de que se impunha a interposição de Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal; não de Recurso Especial. (Embargos de Declaração no RESP 179698/MG, DJ 19/04/1999, pág. 116).

Confisco cambial:

Numa decisão em que se discutia a incidência de ICM sobre exportação de soja, os Ministros da 1ª Turma sustentaram que a inclusão de uma outra quota, chamada de contribuição, na base de cálculo do imposto, configuraria confisco, na forma cambial. (RESP 7836/RS, DJ 27/06/1994, pág. 16885).

Direito e Processo Penal:

No campo do Direito Penal e Processual Penal, o confisco toma outra direção. Deixa de ser vedado para ser permitido. Várias são as decisões dando pela legalidade do confisco de armas de fogo e outros instrumentos de crime. Os Embargos de Divergência no RESP nº 83359/SP, DJ 21/02/2000, ensejaram aos Ministros da 3ª Turma consignar que: "A condenação por porte ilegal de arma de fogo acarreta, como efeito, o perdimento do armamento apreendido, em razão da aplicação, na espécie, do disposto no art. 91, II, 'a', do Código Penal, em consonância com o art. 1º da LCP."

Mesmo nos casos em que autorizado o confisco, há uma observação a ser levada em conta pelo estudioso do Direito. Estou a me referir ao princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Do exemplo a seguir transmitido, concluir-se-á pela necessidade, mesmo nos casos de confisco autorizado, da obediência a formalidades do processo atinentes à defesa da pessoa atingida, sob pena de confisco na acepção proibida. Quero destacar um caso levado a julgamento pelo STJ, tendo por conteúdo o tráfico de entorpecentes e drogas afins: ROMS 6594/RJ, DJ 01/07/1996, pág. 23987. A Corte assentou a impossibilidade da perda de bem, ainda que decorrente, como, na espécie, de tráfico de entorpecentes, sem que, antes, restasse certa a autoria através de sentença judicial e observado o contraditório. Aduziu que o direito de propriedade é garantia constitucional e que nenhum cidadão pode ser privado de seus bens (ou coagido a fazer pagamento) sem defesa, maculado o princípio constitucional do devido processo.

5.3. Enfoque dado pelo TRF da 5ª Região

O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, após considerar que a vedação ao confisco é fato de difícil conceituação no nosso

Direito, assinalou que essa proibição constitucional só pode ser estudada em consonância com o sistema sócio-econômico vigente.

Entendeu que o tributo instituído pela Lei n.º 8.033/90 (sobre operações financeiras – IOF), é confiscatório, por duas razões: a primeira, por ausência de Lei Complementar (necessidade que se impunha, dada a incidência de imposto novo sobre a propriedade); a segunda razão se refere às alíquotas determinadas nessa lei: eram de tal sorte elevadas que, segundo o Tribunal, onerariam a capacidade contributiva do sujeito passivo a ponto de inviabilizar-lhe as operações financeiras. (Relator: Juiz Geraldo Apoliano. Publicação: DJ de 09/05/1997, pág. 032214).

5.4. Manifestações do TCU

O Tribunal de Contas da União, em diversos documentos e decisões, dá seu entendimento sobre *confisco*, algumas vezes no sentido mais amplo do termo, porém, de forma bastante considerável para o estudo do assunto.

Da decisão plenária de n.º 557/96 – Ata 35/96 – Processo n.º TC 011.433/96-5, sessão de 04/09/96, publicada no DOU de 24/09/96, à pág. 18989, o Tribunal, ao se manifestar sobre as contas do Presidente da República, relativas ao ano de 1991, revela que, no ano anterior, o Governo do Brasil praticou desabrido *confisco* de bens da população, *verbis*:

“Tendo sido o controle inflacionário considerado o maior objetivo inicial do Governo iniciado em 1990 – justificando enormes sacrifícios à população, inclusive o inédito confisco patrimonial de pessoas físicas e jurídicas e, até mesmo, dos saldos das cadernetas de poupança –, até que ponto o fracasso no combate à inflação comprometeu o programa de governo e constitui responsabilidade do Presidente da República?”

Trata-se, com é da lembrança de quase todos os brasileiros, do indesejável confisco direto, em dinheiro e generalizado ocorrido em nosso País.

6. CONCLUSÕES

Assentado que a vedação ao confisco é princípio norteador do nosso ordenamento jurídico, algumas ilações podem ser extraídas deste trabalho:

6.1. No período de Estado Patrimonial, o confisco foi praticado às escâncaras. O particular não gozava de proteção de seu patrimônio, o qual poderia ser transferido para os cofres Régios, da Igreja ou da Nobreza, de forma total ou parcial, fosse em nome das necessidades do Estado, fosse em decorrência pura e simplesmente do capricho dos ocupantes do poder.

6.2. Alcançado o Estado de Direito, o confisco desaparece da forma nua e crua como vinha sendo praticado. Surge o primado da lei. O patrimônio privado poderá ser desapropriado, desde que haja a correspondente indenização. A incidência tributária, agora com embasamento legal, observará limites traçados nos ordenamentos jurídicos. Limitação das mais importantes diz com a exigência de *pagamento do tributo em dinheiro*.

6.3. Indiscutível a legitimação do tributo, segue-se que ele não poderá, daí em diante, apresentar, sequer, o *efeito de confisco*. É onde, todavia, precisamente, o problema se apresenta, dado que continuam a existir, nos dias de hoje, conforme visto, exações configuradoras de variadas anomalias (penalidade, excesso, desproporção, inviabilidade do sustento ou desenvolvimento de pessoas físicas ou jurídicas), tudo com efeito danoso à propriedade e, portanto, confiscatório.

6.4. Do confronto entre o tributo e a situação contributiva do cidadão exsurge um regramento que alguns chamam de razoabilidade; outros, de proporcionalidade; meio pelo qual se pode aferir o equilíbrio da imposição estatal, fora do que resta caracterizado o confisco.

6.5. Alguns autores usam de estabelecer *margens percentuais* para caracterização dos tributos confiscatórios. Sob essa abordagem, quanto maior a alíquota da exação, mais propícia se revelaria a evidenciar feições de confisco. Todavia, essa concepção há de ser encarada com alguns cuidados, dentre eles a observação da capacidade do contribuinte. É que, por exemplo, para uma pessoa, a imposição de um tributo de alíquota de 90% sobre os lucros que venha a obter numa negociação, poderá não ensejar nenhum peso ao seu normal desenvolvimento; ao passo que, para outra pessoa, a imposição de apenas 1% sobre os referidos lucros, poderá comprometer seriamente seu sustento e, então, configurar confisco.

6.6. Mesmo nos casos onde há expressa possibilidade de confisco, como, v.g., culturas psicotrópicas e porte ilegal de armas, deve ser observado o princípio do devido processo legal, como forma de se legitimar o procedimento confiscatório.

6.7. O direito de propriedade, constitucionalmente garantido (arts. 5º, *caput*, XXII, e 170, II), não sofre ofensa alguma no que pertine à possibilidade de confisco nos casos do item 6.6 (anterior). A confiscação de armas de crimes e de terras onde existentes culturas psicotrópicas é, de todo, constitucional, por não haver direito das pessoas à propriedade de tais bens. O campo da ilicitude, nestes casos, é bastante dilargado.

6.8. Podem incorrer em efeito de confisco: a lei *lato sensu* e a operação tributária. No primeiro caso, o desregramento é originário da emissão normativa. No segundo, a atividade do administrador coloca em posições desajustadas o dispositivo legal e a situação do contribuinte. Vezes sem conta, pode-se entrever, pela própria estrutura da exação, tratar-se de algo afrontoso, seja pela elevação exagerada de alíquotas, seja pela duração alongada de uma exigência, por exemplo.

6.9. A vedação do confisco há de ser interpretada em conjunto com outros princípios constitucionais, maiormente os declarados no art. 5º da Carta Política. Só se pode perquirir com eficiência o princípio do art. 150, IV, se o entendermos como extensão dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

6.10. No Brasil, se considerarmos o cidadão individualizado, que tem de arcar, dentre outros, com a CPME, com o imposto predial e territorial urbano, para morar de forma regular; com o pagamento de imposto pela propriedade do automóvel; com o imposto de renda sobre o salário; com o pagamento de energia elétrica, água, esgoto e telefone; com os impostos indiretos, incidentes sobre combustíveis, alimentos e vestuário, — se tudo isto for considerado com a agravante de que o aumento dessas exações ocorre sistematicamente e, de outro lado, o salário e os ganhos complementares diminuem a cada dia, seja pelo fechamento dos postos de trabalho, seja pela existência de subempregos que pagam muito mal ao trabalhador, — resta indubitável que o cidadão brasileiro é diariamente confiscado em seu patrimônio.

6.11. A meu ver, as modalidades de confisco praticadas no Brasil (salvo aquelas legitimadas pela Carta Suprema, que, obedientes a razões extrafiscais ou de segurança, permitem, por exemplo, sejam confiscadas

armas e culturas psicotrópicas, bem assim a elevação justificada de alíquotas em cigarros e bebidas alcoólicas), ofendem, ainda, dois importantíssimos princípios; quais sejam: o *princípio da moralidade* (entre nós estatuído no art. 37 da Constituição) e o *princípio da vedação de enriquecimento ilícito ou sem causa*, este, no meu particular modo de entender, um mandamento supraconstitucional, de observação obrigatória no mundo inteiro por encontrar-se, apesar de não normatizado, enraizado em todas as culturas.

Não há dificuldade em se entender que a exigência de tributo disfarçado de legal ou incondizente com a capacidade contributiva, tirando (de quem pouco ou quase nada tem) valores que afetem seu sustento ou desenvolvimento, seja como pessoa física ou empresarial, atenta contra a moralidade. O Estado, ao utilizar-se de fúria arrecadatória para impor desmedidos sacrifícios aos contribuintes, mormente os de menor capacidade, revela-se incompetente e mau gestor, ensejando um maior distanciamento da distribuição da riqueza.

Talvez mais revoltante para o contribuinte, nesse contexto, seja perceber que a pesada arrecadação que ajuda a realizar não se traduz, o mais das vezes, em desejados benefícios sociais, mercê de desviados ou muito mal aplicados os recursos uma vez nas mãos dos administradores que periodicamente elegemos.

6.12. A vedação de tributo confiscatório assoma, no nosso ordenamento, como princípio conducente à efetivação de outros princípios demarcadores do regime democrático, como justiça social, dignidade humana e desenvolvimento nacional.

Fortaleza, 2000

BIBLIOGRAFIA

- ABRIL, Almanaque. 21. ed. São Paulo: Editora Abril, 1995.
- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro. 9. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.
- BALEEIRO, Aliomar. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Polis, 1991.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CÓDIGO Comercial, Código Tributário Nacional e Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CÓDIGO Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Alberto Silva Franco et al. 5. ed. revista e ampliada, tomo I, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

- HOLANDA, Aurélio Buarque Ferreira de. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Nova Fronteira, 1975.
- LIMA, Hermes. Introdução à Ciência do Direito. 8.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1955.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- SANTOS, William Douglas Resinente dos. Concursos Públicos/Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Oficina do Autor, 1996.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado fiscal. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

Reconhecimento Mútuo: Um Projeto de Ética Política.

Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz
Procurador do Município de Fortaleza
Professor do Curso de Direito da Unifor
Mestre em Direito Constitucional (UFMG)
Doutorando em Filosofia do Direito (UFMG /
Universidade de Frankfurt am Main)

Desde Immanuel Kant, o projeto filosófico de fundamentar a normatividade das regras morais a partir de um princípio de universalização sempre ocupou destaque nas reflexões no campo da filosofia moral.

A questão em debate pode assim ser resumida: qual a validade, o sentido e o alcance da afirmação segundo a qual a adequação moral de uma determinada ação residiria na possibilidade de universalização da regra que condiciona o sujeito a agir de uma determinada maneira.

Uma análise da filosofia política nas duas últimas décadas do século XX demonstrou, ao mesmo tempo, uma evolução no âmbito das discussões acerca dos seus conceitos centrais e uma aproximação maior destes debates com as regras normativas produzidas nas concepções fundamentais da filosofia moral. Não obstante as diferenças normais, próprias de qualquer debate, há um consenso em torno da exigência de erradicar as injustiças sociais e econômicas, que jamais poderiam ser justificadas com base em fundamentos racionais.

Este importante momento de uma concepção racional de justiça, que tentou ser implementado por meio da política empreendida por alguns governos da social-democracia, passou, recentemente, por alterações substanciais no modo de definir teoricamente as suas principais categorias.

É necessário dizer, desde logo, que não se trata de conceitos dotados de univocidade. Nem tampouco seria razoável afirmar, especialmente em sistemas sócio-políticos a exemplo do atual modelo brasileiro, que a simples positivação constitucional de normas nesse sentido teria o mágico efeito de impor tal ou qual conduta aos donos do poder, usando a feliz expressão de R. Faoro.

No entanto, é extremamente relevante a moderna construção teórica segundo a qual a idéia de uma erradicação geral de desigualdades sociais deve ser substituída por um (bom) combate às agressões à dignidade humana, o respeito ao indivíduo, encarado como sujeito de direitos e obrigações, posto que *radicalmente* titular de liberdade subjetiva e de liberdade política.

Trata-se, enfim, de encarar o indivíduo como um fim e não como meio para a satisfação de interesses particulares, posto que a idéia de justiça jamais poderá tornar-se efetiva se dissociada da dignidade que é incondicionalmente devida a cada um. Nenhum Estado Democrático poderia aceitar a contradição de consagrar, em sua constituição, uma idéia de justiça material e, ao mesmo tempo, torná-la ineficaz, posto que as suas mais importantes instituições a desenvolvem de modo injusto.

Numa só palavra: a dignidade humana e o respeito devido ao indivíduo, passam a constituir o ponto axial das categorias centrais da moderna filosofia política e moral, ao lado dos conceitos de repartição equitativa de bens e de igualdade material. Enquanto as primeiras concepções estão associadas a uma idéia de justiça que concretiza conceitos de justiça social materializados na justa redistribuição de bens, as idéias que giram em torno do conceito central do "reconhecimento" buscam definir as condições pelas quais uma sociedade se diz igualmente justa a partir do momento em que também tem por objetivo reconhecer efetiva e eficazmente a dignidade individual e o respeito devido a cada um.

As várias teorias construídas em torno do conceito de "reconhecimento" têm desempenhado importante papel nesta mudança de perspectiva. Trata-se, aqui, em termos gerais, de considerar que uma política igualitária voltada à "*redistribuição equitativa de bens*" não seria suficiente como um identificador dos valores morais de uma determinada comunidade política, mas também seria necessária a efetivação de determinados direitos que protegeriam estas mesmas comunidades da incômoda discriminação social (negrito do editor). Resumidamente: os partidários desta teoria opõem, no âmbito da arena política e dos debates sociais, lutas pelo reconhecimento e lutas por melhor distribuição de bens.

Nancy Fraser, por exemplo, fala a respeito de uma essencial mudança nos paradigmas característicos das modernas teorias da justiça, os quais refletem a passagem de uma simples idéia de redistribuição de bens para a idéia de reconhecimento, propondo uma unificação destas

duas perspectivas, tendo em vista uma política emancipatória.

Axel Honneth, por sua vez, segue as linhas gerais desse modelo, mas defende um projeto com contornos e propostas mais diferentes, uma vez que questiona a própria distinção entre conflitos pelo reconhecimento e conflitos pela distribuição de bens, demonstrando que as razões morais dos conflitos sociais radicam em demandas sociais de reconhecimento, conceito que igualmente inclui procedimentos de natureza distributiva.

A modernidade, para este autor, se define por duas grandes características: a) uma diferenciação, por níveis, das relações sociais, típica do capitalismo moderno (público/privado; sociedade/Estado); b) a afirmação do princípio básico do liberalismo político, *ven a ser*, a igualdade de direitos. Ao definir as condições gerais da realização individual nas sociedades modernas, expõe um modelo teórico que inclui três esferas de reconhecimento, cuja origem reside na ordem de diferenciações acima destacada e cuja exposição determina o que se deve compreender por *justiça social*.

A esfera do amor: a relação de reconhecimento pressupõe a ligação afetiva entre os indivíduos, através da qual o sujeito adquire uma segurança emocional e uma confiança de si mesmo na exposição de suas necessidades, como resultado da experiência de um reconhecimento afetivo.

A esfera do direito, a qual pressupõe que uma pessoa possa se sentir titular dos mesmos direitos que o seu semelhante e possa, assim, desenvolver um sentimento real de respeito de si mesma. A relação de reconhecimento, neste nível, não se desenvolve no plano afetivo, mas se fundamenta na igualdade de direitos e sobre uma consciência comum de um ordenamento jurídico que disciplina direitos e deveres correlatos e recíprocos.

Por fim, tal modelo pressupõe que a contribuição dos indivíduos à comunidade política (prestação, *Leistung*), onde as várias identidades individuais são construídas por meio de uma história de vida, seja considerada sem discriminação e, conseqüentemente, possibilite, em virtude de um tal incentivo, o desenvolvimento da auto-estima numa dimensão comunitária.

De acordo com as concepções de Honneth, a conquista dos direitos subjetivos e a sua objetivação nas instituições é a conseqüência direta das grandes lutas sociais empreendidas por grupos ou classes sociais minoritários, que sempre buscam reconhecimento. O que se pretende, em suma, não é a construção abstrata de um sistema de justiça que funcione como modelo de crítica — como assim o pretende J. Rawls —, mas construir princípios de

justiça a partir da experiência prática dos indivíduos e dos grupos sociais.

A questão que se põe, portanto, gira em torno de analisar o desenvolvimento, numa dada comunidade, de certas reivindicações de reconhecimento que não só visam a melhoria a curto termo dos graus de *inclusão* social, mas também tendem a melhorar o nível moral de *integração* social. No entanto, sem que se possa trabalhar com fundamentos validados e justificados de modo argumentativo a pretensão teórico-crítica de explicitar semelhantes regras morais corre o risco de tornar arbitrária a sua institucionalização.

De outro turno, a crítica das condições da vida comunitária não pode partir de um nível ou modelo puramente abstratos, mas deve estar dialeticamente ligada a pontos-de-vista existentes, reais e efetivos na sociedade (negrito do editor). Serão, portanto, as experiências, boas ou más, dos indivíduos, em torno do reconhecimento ou da violação de sua autonomia moral e/ou dos seus direitos subjetivos, públicos ou privados, as bases sobre as quais encontrará apoio uma teoria crítica da ordem social estabelecida, sempre com a finalidade principal de elevar ao máximo a *idéia de dignidade humana* (negrito do editor).

Em outras palavras: dentre o grande número de reivindicações nas lutas sociais, é necessário estabelecer quais serão as exigências moralmente justificadas – i.e., quais delas conduzem a um alargamento das relações de reconhecimento social –, como critério necessário à sua positivação.

Para que a filtragem das expectativas sociais no universo moral da sociedade não se torne arbitrária, Honneth propõe dois critérios racionais: devem ser levados em conta, em primeiro lugar, processos de *individualização*, mediante os quais aumentem as chances de articulação e desenvolvimento legítimos dos vários aspectos da personalidade de cada um; de outro lado, não devem ser esquecidos processos de *inclusão social*, na medida em que permitem uma *integração* constante e crescente dos indivíduos que compõem uma dada comunidade política. Tais critérios são intimamente ligados às premissas teóricas e sociais da teoria do reconhecimento, e com elas formam uma espécie de processo reflexivo: a melhoria das condições pessoais e a *inclusão social* se concretizam por meio do estabelecimento de relações de reconhecimento mútuo e social.

Tem-se, então, nestas relações, um processo dialético que, do ponto-de-vista moral, parte do particular (necessidades individuais, condições de

vida e contribuições à sociedade) e alcança o universal que se expõe nos princípios gerais de reconhecimento (*amor, direito, prestação*) (negrito do editor). As reivindicações sociais, uma vez legitimadas racionalmente, alcançam um grau de normatividade tanto maior quanto mais favoreçam o sujeito moral e a *inclusão social*.

No quadro geral de suas idéias, Honneth deixa clara a opção por modelos teóricos que tenham por finalidade a *integração* normativa das sociedades através da objetivação e institucionalização de princípios universais de reconhecimento que definem quais são as formas concretas de reconhecimento mútuo entre os membros de uma dada comunidade política, na dinâmica da vida social.

A consequência de suas premissas teóricas e sociais seria uma ética política concebida de modo a recuperar e promover a qualidade de relações de reconhecimento asseguradas pela sociedade; a justiça e o bem estar social seriam mensurados a partir do grau de aptidão de cada comunidade em garantir as condições do reconhecimento mútuo, sem as quais a constante formação da identidade pessoal e, conseqüentemente, a inserção do indivíduo na coletividade não poderiam se realizar, à míngua de condições sociais suficientemente adequadas.

BIBLIOGRAFIA

BRUNKHORST, Hauke [& KETTNER, Mathias – hrsg.]. **Globalisierung und Demokratie. Wirtschaft, Recht, Medien.** Frankfurt/Main: suhrkamp, 2000, 415p.

FRASER, Nancy. **From Redistribution to recognition? Dilemmas of Justice in a "Postsocialist" Age.** In: *Justice Interruptus: Critical Reflections on the "Postsocialist" Condition.* London/NY: Routledge, 1996, pp. 11-40 [256p.].

HABERMAS, Jürgen. **Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln.** Frankfurt/Main: Suhrkamp, 1983.

HONNETH, Axel. **Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte.** Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2002, 301 p.

— — — — — **Das Andere der Gerechtigkeit. Aufsätze zur praktischen Philosophie.** Frankfurt/Main, Suhrkamp, 2000, 339p.

— — — — — **Kritik der Macht. Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie.** Frankfurt/Main: Suhrkamp, 2000, 407p.

— — — — — **"Grenzen des Liberalismus. Zur politisch-ethischen Diskussion am den Kommunitarismus".** In: *Philosophische Rundschau*, 1-2 (1991), pp. 83-102.

Os Reflexos da Terceirização na Administração Pública

Ana Cristina Uchoa de Albuquerque Andrade
Especialista em Direito Privado
Procuradora Assistente do Município de Fortaleza

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. ORIGEM DA PALAVRA TERCEIRIZAÇÃO
3. CONCEITO
4. GLOBALIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS
5. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
6. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
 - 6.1. Licitação Pública
 - 6.2. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação.
7. ENUNCIADO 331 - TST
 - 7.1. Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública
8. CONCLUSÃO
9. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO.

A Terceirização, objeto do presente estudo, vem sendo bastante utilizada no mundo contemporâneo, não só no âmbito da iniciativa privada, mas também na Administração Pública.

O que se pretende neste trabalho, é fazer uma sucinta análise do assunto, de maneira objetiva e sistemática, proporcionando, assim, àqueles que não conhecem a matéria, um conhecimento mais amplo sobre a terceirização como contrato de prestação de serviços e seus reflexos na Administração Pública.

Inicialmente, traçaremos um enfoque conceitual da palavra, através de suas raízes até sua evolução no direito brasileiro. Posteriormente, comentaremos os requisitos considerados como indispensáveis para a caracterização de uma terceirização lícita, e o mandamento constitucional imposto no art. 37, inciso XXI da CF para as contratações públicas: a obrigatoriedade de realizar um procedimento licitatório em momento prévio.

Por fim, examinaremos o Enunciado 331 do TST, especialmente no tocante à responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, buscando fazer um paralelo com as disposições contidas na Lei nº 8.666/93.

2. ORIGEM DA PALAVRA "TERCEIRIZAÇÃO"

A contratação de serviços de terceiros é bastante antiga. Suas raízes remontam aos Estados Unidos, por volta dos anos 30 (antes da segunda grande guerra), chegando ao Brasil nos meados dos anos 50.

Originou-se do próprio contrato de trabalho, e no nosso ordenamento jurídico derivou-se do contrato de locação de serviços, previsto no Código Civil Brasileiro.

A contratação de terceiros para prestação ou locação de serviços na Administração Pública vem sendo utilizada desde o tempo do Decreto - Lei nº 22/67, passando pela Lei nº 5.645/70, Lei nº 8.666/93, e, mais recentemente pelo Decreto 2.271/97.

Percebe-se que contratação de terceiros para prestação de serviços não é tão nova como parece. Nova é a palavra terceirização e a intensidade em que vem sendo utilizada, não só nas atividades particulares empresariais, mas também em toda a Administração Pública moderna.

3. CONCEITO

Buscando conceituar a palavra terceirização, torna-se um pouco difícil encontrar uma definição precisa no dicionário da língua portuguesa, pois trata-se de uma palavra nova e que ainda continua causando bastante polêmica na sua interpretação.

Sobre o assunto existem posições diferenciadas entre os doutrinadores. Alguns entendem que a utilização do termo "terceirização" não seria o mais apropriado para esse tipo de contratação, pois trata-se de um contrato

que envolve apenas duas partes, a empresa tomadora de serviços e a empresa prestadora de serviços, ou seja, uma relação bilateral.

Para o autor Aryon Romita, "falar em terceirização é impróprio, uma vez que a relação, envolve apenas duas partes, *primus* e *secundus*, constituindo-se, portanto, uma relação bilateral entre a empresa tomadora e a prestadora."¹

Em posição oposta, entendem outros estudiosos na matéria que a palavra terceirização é a que melhor se adequa ao seu uso, pois trata-se de uma relação resultante de um liame triangular - a empresa tomadora de serviços transfere suas atividades para uma empresa prestadora de serviços, que esta, por sua vez, transfere para um terceiro executar essas atividades.

Seguindo os ensinamentos do grande mestre, professor Sérgio Pinto Martins, entendemos que a terceirização consiste na possibilidade de contratar um terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa tomadora de serviços. A contratação tanto pode envolver a produção de bens, como a prestação de serviços.

Carlos Alberto Ramos Soares Queiroz, em sua obra "Manual de Terceirização", S.Paulo, STS, 1992, PP. 11/19, entende ser a terceirização "uma estratégia econômica que proporciona qualidade, agilidade, simplicidade e competitividade, mediante um processo de transferência, a terceiros, das atividades acessórias e de apoio, permitindo às empresas concentrarem-se no seu objetivo final ou na atividade-fim".

Diante deste contexto, percebe-se que a Terceirização, é, sem dúvida alguma, um mecanismo anômalo, anormal de contratação, fugindo totalmente à tradicional definição de relação empregatícia bilateral, prevista na nossa Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT.

Além de conceituar a palavra terceirização, é importante mencionar ainda algumas vantagens que fazem da terceirização uma atividade bastante atraente, refletindo uma visão dinâmica da economia empresarial moderna. Dentre esses atributos, cabe destacar os seguintes:

- a) possibilidade de criar melhores condições na economia de mercado;
- b) geração de ganhos com a competitividade;
- c) economia nos custos da contratação com treinamento dos empregados;

¹ A terceirização e o Direito do Trabalho - LTR 56-03, pp.273-274

- d) redução significativa dos encargos sociais decorrentes;
- e) desmobilização de movimentos grevistas.

Em suma, o processo de terceirização de serviços radicou-se definitivamente no mundo moderno, indicando a transferência de tarefas e serviços costumeiramente realizados pela própria empresa para terceiros.

Conhecida pelo mercado como a nova tendência universal, um fenômeno progressivo e irreversível, constitui um dos fatores essenciais na moderna organização empresarial.

Falar sobre terceirização implica em tecer, também, alguns comentários sobre a Globalização, outro fenômeno que vem contribuindo bastante para a flexibilização das normas trabalhistas.

4. GLOBALIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

A palavra globalização pode ser interpretada por vários aspectos.

De acordo com LISTZ VIEIRA², a globalização tanto pode significar um fenômeno fatal e inescapável, como uma mera ideologia, propagandeada pelo Banco Mundial e pelos países dominantes, um grande processo de homogeneização. Essa homogeneização é entendida como um redimensionamento nas noções de espaço e tempo, que interligam em questões de segundos as notícias em volta ao mundo, percorrendo milhares de quilômetros, entrando e saindo em diversos países por transferências eletrônicas, trazendo e levando mensagens, de um lado para outro do universo. É através desse processo, dessa perfeita harmonia entre o local e o global, que acontece a globalização.

A Globalização pode ser interpretada também como um processo de diminuição entre os povos, uma troca imediata de culturas, uma harmonização entre as diversas nações, ou seja, um processo rápido e eficiente na distribuição de informações e dados.

A título de ilustração seria conveniente transcrever os ensinamentos de REGINALDO MELHADO³ em seus estudos sobre a Globalização,

² Cidadania e Globalização, Editora Record, RJ, 1997, p.70

³ Globalização, Terceirização e os Princípios da Isonomia Salarial, vol. 60, Editora LTR, p.60.1.1323

Terceirização e os Princípios da Isonomia Salarial, que assim se manifesta:

“Os dois marcos da globalização – o trabalho atomizado e o colosso transnacional – fundem-se dialéticamente: feito duas faces de uma mesma moeda, são resultado de novas técnicas de organização da produção, de controle social de trabalho, de relações industriais ou, numa só palavra, da japonização – ou toyotização – da empresa moderna”.

Em consequência da globalização, a economia mundial vem sofrendo rapidamente grandes transformações, são introduzidas no mercado novas técnicas de produção, as empresas internacionais investem seu *know how* nos países do terceiro mundo, o mercado de trabalho tradicional vem exigindo mudanças radicais em sua estrutura.

São aplicadas legislações comparadas nos acordos e convenções, trazendo reflexos destrutivos nas relações de trabalho, aumentando com bastante rapidez o número de desempregados. O mercado de trabalho está se tornando mais competitivo, necessitando de mais agilidade e tecnologia administrativa para alcançar melhor produtividade e melhor qualidade.

Em função dessa nova realidade econômica, o Brasil está, cada vez mais, rendendo-se à flexibilização das relações trabalhistas. Os persistentes desequilíbrios na economia mundial tem abalado diretamente o trabalhador, gerando uma crescente onda de desemprego, colocando em crise o modelo tradicional do direito do trabalho.

A tutela aos trabalhadores, considerada bastante protecionista para o mundo moderno, refletindo o autoritarismo da época em que foi criada, a rigidez do mercado de emprego e o alto custo do trabalhador, constituem os principais fatores para o decréscimo dos níveis de emprego.

É preciso que as relações trabalhistas se adequem à nova realidade econômica, que exista uma convivência harmoniosa entre o capital e o trabalho, uma sintonia entre as relações de consumo e as normas de proteção ao trabalhador.

A legislação trabalhista deverá ser mais aberta aos novos desafios apresentados, às novas condições do mercado. É necessária uma maior flexibilidade nos conceitos, procedimentos, comportamentos e na aplicação das diversas normas trabalhistas.

Flexibilizar as normas trabalhistas significa ajustá-las ao novo sistema de produção, sem deixar de lado os diversos princípios constitucionais de proteção aos trabalhadores.

Seguindo esse caminho, o Direito do Trabalho, com certeza, estará buscando uma valiosa parceria com o mercado, evoluindo para uma visão mais ampla, adaptando-se aos novos conceitos de modernidade empresarial.

5. TERCERIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É através da terceirização que os atuais administradores públicos buscam parcerias com a iniciativa privada para realização de suas tarefas impróprias. A terceirização constitui uma das formas de privatização (em sentido amplo) de que vem se socorrendo a Administração Pública (*in* Parcerias na Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, editora Atlas).

Comentando sobre a terceirização de serviços na Administração Pública, a escritora assim se manifesta:

“Na realidade, isto sempre foi feito, sem que se empregasse o termo terceirização, o que permite reafirmar que o direito administrativo moderno foi invadido por termos novos para designar institutos antigos, apenas com a diferença de que hoje vêm carregados de nova ideologia”.

O advogado Jerônimo Souto Leiria também se posicionou sobre o assunto:

“Nos últimos anos, inspirado nos exemplos do Primeiro Mundo (Estados Unidos e quase todos os países da Europa), assim como no México, e no sucesso das empresas privadas, também o setor público passou a adotar a nova alternativa de administração, embora de maneira dispersa. A União, os Estados e Municípios há muito que usam terceiros na construção de estradas, coleta de lixo, transporte público, recebimento de taxas e impostos”⁴

4 Terceirização, Editora Gente, Porto Alegre, 1991, p.21

Com base na assertiva acima, percebe-se que o Estado vem procurando acompanhar a grande tendência universal, tentando concorrer em situação de igualdade com a iniciativa privada, buscando eliminar de uma vez, o conceito de “Estado Burocrata”, para equiparar-se ao “Particular Eficiente”.

Analisando o contexto histórico-político da terceirização no serviço público, o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes entende que “o crescimento desmesurado do Estado, fenômeno mundial, que caracterizou o século passado e o início deste, estendeu com amplitude a dimensão do conceito do serviço público, gerando um intervencionismo que procurava suprir a ausência de participação da iniciativa privada e, por outro lado, implementá-la, e sempre que possível desenvolver o papel sócio-assistencial”.

Além das privatizações, as atividades próprias do Estado vem reduzindo-se cada vez mais, seguindo caminhos diversos. Sobre o assunto, o professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, elaborou o esquema sobre a terceirização no serviço público, simplificando da seguinte maneira:

- I - delegação do Serviço Público: concessão e permissão;
- II - de atividade meio da Administração:
 - a) para outra pessoa jurídica - integrante da Administração;
 - b) para outra pessoa jurídica - não integrante da Administração:
 - b.1. o serviço passa a ser prestado no estabelecimento do contratado;
 - b.2. o serviço passa a ser prestado no estabelecimento da Administração;
 - c) para pessoa física, com as mesmas possibilidades da alínea “b”.

Por fim, a terceirização na Administração Pública ocorre quando o Poder Público, não contando com quadro de pessoal suficiente, vai buscá-los no mercado, através da contratação de uma pessoa jurídica ou pessoa física, dependendo do caso concreto, para realizar atividades meio da Administração.

No entanto, é importante lembrar que ao repassar determinadas atividades para terceiros, a Administração Pública deverá respeitar os diversos parâmetros constitucionais que limitam a atuação do Estado. Não é possível terceirizar determinado serviço público como um todo, pois não se pode

confundir a locação de serviços, que é regulamentada pela Lei nº 8.666/93, com a permissão ou concessão de serviços públicos, disciplinada pela Lei nº 8.987/95.

6. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A regra imposta pelo artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal para as contratações da Administração Pública, é da obrigatoriedade da realização de licitação.

Determina o constituinte que é através de um procedimento formal obrigatório que a Administração Pública, direta ou indireta, deverá proceder às contratações de obras, serviços, compras, alienações, permissões e locações.

6.1. Licitação Pública

A Licitação tem como finalidade selecionar a proposta mais vantajosa e a que melhor atenda o interesse público, tudo com a devida observância aos princípios aplicáveis à Administração Pública: legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade, além de outros.

Para Jair Eduardo Santana (ILC-Zênite - nº 87/2001), "A licitação é uma espécie de agir da Administração Pública, é evidente que tal atividade somente se desenvolve debaixo dos princípios que regem todo o atuar correlato. Com efeito, a Administração Pública está permanentemente sob o comando de certos princípios decorrentes de seu regime jurídico e, por isso mesmo, a eles deve obedecer quando efetua licitações".

Ainda analisando o aspecto conceitual da palavra licitação, o professor Celso Antônio Bandeira de Melo que entende ser "a licitação - em suma síntese - um certame em que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem uma disputa entre os interessados e com eles travam disputas para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessárias ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir".

Para a realização de um certame licitatório, pressupõe-se a existência de duas etapas distintas: uma interna e outra externa.

É na fase interna que a Administração Pública pratica os atos necessários para à instauração da licitação: será verificada a existência de previsão orçamentária, as necessidades, a conveniência para o interesse público, e as condições adequadas para a abertura do procedimento licitatório, sob pena de nulidade dos atos praticados e responsabilidade de quem lhes deu causa.

Na outra etapa - a externa, é dado conhecimento e publicidade aos interessados das reais necessidades da Administração Pública. No primeiro momento - na fase de Habilitação, é analisada a capacidade jurídica, financeira e fiscal dos licitantes, e verificado se possuem determinados atributos para serem parceiros do Poder Público, devendo ser afastados todos aqueles que não demonstrem condições para tanto. Concluída a habilitação, será feita a abertura dos envelopes contendo as propostas de preços. Consiste no julgamento das propostas, na avaliação da viabilidade do preço ofertado, na escolha daquela que melhor atende os interesses públicos.

Quanto aos pressupostos exigidos para a legalidade da licitação, seria oportuno transcrever os ensinamentos do professor Celso Antônio Bandeira de Melo, que se manifesta dizendo que "à falta deles, o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido, pois sem eles, não poderá haver licitação". Esses pressupostos, considerados como fundamentais para a licitação, podem ser classificados em:

- a) pressuposto lógico;
- b) pressuposto jurídico;
- c) pressuposto fático.

O pressuposto lógico seria aquele que se refere ao objeto, trata-se da razão de ser da licitação, da sua existência, da pluralidade de objetos e de sujeitos. Já o pressuposto jurídico é aquele que, diante do fato concreto, é justificada a ocorrência da licitação, ou seja, "a licitação não é um fim em si mesmo, mais um meio para chegar utilmente a um dado resultado: o tratamento de uma certa relação jurídica" (Celso Antônio Bandeira de Melo). E, por último, o pressuposto fático, que é onde será analisado o campo da competitividade, a existência de interessados em participar do certame. Estando presentes todos esses pressupostos, a licitação poderá ser realizada.

6.2. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação

Não obstante seja a licitação regra geral para as contratações do Poder Público, o próprio texto constitucional tratou de ressaltar a possibilidade de serem criadas, por lei específica, algumas situações que isentam o administrador de licitar.

Em atendimento às disposições contidas no texto constitucional, foi editada em 21 de junho de 1993, a Lei nº 8.666/93, substituindo o antigo Decreto 200. Conhecida como Diploma Legal das Licitações e Contratos Administrativos, referida lei passou a ser o instrumento legal das licitações e contratos administrativos, estabeleceu regras a serem observadas pelos administradores e determinou alguns procedimentos para as diversas contratações públicas.

Dentre os procedimentos ali estabelecidos, o legislador enumerou algumas situações em que seria mais conveniente e racional para o interesse público contratar sem o devido processo licitatório.

Em três passagens, indicou situações, ora taxativas, ora meramente exemplificativas, em que não se materializa a obrigatoriedade de licitar. São as hipóteses de licitação dispensada, previstas no art. 17, licitação dispensável, arroladas no art. 24 e licitação inexigível, elencadas no art. 25.

Constam ainda no referido diploma legal, algumas sanções a serem aplicadas tanto aos servidores públicos como aos licitantes que não observarem as exigências ali contidas, penalizando todos aqueles que não obedecerem às diversas formalidades e que descumpram as obrigações legais. Estabelece a lei diversas penas, que variam conforme o crime, tais como multa - nunca inferior a 2% (dois por cento) e nem superior a 5% (cinco por cento) do valor do contrato e algumas sanções administrativas.

7. ENUNCIADO 331 - TST

Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei nº 8.666/93, em seu artigo 71 estabelece expressamente que o contratado é responsável pelos ônus dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Nos parágrafos 1º e 2º nesse mesmo dispositivo legal, ao tratar da inadimplência do contratado, o legislador isentou a Administração Pública de qualquer responsabilidade sobre o pagamento dos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, respondendo solidariamente com o contratado, apenas pelos encargos previdenciários.

No entanto, a Justiça do Trabalho vem negando eficácia às disposições contidas nessa Lei, decidindo incluir os órgãos públicos como litisconsortes nas ações de natureza trabalhista decorrentes dos contratos de terceirização (acórdãos nºs 02990161770, 8ª Turma, 5.4.99, DOU de 18.5.99; 02990132311, 7ª Turma, 5.4.99, DOU de 23.4.99)

Dentre os diversos julgados do TST, seria conveniente transcrever o acórdão nº 002990114917, 5ª Turma, 23.3.99, DOU de 16.4.99:

“ Em tendo o poder público usufruído da força de trabalho entregue por terceiro, é de rigor que permaneça no pólo passivo da demanda na qualidade de responsável subsidiário. Deve, pois, compor os limites subjetivos da lide para evitar discussões estéreis posteriores, caso o dador de mão-de-obra se mostre inidôneo para cumprir os seus compromissos, hipótese em que se configuraria a culpa *in elegendo* do tomador”.

7.1 Nesse sentido, o Enunciado 331 - TST tratou de condensar a jurisprudência predominante na Justiça do Trabalho sobre a matéria, e, além de traçar os aspectos legais a serem levados em consideração para a caracterização de uma terceirização lícita ou ilícita, cuidou também de criar uma responsabilidade subsidiária para os administradores públicos.

Portanto, faz-se importante transcrevê-lo na íntegra:

ENUNCIADO 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

I. A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (LEI Nº 6.019, DE 31.01.740;

II. A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República);
 III. Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (LEI Nº 7102, DE 20.06.83), de conservação de limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta;

IV. O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também no título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666/93).

O inciso I refere-se às terceirizações ilícitas. Muitas vezes a terceirização é utilizada como um instrumento para fraudar direitos trabalhistas. Contrata-se uma interposta empresa, quando, na verdade, o que se pretendia era contratar um determinado empregado. Utiliza-se o processo de terceirização para tentar legalizar uma situação irregular.

A Terceirização para ser considerada como uma atividade lícita, é necessário que se observe o verdadeiro objetivo da relação, pois o que se contrata são os serviços e não o trabalhador, o que importa na contratação não é a atividade em si, mas o resultado do trabalho.

Um outro aspecto que deve ser analisado para perceber a legalidade ou não da terceirização, é a existência de pessoalidade, ingerência, subordinação e direção na prestação dos serviços. Caso existam todos esses requisitos, esta terceirização se configurará como ilícita, tornando essa relação um contrato de trabalho e não um contrato de prestação de serviços.

Após constatadas tais irregularidades, verificado que a relação de terceirização é ilícita, serão aplicadas as devidas responsabilidades para

aquele(s) que fraudou o verdadeiro significado da terceirização.

Dentre as conseqüências, pode-se mencionar a formação de vínculo empregatício entre a empresa tomadora de serviços e o empregado.

No entanto, quando a empresa tomadora de serviços fosse órgão ou entidade integrante da Administração Pública, o enunciado tratou de maneira diferente.

A questão vem expressamente tratada no inciso II. Diz o enunciado que não é possível cogitar-se da formação de vínculo empregatício do empregado com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, empresas públicas, sociedades de economia mista, tendo em vista o princípio da legalidade (art. 37, I e II da CF). Mesmo que a relação tenha sido ilícita não poderá haver vínculo empregatício entre a Administração Pública e o empregado. A exigência de concurso público para ingresso no serviço público é um regramento constitucional que deverá ser obedecido.

A título de ilustração, vale transcrever decisão extraída do acórdão, Ac. da 2ª T - 2.079/96, do TST, Min. Rel. Irany Ferrari, 08.05.96:

“ EMENTA: VÍNCULO EMPREGATÍCIO – A manutenção de contrato celebrado com instituição privada como se a União fosse a verdadeira empregadora, contraria o princípio da legalidade, no sentido de que violenta o preceito constitucional que exige concurso para admissão no serviço público (art.37, inciso II, da CF), o que, aliás, veio consagrar o entendimento do Enunciado nº 331/TST. Recurso de Revista conhecido e provido para julgar improcedente o pedido inicial que visava o reconhecimento do vínculo empregatício com a União.”

O último aspecto a ser analisado é a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços por inadimplemento das obrigações trabalhistas, especialmente quando se tratar de órgãos ou entidade da Administração Pública.

É importante destacar que, apesar de constar expressamente no Contrato de Prestação de Serviços e na Lei de Licitações previsão de que é responsabilidade do contratado o pagamento de todos os encargos

(trabalhistas, providenciárias, fiscais e comerciais) resultantes da execução do contrato, mesmo assim, a jurisprudência vêm se consolidando no sentido de que o tomador de serviços não está isento dessa responsabilidade, quer seja entidade privada ou pública.

O próprio enunciado, no inciso IV, afirma que no caso da empresa prestadora de serviços não cumprir suas obrigações trabalhistas, a empresa tomadora de serviços será também responsável por esses encargos, inclusive quanto aos órgãos da administração pública, exigindo-se apenas que tenham participado da relação processual e também constado no título executivo judicial.

No que se refere essa responsabilidade, apesar de existirem alguns entendimentos isolados sobre o assunto, a doutrina dominante entende que essa responsabilidade será subsidiária e não solidária, ou seja, inicialmente será responsabilizada a empresa prestadora de serviços para posteriormente responsabilizar o tomador.

Assim, para não tornar a terceirização uma relação bastante onerosa, é de suma importância saber escolher bem a empresa a ser contratada, acompanhando a execução dos serviços, o cumprimento de todas as obrigações contratuais.

No entanto, quando se trata da Administração Pública, esse poder de escolha fica um pouco complicado. O administrador não tem a faculdade de eleger o contratado, pois está vinculado a lei de licitações, devendo proceder de acordo com os critérios objetivos de julgamento.

Apesar de toda essa dificuldade enfrentada pelos administradores, é entendido que o Estado deverá arcar com a responsabilidade trabalhista quando contratar com empresa inidônea financeiramente para prestação de serviços, devendo ser obrigado a ressarcir os prejuízos ou danos que seus agentes causarem a terceiros, em decorrência de culpa, na escolha de tais empresas.

8. CONCLUSÃO

Atualmente, o Brasil vive momentos de bastante incerteza e insegurança nas relações trabalhistas. Discussões acirradas são travadas entre aqueles que defendem a terceirização e a privatização dos serviços públicos, e os que querem mantê-los sob a tutela pública.

Não se pode negar que a terceirização é uma realidade sócio-econômica, que apesar de trazer resultados positivos para o setor empresarial,

lamentavelmente, traz também conseqüências negativas, principalmente para o empregado. Se não for bem executada, fará com que aumente, cada vez mais, o número de empregos precários e eventuais, com baixos salários e condições difíceis.

Em recente seminário nacional sobre a Terceirização de Serviços, os diversos sindicatos do setor metalúrgico ligados à Força Sindical, concluíram que a Terceirização tem facetas " que desmistificam um suposto caráter de modernidade ", pois causa desemprego, subemprego, redução salarial, piora as condições de saúde e segurança no trabalho, eliminando os benefícios sociais diretos e indiretos.

Assim, diante das considerações apresentadas sobre a Terceirização e seus principais reflexos na Administração Pública, é possível concluirmos que a terceirização no serviço público é necessária, não só para garantir seu espaço no mercado, mas para transformá-la em uma administração mais ampla, moderna, com o perfil de uma verdadeira organização empresarial em benefício do interesse social.

9. BIBLIOGRAFIA

- ALBUQUERQUE, Célia Maria Oliveira Passos – Terceirização - (www.zenite.com.br);
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby–Responsabilidade Fiscal, Editora Brasília Jurídica, 2001, Brasília – DF;
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby–A Terceirização no Serviço Público ([ww. Zwenite.com.br](http://www.Zwenite.com.br));
- FLEURY, Rodrigo Curado– A Responsabilidade Trabalhista da Administração Pública na contratação de serviços terceirizados ([www. Jusnavegandi.com.br](http://www.Jusnavegandi.com.br));
- FLEURY, Rodrigo Curado–Terceirização, Administração Pública, Informativo Licitação e Contrato – Editora Zênite, nº 77, 2000, Curitiba;
- GASPARINI, Diógenes–Direito Administrativo, Editora Saraiva, 6ª edição, 2001, São Paulo;
- GIOSA, Lívio–Terceirização, Editora Pioneira , 4ª edição, 1995, SP;
- JUSTEIN, Marçal Filho–Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 6ª edição, 1999,SP;
- LEIRIA, Jeronimo Souto e outros–Terceirização, O caminho para a Administração Pública e Privada, Editora Sagra – DC Luzzato;
- LEIRIA, Jerônimo Souto e outro–Terceirização, uma alternativa de flexibilidade empresarial . Editora Gente, 1996, Porto Alegre –RS;
- MARTINS, Sérgio Pinto– A terceirização e o Direito do Trabalho – Ed. Malheiros, SP;

- MELO, Celso Antônio Bandeira de Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 13ª edição, 2000, SP;
- MESSIAS, Frederico dos Santos – Responsabilidade da Administração Pública - ([www. Faroljurídico.com.br](http://www.Faroljurídico.com.br))
- NASCIMENTO, Carlos Valder e outro–Responsabilidade da União em sede trabalhista, Informativo de Licitação e Contrato, Editora ZÊNITE, nº 86, 2000, Curitiba;
- PEREIRA, Jessé Torres Júnior – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Renovar, 1993, RJ;
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Parceiras na Administração Pública, Editora Atlas, ano 2002, São Paulo;
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim – O moderno direito do trabalho – Editora LTR São Paulo;
- ROMITA, Arion Sayão– Sindicalismo, Economia do Estado Democrático, Editora LTR, SP.
- TREVISIOLI, Álvaro – A flexibilização trabalhistas e as cooperativas (www.faroljurídico.com.br)
- TREVISAN, Vilson–Reflexos sobre a responsabilidade subsidiária e os contratos que envolvem a terceirização dos serviços (www.zenite.com.br);
- WILGES, Fernando dos Santos Wilges–Da impossibilidade de se responsabilizar subsidiariamente a administração Pública por débitos trabalhistas dos empregadores contratados mediante licitação – ([www. Jusnavegandi.com.br](http://www.Jusnavegandi.com.br))

Análise da Aplicação da Lei Nº 8.666/93 nos Contratos Celebrados entre Administração Pública e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT

Lia Sampaio Silva
Procuradora Administrativa PGM;
Mestranda do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará- UFC.

SUMÁRIO

1. Introdução;
2. Distinção entre Licitação Dispensável e Inexigível;
3. Aplicação do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93;
4. Aplicação do art. 25, I da Lei nº 8.666/93 em face dos Contratos Franquias celebrados pela EBCT;
5. Conclusões;
6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A abordagem do tema proposto justifica-se pela problemática enfrentada, dizendo respeito à fundamentação jurídica para as contratações de serviços postais celebradas entre a Administração Pública e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos- EBCT, em face da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993- Lei de Licitações.

Analisando a questão sugerida, pode-se encontrar três fundamentos distintos, todos constantes no Estatuto de Licitação que, dependendo das premissas adotadas pelo aplicador da Lei, poderiam ser aceitos para respaldar tais contratos, sendo eles: 1. art. 24, VIII, admitindo a dispensa do procedimento licitatório, por se tratar de contratos celebrados entre pessoa jurídica de direito público interno e entidade integrante da Administração

Pública; 2. art. 25, I, aceitando a inexigibilidade de licitação, por se tratar a EBCT de fornecedor exclusivo dos serviços postais; 3. necessidade de acatamento à regra geral, entendendo pela necessidade de licitar a contratação desses serviços.

A prática constante da Administração Pública vem sendo a de admitir a contratação da Empresa de Correios, umas vezes por dispensa, com fundamento no art. 24, VIII¹, outras por inexigibilidade, com fundamento no art. 25, I,² ou pelos dois concomitantes, a exemplo do Contrato de Prestação de Serviços nº 235/97- travado entre a Secretaria de Finanças do Município de Fortaleza- SEFIN e a EBCT³, fatos que chamam a atenção pela existência de uso impróprio dessas hipóteses legais.

As substanciais diferenças, sobretudo quanto aos efeitos, entre os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, conduzem à necessidade de seu delineamento, porquanto não se afigura possível a adoção de uma, como se fosse a outra e vice-versa.

Para o momento, vale lembrar dizer respeito a grande distinção entre ambas ao fato de que, as situações de dispensa são hipóteses nas quais é admissível a realização do procedimento licitatório, mas o legislador federal entendeu por mais compatível ao interesse público, torná-lo dispensável.

Já nos casos da inexigibilidade, a realização do procedimento licitatório aparece inconciliável com sua natureza, vez que neles são cogitadas circunstâncias nas quais não há como se estabelecer qualquer competição entre supostos "interessados", seja por tratar-se de pessoas que atuam de forma exclusiva na área a ser contratada, seja por suas qualificações pessoais e singulares.

Para as contratações com a EBCT, *a priori*, mais adequado se apresenta fundamentá-las no art. 25, I, considerando-se ter sido criada pela União

1 Dispõe o art. 24, VIII, ser dispensável a licitação para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criada para esse fim específico, em data anterior à vigência da Lei nº 8.666/93, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

2 Segundo o art. 25, I, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial, para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtos, empresa ou representante comercial exclusivo.

3 Contrato celebrado para a prestação de serviços postais, no qual sua Cláusula Nona respaldou a contratação respectiva tanto no artigo 24, VIII como 25 da Lei nº 8.666/93, que tratam de hipóteses não idênticas

Federal para execução de serviços postais em todo território nacional sob regime de monopólio, como estabelece o art. 2º do Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969.

Contudo, a aplicação do dispositivo não pode ser analisada de forma simplista, em vista de se ter conhecimento da celebração pela própria EBCT de Contratos de Franquia com Agências denominadas de Agências de Correios Franqueadas - ACF's, para execução de serviços originariamente a seu cargo, o que, pelas peculiaridades dos Contratos de Franquia⁴, leva à cogitação, em tese, de poderem as ACF's concorrer com a EBCT nas contratações com o Poder Público, minando a incidência do art. 25, I, justamente pela possibilidade de competição e ausência de exclusividade total dos serviços prestados.

Assim, a inexigibilidade de licitação para contratar a EBCT deve agora ser estudada à luz da existência dos Contratos de Franquia por ela celebrados, investigando-se acerca da subsistência ou não da possibilidade de considerar como caso de licitação inexigível.

Posta a questão, propõe-se estudo específico acerca desses ajustes de Franquia firmados pela EBCT e sua incidência nas contratações com o Poder Público.

Quanto à aplicação do art. 24, VIII da Lei de Licitações, muito embora exista quem não descarte sua incidência sobre os contratos entre pessoas jurídicas de Direito Público e a Empresa de Correios, justamente por se tratar de entidade da Administração, o alcance desse dispositivo não é pacífico na doutrina e jurisprudência, não somente para o caso da EBCT, mas nas contratações como um todo.

Alguns autores entendem por sua aplicabilidade direta em toda e qualquer hipótese de contratação em que figure como contratante pessoa jurídica de direito público e entidade da Administração Pública, a exemplo de JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR, para quem a incidência desse dispositivo está condicionada apenas ao atendimento dos requisitos nele

4 A lei reguladora dessa espécie de contrato, Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, assim o define, em seu art. 2º: "Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração do negócio". Logo, de posse da descrição legal, percebe-se que cada um dos franqueados não é prestador exclusivo dos serviços franqueados, tampouco o franqueador.

traçados; outros, somente aceitam a aplicação do dispositivo quando a entidade contratada tiver sido criada para prestação de serviços públicos, excluindo-se as exercentes de atividades meramente econômicas. É o caso de MARÇAL JUSTEN FILHO. Outros, com visão mais restrita ainda, admitem a aplicação do art. 24, VIII, somente quando a contratada tiver sido criada especificamente para prestar serviços à Administração Pública, a exemplo de JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES e MARCUS JURUENA VILLELA SOUTO.

Pelo entendimento de Jorge Jacoby e Marcus Juruena, para os quais, no caso da EBCT que, definitivamente não foi criada para prestar serviços somente à Administração Pública, excluída estaria a hipótese do art. 24, VIII, da Lei de Licitação, respaldando suas contratações com o Poder Público.

Por outro lado, se acatada a opinião de Marçal Justen e Jessé Torres, poder-se-ia cogitar da celebração de contrato com a EBCT fundada nesse mesmo dispositivo, já que se trata de Empresa Pública criada para prestação de serviços públicos.

A existência de diversas opiniões de abalizados estudiosos no assunto acerca da aplicabilidade do disposto no art. 24, VIII, da Lei de Licitações chama atenção para a necessidade de uma análise criteriosa da sua interpretação, de modo a traçar parâmetros para sua incidência, mesmo que alguns não estejam expressamente consignados na previsão legal, mas decorram da própria ordem constitucional vigente.

O estudo da aplicação do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93, deve se orientar levando sempre em conta que se refere a caso de dispensa de licitação, o que não afasta a realização do procedimento em toda e qualquer situação, mas tão-somente quando a própria dispensa for mais compatível com o interesse público.

A discussão posta recebe maior relevo quando se considera a existência da celebração de Contrato de Franquia pela EBCT para execução de seus serviços, vez que, esse fato põe em questão a incidência direta do art. 25, I, da Lei nº 8.666/93, que dirá do art. 24, VIII, referente à hipótese de dispensa, e que não recebeu da doutrina tratamento incontroverso.

Diante da conjuntura traçada, dedicou-se especial atenção à aplicação do art. 24, VIII, não só às contratações entre o Poder Público e a EBCT, mas às contratações da Administração Pública como um todo.

Ainda, vale lembrar a importância no cuidado com a aplicação dos dispositivos assinalados, em vista de consistirem casos de exceção à regra geral para a Administração Pública, que é a de licitar, quando da celebração de seus contratos, devendo os fatores que descaracterizam essa exceção serem tomados em conta com a devida cautela.

Por derradeiro, sem pretender incluir como um tópico específico a ser abordado no presente, notadamente por ter se adotado como paradigma de estudo a realidade da existência de Agências Franqueadas dos Correios, questiona-se, ao final da exposição, sobre a celebração de Contratos de Franquia em geral pela Administração Pública, depois de verificadas as implicações deles decorrentes, abrindo-se espaço para futuras discussões.

Delineado o panorama geral do tema a ser abordado, com os enfoques que serão conferidos, passa-se a destes cuidar, divididos em 3 subitens enfrentados a seguir, quais sejam:

1. Distinção entre Licitação Dispensável e Inexigível;
2. Aplicação do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93;
3. Aplicação do art. 25, I da Lei nº 8.666/93, à luz dos Contratos de Franquia celebrados pela EBCT, para depois concluir acerca do tema.

2. Distinção entre Licitação Dispensável e Inexigível.

A abordagem do tema proposto não prescinde da exposição das diferenças entre Licitação Dispensável e Inexigível, por se ter pontuado que não raro se encontram as contratações com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, ora fundadas em dispositivo tratando de dispensa, ora de inexigibilidade.⁵

Já se adiantou consistir a principal distinção dos institutos no fato de admitir-se a realização de procedimento licitatório nos casos de dispensa,

⁵ Como exemplo, cite-se: 1) Parecer nº 232/2001- CST, referente ao Processo nº 1739/2001- PGM- Contratação pela Procuradoria Geral do Município da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para prestação de serviços postais, entendendo ser caso de dispensa; 2) A exemplo do Contrato nº de Prestação de Serviços nº 235/97- celebrado entre a Secretaria de Finanças do Município de Fortaleza- SEFIN e a EBCT, no qual sua Cláusula Nona fundamenta a contratação tanto no art. 24, VIII, quanto no art. 25, I, ambos da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

ao passo que as hipóteses de inexigibilidade de licitação dizem respeito a situações nas quais não há possibilidade alguma de realização do certame, fazendo ressaltar ser essa distinção de ordem ontológica, e não de cunho meramente didático.

O professor MARÇAL JUSTEN FILHO, foi muito elucidativo quando traçou as diferenças entre as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, tendo afirmado *não se tratar de questão meramente retórica mas de alternativas distintas tanto em sua natureza, como no regime jurídico a elas aplicáveis*. Diz o professor, *ser a inexigibilidade uma alternativa jurídica anterior à dispensa*, não sendo a licitação nela instaurada por inviabilidade de competição, ao passo que, na dispensa, a competição seria viável, podendo ser promovida a licitação.⁶

Sintetiza seu pensamento afirmando *ser a inexigibilidade uma imposição da realidade extra-normativa, enquanto a dispensa, uma criação legislativa, donde decorre o cunho meramente exemplificativo do elenco de causas da primeira, e a exaustão dos casos da segunda*.⁷

Como se pode depurar, as hipóteses de inexigibilidade não deixam opção ao administrador caso pretenda celebrar contrato em situações nas quais não exista possibilidade de competição: deve fazê-lo diretamente.

Nos casos de dispensa, sua aplicação deve ser mais cuidadosa ainda, uma vez que não existe uma única opção ao administrador, como ocorre com a inexigibilidade, podendo haver ou não a dispensa autorizada em lei.

O mais interessante chamando a atenção para o presente estudo, diz respeito ao fato de, nas hipóteses de dispensa de licitação, a escolha pela realização ou não do procedimento licitatório não integrar o livre juízo da Administração Pública, que ao seu próprio sabor **poderia decidir se licita ou não**.

Quer-se, com isso, afirmar que se a Administração opta por licitar nas situações em que a Lei ressalva a possibilidade de dispensa, ou se decide dispensar o procedimento licitatório, com base nas enumeradas previsões legais, assim deve fazer considerando em qual das duas opções melhor se realiza o interesse público.

⁶ Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos*, 8ª ed., São Paulo, Dialética, 2001, pp. 277-278.

⁷ *Idem*, *bis in idem*.

Vê-se, portanto, que analisar a aplicabilidade das hipóteses nas quais a licitação é dispensável, consiste em atividade mais delicada do que quando se está diante de licitação inexigível.

No caso específico da EBCT, como se apontou acerca da utilização indistinta dos dispositivos que tratam de dispensa e inexigibilidade de licitação, que, na realidade, abordam situações bem diferentes, imprescindível se faz buscar qual dos dois fundamentos se presta para respaldar suas contratações com o Poder Público. O que se vai perseguir adiante.

3. A dispensa de licitação para os contratos por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração (art. 24, VIII).

A aplicação do art. 24, VIII da Lei de Licitações não vem sendo proposta de forma pacífica pela doutrina e jurisprudência pátria, podendo-se encontrar autores e decisões propugnando pela incidência do dispositivo de maneiras bem distintas, todas fundamentadas com plausibilidade.

Essa concepção diferenciada quanto à sua incidência deve-se, provavelmente, ao fato de ter sofrido constantes alterações nas redações de leis que a antecederam⁸, dando margem à adoção de diversas interpretações para o mesmo, vindo-se a sugerir uma necessidade de revê-las, tomando-se em conta as peculiaridades que apresenta.

⁸ Em breve relato dos antecedentes do dispositivo em apreço, encontram-se: 1) O Dec-lei nº 200/67 (art. 126, § 2º, *ff*) previa a dispensa de licitação para compras, obras e serviços quando a operação envolvesse concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário; 2) O Decreto Federal nº 73.140/73, art. 8º, V- quando a operação envolver, exclusivamente, pessoa de direito público interno, entidades sujeitas ao seu controle majoritário ou concessionário de serviço público; 3) Dec-lei nº 2.300/86, art. 22, X- quando a operação envolver exclusivamente pessoa jurídica de direito público interno, ou entidades paraestatais, ou ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas à licitação; Parágrafo único. Não se aplica a exceção prevista no final do item X deste artigo, no caso de fornecimento de bens ou prestação de serviços à própria Administração Federal, por órgãos que a integrem, ou entidades paraestatais, criadas para este fim específico, bem assim no caso de fornecimento de bens ou serviços sujeitos a preço fixo ou tarifa, estipulados pelo Poder Público; 4) Lei nº 8.666/93, art. 24, VIII (redação primitiva)- quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresa privada ou economia mista que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que ficarão sujeitas à licitação. Redação atual: art. 24, VIII- para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que

Da interpretação literal do dispositivo, poder-se-ia concluir, sem ressalvas, pela possibilidade de dispensa de licitação toda vez que uma pessoa jurídica de direito público pretendesse contratar entidade da administração. Entendimento encontrado em JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, que apenas condicionou essa possibilidade ao atendimento dos requisitos legais.⁹

Não obstante, entende-se que a aplicação desse dispositivo legal demanda outras implicações.

Com isso, quer-se defender a utilização do dispositivo assinalado de forma consciente, cautelosa e em estreita compatibilidade com os princípios constitucionais, sobretudo porque se denota não se encontrar tão bem lapidado como deveria.

Primeiramente, deve o administrador considerar na aplicação do disposto no art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93 que, muito embora nele tenha sido vislumbrada a possibilidade de dispensa quando da contratação com entidades da Administração Pública, levando em conta o princípio da descentralização administrativa, não se pode descartar a necessidade de conciliação desse princípio com outros constantes na Constituição Federal, a exemplo dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (art. 170 e seguintes).

Avocou-se a livre concorrência em vista de, como o art. 24, VIII da Lei de Licitações falou em entidades da Administração Pública, englobando Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, antevê-se a possibilidade de aparecerem administradores pretendendo contratar com estas diretamente, mesmo quando criadas para prestação de atividade econômica, o que não se entende cabível por vulnerar completamente tal princípio.

O art. 173, § 2º da Constituição Federal, ao dispor sobre a Ordem Econômica, estabeleceu que as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista se submetem ao regime das empresas privadas, atuando no mercado sem prejuízo da livre concorrência, pelo que não gozam de privilégios fiscais, trabalhistas e tributários.

integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

⁹ Para o autor, desde que atendidas as condições de o órgão ou entidade fornecedor ter sido criado anteriormente à Lei nº 8.666/93 e o preço esteja compatível com o mercado, podem ser contratados bens ou serviços produzidos por fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista. (in, *Comentários à Lei das Licitações e Contratos da Administração Pública*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p.275).

Diante do dispositivo constitucional, aparece evidente que estender a aplicação do inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 às entidades da Administração Indireta criadas para atuarem na atividade econômica constitui mitigação dos princípios da livre iniciativa e concorrência, vez que, pela própria CF/88, quando o Estado, somente em casos excepcionais, decide intervir no domínio econômico, passando a exercer, atividade econômica, deve ser tratado de forma igualitária à iniciativa privada, destituído de qualquer privilégio.

Conferir ao dispositivo da Lei de Licitação sub examine interpretação ampla, de modo a permitir sua aplicação às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista prestadoras de atividade econômica, representa total vulneração à Ordem Econômica Nacional, já que se não necessitam concorrer com a iniciativa privada quando da celebração de contratos com a Administração, estar-se-ia admitindo regime de privilégio para tais entidades, subvertendo toda a estrutura principiológica da Ordem Econômica estabelecida pela Carta Constitucional, o que não se admite.

O professor MARÇAL JUSTEN FILHO sustenta a inaplicabilidade do dispositivo em questão às entidades da Administração Indireta prestadoras de atividades econômicas, cabendo tão-somente em relação às criadas para prestação de serviços públicos¹⁰, por entender que, no caso das primeiras, estar-se-ia lhes assegurando um regime de privilégio não compatível com o princípio da isonomia.

Explica o professor, tratar-se, no caso das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista instituídas para prestarem serviços públicos, não dispostas a competir no mercado com os agentes econômicos, distinto daquelas criadas para exploração de atividades econômicas, sendo-lhes aplicado o inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, porquanto a Administração, *ao optar por estrutura organizacional que reserva certa autonomia para entidades por ela mesma instituídas, nem por isso produz o nascimento de um terceiro, vez que, na verdade, poderia ter atribuído certas*

¹⁰ Na mesma obra, conclui o professor Marçal Justen seu pensamento exemplificando: "Assim, o Estado não 'contrata' Departamento de Estradas de Rodagem estadual para construir ou manter rodovias. A variação de forma da entidade não altera a natureza do vínculo. Ou seja, se a autarquia for transformada em empresa pública, nem por isso os vínculos com a Administração direta serão transformados em contratos". (in, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 8. ed. São Paulo: Dialética, p. 249, 2001).

competências a seus próprios órgãos, sendo cabível a incidência das razões para dispensa da licitação, com fundamento do dispositivo em pauta, à espécie.

A conclusão do professor Marçal Justen pode causar certa perplexidade diante da leitura do art. 173, § 1º da Constituição Federal quando manda aplicar às Sociedades de Economia Mista e às Empresas Públicas que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, o mesmo estatuto jurídico, podendo parecer não ser cabível a incidência do inciso VIII do art. 24 da Lei de Licitações nem às prestadoras de serviços públicos.

Não figura como razoável tal conclusão, eis que o regime jurídico das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas que prestem serviço público, não pode se identificar em tudo e por tudo, ao das criadas para desenvolverem atividade econômica.

O professor EROS ROBERTO GRAU¹¹, em profundo estudo acerca da Ordem Econômica na Constituição Federal, anota a necessidade de distinguir as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista que prestem serviços públicos das que desenvolvem atividade econômica¹², criticando, na oportunidade, a redação do § 1º do art. 173 que trata da mesma forma, para efeito de regime jurídico, a atividade econômica em sentido estrito e a atividade econômica em sentido amplo, entendendo dever ter esse parágrafo primeiro se referido apenas à atividade econômica em sentido estrito.

A professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO também é categórica ao afirmar que o regime instituído no § 1º do art. 173 se aplica somente às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista que desenvolvem atividade econômica propriamente dita, esta reservada à iniciativa privada e somente exercida pelo Estado por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.¹³

11 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, p. 135, 2001.

12 Destaca o professor Roberto Grau a existência de distinção entre: 1) atividades econômicas que são obrigatoriamente serviços públicos, como é o caso do transporte público (serviços públicos privativos, que somente podem ser prestados pelos particulares em regime de concessão ou permissão); 2) atividades econômicas que podem ser serviços públicos, quando prestados pelo Estado, é o caso da saúde e educação (serviços públicos não privativos) e 3) atividades econômicas que não podem ser serviços públicos (atividades econômicas em sentido estrito). (*Idem*, p.150).

13 Di Pietro, *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, p.105, 2002.

Aproveita a autora a oportunidade para esclarecer acerca da distinção entre atividade econômica do Estado, exercida nos casos excepcionais arrolados na Constituição Federal, que não se trata de serviço público quando por ele exercido, dos serviços públicos comerciais e industriais, a exemplo dos transportes, energia elétrica, telecomunicações, afirmando a esses não se lhes aplicar o regime instituído pelo art. 173, § 1º da CF/88, mas sim, o disposto no art. 175 da Constituição Federal.¹⁴

De posse da distinção perpetrada pelos abalizados administrativistas pátrios assinalados, pode-se aceitar, em um primeiro momento, a interpretação do art. 24, VIII da Lei de Licitação de forma a admitir sua incidência em relação às Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviços públicos, inadmissível para as que explorem atividade eminentemente econômica.

Não obstante, encontra-se na doutrina quem entenda pela aplicação mais restrita ainda do dispositivo em questão, como os professores JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES e MARCUS JURUENA VILLELA SOUTO, para os quais, inciso VIII deve incidir somente nos casos de Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista criadas especificamente para prestarem serviços públicos à própria Administração.

O primeiro autor, defendendo a necessidade de adequar o equilíbrio entre o interesse público e a estrutura da Administração, em preservação à concorrência entre os órgãos administrativos, entende que a expressão "para essa finalidade específica" deve ser interpretada como a de prestar serviços à própria administração, não havendo amparo legal para a Administração Pública ficar contratando diretamente qualquer órgão da Administração.¹⁵

O professor MARCUS JURUENA VILLELA SOUTO, na mesma linha, pronuncia-se afirmando somente caber a contratação direta com entidade descentralizada quando instituída para o fim específico de atender exclusivamente à Administração, e que a busca por clientes externos, mesmo que seja outras Administrações, já descaracteriza a descentralização, transformando-a em concorrente da iniciativa privada.¹⁶

14 *Idem*, *bis in idem*.

15 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby *Contratação Direta sem Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, p. 376-377, 2000.

16 SOUTO, Marcus Juruena Villela, *Boletim de Licitações e Contratos* nº 11/94, p. 536, em comentário ao inciso XVI do art. 24.

No sentido do raciocínio dos autores trazidos à colação encontram-se alguns julgados.¹⁷

O que se pode extrair da divergência apresentada quando da interpretação do dispositivo em pauta, diz respeito à necessidade de se repensar na redação do texto legal, conferindo-lhe uma que possa abranger as especificidades que o norteiam, com a importância que o assunto requer. Em vista da maneira como está posta, confere realmente ensejo a várias formas de sua aplicação.

Da forma como está posto atualmente o inciso VIII do art. 24, procurou-se sopesar as diversas e pertinentes considerações doutrinárias colacionadas, para aqui apresentar como se pensa ser melhor para aplicação do dispositivo, a saber:

1) Não se deve admitir a dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, VIII, para contratar Empresas Públicas e Sociedades criadas para prestação de serviços econômicos, mesmo que aparentemente o dispositivo não perpetre qualquer distinção das criadas para prestarem serviços públicos.

Admitir interpretação diversa, seria vulnerar os princípios da Ordem Econômica Brasileira, além dos da moralidade e de impessoalidade administrativa.

2) Crê-se não ser em toda hipótese de Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista criada para prestar serviço público que se pode dispensar a contratação com supedâneo no inciso VIII do art. 24, mas tão-somente quando criadas para prestarem serviços exclusivos do Estado¹⁸, vez que,

17 Colacionou-se alguns julgados sobre o assunto, como os transcritos a seguir: 1) No DF, o TCDF não conheceu de consulta sobre dispensa de licitação para aquisição de combustível diretamente da Petrobrás e ainda determinou, não somente ao órgão consulente, mas à Secretaria de Administração, que ao realizar licitação cujo objeto seja aquisição de combustíveis, inclua no edital de licitação cláusula exigindo a apresentação de planilha de custos pelas empresas participantes, de modo a permitir a identificação do impacto relativo ao aumento ou diminuição do preço da matéria-prima no custo final do produto. Processo nº 2.621/97. Relator: Conselheiro-substituto José Roberto de Paiva Martins. 2) Entendeu-se por irregular a contratação de empresa de transporte coletivo estatal por outro órgão público com fundamento no art. 24, VIII, por não ter finalidade específica de atender à Administração. Processo TCDF nº 2.793/97, Parecer MP/TCDF nº 3.054/98, de 17.06.98 e Processo nº 960/96-A. Relator: Conselheiro Ronaldo Costa Couto. 3) O Judiciário, por sua vez, nesse sentido já afirmou quando da contratação da Petrobrás para instalação de postos de gasolina e socorro mecânico em estrada estadual, não caber dispensa de licitação, por não se incluir essa atividade no monopólio ou exclusividade do serviço. (RE nº 87.347, 1ª T., 04.03.80, Rel. Ministro Xavier de Albuquerque).

18 Na distinção entre serviços exclusivos e não-exclusivos, é que estes, podem ser desenvolvidos por particulares, e quando forem não se caracterizam como serviços públicos. Já os serviços exclusivos, são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado, diretamente ou indiretamente, através da Administração Indireta ou de Concessões e Permissões de Serviços Públicos.

tratando-se de serviços não exclusivos, há possibilidade de competição com o setor privado e deve haver possibilidade de a Administração escolher a proposta mais compatível com o interesse público, que pode vir a ser a do particular e não da entidade estatal.

Nessa hipótese, como já se salientou, a licitação pode ser dispensada com base no inciso VIII do art. 24, mas a escolha por dispensar ou não, deve estar plenamente vinculada à supremacia do interesse público.¹⁹

3) No caso de entidades criadas para prestação de serviços exclusivos do Estado, na realidade, não há nem que se cogitar em licitação, justamente por não haver condições de competitividade, estando bem mais próxima da hipótese de inexigibilidade de licitação, ressaltando não ter sido elucidativa a redação do inciso VIII do art. 24 da Lei de Licitação.

4) Como as hipóteses e dispensa são exceção à regra, que é a da obrigatoriedade de licitar, devem ser utilizadas com muita cautela, para não se comprometer o intuito do legislador, em descompasso com os propósitos para os quais foram instituídas.

Para o caso específico da Empresa de Correios e Telégrafos, entende-se acerca da aplicação do inciso VIII, art. 24, da Lei de Licitações:

a) Sem considerar a celebração de Contratos de Franquias para execução de serviços a cargo da EBCT, fato que será comentado pormenorizadamente no tópico subsequente, entende-se ser o artigo 25, I, da Lei nº 8.666/93 o dispositivo adequado para fundamentar essas espécies de contratos, tendo em vista não haver possibilidade de licitar serviços exercidos em regime de monopólio em todo território nacional, como é o caso dos serviços postais, atribuídos à competência da Empresa de Correios pelo artigo 2º do Decreto-lei nº 509, de 20 de março de 1969.

b) As contratações entre Poder Público e EBCT para prestação de serviços por ela exercidos em regime de monopólio, encontram fundamento

19 O professor Marçal Justen, muito embora entenda haver casos de predominância do interesse público na contratação com entidade administrativa, afirma por vezes que nem sempre assim ocorre: "Não se legitima o desperdício através do argumento de que o beneficiário da despesa é entidade administrativa 'criada para aquele fim específico'. A regra é a Administração desembolsar o mínimo para obter certa utilidade. Se a iniciativa privada dispõe de ofertas mais vantajosas para executar certo objeto, a Administração não pode realizar despesas mais elevadas, sob a única justificativa de que está recorrendo aos préstimos de entidade administrativa". (*ibid.*, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., São Paulo, Dialética, 2001, p.251).

no art. 25, I da Lei e Licitação, sendo o artigo 24, VIII desta Lei, impróprio para embasar tais ajustes, vez que se refere à hipótese na qual a realização do procedimento licitatório é apenas dispensável.

Como a contratação sacramentada com base no art. 24, VIII da Lei nº 8.666/93, admite, em tese, a possibilidade de licitação, evidente fica sua inaplicabilidade aos casos em que não é viável competição, a exemplo nítido de serviços executados sob regime de monopólio.

c) Por fim, os contratos entre Poder Público e EBCT só podem se ver fundamentados no art. 24, VIII da Lei de Licitação, se observadas conjuntamente as duas circunstâncias a saber: c.1) estando-se diante da realidade de Contratos de Franquia, os serviços a serem contratados não devem estar sendo prestados sob regime de monopólio; c.2) a opção por dispensar a licitação deve ocorrer somente se assim for melhor à realização do interesse público.

Antecipou-se o tópico subsequente, já mencionando, ainda que em linhas gerais, o impacto dos Contratos de Franquia nas contratações entre Poder Público e EBCT, que devem passar a ser analisadas diante da realidade das ACF's, o que demanda uma outra abordagem da incidência da inexigibilidade de licitação, para o caso, que não mais pode ser adotada sem qualquer questionamento, como se passa a comentar adiante.

3. Contratos de Franquia celebrados pela EBCT- medida da possibilidade de incidência direta do art. 25, I, da Lei nº 8.666/93.

A questão deve ser analisada em cada caso.

Por conta da política de multiplicação de postos de atendimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos- EBCT que está sendo viabilizada através do sistema de franchising (conforme constatado pelo Tribunal de Contas da União no processo nº TC- 013.889/94-0, publicado no Diário Oficial da União do dia 06.10.94, p. 145), a possibilidade de tratar-se as contratações feitas diretamente com a Franqueadora vem sendo questionada, exigindo novo direcionamento no trato da questão.

Primeiramente, insta destacar que o serviço postal pertence à esfera de competência constitucional exclusiva traçada para a União Federal, art. 21, X, da CF/88, para prestação do qual, foi criada a EBCT, outorgando-lhe sua titularidade.

A Empresa de Correios e Telégrafos, mesmo detendo a titularidade dos serviços postais, visando a melhor prestação destes passou a repassar a particulares sua execução, através do contrato de franquia, pouco utilizado na administração pública, mas, em tese, admissível.²⁰

Aqui, ainda que sem enfrentar diretamente a questão dos Contratos de Franquia celebrados pela Administração Pública, no sentido de indagar sobre sua possibilidade, sobretudo em casos de serviços exercidos sob regime de monopólio a exemplo dos postais, entende-se por válido registrar a importância de se discutir sobre essa admissibilidade, em muito questionável.²¹

A lei reguladora dessa espécie de contrato, Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, assim o define, em seu art. 2º: "*Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração do negócio*".

Os contratos de franquia em vista de seus elementos essenciais²², levam a crer que, pela existência de autonomia da franqueada que age em seu próprio nome, contrai obrigações por sua conta e risco, não possui vínculo de subordinação ou empregatício com o franqueador, atuando com plena autonomia jurídica e financeira e assumindo responsabilidade comercial pelo negócio, delinea-se um regime de competitividade, muito embora possa o franqueador impor limites a esse regime.

20 A professora Maria Sílvia Zanella Di Pietro entende nada impedir a utilização do contrato de franchising pela Administração Pública, como mais nova forma de contrato administrativo, entendendo-os como nova técnica de privatização, não identificada com privatização da empresa, mais sim privatização da execução de serviços públicos. (*Da Franquia na Administração Pública*, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 199:59/70, p. 63).

21 Explique-se que o presente estudo se propôs a analisar as contratações da EBCT tomando-se em conta justamente a realidade das AGF's, pressupondo a existência real dos Contratos de Franquia. Estudou-se um momento posterior à realização dos Contratos de Franquias pelos Correios, ao passo que o questionamento sobre a Franquia na Administração, consiste em uma análise prévia desses Contratos já celebrados, paradigmas da pesquisa *in casu*. Não obstante, essas espécies de contratações pela Administração Pública vêm merecendo maiores contribuições da doutrina pátria.

22 Como elementos essenciais dessas espécies de ajustes, aponta a doutrina: a) a independência do franqueado, que não age como de fosse uma sucursal; b) vinculação técnica com o franqueador, passando o franqueado a deter a marca e o Know-how de comercialização de um produto ou serviço; c) onerosidade do contrato; d) possibilidade da outorga de exclusividade ao franqueado; obrigação pelo franqueado de manter a reputação do produto e o nível de qualidade dos serviços prestados.

Essa configuração do regime de competitividade não descaracteriza a incidência do art. 25, I, da Lei n. 8.666/93 em toda e qualquer hipótese, mas tão-somente naquelas em que os serviços ainda estejam executados em regime de monopólio, para os quais não há situação de competitividade.

Nos contratos de franquia celebrados pela EBCT, além dos serviços de postagem, as franqueadas realizam outros, tal como coleta de correspondência na sede da empresa ou residência do interessado, o que leva a configurar o regime de competitividade, admitindo-se a licitação nesses casos.

Assim, melhor é entender que a contratação da EBCT somente pode se viabilizar de forma direta- por inexigência, se não forem ofertados pelos franqueados, do contrário, havendo prestação de serviços tanto pela EBCT quanto pelos franqueados, a realização do certame licitatório seria necessária, por desaparecer o elemento essencial justificando a inexigibilidade de licitação.²³

Fica evidente, portanto, que, em relação aos serviços permanentes sob o regime de monopólio, não há nem que se pensar em medir a aplicação do dispositivo do 25, I, o mesmo não ocorrendo nos casos de serviços franqueados pela EBCT.

Vê-se, por fim, que a contratação da EBCT não pode ser fundamentada de forma padronizada na Administração Pública, devendo ser analisada em cada caso, em consideração ao objeto do que se pretende pactuar.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, pode-se denotar que a fundamentação jurídica, em face da Lei nº 8.666/93, dos contratos celebrados entre Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos- EBCT e o Poder Público deve ser analisada e conferida em cada caso, considerando a espécie de serviço pretendido pelo contratante, não havendo mais uniformidade de tratamento para a situação, por conta dos Contratos de Franquia celebrados pela EBCT com as Agências Franqueadas dos Correios, destinados à execução de alguns de seus serviços.

Assim, calha julgar a incidência do art. 24, VIII, ou 25, I, da Lei de Licitação, somente estando-se diante de caso concreto, servindo as conclusões a seguir como norte para aplicação desses dispositivos.

²³ Consulta à Revista Zênite nº 336/27/MAI/1996; nº 798/44/OUT/1997 e nº 400/75/MAI/2000.

1) As contratações entre Poder Público e a Empresa de Correios e Telégrafos- EBCT, que antes poderiam ser sempre fundamentadas no procedimento de inexigibilidade de licitação, com base no artigo 25, I, da Lei nº 8.666/93, não mais estão merecendo esse tratamento, por ter a própria EBCT celebrado Contratos de Franquia para transferir a execução de alguns serviços que lhes são próprios a Agências, denominadas de Agências de Correios Franqueadas- ACF's.

2) Para os casos dos serviços que foram franqueados, devido às características dos Contratos de Franquia, envolvendo plena autonomia administrativa e financeira das franqueadas, a incidência direta do art. 25, I da Lei de Licitações passa a não mais ser admissível, sendo aplicável somente nas contratações nas hipóteses de serviços que continuam sendo executados em regime de monopólio, devendo-se observância à regra geral da licitação para os demais.

3) Nas situações em que a regra seja licitar, como ocorre com os serviços franqueados, os contratos entre Poder Público e EBCT só podem se ver fundamentados no art. 24, VIII da Lei de Licitação, se observadas conjuntamente as duas circunstâncias a saber: c.1) não estarem sendo os serviços contratos prestados sob regime de monopólio; c.2) a opção por dispensar a licitação deve ocorrer somente se assim for melhor à realização do interesse público.

BIBLIOGRAFIA

ALCOFORADO, Luis Carlos. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CARVALHO, José dos Santos Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da Franquia na Administração Pública*. in Revista de Direito Administrativo, n. 199, p. 59-70.

_____. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1888*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN, Marçal Filho. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

PEREIRA, Jessé Torres Júnior. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Revista Zênite n. 336, p.27, mai.1996.

Revista Zênite n. 798, p. 44, out. 1997

Revista Zênite n. 400, p. 75, mai. 2000.

SOUTO, Marcus Juruena Villela. *Boletim de Licitações e Contratos*. N. 11, p. 536, 1994.

Orçamento Público e a Aplicação dos Princípios Constitucionais Econômicos

Marcelo Sampaio Siqueira¹
Procurador do Município de Fortaleza
Mestre em Direito pela UFC.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O tema a ser dissertado no presente artigo é a aplicação dos princípios constitucionais econômicos no orçamento público.

A matéria encontra-se delimitada pela Constituição Federal, sendo disciplina do Direito Financeiro e deve servir de base não só para o Executivo, mas também para o Legislativo da União, Estados e Municípios.

O estudo que ora se apresenta buscará analisar não só a questão dos princípios econômicos, mas principalmente a utilização destes como diretrizes das leis orçamentárias.

O professor Miguel Reale² afirma que "toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber".

Etimologicamente, princípio significa começo, origem, base. Porém, como se pode definir princípio jurídico? O professor Carraza³ afirma que "princípio jurídico é o enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isto mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam."

¹ Professor de Direito Civil da Universidade de Fortaleza - UNIFOR; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará - UFC; Especialista em Processo Civil pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; Bacharel em Economia pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; ex-Procurador Geral Adjunto do Município de Fortaleza.

² Miguel Reale, *Primeiras Linhas do Direito*, 1987, pág.299.

³ Roque Antônio Carraza. *Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária.*, RT, 1986, p.08.

A Ciência do Direito, como não poderia deixar de ser, possui seus princípios gerais, que se prestam essencialmente para a orientação das outras regras, servindo-lhe de base para a análise da legalidade ou constitucionalidade.

É importante, todavia, observar que norma jurídica não se distingue propriamente de princípio. Norma jurídica é o gênero que impõe uma ordem que deve ser obedecida pelo destinatário, que pode ser toda uma sociedade. A norma jurídica envolve as espécies princípios e regras, que podem ser legais, consuetudinárias, jurisprudenciais e doutrinárias⁴. Os princípios como normas jurídicas constituem o alicerce do sistema, a base, os valores da sociedade, servindo de critério não só para a criação das regras, que se constituem uma outra espécie de norma, mas também para a sua compreensão.

A delimitação anterior não significa dizer que os princípios são meros espelhos de validade não dotados de sanção. Ao contrário, tanto as normas legais que expressem Princípios da Ciência do Direito, quanto, especificamente, as regras de Direito financeiro são normas como todas as outras, embora sejam duas espécies diferentes, devendo as regras, normas-disposição, estarem de acordo com as normas-princípios⁵ que a fundamentam.⁶

Esta diferenciação entre norma, princípio e regra foi dissecada com extrema clareza pela Professora Germana de Oliveira Moraes, que no seu livro *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, citando conceituados doutrinadores, afirma que: "Com o pós-positivismo, dominante no constitucionalismo deste final de século XX, reconhece-se além da normatividade dos princípios, a hegemonia normativa dos princípios em relação às regras. Deve-se sobretudo à teoria de Ronald Dworkin, jurista de Havard, nos Estados Unidos, e ao jurista alemão Robert Alexy, o reconhecimento da normatividade dos princípios, e mais do que isso, o tratamento dos Princípios Gerais do Direito. No constitucionalismo

⁴ Arnaldo Vasconcelos. *Teoria da Norma Jurídica*. 1986, pág. 55.

⁵ "A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas e princípios* (*Norme-Prinzip, Principles-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. (J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1998, pág.1034).

⁶ Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Polis, 1989, pág.158.

contemporâneo, predomina o entendimento de que os princípios são normas jurídicas. No Brasil, para o Professor Paulo Bonavides 'não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, (a distinção relevante não é, como os primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios), sendo as normas o gênero e as regras e os princípios a espécie'. Para o constitucionalista brasileiro, os princípios são, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do Poder, e são compreendidos, equiparados e até confundidos com os valores⁷. Na mesma obra, a autora cita o Professor português Jorge Miranda que, no seu *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 1997, tomo II, p.198, leciona: "Os Princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito Positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais, fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas disposições".

As normas que denotam princípios⁸, muitas vezes contidas expressamente na própria Constituição Federal, traduzem o espírito que o ordenamento jurídico deve seguir, sob pena de se tornar contrário ao preconizado na Constituição. Desta forma os princípios constitucionais econômicos são normas essenciais à formulação do orçamento público, que se constitui um tipo de norma-disposição.

Nesta introdução, ressalta-se que a Constituição consagrou como princípios não só aqueles tradicionais do sistema capitalista, mas também outros que traduzem uma certa intervenção na economia, consagrando a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre concorrência.

⁷ Germana de Oliveira Moraes. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 1999, pág.20.

⁸ "A articulação de princípios e regras, de diferentes tipos e características, iluminará a compreensão da Constituição como um sistema interno assente em princípios estruturantes fundamentais que, por sua vez, assentam em *subprincípios e regras constitucionais* concretizadores desses mesmos princípios. Quer dizer, a Constituição é formada por regras e princípios de diferente grau de concretização". (J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1998, pág.1047).

Apesar do Capitalismo, nossos constituintes, e os legisladores da Emenda à Constituição 06/1995 que modificou o artigo 170 da Constituição Federal, procuraram definir nosso sistema econômico não só com princípios do capitalismo liberal, mas também com normas que garantam um Estado interventor, capaz de corrigir distorções.

O orçamento público deverá refletir os princípios a serem estudados, salientando que cabe ao Estado uma posição importante, não apenas subsidiária, já que pela Constituição, este pode intervir diretamente na Economia com os instrumentos que possui.

2. ORÇAMENTO PÚBLICO

A matéria em estudo é ligada à área do Direito Financeiro, sendo essencial, antes de dissertar sobre os princípios Constitucionais econômicos e sua aplicação na feitura da peça orçamentária, o conhecimento sobre orçamento público.

Antes de conceituar é importante ressaltar que a teoria do orçamento público surgiu na Inglaterra, quando da sua Carta Magna, outorgada na segunda década do século XIII, pelo rei João. Consta desta carta que "Nenhum tributo ou auxílio será instituído no reino, senão pelo conselho comum" - órgão de representação feudal da época. Ora, se passa a ser necessária a justificação sobre a criação de tributos (receita), passa-se automaticamente a controlar as despesas, pois a principal justificativa para a majoração de tributo é a necessidade de se fazer novas despesas.⁹

O orçamento público é a estimativa de receita¹⁰ que uma determinada entidade estatal terá num determinado exercício e a autorização de despesas,

⁹ "O orçamento ganhou relevo político na época em que os Legislativos procuraram controlar os respectivos Poderes Executivos. Foi a época do liberalismo. Sua inspiração última é de se tornar um instrumento de exercício da democracia pelo qual os particulares exercem o direito, por intermédio de seus mandatários, de só verem efetivadas as despesas e permitidas as arrecadações tributárias que estiverem autorizadas na lei orçamentária." (Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Financeiro e tributário*, p.74)

¹⁰ A receita corrente líquida, segundo o artigo 11, §1º da Lei 4320/64, compreende o somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, de transferências correntes e outras receitas também correntes, deduzidos os valores transferidos por determinação constitucional e dos sistemas previdenciários, cuja apuração se faz somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades. José Nilo de Castro. *Responsabilidade Fiscal nos Municípios*. Del Rey, 2001, pág.39.

que são apresentadas em forma de partidas dobradas e organizadas segundo uma programação de gastos.¹¹

O conteúdo dos orçamentos não é apenas informativo da previsão de receita e da projeção das despesas governamentais. Constitui-se sim, segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (1989:615), como "o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se elabora, se expressa, se aprova, se executa e se avalia os planos e programação de obras, serviços e encargos governamentais com estimativa da receita e fixação das despesas de cada exercício financeiro."

A importância do orçamento público está no fato de ser uma fiel radiografia do planejamento econômico proposto pelo governo, sendo, portanto, uma exteriorização desta.

É necessário ressaltar que os orçamentos públicos, no sistema legal brasileiro, são projetos de lei propostos pelo executivo (Lei do Plano Plurianual; Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária anual)¹², podendo ser discutidos e emendados nas casas legislativas.

¹¹ "Ante todo o exposto cabe reproduzir aqui uma definição técnica do orçamento em finanças públicas. De todos, preferimos a de Antonio L. de Sousa Franco, que o conceitua "como uma previsão, em regra anual, das despesas a realizar pelo Estado e dos processos de as cobrar, incorporando a autorização concedida à Administração Financeira para cobrar receitas e realizar despesas e limitando os poderes financeiros da administração em cada ano". (Finanças públicas, cit., p.308). O próprio autor deixa claro que nessa conceituação estão incluídos os elementos fundamentais do orçamento, em número de três: o econômico, o político e o jurídico. (Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Financeiro e tributário*, p.75)

¹² A lei do Plano plurianual "estabelecerá de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada." (art. 165, parágrafo.1º da Constituição Federal)

A segunda lei, a de Diretrizes Orçamentárias que também possui duração maior que a do exercício financeiro anual "compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento." (art. 165, parágrafo.2º da Constituição Federal).

Mas qual é a diferença entre as duas leis citadas? A diferença é que a lei do Plano Plurianual estabelece de forma regionalizada as metas e diretrizes da administração pública, enquanto a Lei de Diretrizes Orçamentárias traz uma visão macroeconômica e genérica das metas e prioridades da administração pública.

A lei orçamentária anual, ou lei Orçamentária propriamente dita, compreenderá três orçamentos (art. 165, parágrafo.5º da CF): a. o orçamento fiscal referente aos poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações, instituídas e mantidas pelo poder público; b. o orçamento de investimento das empresas em que a União direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; c. o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

O orçamento público, que é composto das três leis acima citadas, é de suma importância para a entidade estatal e para a fiscalização feita pela sociedade e seus representantes dos gastos da pessoa jurídica de direito público, ressaltando, segundo o constitucionalista Alexandre de Moraes, que a "lei orçamentária anual não contera dispositivo estranho à previsão de receita e à fixação de receita, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos disciplinados em lei"¹³.

É na fase de elaboração do orçamento que entra o planejamento econômico, visando um melhor aproveitamento dos recursos, sendo o orçamento público o instrumento através do qual se visualiza estes preceitos de gastos.

A atividade planejadora desenvolvida pelos governantes não se faz desmotivadamente, estando esta limitada pela Constituição. O planejamento econômico deve estar preliminarmente de acordo com os princípios econômicos estabelecidos na Constituição Federal. A pena para a desobediência será a inconstitucionalidade das leis orçamentárias.

Salienta-se que os referidos projetos de lei seguirão rito próprio fixado pelo artigo 166 da Constituição Federal, podendo ser emendados pelas casas legislativas em conformidade com os requisitos traçados na disposição constitucional.

O interessante, segundo o professor Alexandre de Moraes¹⁴, é que "Não há possibilidade de o Congresso Nacional rejeitar o projeto de lei de Diretrizes orçamentárias" em face do preceito do artigo 57, §2º da CF. Mais adiante informa também que "diferente é a hipótese de apreciação do projeto de lei orçamentária, em que a interpretação do artigo 166, §8º, da Constituição Federal permite concluir pela possibilidade de rejeição total ou parcial do projeto, afirmando que os recursos que, em decorrência do veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes, poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa".

Em síntese, o Congresso Nacional, diante da previsão constitucional e do processo legislativo fixado constitui sujeito integrante desta atividade

¹³ *idem*, pág. 1794.

¹⁴ Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil Interpretada*. Atlas, 2002, pág. 1799

planejadora, devendo seus membros atentar para os diversos princípios a seguir analisados no próximo tópico.

Deve-se fazer registro de que recentemente esta atividade planejadora ganhou outros limites, além dos princípios constitucionais, que serão objeto de estudo do próximo tópico, quando da edição das recentes legislações: Lei Complementar Nº 101 de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal); e, no âmbito dos municípios, a Lei 10.257 de 10 de Julho de 2001 (Estatuto da Cidade).

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em diversos artigos, estabelece normas de finanças públicas, que regulam a compatibilidade da lei orçamentária anual com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas da citada Lei Complementar, que se preocupa com a previsão e efetiva arrecadação, além de fixar limites para a geração de despesa e principalmente sobre despesa com pessoal¹⁵.

O principal objetivo da Lei Complementar 101 é estabelecer um equilíbrio entre as receitas e despesas¹⁶, procurando evitar o déficit público crônico¹⁷. Os limites impostos na legislação ao endividamento devem estar expostos no Orçamento e o desrespeito a regra acarretará severas punições ao ente estatal e seu administrador.

Já o Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 10 de Julho de 2001, quanto ao assunto ora tratado estabelece em seu artigo 2º, inciso X, a seguinte diretriz: "*Adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais*".

¹⁵ "O legislador, com este cuidado, modifica completamente os usos e a praxe administrativa em se tratando de despesas obrigatórias de caráter continuado. Revela-se aqui a presença do planejamento nos gastos públicos. No passado, criavam-se despesas, tais como preenchimento de cargos públicos - pode-se cria-los, mas o provimento é que impõe despesas - concessão de vantagens pecuniárias aos servidores municipais, salvo revisão geral, sem o controle que agora se impõe na letra da LRF". (José Nilo de Castro. *Responsabilidade Fiscal nos Municípios*. Del Rey, 2001, pág.62)

¹⁶ "A LRF não se preocupou apenas com o freio à gastança pública, mas também com os ingressos, com a receita. Assim constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do Município". José Nilo de Castro. *Responsabilidade Fiscal nos Municípios*. Del Rey, 2001, pág.51.

¹⁷ José Nilo de Castro. *Responsabilidade Fiscal nos Municípios*. Del Rey, 2001, pág.81

O cumprimento desta diretriz, no tocante ao orçamento público, deve estar associado ao fato de que não seria justo "que um bairro ou uma região comporte *sozinho e* sem nenhuma compensação determinada atividade não desejada pelas áreas centrais e mais valorizadas da cidade. Por outro lado, o Poder Público Municipal não pode destinar uma parcela maciça do seu orçamento para as áreas já dotadas de melhor infra-estrutura, enquanto áreas periféricas permanecem desprovidas das condições mínimas para a vida humana digna".¹⁸

O exemplo citado acima é uma ilustração da importância do Estatuto da Cidade para a atividade planejadora que deve conter o Orçamento Público.

As normas contidas nas mencionadas Leis são tanto da espécie norma-princípio como da espécie norma-disposição que estabelecem diretrizes e limites concretos, respectivamente, mas o objetivo geral deste artigo é falar dos princípios constitucionais econômicos, diretrizes primárias e base para a confecção das leis orçamentárias.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICOS.

Aspectos Constitucionais.

Não se constitui nosso objetivo discutir aspectos ideológicos dos governantes, mas apenas os princípios econômicos que devem ser seguidos, sejam quais forem as convicções dos detentores do poder e a aplicação destes no orçamento público.

Lembra-se que a Constituição de 1988 tratou a ordem econômica, destinando a este tema um capítulo inteiro, tendo estabelecido o sistema econômico capitalista, embora com forte ingerência do Estado na economia¹⁹.

Os próprios princípios a serem analisados, no art. 170 da Constituição Federal, demonstram de que a maneira o Estado e os administrados devem atuar em relação ao processo econômico.

¹⁸ Liana Portilho Matos. *Estatuto da Cidade Comentado*, Mandamentos, 2002, pág.93.

¹⁹ "A autonomia privada da vontade não sobreviveria incólume ao século XX. A primeira Guerra Mundial(1914-1918), a Revolução Russa de 1917 e o desenvolvimento do capitalismo financeiro colocaram em situação de fragilidade o outrora pujante "Estado Liberal". "O interesse social era finalmente convocado a sair do vestibulo e a entrar triunfante na já combatida e arruinada mansão onde se hospedara faustosamente por três séculos o *interesse individual*." ...

A análise dos princípios e a aplicação destes nas leis orçamentárias são o objeto deste trabalho, sendo o orçamento público, determinante dos gastos e da política econômica.

Salienta-se, diante da grande intersecção que o Direito Econômico possui com outros ramos do direito, a existência de inúmeros outros princípios também relacionados à ordem econômica, previstos em diversos capítulos da Constituição Federal, como por exemplo: dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º,III e IV); a construção de uma sociedade livre justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art.3º,I, II e III); a liberdade de associação profissional ou sindical (art.8º); a garantia do direito de greve (art.9º); entre outros.²⁰

No entanto, no intuito de delimitar o estudo, passa-se a analisar diretamente os princípios gerais da atividade econômica normatizadas no art. 170²¹ da Constituição Federal e sua aplicação na lei orçamentária:

a) *Valorização do trabalho humano* - Neste princípio, a Constituição busca privilegiar o valor social do trabalho, estabelecendo normas que confirmem direitos justos, conciliando a existência digna do trabalhador e o desenvolvimento da sociedade capitalista moderna.

"A intervenção estatal na economia não mais era uma exceção; contudo tornou-se indispensável à própria existência da ordem capitalista." (Otávio Luiz Rodrigues Junior, *Revisão Judicial dos Contratos - Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. Atlas, São Paulo, 2002, pág.43 ;

²⁰ Todos os artigos citados neste parágrafo são da Constituição Federal de 1988.

²¹ "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
 - II - propriedade privada;
 - III - função social da propriedade;
 - IV - livre concorrência;
 - V - defesa do consumidor;
 - VI - defesa do meio ambiente;
 - VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
 - VIII - busca do pleno emprego;
 - IX - tratamento favorável para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no país;
- Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

É elementar mencionar que qualquer atividade econômica estatal deve valorizar o trabalho humano.

Apesar de a Constituição Federal ter escolhido o Capitalismo como sistema econômico, a menção constitucional deste princípio configura-se sempre um freio ao capitalismo liberal, cuja busca do pleno emprego é utópica, deixando de lado, muitas vezes, a dignidade do trabalho humano.

Na elaboração da peça orçamentária, o executivo e legislativo devem privilegiar este princípio, ao prever o valor do salário mínimo, gastos sociais com o seguro desemprego; abertura de frentes de trabalho para atendimento à desempregados etc.

b) *Livre iniciativa* - É o princípio que caracteriza a escolha do constituinte pelo modo de produção capitalista, imperando a liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica, onde, em tese, o agente econômico é livre para desenvolver qualquer atividade, visando à remuneração do seu capital.

Acontece, que a liberdade aqui estudada não é ilimitada, segundo GRAU(1990:222) "livre iniciativa não se resume, aí, a 'princípio básico do liberalismo econômico' ou a 'liberdade de desenvolvimento da empresa' apenas - à liberdade única do comércio, pois. Em outros termos: não se pode visualizar no princípio tão somente uma afirmação do capitalismo."

Na verdade a livre iniciativa está limitada por outros preceitos constitucionais, como, por exemplo, o contido no art. 173 da CF, que preconiza o dever do Estado em evitar abusos econômicos, incentivando um mercado livre em situação normal.

Não há dúvidas que estas restrições mostram-se como uma intervenção estatal na economia, sendo necessárias para o funcionamento do sistema capitalista, eliminando ou diminuindo os vícios gerados por uma política econômica liberal.

Outros princípios como o da propriedade privada e o da livre concorrência compõem, junto com o da livre iniciativa, o tripé da doutrina capitalista, embora existam as restrições apresentadas em nossa Constituição.

c) *Justiça social* - este é um princípio que se configura como um objetivo da República Federativa do Brasil, cujo ordenamento econômico deve possuir como paradigma.

As atividades econômicas devem trazer riquezas não apenas para o capitalista, mas também para as pessoas que desenvolvem a atividade produtiva, promovendo uma justa distribuição de renda, evitando disparidades.

Como este princípio é visível no orçamento público?

Quando se estabelecem gastos de apoio aos mais necessitados ou através da previsão de receitas oriundas de impostos diretos e progressivos, conforme a capacidade contributiva de cada cidadão.

A intensa atividade planejadora da economia vem sendo criticada pela corrente neoliberal, que defende a teoria de que o Estado não deve interferir no processo econômico. Assim, o orçamento deve tratar unicamente do planejamento das funções estatais, não lhe cabendo qualquer indicativo de interferência no processo econômico, que necessita de liberdade para o seu desenvolvimento.

Esta limitação proposta parece visionária, já que a Entidade Pública, ao elaborar a peça orçamentária, vai desenvolver trabalho de planejamento econômico e implicitamente vai determinar que rumo a economia deve seguir, visando o bem comum.

d) *Soberania nacional* - configura-se uma diretriz, justificadora das reivindicações pela realização de políticas públicas.²² O sentido deste princípio está na soberania econômica, devendo-se, nas relações internacionais, preservar a independência econômica.

A Soberania estudada nesta fase, não é a autonomia política que uma determinada nação possui diante da comunidade internacional sob um território, e sim a autonomia econômica que sempre deve ser buscada.

O princípio em análise não defende o isolamento econômico do Brasil, até porque o sistema econômico consagrado é o capitalista. Mas o capitalismo brasileiro, conforme a Constituição, deve estar voltado à Justiça Social e à formação de um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente.²³

A modernização da economia, respeitando-se os princípios ora estudados, sempre deve ser o objetivo da atividade planejadora estatal e

²². Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, RT, 1990, p.242.

²³. José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, RT, 1989, p.664

conseqüentemente do orçamento público. O respeito ao princípio em análise, quando da confecção da lei orçamentária, se dará no planejamento de políticas econômicas que privilegiem uma ruptura da situação de dependência econômica em relação às sociedades mais desenvolvidas, incentivando investimentos em tecnologias ainda não dominadas por nossas empresas.

Os gastos com infra-estrutura previstos no orçamento-público são fundamentais na obediência a este item, pois as obras previstas gerarão condição para o desenvolvimento dos setores econômicos, cujas atividades são tidas como essenciais pelo governo (atividade planejadora).

Este princípio está de acordo com os princípios da justiça social, na medida em que evita dependência externa, prepara nossa economia para a concorrência internacional, criando demanda pelo trabalho em nosso território. Em síntese, a principal conseqüência será ter empresas mais fortes e manutenção e criação de empregos.

Lembra-se que este princípio deve ser aplicado com a devida cautela, já que não deve causar o fechamento da economia. O isolamento ocasionará efeito inverso, trazendo, a médio prazo, a perda do poder de concorrência, que as empresas nacionais possuem no mercado interno e externo. Isto fatalmente acontecerá com a economia fechada, dificilmente teremos acesso às novas técnicas desenvolvidas no mundo inteiro, o que tornará nosso avanço muito mais lento, produzindo-se produtos defasados tecnologicamente.

e) Propriedade privada e função social da propriedade - Eis um princípio que demonstra a escolha dos constituintes de 1988 pelo sistema capitalista, em que os homens ou empresas são detentores dos meios de produção.

A importância desta norma está no respeito à propriedade privada, consubstanciando também numa diretriz (norma objetivo). Mas a utilização dos poderes conferidos ao detentor é limitada pela função social da propriedade, que também é um princípio constitucional econômico.

A limitação da propriedade não se encontra apenas inserida no Código Civil ou nas legislações que norteiam a administração pública, mas principalmente no dever que toda propriedade tem de atender à sua função social.

Especificamente, a propriedade sobre um determinado bem imóvel encontra-se de acordo com a sua função social, quando o mesmo obedece aos preceitos do Plano Diretor da região urbana onde se localiza.

Toda propriedade privada tem uma função pública. Esta função aparece no momento da aplicação de normas que visam evitar os abusos que a livre utilização dos bens ocasionaria.

O poder público deve zelar para que as propriedades exerçam sua função social, não só utilizando o seu dever e poder de polícia, mas também indenizando se intervier no domínio de um determinado bem particular.

Salienta-se que não se concebe a existência de lei orçamentária que não trate da política urbana e a fixação de diretrizes de gastos para a resolução de um dos maiores problemas da sociedade brasileira que é o déficit habitacional. A fixação destas regras deverá respeitar a propriedade privada e a função social, observando que recentemente foi publicada a Lei 10257 de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade.

A importância desta lei não está apenas nos instrumentos criados para ordenar as cidades, mas também para fornecer ao aparelho estatal meios para corrigir distorções, evitar especulação imobiliária e possibilitar a construção de novas moradias à população. Conclui-se, no entanto, que as receitas para executar estes instrumentos devem estar previstos no orçamento.

f) Livre concorrência - este princípio, junto com o princípio da livre iniciativa, caracteriza o sistema econômico capitalista adotado pela Constituição Federal de 1988.

Todos os agentes econômicos são livres, em tese, para desenvolver qualquer atividade.

A livre concorrência é uma manifestação da liberdade de iniciativa, embora que deva existir uma ingerência estatal para garantir este preceito.

O capitalismo sem freios leva ao monopólio, e, conseqüentemente, gera como efeito à destruição da livre concorrência. Na medida que o mercado é monopolizado ou oligopolizado torna-se quase impossível concorrer com as grandes empresas, detentoras de volumosos capitais capazes de afogar qualquer concorrência.

Após a crise de 1929, iniciou-se um processo de intervenção estatal na economia, levando em consideração a teoria de Keynes²⁴. A realidade é

²⁴ John Maynard Keynes (1883-1946) foi o grande economista do período entre guerras mundiais, cujas obras romperam com a tradição neoclássica e apresentaram um programa de ação governamental para a promoção do pleno emprego.

que a concorrência perfeita é uma ilusão na vivência dos mercados, não sendo uma tendência natural como afirmaram os capitalistas clássicos.

É como se coubesse ao Estado a fiscalização da ocorrência de imperfeições do sistema e manutenção da livre concorrência. A Constituição de 1988 prevê ao estatuir no §4º do art. 173 que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Como se pode ter livre iniciativa se não tivermos livre concorrência? Como se iniciará uma nova atividade se não existem condições de se manter no mercado?

Estas são perguntas que demonstram a importância da matéria, pois não haverá liberdade no sistema capitalista se a concorrência inexistir.

A principal pergunta é como o governo interfere, buscando manter a concorrência perfeita tão necessária ao sistema capitalista teórico? Quais as normas de Direito econômico?

As medidas são variadas, entre elas destaca-se a imposição de multas elevadas pela prática de monopólios, abuso do poder econômico etc. Pode-se citar também a fixação de preços mínimos, proporcionando aos produtores um valor certo para produção, evitando-se que uns, mais fortes, baixem seus preços e eliminem a concorrência²⁵.

Todas estas medidas devem ser tomadas com cautela, devendo o Estado Brasileiro sempre programar no seu orçamento gastos com a fiscalização e com financiamentos para garantir a livre concorrência.

Na elaboração da peça orçamentária é muito importante a fixação de uma programação de gastos que não influencie a quebra do princípio em análise.

g) Defesa do consumidor - a promulgação da Lei 8.078/90 veio disciplinar os direitos do consumidor, protegendo-o dos maus produtores, fornecedores, e prestadores de serviço, partes teoricamente mais fortes.

A economia brasileira deve estar voltada à proteção dos consumidores, cuja consequência indireta será a melhora dos produtos nacionais, já que as empresas produtoras e fornecedoras estarão preocupadas em evitar prejuízos morais e financeiros advindos em caso da necessidade de troca do produto.

²⁵ Os preços baixos mantidos por estes são fixados artificialmente com o único objetivo de quebrar os mais fracos, que não possuem condições de bancar o preço. (dumping)

Não há dúvidas de que se está diante de mais uma intervenção estatal nas relações econômicas mantidas entre produtores, fornecedores ou prestadores de serviços e consumidores. A tentativa de institucionalizar o capitalismo é benéfica e necessária, pois os direitos dos economicamente mais fracos, em teoria, são respeitados, possibilitando uma concorrência mais acirrada, dado que produtos ou serviços de melhor qualidade serão preferidos em detrimento de outros.

Afirma-se que a defesa do consumidor é também um paradigma para a lei orçamentária, já que a entidade estatal é um grande fornecedor de serviço, estando, portanto, adstrita a este princípio na sua função de elaborar seus gastos e prever suas receitas.

h) Defesa do meio-ambiente - o desenvolvimento econômico e as relações econômicas não podem prejudicar o meio-ambiente. O crescimento deve ser ordenado, evitando-se prejuízos aos ecossistemas existentes, preservando-se flora, lagos, rios e mares, fauna da destruição promovida pelo ser humano.

Os capitalistas ao desenvolverem suas atividades devem preocupar-se com o meio-ambiente, desenvolvendo projetos de exploração das potencialidades da terra, mas sem esgotá-la. O homem pode e deve instalar suas empresas desde que não aniquile o meio-ambiente ao seu redor.

Mais uma vez está-se diante de uma norma-objetivo com a feição de diretriz, condenando-se a exploração econômica que traga prejuízos irremediáveis à natureza.

O orçamento pode e deve prever gastos com a manutenção e recuperação do meio ambiente, como também direcionar os gastos para projetos de infra-estrutura que respeitem o impacto ambiental. Em síntese, a política econômica, no sistema brasileiro, não pode estar dissociada da preservação do meio ambiente, sob pena de prejudicar a qualidade de vida da coletividade local, além da reprovação internacional, que já é grande.

i) Redução das desigualdades regionais e sociais - também previsto no inciso III do art.3º da Constituição Federal. O Estado brasileiro deve promover o desenvolvimento econômico levando em conta que existem diferenças regionais.

Não se terá justiça social, princípio maior da Constituição, se porventura continuar a existir um grande abismo entre as regiões do Brasil.

O cumprimento deste princípio é fundamental, sob pena do aumento da pobreza das regiões mais carentes, aumento das tensões políticas nas mesmas e a inexistência de dignidade humana.

Como poderão existir liberdade de iniciativa e livre concorrência se uma parte considerável do país é miserável, inexistindo acesso à educação e meios tecnológicos?

Concluindo, não existirá.

O Orçamento Público, através do Plano Plurianual, estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública para as despesas relativas a programas que durem mais que o exercício anual. A programação destas despesas deve obedecer ao princípio indicado logo acima, incentivando investimentos nas regiões mais pobres, buscando o nivelamento destas com as regiões mais desenvolvidas.

j) *Busca do pleno emprego* - este é um princípio econômico utópico. O pleno emprego sempre é buscado, mas sabe-se que nunca será alcançado. Além do mais, o pleno-emprego geraria inflação de demanda, devendo ser, portanto, visto com cautela.

O pleno emprego significa a maximização dos fatores de produção, e apesar de ser utópico, sua busca é necessária como se fosse uma diretriz, já que a economia deve permanecer sempre aquecida, aumentando a demanda por mão de obra e produtos, tendo em vista o crescente número de novos consumidores com capacidade aquisitiva.

l) *Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país* - configura-se também numa diretriz, pela qual a entidade estatal intervêm na economia, favorecendo as empresas com estas características, visando a constituição de empresas brasileiras, que possuam sede e administração no Brasil.

Embora pareça uma limitação ao princípio da livre concorrência, esta limitação é benéfica para o estágio atual de nossas empresas e da economia, pois fortalece as empresas pequenas, dando condições para que estas sobrevivam e possam crescer, viabilizando-se assim a existir a livre concorrência tão almejada.

A livre concorrência deve acontecer, desde que os agentes estejam em condições de igualdade. Conforme o exposto, a competição nunca será inteiramente livre se a disputa envolver empresas de diferente porte

econômico, sem a existência de regras que permitam o policiamento da ação destas.

Lembra-se que a Constituição determina a equidade, mas a igualdade em análise é o tratamento igualitário para os iguais.

Este princípio, que confere tratamento especial, aparece quando o governo concede isenções fiscais ou alíquotas diferenciadas, diminuindo a carga tributária destas empresas. Toda esta estratégia deve estar contida no orçamento público.

4. CONCLUSÃO

A análise desenvolvida sobre cada um dos princípios do artigo 170 da Constituição Federal, desenvolvido no item anterior, já exhibe a importância destes na elaboração das diversas leis orçamentárias, como também a sua aplicação.

01. O Orçamento público é uma peça essencial para governantes e governados e encontra-se regulado, conforme já enunciado, por diversas normas, limitados pelos preceitos ora estudados.

A leitura não só dos princípios como também de todos os artigos do capítulo da ordem econômica, na Constituição, demonstra, claramente, a presença forte do Estado brasileiro na economia²⁶.

02. Não cabe a este trabalho estudar as conseqüências do forte intervencionismo estatal, cuja tendência, no presente momento histórico, é de abrandamento, diante do neoliberalismo. A intenção é de tecer comentários sobre os princípios que devem estar constantes em todas as

²⁶ (LIMITES DA INTERVENÇÃO - STF) "A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, por sua vez, não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios - como aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito de que se revestem de um claro sentido de fundamentabilidade. Motivos de ordem pública ou razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade - não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada" (STF - Pleno - AI nº 244.578/RS-Rel Min Celso de Mello STF, nº 154) (nota coleccionada pelo Professor Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada*, Atlas, 2002, pág. 1820).

regras de direito econômico, como também nas diversas leis orçamentárias, seja na União, Estados ou Município.

03. A aplicação dos princípios analisados acima, quando da formação da lei orçamentária, deve nortear o planejamento econômico do Estado, podendo configurar em certos casos uma intervenção estatal na economia. O Estado regula esta, não só com regras específicas, mas principalmente através de princípios que servem de base para todas as normas de Direito Econômico.

04. A legislação na qual se encontra inserido o orçamento público pode ser interpretada como normas de Direito Econômico. A presente afirmação é válida, levando-se em conta a política de gastos prevista no orçamento, capaz de denotar, mesmo que de forma indireta, a existência de regras intervencionistas nas leis orçamentárias.

05. Uma outra conclusão é o fato que a intervenção na economia proposta pela Constituição é muito complexa, já que todas as medidas econômicas emanadas do governo devem seguir os princípios econômicos analisados acima, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, inclusive as regras contidas nas leis orçamentárias.

06. As normas que ensejam princípios de direito econômico configuram-se como diretrizes, para todas as normas de cunho econômico, tendo em vista a necessidade, segundo os Constituintes, de o Estado velar pelo não desvirtuamento do Sistema Capitalista, coibindo suas contradições e evitando as desigualdades sociais. Esta é a justificativa para o intervencionismo estatal na economia institucionalizado pela Constituição Federal²⁷.

Essa manipulação deve ser necessária para concretizar o crescimento econômico com justiça social, sendo o orçamento público um veículo para tal.

07. Terminamos nossos estudos citando a lição do Mestre RAIMUNDO FALCÃO (1981:179), que lição ainda muito atual: "O Estado não se deve contentar em ser intervencionista. Ele é intervencionista para ser social. Só o intervencionismo não basta. Também não se justifica por si só. A meta do intervencionismo é transformar o ultrapassado Estado

²⁷ "Da conjugação dessas duas normas constitucionais o intérprete deve concluir pela existência da possibilidade de intervenção estatal na economia, seguindo-se os parâmetros de legalidade, quando houver necessidade de defesa do interesse público, inclusive para combater o abuso do poder econômico e assegurar o respeito aos princípios constitucionais da ordem econômica". (Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada, Atlas, 2002, pág. 1820.*

liberalista em Estado social. Nem tampouco Estado de bem-estar, como alguns preferem chamá-lo, eis que o bem-estar poderia reverter em benefício somente de alguns. Se alguém insiste no composto *bem-estar*, que se complete a expressão-Estado de bem-estar *social*."

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, 1ªed., São Paulo, Saraiva, 1991.

BELCHIOR, Procópio. *Novo Orçamento-Programa*, 2ªed., Rio de Janeiro, Pallas, 1976.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ªed., São Paulo, Malheiros, 1993.

CASTRO, José Nilo de. *Responsabilidade Fiscal dos Municípios*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e Mudança Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, RT, 1990.

LONGO, Carlos Alberto e TROSTER, Roberto Luis. *Economia do Setor Público*, 1ªed., São Paulo, Atlas, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 1.ed. São Paulo, Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, São Paulo, Dialética, 1999.

PEREIRA, Wladimir (org.). *Manual de Introdução à economia (professores da USP)*. São Paulo, Saraiva, 1987.

RESENDE, Fernando. *Finanças Públicas*. 1.ed. São Paulo, Atlas, 1994.

RIANI, Flávio. *Economia do Setor Público*, 1.ed. São Paulo, Atlas, 1990.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. *Revisão Judicial dos Contratos*, 1.ed. São Paulo, Atlas, 2002.

SAMUELSON, Paul. *Introdução à análise econômica*, tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. 8ªed. Rio de Janeiro, AGIR, 1975.

SERRA, José. *Revista de Economia Política*, vol.13, nr.4, outubro- dezembro/ 1993.

SHAPIRO, Edward. *Análise macroeconômica*. tradução de Augusto Reis, 2.ed. São Paulo, Atlas, 1992

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6.ed., São Paulo, RT, 1989.

Controle da Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados*

Francisco Lisboa Rodrigues
Procurador do Município de Fortaleza
Mestrando em Direito Constitucional – UNIFOR

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Prolegômenos Epistemológicos e Retóricos
3. Discricionariedade Administrativa
4. Conceitos Jurídicos Indeterminados
5. Controle Judicial da Discricionariedade
6. Conclusão
7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O tema da discricionariedade administrativa tem tomado assento ímpar na produção doutrinária de vários autores nacionais e alienígenas. A abordagem do assunto parece se tornar mais complexa quando se procura determinar a fronteira entre o ato administrativo vinculado e o discricionário, tendo em vista que tais realidades não são capturadas conceitualmente de forma estanque a ponto de Celso Antonio Bandeira de Mello afirmar que “não é o ato que é vinculado ou discricionário; tanto que se costuma afirmar que tais ou quais ‘elementos’ são sempre vinculados. Onde, por imperativo lógico, o ato, em si mesmo, nunca o seria...”¹ Portanto, já podemos antever

* Texto apresentado no Curso de Especialização em Processo Administrativo, na disciplina Controle Jurisdicional da Administração Pública, da Universidade Federal do Ceará, em dezembro de 2001 e revisto em setembro de 2002.

¹ Mello, Celso Antonio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária – Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 3, junho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 de novembro de 2001.

que o tema aqui em abordagem não é dos mais pacíficos em doutrina ou jurisprudência.

Iniciaremos nosso trabalho com breves colocações acerca da Epistemologia Jurídica com relevo da epistemologia histórica de Bachelard, passando, então, para uma também breve consideração sobre retórica. Consideramos necessário tal desiderato, tendo em vista que, segundo pensamos, o tema aqui proposto não está dissociado do contexto acima. Após, ingressaremos no tema da discricionariedade administrativa, sempre sem pretensão de esgotá-lo, para, só a partir daí, discutirmos a idéia atual de conceitos jurídicos indeterminados.

E como fechamento do texto, buscaremos ofertar alguma contribuição no que tange ao controle judicial da discricionariedade, quando o Judiciário se depara com a interpretação de um conceito vago, sempre com a visão voltada para o mundo supralegal.

2. PROLEGÔMENOS.

Desde tempos imemoriais o homem se preocupa com o encontrar da verdade, da idéia ou pensamento que possa lhe dar segurança quanto o "de onde venho?" e o "para onde vou?". Logicamente, muitos foram os que tentaram solucionar o problema, mas sem um ponto final. E não poderia ser de outra forma, posto que, como bem nos demonstrou Kant, em sua Crítica da Razão Pura, a razão humana possui um limite, não é capaz de alcançar a solução de todos os problemas.

Até mesmo no texto bíblico, referencial de verdade para muitos, temos que, diante da pergunta "o que é a verdade?", Jesus Cristo apresentou uma resposta que não se adequaria, por razões lógicas, à indagação formulada.² O certo é que não se tem, ainda, um conceito definitivo de verdade, a não ser o que diz ser ela fruto do tempo-espaco e que devemos buscá-la em cada época histórica. Desta forma, a idéia de verdade foi substituída pela de verossimilhança, notadamente em Karl Popper e, posteriormente, em Gaston Bachelard, dentre outros. Este último nos afirma

² Quando Jesus responde "Eu sou o Caminho, a Verdade e a Vida" (João 14:6) está a responder uma outra indagação e não a feita por Pilatos. Claro que tinha Ele razões políticas e esotéricas para ter agido dessa forma.

que a verdade só poderá ser uma verdade histórica, uma verdade efêmera e compatível com o tempo e o lugar em que é produzida. Dentro desse contexto, Gustavo de Brito Freire Pacheco, citando Renato Barilli, assevera que "as coisas são bem diversas se partirmos do pressuposto de que, pelo menos no universo das ocupações humanas, não existe 'verdade' segura e unívoca que possa triunfar; existem unicamente argumentos mais ou menos convincentes; e é então dever e direito de quem está convencido da sua qualidade torná-los 'melhores', mais competitivos, fazê-los aceitar pelos outros."³

Ora, se tudo aparenta ser problema de argumentação, de interpretação, o tema aqui proposto não pode escapar dessa conotação, sendo, necessariamente, o intérprete de uma dada realidade vinculado aos valores vigentes à época de sua produção de pensamento. Portanto, presentes, no caso, os conhecidos obstáculos epistemológicos antes considerados 'perigosos' pelos positivistas mais entusiastas filiados à neutralidade científica. Percebe-se, claramente, que o conhecimento humano é aberto, efêmero, um sistema que se renova, aperfeiçoa, constantemente, é dizer, até mesmo seu fundamento é questão arbitrária.⁴

Toma a cena do espetáculo do conhecimento humano, hodiernamente, a teoria da argumentação ou retórica, tendo em vista que uma idéia será mais ou menos aceita se sua exposição for mais ou menos consistente. Afasta-se, em alguns casos, a coerência como forma de argumentação, posto que a realidade, em si mesma, pode não ser coerente.

Após ultrapassar uma profunda crise, a retórica toma sua posição novamente no discurso humano com as produções de Chaim Perelman, principalmente, e em virtude do interesse despertado pelo estudo da linguagem e da filosofia dos valores. A retórica é vista, agora, como instrumento de persuasão, além da sua tradicional vertente formal.

³ PACHECO, Gustavo de Brito Freire. Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman - Texto disponível em: http://www.puc-rio.br/sobrepuc/direito/pec_jur/clgpache.html. Acesso em: 13 de novembro de 2001.

⁴ Neste ponto, vem à mente uma passagem de Hilton Japiassu que bem expressa a perplexidade humana diante da sua própria existência. Eis: "Existir, para nós, significa apenas sermos pressionados pela urgência do tempo, num mundo que não mais dominamos, onde não sabemos mais quem somos nem tampouco como podemos falar, muito embora nos vejamos forçados a inventar algo para fazer e sobre o que pensar, a fim de nos darmos a ilusão de ainda ser livres." JAPIASSU, Hilton. Pedagogia da incerteza e outros estudos - Rio de Janeiro: Imago Editora, 1983, pág. 14.

Resumidamente, podemos dizer acerca das conclusões de Perelman, com Gustavo de Brito Freire Pacheco, que a procura por uma racionalidade ética, de uma lógica específica para os valores, "levou-o à conclusão inesperada de que não há uma lógica dos juízos de valor, mas que, em todos os campos do conhecimento onde ocorre controvérsia de opiniões – a filosofia, a moral, o direito, etc. – recorre-se a técnicas argumentativas: a dialética e a retórica são utilizadas como instrumentos para se chegar a um acordo sobre os valores e sua aplicação. Sua pesquisa foi então direcionada no sentido de 'retornar e ao mesmo tempo renovar a retórica dos gregos e dos romanos, concebida como a arte de bem falar, ou seja, a arte de falar de modo a persuadir e a convencer, e retornar a dialética e a tópica, artes do diálogo e da controvérsia'.⁵

É nestas precisas colocações que nos colocamos diante do mundo e das coisas, como mero expectador, não no sentido passivo que o termo pode provocar, mas no prisma de uma atitude livre e aberta para novos conceitos. Afinal, o conhecimento não é mais um simples condicionar do sujeito pelo objeto ou uma construção do objeto pelo sujeito. Desta forma, o que conhece não é tão distante ou alheio ao que se pretende conhecer. O Direito, enquanto realidade cultural, está em constante mutabilidade, cabendo a cada operador a atualização do conteúdo de seus institutos e expressões.

3. Discricionariedade Administrativa.

Como antecedente lógico à compreensão do tema da discricionariedade devemos estabelecer o que entendemos por princípio da legalidade. Por não ser objeto do tema proposto, diretamente, daremos tão-somente os contornos gerais.

Tradicionalmente, o princípio da legalidade, na esfera da Administração Pública, significa que, ao contrário do particular – que está autorizado a fazer o que a lei não o proibir – ela, a Administração, só está autorizada a agir segundo as determinações legais. Ora, essa concepção perdurou por muito tempo, sendo que hoje já se fala em princípio da juridicidade, como forma de expressar que a Administração

⁵ PACHECO, Gustavo de Brito Freire. Cit.

não se submete à lei, apenas, mas também aos princípios que são normas tanto quanto as leis (regras).

Citando Carmem Lúcia Antunes Rocha, Luciana Varassin nos informa que "em ambas as previsões constitucionais da legalidade, temos o Princípio da Juridicidade, muito mais abrangente que a legalidade. No art. 5º, inciso II, consubstancia-se em um direito, com base na liberdade dos indivíduos. No caput do art. 37, temos um dever, com fundamento na ausência de liberdade da Administração Pública."⁶

Não se pode, por outro lado, olvidar do reconhecido princípio da constitucionalidade. Embora se tenha estabelecido uma completa reverência à lei por parte da Administração Pública, temos de reconhecer a existência de uma tensão entre os Poderes, notadamente entre o Executivo e o Legislativo, a ensejar a necessidade de uma Jurisdição Constitucional. Como bem salienta Germana de Oliveira Moraes, as relações entre os Poderes Legislativo e Executivo, com o advento do Estado Social, foram sensivelmente alteradas, a ponto de constituir-se o Executivo num prestador de serviços públicos. Ora, não passou muito tempo para que se observassem exageros na condução da função Executiva, havendo necessidade de se submeter o Legislativo à Constituição e o Judiciário conter os excessos do Executivo. "Por via de consequência, alteraram-se as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. Numa reação aos desmandos daquele, valoriza-se a jurisdição constitucional: assiste-se a sujeição de seus membros – os legisladores, à Constituição, aos quais também passaram a ser destinatários do princípio da legalidade que se estende para alcançar a constitucionalidade, daí advindo, dentre outros efeitos, a perda do peso da lei parlamentar no seio do ordenamento jurídico, à qual se sobrepõem as normas constitucionais, cuja supremacia se proclama. No dizer de Ernesto Pedraz Penalva, 'a velha idéia de liberdade protegida pela lei', e assim passou do *princípio da legalidade*, de conformação mais administrativa ao *princípio da constitucionalidade*, que nada mais é, segundo Paulo Bonavides, 'do que o princípio da legalidade posto pelo invólucro formal da

⁶ VARASSIN, Luciana. Princípio da legalidade na administração pública. In: Jus Navigandi, n. 51. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2275>. Acesso em: 04 de dezembro de 2001.

Constituição', o qual evolui para o princípio da constitucionalidade material, que liberta o juiz do sentido formalista das normas, transcendendo o texto da lei para inserir-se na 'realidade do caso concreto' e 'na dimensão unitária dos valores que regem a Constituição.'⁷

Conseqüentemente, afigura-se, hodiernamente, como decorrência da supremacia constitucional, a referência ao princípio da legalidade como inserido no princípio maior da constitucionalidade. É o que comumente se vê nos termos de supremacia normativa dos princípios em relação às regras.

Em se tratando de discricionariedade o contexto acima apresentado também se faz exigível. Comumente, a discricionariedade é entendida como a prática de atos tidos por discricionários por não estarem totalmente engessados numa moldura normativa anterior. Todavia, como pondera Régis Fernandes de Oliveira a expressão 'ato discricionário' foi usada durante muito tempo pelos doutrinadores. "Modernamente, faz-se ressalva a seu uso. Já Victor Nunes Leal criticava a locução, dizendo ser 'conceitualmente defeituosa'. Seabra Fagundes pondera que a observação é rigorosa, porque 'na expressão ato discricionário está subentendido que se trata do que o é predominantemente, do que o é por contraste com o ato vinculado. A locução 'ato discricionário' outra coisa não significa que a expressão concreta da atividade ou poder discricionário ou discricionariedade."⁸

A idéia de ato discricionário nos leva, ineludivelmente, à de discricionariedade. Vários são seus conceitos e não há unanimidade quanto ao tema. Para não nos prolongarmos na citação das diversas significações da palavra *discricionariedade*, utilizaremos aquela presente na proposta de sua redefinição e que se transcreve abaixo, conforme as lições de Germana de Oliveira Moraes. Eis:

"Discricionariedade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no

7 MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 1999, p. 22.

8 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato administrativo. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 80-81

caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito."⁹

Aí está o que se deve entender por discricionariedade. Longe está de significar liberdade extrema do administrador quando à prática dos atos administrativos, tanto que já não se fala em ato administrativo vinculado ou discricionário, mas em ato preponderantemente vinculado ou discricionário. E não poderia ser de outra forma, posto que, se de um lado, temos a moldura das normas – regras e princípios – principalmente as de índole constitucional, já que estamos num Estado Social de Direito, do outro há a presença inafastável dos conceitos indeterminados. Essa realidade conduz à já referida textura aberta da norma.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, relacionando os casos em que se evidencia o âmbito de aplicação da discricionariedade, afirma:

"A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe:

9 MORAES, Germana de Oliveira. Ob. Cit., p. 42.

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender a conveniência do serviço;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.¹⁰

Pelas linhas anteriores se confirma que o administrador sempre deve se movimentar dentro do espaço de liberdade de decisão conferido pela norma, não existindo discricionariedade livre de tal condicionamento. Mesmo em se tratando de motivo e objeto do ato administrativo, normalmente considerados pertencentes à órbita de discricionariedade do administrador, devem eles ser harmônicos com os princípios constitucionais, visto que estamos num Estado de Direito. Neste ínterim, vale a ressalva de que a antiga teoria dos motivos determinantes¹¹ não mais possui sustentação teórico-científica, posto que todos os atos devem, necessariamente, trazer sua respectiva fundamentação, exatamente para se conhecer o "preenchimento" do conteúdo da norma, se for o caso.

Neste mesmo sentido é o pensamento de José dos Santos Carvalho filho:

10 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, p. 198.

11 Hely Lopes Meirelles já afirmava que "a teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido." (*In* Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 181-182).

"Diversamente sucede nos atos discricionários. Nestes é a própria lei que autoriza o agente a proceder a uma avaliação de conduta, obviamente tomando em consideração a inafastável finalidade do ato. A valoração incidirá sobre o motivo e o objeto do ato, de modo que este, na atividade discricionária, resulta essencialmente da liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, traduzindo, portanto, um certo grau de subjetivismo.

Salienta, todavia, moderna doutrina que os atos discricionários não estampam uma liberdade absoluta de agir para o administrador. A avaliação que se permite ao administrador fazer tem que estar em conformidade com o fim legal, ou seja, aquele alvo que a lei, expressa ou implicitamente, busca alcançar. Não havendo tal conformidade, o ato não é lícitamente produzido, pois que haverá vulnerado o princípio da legalidade, hoje erigido à categoria de princípio administrativo (art. 37, C.F.).¹²

Portanto, o administrador, quando diante da possibilidade da prática de um ato preponderantemente discricionário, deve, necessariamente realizar a exteriorização lingüística do conteúdo da norma aplicável diante da realidade posta na situação que pretende atender.

4. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Não há como dissociar o Direito da linguagem. Não existe forma de expressão do Direito que não exija uma linguagem para se exteriorizar.

Assim, desde tempos imemoriais, o homem rotula as coisas com palavras e convencionou chamá-las dessa ou daquela forma. Como necessariamente existe uma convenção para se "determinar" o que é isso ou isto, a interpretação acerca dessas mesmas coisas também está alicerçada em convenções, evidenciando-se uma certa dessemelhança quando se trata das

12 FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999, p. 87.

ciências ditas exatas, tendo em vista que elas possuem uma dada precisão de linguagem. “Todavia, o Direito não possui a precisão de linguagem que caracteriza as chamadas ciências exatas. Caracteriza-o uma linguagem natural, não artificial, que se convencionou denominar de textura aberta. Em virtude da qual não se pode lograr uma precisão absoluta nas definições, nas palavras ou nos símbolos, a menos que construamos uma linguagem nova e totalmente artificial. Daí por que a linguagem jurídica apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa.”¹³

Estabelecida a premissa de que os conceitos jurídicos não possuem significação única, precisa, resta-nos indagar, agora, em que consistem tais conceitos. É extrema de dúvidas que os conceitos jurídicos, por representarem uma categoria diversa das demais realidades, não podem ser com elas demais confundidos. E assim é devido a particularidades de abordagem e de construção linguística que cada ciência apresenta.

Na lição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “os conceitos jurídicos se diferenciam dos demais conceitos por não se referirem a objetos (coisas), mas a significações. Não são, pois, essencialistas. É o que realça Eros Roberto Grau: o objeto do conceito jurídico não existe em si, dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto só existe ‘para mim’, de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo jurídico, quando a este *para mim*, por força de convenção normativa, corresponde um – seja-me permitida a expressão – *para nós*. Apenas e tão-somente na medida em que o objeto – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento da sua função que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza...O objeto do conceito jurídico expressado, assim, é uma significação atribuível a uma coisa, estado ou situação e não a coisa, estado ou situação.”¹⁴

Aqui tem que se reverenciar o entendimento de Eros Roberto Grau quando defende que “a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequada será a

13 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Texto disponível em: http://www.ite.com.br/public_revista24_art2.htm. Acesso em: 08 de maio de 2001.

14 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Cit.

referência a termos indeterminados de conceitos e não a conceitos indeterminados, que, de fato, não existem.”¹⁵

Realmente, os termos, palavras, ideações, são termos que apresentam indeterminações, tendo em vista a forma convencionada em que são estabelecidas. Ademais, não se pode olvidar que a exteriorização linguística que atribuímos às coisas não é a mesma em todas as épocas e lugares. Neste ponto, os obstáculos epistemológicos como religião, crenças, pré-conceitos, etc., influenciam na construção da interpretação do mundo. Interessante ressaltar, também, o crescente aumento na utilização de conceitos vagos pelo legislador. Antonio Francisco de Sousa, citado por Dinorá Adelaide Musetti Grotti, observa que tal fenômeno “deve-se à natureza das funções da Administração, sobretudo devido ao fato de a Administração se orientar à satisfação de necessidades sociais. É que os conceitos indeterminados se apresentam ao legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competência às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa.”¹⁶

E nos textos legais aparecem expressões como ‘interesse público’, ‘urgência’, ‘relevante interesse público’, ‘boa conduta’, etc., que se qualificam como conceitos indeterminados, posto que o conteúdo das mesmas será preenchido pelo administrador diante do caso concreto.

A dificuldade surge quando a utilização de tais termos é feita pelo administrador de forma desconforme com o ambiente sócio-cultural em que o ato deva ser praticado. Até que ponto poderia o Judiciário ingressar na seara dos conceitos indeterminados, anulando, refazendo ou mandando refazer tal ato, é o que será tratado a seguir.

5. CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE.

Preambularmente, devemos ressaltar, com Dinorá Adelaide Musetti Grotti, que “a existência de conceitos não unívocos não quer dizer, necessariamente, que haja competência discricionária dentro das comportas

15 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Idem*.

16 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *ibidem*.

que a legalidade demarca. Isto porque a descrição ao nível da norma não é suficiente para dizer que há discricção no caso concreto. A 'admissão' de discricionabilidade no plano da norma é uma possibilidade, uma condição necessária, porém não suficiente para que ocorra 'in concreto'. Sua previsão na 'estática' do Direito não lhe garante presença na 'dinâmica' do Direito. Ou seja, uma coisa é detectar discricção em uma norma abstrata, outra é verificar se a discricção não se dilui quando da aplicação ao caso concreto."¹⁷

Interessa-nos aqui o controle judicial dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, portanto, não nos deteremos nas várias classificações desse controle. Importa-nos saber que há um controle judicial e que esse controle é resultante do sistema da unidade de jurisdição adotado por nós diferentemente do que ocorre em alguns países europeus em que se verifica uma jurisdição administrativa.

Vale registrar, ademais, que não é objeto deste estudo esmiuçar a questão do mérito administrativo, nem a de avaliar os critérios de oportunidade e conveniência da Administração. Será oferecida evidência à apreciação do ato administrativo quando presente um conceito indeterminado sem, no entanto, discutir acerca do acerto ou não de se refazer ou mandar refazer tal ato.

Tradicionalmente, "o controle judicial sobre os atos da Administração é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos. O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de *mérito administrativo*, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar os critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público."¹⁸

No mesmo sentido é a doutrina de Maria Sylvia Zanella de Pietro:

17 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti.

18 FILHO, José dos Santos Carvalho. Ob. Cit., p. 649-650.

"O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37). Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência)."¹⁹

As idéias acima parecem nos levar à conclusão de que o administrador possui uma esfera de liberdade imune à apreciação judicial, o que representa uma errônea consideração do que ocorre na realidade.

Nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXV, estabelece a inafastabilidade de apreciação judicial de práticas que ofendam ou ameacem direitos. Ora, se assim é, logicamente os atos, sejam discricionários ou não, submetem-se a esse controle. O que se discute é a extensão desse controle.

Superada a idéia de que o controle judicial da Administração e restringe à legalidade. Tal idéia remonta à época da Revolução Francesa, quando do apogeu do Estado Liberal. De lá para cá muita coisa mudou. Fala-se, e com propriedade, de um controle de juridicidade, para nela incluir, além da legalidade, a relevância dos princípios constitucionais como parâmetros de controle.

O problema maior surge quando o Judiciário se depara com um conceito indeterminado que foi considerado na prática do ato administrativo.

Irrepreensível, neste tema, o entendimento de Germana de Oliveira Moraes, pelo que transcrevemos suas conclusões:

"123. O controle jurisdicional da valoração dos conceitos jurídicos indeterminados somente se confunde com o controle sobre o exercício do poder

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. Cit., p. 604.

discricionário diante dos casos de conceitos indeterminados atributivos de discricionariedade.

124. Assim como ocorre no domínio da discricionariedade, a valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados é balizada pelos parâmetros jurídicos consubstanciados nos princípios constitucionais da Administração Pública e nos princípios gerais de Direito. A área de valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados ou de prognose não parametrizada pela lei nem pelos princípios jurídicos remanesce fora do cutelo judicial.

125. Essa diversidade de consequência do controle jurisdicional da valoração administrativa dos conceitos indeterminados depende da natureza de cada um deles, se classificatórios, de prognose ou discricionários, e de seus correspondentes métodos de aplicação.²⁰

Creemos que o problema maior das decisões judiciais que tentam interpretar, ofertando conteúdo, as decisões que trazem em seu alicerce um conceito indeterminado é a ausência de mundividência do aplicador do Direito.

É certo que ele, o aplicador, deve possuir uma formação jurídico-legal irrepreensível, todavia, só será satisfatoriamente eficaz no "preencher" da norma se estiver plenamente integrado no seu ambiente histórico, sensível às mudanças culturais e aberto à transformação incansável do homem enquanto idealizador do seu próprio destino.

É muito comum vermos conceitos como "conservador", "retrógrado", etc., quando se refere a operador ou intérprete do Direito que não possui como característica o atualizar dos seus valores, a conformação de sua formação científica com as mais modernas produções. Não que sejamos obrigados a tal, mas não nos é lógico permanecer numa ataraxia intelectual quando, à nossa volta, o mundo continua girando. Não nos parece possível dissociar o homem de sua própria história individual, posto que a

20 MORAES, Germana de Oliveira. Ob. Cit., p. 194.

interpretação não possui momentos estanques e separados, mas é um processo em que a história é a presente, numa síntese ideal do homem consigo mesmo e a realidade em que se situa.

Talvez essa seja a maior dificuldade no enfrentamento da questão dos conceitos indeterminados.

Não basta, portanto, o operador e aplicador do Direito ser um exímio conhecedor das normas, mas, sobretudo, não ser míope para as mudanças e atualizações que os valores sofrem durante o caminhar incessante da sociedade em busca da harmonia de suas relações sociais.

Como parâmetros desse controle temos os princípios constitucionais, tais como publicidade, impessoalidade, boa-fé, probidade, moralidade, eficiência, igualdade, razoabilidade e proporcionalidade, principalmente. Tais princípios oferecem o norte para o intérprete se movimentar no emaranhado dos conceitos indeterminados, possibilitando uma mais consistente elaboração da abordagem hermenêutica do tema. Vale dizer que a idéia da prática do discurso antes coerente, está dando lugar à exigência de um discurso consistente.

Assim, pode normalmente ocorrer que, ao final do processo interpretativo, o administrador se depare com uma única solução possível diante do caso concreto, o que se conhece como *redução da discricionariedade a zero*.²¹ Ou, ao contrário, em vez de redução, podemos observar um vício de discricionariedade, passível de controle judicial. Germana de Oliveira Moraes, citando Maurer, assim classifica tais vícios:

"Maurer classifica os vícios de discricionariedade, com subsídios na doutrina e na jurisprudência, da seguinte maneira: a) transgressão dos limites assinalados ao poder discricionário; b) não utilização ou subutilização do exercício do poder discricionário; c) abuso do poder discricionário; e, d) violação aos direitos fundamentais e aos princípios gerais de direito."²²

21 MORAES, Germana de Oliveira, *idem*.

22 MORAES, Germana de Oliveira, *ibidem*.

São nesses casos, basicamente, que o Judiciário pode ser chamado a resolver situação em que se presenciam conceitos indeterminados, pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial. E o que só acontece é que o Judiciário, de regra e *u. g.*, em se tratando direito dos concursos, não está autorizado a substituir a prática do ato, mas tão-somente indicar a produção de outro com o absoluto respeito aos limites constitucionais e legais existentes.

Ana Carolina Moura Queiroz resume em que consiste o controle administrativo pelo judiciário:

“Controle administrativo pelo Judiciário não se refere, como já foi colocado neste trabalho, à substituição dos atos administrativos por atos do judiciário (do administrador pelo juiz), nem, tão pouco, ir de encontro ao Estado Democrático de Direito, infringindo o Princípio da Separação de Poderes. Contudo, o que interessa aos jurisdicionados é a tutela de um interesse público, resguardado pela norma constituinte, onde concede à Administração poderes para atuar diante de certo caso concreto, levando-se em consideração a razoabilidade e a motivação, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

O que se quer do administrador é justamente essa avaliação precisa diante da concretude do fato. Não basta apenas aplicar qualquer solução válida perante a lei, tem-se que optar pela melhor escolha, sempre visando interesses sociais. E o Judiciário atua justamente para assegurar estes interesses, declarando nulidade do ato caso haja algum desvio de poder ou de finalidade, o que é muito comum em se tratando de ato discricionário, pois o agente pode se valer dessa discricionariedade para agir em benefício próprio ou de outrem, que não seja da coletividade.”²³

23 QUEIROZ, Ana Carolina Moura. O controle pelo poder judiciário dos atos discricionários da administração – Disponível em: <http://www.juristantum.hpg.com.br/contradm.htm>. Acesso em: 20 de junho de 2001.

Como vemos, a esfera de atuação do Poder Judiciário também se encontra limitada, como não poderia deixar de ser, pelos princípios constitucionais.

CONCLUSÃO.

Após percorrer o desiderato proposto, podemos concluir que o controle judicial dos atos administrativos, em que se observa presença de conceitos indeterminados, exige do aplicador e intérprete, além do conhecimento técnico, uma sensibilidade aflorada para a percepção das mudanças axiológicas que constantemente ocorrem na sociedade. Não pode o aplicador ser um seguidor kelseniano irrestrito, dogmático, formalista, a ponto de desconsiderar a influência dos valores e da concepção dominante sobre os mesmos na formação da visão do mundo. O alheamento da realidade de muito foi ultrapassado, sendo um mito a neutralidade científica.

No mais, não se trata de substituir o ato administrativo por ato do Judiciário, mas de harmonizá-lo aos princípios constitucionais.

BIBLIOGRAFIA

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionabilidade administrativa*. Texto disponível em: <http://www.ite.com.br/public_revista24_art2.htm> Acesso em: 08 de maio de 2001.

JAPIASSU, Hilton. *Pedagogia da incerteza e outros estudos*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1983.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antonio bandeira de. "Relatividade" da competência discricionária – Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 3, junho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 23 de novembro de 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PACHECO, Gustavo de Brito Freire. *Retórica e nova retórica: a tradição grega e a teoria da argumentação de Chaim Perelman*. Texto disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/direito/pet_jur/c1gpache.html> Acesso em: 13 de novembro de 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.

QUEIROZ, Ana Carolina Moura. *O controle pelo poder judiciário dos atos discricionários da administração*. Disponível em: <<http://www.juristantum.hpg.com.br/contradm.htm>> Acesso em: 20 de junho de 2001.

VARASSIN, Luciana. *Princípio da legalidade na administração pública*. In: Jus Navigandi, n. 51. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2275>> Acesso em: 04 de dezembro de 2001.

Infrações Tributárias e Delitos Fiscais

FRANCISCO JACINÉS GURGEL LUZ
Procurador do Município de Fortaleza.
Pós Graduado em Direito Processual Civil,
Políticas e Estratégias e Direito Processual Penal

SUMÁRIO

1. Debate introdutório;
2. Infrações Tributárias;
 - 2.1 Direito administrativo penal;
 - 2.2 Direito tributário penal e direito penal tributário;
 - 2.3 Concurso de infrações tributárias;
 - 2.4 Infrações tributárias continuadas;
 - 2.5 Sujeito ativo e passivo das infrações;
 - 2.6 Transmissão das penalidades pecuniárias;
 - 2.7 Sanções da ordem jurídica tributária;
 - 2.8 Sanções penais;
 - 2.9 Perdimento de bens;
 - 2.10 Anistia fiscal;
 - 2.11 Pagamento do tributo no curso do procedimento fiscal;
- 3 Conclusão;
- 4 Bibliografia.

1. DEBATE INTRODUTÓRIO

Discute-se, no plano terminológico, se as infrações tributárias, como antecedente lógico das respectivas sanções tributárias, devem ser estudadas no campo disciplinar do Direito Tributário Penal ou do Direito Penal Tributário, ou do Direito Tributário Processual Penal.

Embora essa discussão se coloque no plano terminológico, tem raízes ontológicas, pois está ligada, em sua essência, à velha polêmica dos publicistas que investigam o *discrimen* entre as sanções administrativas e as penais. Em

termos de antecedentes, entre as infrações administrativas - gênero do qual constituíam espécies as infrações tributárias - e as penais.

Fazendo uso, nesta passagem, da exaustiva pesquisa levada a efeito por Angelo Dus, em sua clássica *Teoria geral do ilícito fiscal*, constata-se que, no início do século, alguns publicistas chegaram a negar a existência de um Direito Administrativo Penal, partindo do suposto de que as sanções administrativas constituem verdadeiras penas, e assim sendo devem ser estudadas pelo Direito Penal, posto que aplicadas pelas autoridades administrativas.

Na mesma época, contudo, sustentou-se o ponto de vista contrário, que não reconhece o exercício de uma atividade penal onde faltam categorias essenciais como um juízo, um juiz, uma ação penal e até uma sanção penal propriamente dita.

Em seguida, outros publicistas vieram em socorro do Direito Administrativo Penal, colocando em relevo a possibilidade de uma distinção entre o ilícito administrativo e o crime, como escolha do legislador inspirada na periculosidade da ofensa.

Coube a Zanobini, posteriormente, em sua obra *Sanções administrativas*, trazer importante contribuição à matéria, procurando estabelecer uma distinção entre ilícitos penais, administrativos e civis. Enquanto os ilícitos penais traduzem turbação da ordem pública e social - *substractum* do Estado soberano -, os ilícitos administrativos implicam a violação dos deveres de colaboração com a Administração Pública; e os civis são aqueles próprios das relações de direito privado. Assim sendo, a diversidade das respectivas sanções decorreria da variedade dos respectivos preceitos, relacionados com a competência ou com o procedimento.

Todas essas discussões trazidas a lume no campo do Direito Administrativo fazem coro com outras contribuições surgidas na área do Direito Penal, onde Cavallo conseguiu reunir as cinco principais teorias a respeito do tema e que podem ser assim classificadas:

- 1) Teorias que sustentam não haver qualquer diferença entre as sanções administrativas e as penais, por isso que a antijuricidade é única e total;
- 2) Teorias que recorrem à natureza privatística ou publicística da norma violada, como critério distintivo;
- 3) A distinção entre as duas espécies de sanções tem caráter contenedórico e pode derivar de diversas circunstâncias, por exemplo: da

existência ou não de um perigo social; do alarme social provocado pelo crime e da mera perturbação da tranquilidade individual; da irreparabilidade do dano social, própria dos delitos, e da reparabilidade dos ilícitos civis e administrativos.

4) A distinção decorre dos elementos subjetivos em causa, pois, enquanto o ilícito penal é necessariamente doloso ou culposos, a culpa é desconsiderada nos demais ilícitos; e por último

5) Teorias que admitem a impossibilidade da distinção e sustentam a necessidade de recorrer a critérios extrínsecos e legais.

Entre nós, também alude ao Direito Administrativo Penal como província do Direito Administrativo, porquanto, adverte Ribas - *não se deve privar a Administração Pública da atribuição de reprimir e prevenir pela punição aqueles atos que, embora a consciência da nação algumas vezes os não qualifique como criminosos, opõem tropeços ao desenvolvimento regular da ação administrativa e prejudicam a causa pública.*

2. INFRAÇÕES TRIBUTÁRIAS

2.1 Direito administrativo penal, direito tributário penal e direito penal tributário

Enquanto os ilícitos administrativos penais traduzem turbação da ordem pública e social, os ilícitos administrativos implicam a violação dos deveres de colaboração com a Administração Pública, e os civis são aqueles próprios das relações de direito privado. Assim sendo, a diversidade das respectivas sanções decorreria da variedade dos respectivos preceitos, relacionados com a competência ou com o procedimento.

São as seguintes diferenças entre as penas administrativas e criminais:

- a) enquanto as penas criminais são comunicáveis, as administrativas, sob a forma de multa, podem ser reclamadas dos sucessores do infrator;
- b) nos crimes a responsabilidade do réu deriva diretamente da prática do fato delituoso, enquanto nas infrações administrativas a responsabilidade é presumida, respondendo o infrator pelas fraudes praticadas por seu preposto;

- c) o Direito Penal não admite a *reformatio in pejus*, mas ela pode ocorrer na esfera administrativa;
- d) enquanto as penas criminais visam exclusivamente à punição, as administrativas cumulam punição e reparação do dano.

A infração tributária pode-se exteriorizar como violação de quaisquer das duas modalidades normativas. Assim, podemos aludir à infração tributária material, quando o contribuinte viola normas jurídicas de previsão do fato gerador, alíquotas, base de cálculo do tributo (nesta hipótese, costuma ser autuado por "falta de recolhimento do tributo") e ainda à *infração tributária formal*, quando o contribuinte infringe normas de conduta fiscal (falta de emissão de nota fiscal ou da entrega de declaração ao Fisco).

Do ponto de vista das respectivas sanções, é fácil distinguir os ilícitos tributários administrativos dos ilícitos tributários penais, e já se tornou proverbial a distinção entre o tributo e a respectiva penalidade pecuniária, dispondo o teor literal do art. 3º do CTN¹, onde podemos referir-nos, de um lado, ao Direito Tributário ocupando-se do tributo e das relações jurídicas tributárias e, de outro lado, ao Direito Tributário Penal, como segmento disciplinar preocupado com o estudo das infrações tributárias e respectivas sanções e cujo único ponto de contato com aquele está na referibilidade à matéria tributária.

2.2 Infrações e respectivas sanções

A infração tributária pode consistir na violação das normas jurídicas que disciplinam o tributo, seu fato gerador, suas alíquotas ou base de cálculo, bem como no descumprimento dos deveres administrativos do contribuinte para com o fisco, tendentes ao recolhimento do tributo, aludindo-se, numa e noutra hipótese, às infrações tributárias materiais e formais.

Em ambos os casos, a reação do ordenamento jurídico é sempre repressiva da violação, e a sanção mais utilizada pelo Fisco é a penalidade pecuniária, comumente designada multa por infração.

A infração tributária, em sentido estrito, é constituída pela violação de normas de condutas para as quais o ordenamento jurídico prevê uma

¹ "tributo é toda prestação pecuniária compulsória ... que não constitui sanção de ato ilícito"

reação de *caráter repressivo*, vale dizer, punitivo. Com rigor terminológico, ficam desqualificadas as demais infrações cujas sanções ostentam caráter meramente reparatório, como as designadas multas de mora.

2.3 Concurso de infrações tributárias

Tendo em vista a textura aberta dos tipos administrativos e os aspectos multiformes das respectivas sanções, coloca-se o problema do concurso de infrações e da pluralidade de sanções, ou seja, da solução mais adequada a ser dada quando o contribuinte pratica várias infrações ou quando à prática de uma infração corresponde mais de uma sanção.

A solução para a unidade de conduta e pluralidade de sanções no Direito Penal é da aplicação da pena mais grave (cf. art. 70 do CP), segundo o princípio *poena major absorbet minorem*.

A despeito desses precedentes, estamos convencidos de que o CTN rompeu com essa tradição haurida do Direito Penal, pois, nos termos dos incisos I e IV do art. 112 desse Código, sempre que o aplicador da norma tiver dúvidas quanto à capitulação legal de fato delitivo, à natureza da penalidade aplicável, ou quanto à sua graduação, deve interpretá-los "da maneira mais favorável ao acusado", escolhendo o delito ou sanção menos afluente.

2.4 Infrações tributárias continuadas

Um dos aspectos mais interessantes que podem ser versados nesta sede diz respeito à possibilidade de configuração das infrações continuadas, a exemplo do que ocorre, na área penal, com os crimes continuados.

Na área tributária, é possível, da mesma sorte, sustentar, em tese, a ocorrência de violações continuadas à lei tributária, caracterizadas pela prática sucessiva de violações da mesma espécie, de tal sorte que, presentes as condições de tempo, lugar e maneira de execução, possam ser qualificadas como infrações continuadas.

De todo modo, nossa legislação não as contempla, o que faz crer que devemos dispensar-lhes o mesmo tratamento do concurso material de infrações: cumulam-se as penas pecuniárias aplicadas às infrações, ainda que continuadas.

2.5 Sujeito ativo e passivo das infrações

Na verdade, quem viola o dever de conduta e figura como sujeito ativo da infração tributária é o contribuinte. O responsável tributário atua como um *adjectus solutionis causa*, respondendo em caráter solidário na hipótese do seu descumprimento pelo obrigado principal.

Já o sujeito passivo é o próprio Estado, em sentido amplo compreendendo todas as unidades federativas.

O sujeito passivo da infração tributária, portanto, menos que o Estado, é o Tesouro, *rectius* o erário.

2.6 Transmissão das penalidades pecuniárias

Pois bem, nos termos do parágrafo único do art. 134, os responsáveis tributários ali elencados somente respondem pelas multas de caráter moratório, decorrentes do inadimplemento da obrigação tributária, ou seja, da violação do direito subjetivo de crédito. *A contrario sensu*, não respondem pelas multas punitivas, aplicadas por infração à lei tributária. Por estas respondem somente seus partícipes diretos.

Por sua vez, o art. 135² e seus incisos se ocupam de outros modelos, estendendo a responsabilidade tributária a todos os que, mandatários, prepostos, diretores e gerentes de pessoas jurídicas de direito privado – se envolvem no cometimento de operações fraudulentas, *resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos*.

Por todo exposto, parece razoável enunciar, nesta sede, as seguintes conclusões:

- a) As multas de mora – derivadas de inadimplemento da obrigação tributária principal, são transmissíveis, sem ressalvas ou restrições, a todas as espécies de sucessores tributários.
- b) As multas por infração – decorrentes de procedimentos impositivos, só se transmitem aos sucessores quando, na data da ocorrência do

fenômeno sucessório, já se encontravam cominadas aos respectivos antecessores.

- c) As multas por infração – decorrentes de procedimentos impositivos falimentares, não se transmitem à massa falida, es vi do art. 23, § Único, III, da Lei de Falências.

2.7 Sanções da ordem jurídica tributária

• Conceitos e espécies

Já se tornou tradição do Direito qualificá-la como *reação do ordenamento jurídico à violação dos respectivos preceitos*, restringindo o seu sentido à idéia de *castigo* o que supõe a precedência de uma conduta (ação) antijurídica.

• Sanções civis

Sanções civis são as que se preordenam à restauração do equilíbrio patrimonial rompido pela ocorrência de um fato ilícito.

Dado o seu caráter de prestação acessória, as sanções civis são as seguintes:

- a) A nulidade da obrigação tributária principal implica a das obrigações acessórias, mas a recíproca não é verdadeira (art. 153 do CC);
 - b) Por outro lado, prescrita a obrigação tributária principal, os efeitos prescricionais propagam-se para as acessórias.
- Multa de mora – exemplo de sanção civil e prevista na legislação ordinária de quase todos os entes investidos de capacidade tributária, incidindo sobre os tributos que deixam de ser recolhidos aos cofres públicos nos respectivos vencimentos.
 - Juros de mora – além das multas, os juros de mora alinham-se também entre as sanções civis de direito público.

Nos termos do art. 161 e parágrafo 1º do CTN, os créditos não integralmente pagos no vencimento são acrescidos de juros de mora, à razão de 1% ao mês.

- **Acréscimo e correção monetária** – tratando-se de mero instrumento de atualização monetária da moeda aviltada pela inflação, não há negar ser caráter de acessoriedade relativamente à obrigação tributária subjacente, devendo, portanto, alinhar-se entre as sanções civis próprias do ordenamento jurídico tributário.

2.8 Sanções penais

Quando as normas jurídicas tributárias são sancionadas com penas privativas ou restritivas de liberdade, elas se emancipam e passam a integrar a província do Direito Penal. Quando isto não se dá, os ilícitos fiscais não se emancipam e, em termos disciplinares, formam objeto do Direito Tributário Penal.

2.9 Perdimento de bens

Em nosso país, o perdimento de bens encontra-se previsto em legislação esparsa federal para sancionar tipos penais tributários, dentre os quais o contrabando, o descaminho e a apropriação indébita, todos de alta nocividade social. Trata-se, portanto, de modalidade de sanção ínsita ao nosso sistema penal tributário e que, por seu caráter confiscatório, não pode ser utilizada para reprimir infrações tributárias.

2.10 Anistia fiscal

Preliminarmente, faz-se importante discernir a anistia do instituto da remissão fiscal.

Remissão e anistia fiscal são técnicas extintivas de obrigações pecuniárias previstas no ordenamento jurídico tributário. A lei tributária pode remir, isto é, perdoar o débito estritamente tributário, como prevê o art. 156, IV, do CTN, ou anistiar, isto é, perdoar a infração ou sanção cominada ao contribuinte.

2.11 Pagamento do tributo no curso do procedimento fiscal

Trata-se de incentivo à antecipação do pagamento do tributo, mediante redução *pro tempore* das multas cominadas aos respectivos infratores.

Tendo-se presente que o pagamento do tributo, no curso do procedimento fiscal, equivale à anistia da sanção tributária, diante da redução do valor da penalidade pecuniária aplicada ao infrator.

CONCLUSÕES

O tema, portanto, pede a reflexão de quantos se dedicam ao estudo do Direito Tributário. Diante da elasticidade dos critérios normativos para a determinação das penalidades pecuniárias, o que se tem observado, em nosso país, é o abuso sistemático da imputação de infrações tributárias aos contribuintes por parte dos agentes fiscais encarregados da aplicação das multas. As sanções pecuniárias incidentes sobre o valor da operação tributável podem ao sabor das respectivas alíquotas conduzir o contribuinte infrator à insolvência.

BIBLIOGRAFIA

DENARI, Zelmo; COSTA JR., Paulo José da. *Infrações Tributárias e Delitos Fiscais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DENARI, Zelmo. *Curso de Direito Tributário*. Forense, 1994.

CABRAL, Carlos Maurício; RIOS, Marcos Antonio. *Gestão Fiscal Responsável*. ESAF E BNDES, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. Malheiros.

OLIVEIRA, Juarez de. *Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

———. *Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Considerações acerca do Recurso de Embargos Infringentes à Luz da Recente Reforma

Dartanhan Vercingetórix de Araújo e Rocha
Supervisor da Assessoria Jurídica Administrativa JF/CE
Especialista em Direito Processual Civil (ESMEC)
Especialista em Direito e Processo Administrativos (UNIFOR)

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Novo Perfil dos Embargos Infringentes
 - 2.1 Cabimento na Apelação
 - 2.2 Cabimento em Ação Rescisória
 - 2.3 Alterações no Rito dos Embargos Infringentes
 - 2.4 Interlúdio Reflexivo: Poderes do Relator
 - 2.5 Continua: Alterações no Rito
3. Conclusão
4. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Os embargos infringentes constituem recurso singularmente brasileiro, não encontrando similar em ordenamentos alienígenas. Alguns autores apontam como sua inspiração pedidos revisionais existentes no antigo direito lusitano. Possui por objetivo dirimir desacordo existente entre os componentes do órgão colegiado, na intenção de fazer prevalecer voto vencido que seria favorável ao recorrente.

Trata-se, em verdade, de um prolongamento do julgamento da apelação ou da ação rescisória, onde são mantidas todas as características pertinentes àqueles recurso ou ação. Revela-se como interessante instrumento para assegurar melhor análise de questão controvertida e de uniformização de entendimento.

De qualquer sorte, na onda de reformas pontuais que vêm sendo impostas ao Código de Processo Civil — privilegiando a economia e a celeridade processual, com vistas a uma maior efetividade na entrega da tutela jurisdicional, destrancando a paura das instâncias superiores — houve uma série de vozes que se levantaram contra a manutenção deste recurso, por tê-lo como apenas mais um empecilho, que poderia inclusive ser utilizado como meio protelatório, ao andamento processual.

Mesmo diante desta resistência, os embargos infringentes escaparam da extinção, sofrendo, contudo, significativas modificações em seu perfil pela Lei nº 10.352/01, das quais decorrem várias questões acadêmicas e práticas. Este breve estudo visa realizar considerações à nova roupagem deste recurso, cotejando-a com a antiga, bem como ingressando na análise de algumas hipóteses práticas, a nosso ver, de relevância.

A elaboração deste trabalho foi alicerçada na análise de textos doutrinários e jurisprudenciais e na interpretação dos textos legais adiante mencionados.

2. NOVO PERFIL DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Previstos genericamente pelo inciso III, do art. 496, do CPC, aos embargos infringentes é dado tratamento específico pelos artigos 530 *usque* 534, sendo-lhes aplicáveis também, guardadas algumas peculiaridades, os dispositivos constantes do Capítulo VII, Título X que versa acerca "Da Ordem dos Processos no Tribunal", a Lei nº 8.038/90 e, agora de um modo mais reforçado, os regimentos internos dos tribunais. Deteremo-nos a comentar os artigos do diploma adjetivo cível.

A Lei nº 10.352/01, quanto ao nosso objeto de apreciação, alterou os arts. 530, 531, 533 e 534, do CPC.

O novo teor do art. 530 estreitou a via de acesso aos embargos infringentes. Na sua dicção original, admitia embargos infringentes quando houvesse julgamento não unânime em sede de apelação ou ação rescisória. Atualmente, é assim vazado:

"Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado

procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência."

Prontamente percebe-se o tolhimento de várias hipóteses de cabimento do recurso em comento. No modelo antigo, os embargos infringentes eram admitidos contra qualquer julgamento prolatado em sede de apelação ou ação rescisória.

2.1. Cabimento na Apelação

Quanto à apelação, esta poderia ser contra sentença que extinguisse o processo com ou sem julgamento de mérito. Era indiferente se o desacordo — termo preferível a "divergência", utilizado pela lei, tendo em vista que existe uma espécie recursal denominada embargos de divergência, aplicável apenas no âmbito do STJ e STF — que gerou o voto vencido ocorresse no (não)conhecimento do recurso (juízo de admissibilidade) ou quando de seu (im)provimento (juízo de mérito). Discrepância de votos havida em qualquer fase do trâmite recursal dava ensejo ao manejo do recurso.

Atualmente, admite-se embargos infringentes contra acórdão em apelação apenas quando esta tiver sido interposta de sentença de mérito e causar a reforma desta. Assim, aos acórdãos em apelações de sentenças extintivas do processo sem julgamento de mérito (art. 267), mesmo que sejam não unânimes, não são mais cabíveis embargos infringentes.

Mesmo quando houver voto vencido em apelação contra sentença de mérito, contudo, em acórdão que, por maioria, confirmou a decisão de primeiro grau, impossibilitada está a utilização dos embargos, haja vista que deve haver a reforma, e não a manutenção, da sentença.

Creemos que dentro do vocábulo "reforma" inserem-se os casos em que o entendimento exarado na instância inferior não prevalece, seja quando o tribunal julga o mérito em outro sentido, seja quando procede à anulação por questões de ordem pública (*verbi gratia*, condições da ação, pressupostos processuais). O exame destas matérias pode, e deve, ser realizado de ofício nas instâncias ordinárias (consoante os §3º, do art. 267, e §4º, do art. 301, ambos do CPC), por força do chamado efeito translativo, que as leva à apreciação do tribunal mesmo que não tenham sido objeto do desacordo.

Como atualmente se exige que haja a reforma da sentença de mérito, deve-se entender que apenas pode-se lançar mão dos embargos infringentes quando o voto vencido ocorrer na fase derradeira do procedimento recursal, a saber, na fase de provimento ou não do pedido principal. Assim, caso exista desacordo no juízo de admissibilidade, quanto aos pressupostos intrínsecos ou extrínsecos da apelação, não se vislumbra mais possível o recurso. Apenas após a superação desta fase inicial é que a lei admite a possibilidade de cabimento.

Questão interessante decorre do acréscimo do §3º ao art. 515, do CPC, realizado também pela Lei nº 10.352/01. Este dispositivo dispõe, *verbis*:

“Art. 515.

.....
 §3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”

Houve uma grande mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição — que, de fato, possui grande maleabilidade por não ser cânone constitucional como, por exemplo, os da ampla defesa e do contraditório — em prol da celeridade processual.

No regime anterior, reformando o tribunal sentença extintiva sem exame do mérito, os autos eram remetidos à instância inferior para que completasse o julgamento, podendo haver nova apelação. Agora, o próprio órgão *ad quem*, afastado o posicionamento do juízo recorrido, pode adentrar no mérito da lide se a causa estiver, como dizem, “madura”.

Diante deste quadro, pergunta-se: seriam cabíveis embargos infringentes nesta hipótese?

Caso se proceda a um exame exegético da legislação, a conclusão será negativa, uma vez que o art. 530 seria categórico ao determinar o cabimento apenas para apelações de sentenças de mérito. O §3º, do art. 515, trata de apelação de sentenças sem o julgamento da lide. Desta forma, seria inadmissível a interposição do recurso em tela.

Contudo, após uma análise percuciente chega-se a outro desfecho. Em comparação ao que acontecia antes, percebe-se que há uma

queima de etapas. O tribunal afasta a decisão sem julgamento de mérito e, ao invés, de retornar os autos ao juízo *a quo* para que prossiga no exame da causa, toma para si a atribuição de concluir o exame do pedido. Esta avocação de competência se dá através da verificação da condição ou não de imediato julgamento da causa, critério puramente discricionário baseado em um conceito jurídico indeterminado.

Assim, não se tem um parâmetro rígido legalmente estabelecido para afirmar quando o processo será devolvido ou terá o mérito decidido pela instância superior. Cada possibilidade terá consequências diferentes quanto ao cabimento dos embargos infringentes. Vejamos duas hipóteses:

Uma vez julgada a causa pelo tribunal, por ter sido entendida como pronta para tanto, existindo voto vencido no acórdão quanto ao mérito da lide não seria possível a utilização de embargos infringentes pela adoção do posicionamento restritivo suso exposto.

Contudo, entendendo o tribunal de forma contrária e determinando a baixa dos autos ao Magistado de primeira instância, este prolatará sentença de mérito. Havendo voto vencido em posterior apelação que reforme esta sentença, cabíveis serão os embargos.

Nota-se claramente que a utilização de um recurso previsto em lei e que pode causar modificação em todo o desfecho de uma ação pode ser cerceada pela mera discricionariedade dos componentes de uma turma ou câmara. Lembre-se que a tendência hodierna é a de agilizar o andamento processual, mesmo que em detrimento de outros valores, tais como a segurança jurídica ou a ampla defesa. A situação agrava-se em face da inexistência de qualquer recurso que ataque esta decisão de prosseguimento na apreciação do mérito pelo tribunal.

Então, pelo risco de haver quebra de princípios regentes do processo, situação que poderá, ao invés de imprimir rapidez, causar maior imbróglio ao alcance da decisão definitiva — vez que a adequação da não devolução dos autos será apreciada em sede de recurso extraordinário ou especial — é forçoso admitir a possibilidade de embargos infringentes na hipótese do §3º, do art. 515. Pior ainda é achar que esta decisão seria irrecorrível, o que serve apenas para reforçar o entendimento ora esposado.

Ainda quanto aos embargos infringentes de acórdão em apelação, a adição do inciso VII ao art. 520, causa importantes mudanças nos efeitos daquele recurso.

Este dispositivo, aplicável de modo genérico ao procedimento comum, estipula que, quando a sentença confirmar a antecipação de tutela, a apelação dela interposta será recebida apenas no efeito devolutivo.

Ora, sendo os embargos infringentes compreendidos como uma extensão do julgamento do recurso de apelação, nada mais natural que seja dotado dos mesmos efeitos deste. Desta forma, caso a apelação seja de sentença de mérito mantenedora da antecipação dos efeitos da tutela, os embargos dela possivelmente derivados serão desprovidos de efeito suspensivo, constituindo uma exceção à regra geral.

2.2. Cabimento em Ação Rescisória

No que tange ao cabimento em sede de ação rescisória, valem algumas observações já realizadas quanto à apelação. Não cabem mais, como antes, embargos infringentes quando o voto vencido estiver inserido no conhecimento da ação, apenas quando constante do juízo de mérito.

Houve restrição também quanto ao resultado do julgamento. Só será possível a interposição de embargos infringentes quando houver a procedência da ação, ocorrendo a reforma do julgamento.

Neste tocante, deve-se ressaltar que, dependendo do fundamento da ação rescisória, o autor pode formular apenas o pedido de juízo rescindente, ou este em conjunto com o juízo rescisório.

Assim, o pedido principal da ação rescisória pode circunscrever-se à mera anulação do julgado vergastado ou à prolação de nova decisão, sendo que o adequação dos embargos infringentes dar-se-á sempre quando o desacordo ocorrer no seu julgamento.

Logo, caso a ação rescisória tenha sido ajuizada com fulcro na ofensa à coisa julgada, o único pedido apresentado será o rescindente e sendo este deferido por maioria de votos, poderá haver a interposição do recurso.

De outro lado, se a ação se baseia em documento novo capaz de reverter a situação a favor do autor, caso haja voto vencido no juízo de anulação da decisão transitada em julgado e unanimidade na prolação da nova decisão (*jus rescisorum*), incabíveis serão os embargos, pela ausência de desacordo no pedido principal.

Observação que vale para todas as hipóteses ventiladas até agora é a

de que a não-unanimidade deve ocorrer na conclusão dos votos e não na fundamentação destes, uma vez que pode-se chegar ao mesmo ponto trilhando argumentações distintas. Assim, caso uma apelação ou ação rescisória tenha sido apresentada por diversos fundamentos, o acolhimento de um ou outro por parte dos julgadores do órgão colegiado não importa para abrir espaço aos embargos infringentes se a conclusão de todos foi no mesmo sentido.

A mesma linha de raciocínio se aplica quando da verificação do interesse processual para os embargos quando houver vários fundamentos, tendo sido, digamos, um acolhido por maioria e outro por unanimidade, sendo este último bastante para sustentar a decisão que se visa atacar. Neste exemplo, os embargos não teriam qualquer utilidade prática para reverter a situação a favor do recorrente, não merecendo o recurso ser conhecido, pelo não preenchimento de pressuposto intrínseco de admissibilidade.

2.3. Alterações no Rito dos Embargos Infringentes

Tendo por adequadamente comentada a temática do cabimento dos embargos infringentes, passa-se a analisar as modificações realizadas pela lei em seu rito nos arts. 531, 533 e 534, ora transcritos em suas novas redações:

“Art. 531. Interpostos os embargos, abrir-se-á vista ao recorrido para contra-razões; após, o relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso.

Art. 533. Admitidos os embargos, serão processados e julgados conforme dispuser o regimento do tribunal.

Art. 534. Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior.”

O novel art. 531 estipula que, após a apresentação dos embargos, será dada vista ao recorrido para contra-razões. Após o transcurso do prazo, que, obviamente, deverá ser o mesmo para o ajuizamento do recurso, com ou sem a manifestação do recorrido, a admissibilidade do recurso será apreciada pelo relator do acórdão embargado.

Anteriormente, a manifestação do embargado dava-se apenas após o sorteio do relator do recurso. Louvável é a atual sistemática, que possibilita agilidade no procedimento, privilegiando o contraditório e possibilitando de pronto a análise de possíveis preliminares aduzidas em contra-razões, que seriam conhecidas apenas em fase posterior, evitando o prolongamento de um recurso fadado ao não conhecimento.

Aparentemente, o art. 531, tanto na nova quanto na antiga versão, restringe o conhecimento do recurso ao relator do acórdão embargado. Entretanto, este posicionamento não pode prevalecer.

A admissibilidade de um recurso envolve, como já demonstrado, questões de ordem pública, que, nas instâncias ordinárias, são passíveis de exame pelo julgador mesmo que na ausência de provocação das partes.

Portanto, em sede de embargos infringentes, temos três possibilidades de momentos para a apreciação da admissibilidade do recurso: pelo relator do acórdão embargado, pelo relator dos embargos em si, posteriormente sorteado, e pelo órgão colegiado.

Poderá a análise dos pressupostos processuais pelo relator dos embargos restar prejudicada em virtude de julgamento favorável de admissibilidade pelo órgão competente para o julgamento do recurso no bojo do agravo interno previsto no art. 532, pelo fato de que o juízo individual não poderia substituir a decisão colegiada já exarada.

2.4. Interlúdio Reflexivo: Poderes do Relator

Neste instante, se revela oportuno comentar tema que não se insere na recente reforma operada, mas é de grande relevância: a aplicação do art. 557 aos embargos infringentes.

Este dispositivo, com redação dada pela Lei nº 9.756/98, amplia os poderes do relator, podendo este negar seguimento ao recurso quando manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior (que, a nosso ver, somente pode ser o STJ). Por outro lado, poderá haver decisão monocrática de provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver desconforme com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior.

Cumprе destacar, rapidamente, a sofrível utilização de conceitos indeterminados como "jurisprudência dominante", que podem comprometer a segurança das decisões (conforme já suso demonstrado) e desbancar no uso indiscriminado de súmulas para desafogar o acúmulo de processo, sem a necessária verificação do fiel encaixe do entendimento jurisprudencial ao caso concreto. Ainda, a interessante discrepância entre duas situações: caso o fundamento do recurso esteja em desacordo com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou do STJ, ao recurso será negado seguimento (juízo negativo de admissibilidade). Contudo, em situação contrária, encontrando apoio o pleito recursal no entendimento das cortes superiores — o que, *a contratio sensu*, é a mesma coisa que dizer que a decisão recorrida está desconforme — merecerá o recurso provimento (juízo positivo de mérito), numa utilização incoerente de soluções diferentes para ocorrências similares.

Voltando aos embargos infringentes, observa-se que o art. 557 a eles não pode ser aplicado integralmente.

Ditos embargos devem ser essencialmente apreciados pelo órgão colegiado, até porque, explicita-se de novo, são considerados como uma continuação da decisão proferida em apelação ou ação rescisória. Conflita com a própria natureza do recurso a possibilidade de uma decisão de um único juiz se sobrepôr à de, ao menos, três, revertendo-a. Assim, a questão deve ser vista com ressalvas.

Desde logo percebe-se que os embargos infringentes nunca poderão estar revestidos da qualidade de "manifestamente improcedentes", já que existe uma dissonância entre os julgadores que no mínimo lança dúvidas acerca de qual posicionamento, o que prevaleceu ou o constante do voto vencido, é o mais acertado.

O mesmo argumento se presta para rechaçar a negativa de seguimento aos embargos sob o argumento de que estaria em conflito com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal. Ora, justamente pelo ensejo do julgamento dos embargos, esta situação pode ser alterada, levando o órgão colegiado a adotar outro posicionamento.

Também, nada impede que, como ocorre muitas vezes, o entendimento do tribunal seja dissonante com os do STF ou STJ. Julgando o mérito do recurso nestes casos, o relator estaria furtando do colegiado a competência para apreciar o mérito do recurso.

O argumento de que o recurso de agravo interno possibilita a fiscalização da atuação monocrática não serve para sanar a incompatibilidade entre o dispositivo ora comentado e a própria natureza dos embargos infringentes.

A atuação do relator do acórdão embargado restringe-se à verificação da admissibilidade do recurso, por expressa determinação do art. 531. Esta atuação em muito se assemelha à do juiz de primeira instância que recebe a apelação, sendo-lhe vedado alterar sua decisão, por já ter cumprido seu ofício jurisdicional (*ex vi* art. 463).

Quanto ao relator dos embargos, poderá também cuidar do conhecimento do recurso, com as limitações acima apontadas. Porém, lhe é vedado perquirir acerca do mérito recursal, já que estaria indo contra o objetivo do recurso, que é de devolver a questão não unânime ao crivo de um grupo de julgadores.

Assim, resta apenas atuar sozinho o relator, seja do acórdão embargado ou do recurso, para não conhecer do recurso quando este for manifestamente inadmissível, ou seja, na flagrante ausência de preenchimento de um dos pressupostos recursais, ou restar por prejudicado, como na desistência. Na dúvida acerca da manifesta inadmissibilidade, deve o relator receber o recurso e encaminhar a questão ao órgão competente, a saber, a Turma ou Câmara, que melhor dirá. Desta decisão, caberá o agravo previsto no art. 532, e não o do §1º, do art. 557, apesar de, na prática, serem idênticos.

2.5. Continua: Alterações no Rito

Os modificados artigos 533 e 534, remetem para o regimento interno de cada tribunal a disciplina do processo e julgamento do recurso, limitando-se a dispor que caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, este deverá ser, se possível, juiz que não tenha tomado parte no julgamento embargado. Salutar a medida, uma vez que se revela mais adequada a regulamentação consoante as peculiaridades de cada corte.

Por fim, a Lei nº 10.352/01 trouxe modificação ao *caput* do art. 498 e acrescentou-lhe um parágrafo único que, apesar de reportar-se diretamente aos recursos extraordinário (RE) e especial (REsp), tem relação oblíqua com os embargos infringentes e, por isso, merece ser tratada neste trabalho.

Antes da reforma, caso houvesse em um mesmo acórdão julgamento de pontos diversos, um por maioria e outro por unanimidade, os prazos para a interposição dos embargos infringentes e dos recursos extraordinários *lato sensu* (RE e REsp) corriam simultaneamente, sendo que estes últimos ficariam sobrestados até o trânsito em julgado daquele, obviamente apenas na hipótese de haver sido apresentado.

O novel art. 498 assim dispõe:

"Art. 498. Quando o dispositivo do acórdão contiver julgamento por maioria de votos e julgamento unânime, e forem interpostos embargos infringentes, o prazo para recurso extraordinário ou recurso especial, relativamente ao julgamento unânime, ficará sobrestado até a intimação da decisão nos embargos.

Parágrafo único. Quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos."

Tratou-se a questão de forma mais adequada e simples, afirmando que existindo julgamentos na forma do artigo acima, primeiro correrá o prazo para os embargos infringentes. Interpostos os embargos, ficará sobrestado o *dies a quo* para os recursos extraordinário e/ou especial até a intimação da decisão proferida nos embargos. Houve reforço ao princípio da unirecorribilidade das decisões.

Caso a parte que poderia ser favorecida pelos embargos quedar-se inerte, o prazo em relação à parte unânime defluirá a partir do trânsito em julgado da decisão tomada por maioria.

O embargante foi bastante favorecido, já que está dispensado de apresentar em prazo único os embargos infringentes conjuntamente com os recursos extraordinário ou especial, tendo mais tempo para elaborar estes últimos.

Previne-se também a interposição desnecessária de RE e/ou REsp, posto que antes a parte, sem poder saber do desfecho dos embargos infringentes que pretendia apresentar, apresentava de forma preventiva aqueles recursos, que, por vezes, findavam prejudicados pelo julgamento favorável dos embargos.

No que pertine ao entendimento sumulado dos Tribunais Superiores sobre os embargos infringentes, as novidades trazidas pela Lei nº 10.352/01 tornaram superados os Enunciados nº 354 e 355 da Súmula STF, por disporem da forma a seguir exposta, em contradição com o atual art. 498, do CPC.

“Súmula 354. Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação.”

“Súmula 355. Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida.”

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, fica clara a intenção do legislador de favorecer uma maior efetividade na entrega da prestação jurisdicional, fornecendo meios mais expeditos de condução do processo, sem, entretanto, extinguir o recurso de embargos infringentes, que possuem o importante escopo de possibilitar a uniformização da jurisprudência interna dos órgãos fracionários dos tribunais. De toda sorte, a interpretação do novo sistema deve ser realizada com certa cautela para coibir distorções. Esperamos que este breve ensaio tenha cumprido sua função de despertar a discussão em torno do assunto.

BIBLIOGRAFIA

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense. 19. ed., 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5. ed., 1999.

----- . Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 5. ed., 2000.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 4. ed., 1999.

NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos dos Recursos Cíveis. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 5., 2002.

ROSAS, Roberto. Direito Sumular. São Paulo: Malheiros. 10. ed., 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense 29. ed., 1999.

Fidelidade Partidária e o Fortalecimento Da Democracia: O Caso do Ceará nas Legislaturas de 1990-2000

Francisca Valéria Silveira
Bacharela em Direito

"Sem participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos."

Paulo Bonavides

"...toda democracia é democracia de partidos."

Hans Kelsen

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Breve Histórico
 - 2.1. Considerações Preliminares
 - 2.2. Período Imperial
 - 2.3. Período Republicano
3. Os Partidos Políticos nas Constituições Brasileiras
 - 3.1. Constituição de 1824
 - 3.2. Constituição de 1891
 - 3.3. Constituição de 1934
 - 3.4. Constituição de 1937
 - 3.5. Constituição de 1946
 - 3.6. Constituição de 1967

- 3.7. Constituição de 1988
4. Partido Político e Fidelidade Partidária
5. Legislação Sobre Fidelidade Partidária
6. O Caso do Ceará
7. Fidelidade Partidária e Compromisso
8. Conclusão
9. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Dentre as causas que nortearam a elaboração deste trabalho, permanecem o empenho pela pesquisa e produção científica corroboradas pelo compromisso e zelo do Prof^o Martônio Mont'Alverne Barreto Lima pela produção científica no sentido de desenvolver um estudo sobre a "Fidelidade Partidária e o Fortalecimento da Democracia: O caso do Ceará nas Legislaturas de 1990-2000". A referida pesquisa teve início no mês de março do ano de 2000 e sua maturação é devida, mais que tudo, à orientação do supracitado professor que com sua particular idoneidade científica soube, de maneira inigualável, aclarar o caminho a ser perseguido por esta pesquisa, ensinando a imprescindível importância da democracia para a sobrevivência do princípio democrático e da justiça social.

De maneira específica e sóbria, a pesquisa restringiu-se às legislaturas estaduais de 1990 a 2000, com o objetivo de proporcionar maior precisão aos dados investigados. Essa delimitação mostrou-se conveniente por tratar-se de um período atual no qual está sendo debatida a proposta de uma Reforma Político-Partidária, que possui como um de seus pontos basilares, a questão da fidelidade partidária, que se apresenta como base para o fortalecimento da democracia, na medida que proporciona a solidez dos partidos políticos rumo a concretização de sua meta primordial, ou seja, a compatibilidade entre o resultado da vontade e suas ideologias e programas.

Maurice Durverger, em conclusão simples, ensina-nos a definição mais simples e mais realista de democracia: "regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres"¹. É característico do governo democrático o exercício do poder estatal

¹ *Os Partidos Políticos*. Rio de Janeiro: Zahar, p.387, 1970.

sensibilizado à opinião pública, e é justamente nesse ponto crucial que emerge a relevância dos partidos políticos enquanto porta-vozes da soberania popular.

O desenvolvimento deste trabalho justifica-se pela evidente prática da troca partidária, por parlamentares que aderem aos partidos movidos por inclinações momentâneas do poder, fato este que compromete a sobriedade do pluralismo político devido ao enfraquecimento dos vínculos partidário, o que propicia a fragmentação política.

Este trabalho foi dividido em três fases. No primeiro momento, dissertamos a respeito de um conciso, porém preciso histórico, com o intuito de facilitar a compreensão dos fatos históricos que influenciaram e contribuíram decisivamente para a institucionalização e desenvolvimento de nossa organização partidária. Num segundo momento, com o objetivo de analisar os aspectos específicos da pesquisa, procedemos à consulta de dados estatísticos referentes à legislatura de 1990 - 2000, consistindo tais procedimentos, análise e comparação dos resultados, obtidos em cada eleição no Estado do Ceará, com a determinação numérica de quantos partidos registrados lançaram candidatos e, destes, quantos foram eleitos, de acordo com as respectivas votações auferidas pelos diferentes partidos, levando também em consideração as coligações existentes. No desfecho da investigação, apresentamos dados coletados junto à Assembléia Legislativa, acerca do número de partidos que possuem representantes e a ocorrência de possíveis mudanças de partidos pelos candidatos, identificando qual o partido mais abandonado e, conseqüentemente, o partido para o qual mais migraram candidatos. Posteriormente, apresentamos um estudo baseado em análise acerca dos resultados obtidos com a leitura sócio-política das eleições no Estado do Ceará, a fim de dar à pesquisa o resultado a que ela se propôs.

Metodologicamente, utilizamos como recurso a elaboração de tabelas, para a apuração dos resultados obtidos mediante a coleta de dados junto ao Tribunal Regional Eleitoral e à Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, referentes às eleições de 1990, 1994 e 1998 que compreendeu a determinação numérica de quantos partidos registrados lançaram candidatos e, destes, quantos foram eleitos, de acordo com as respectivas votações auferidas pelos diferentes partidos.

Finalmente, procedeu-se à análise comparativa dos resultados alcançados com a atual situação partidária de nossos parlamentares, acerca do número de partidos que possuem representantes no legislativo cearense

e a ocorrência de possíveis mudanças de partido pelos candidatos, quando então, foram identificados o partido mais abandonado e, conseqüentemente, o partido para o qual mais migraram candidatos., traçando-se o perfil respectivamente, do partido mais abandonado e do partido mais procurado pelos parlamentares. Analisamos mais que tudo o reflexo dessas mudanças partidárias no cenário partidário do Estado do Ceará, como também a propagação dos efeitos nos embates eleitorais, objetivando o aprimoramento da representatividade da vontade popular enquanto manifestação democrática.

2. BREVE HISTÓRICO

2.1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A organização político-partidária possui suas raízes históricas na antigüidade de Roma e Grécia. Ainda que de forma incipiente, as antigas Grécia e Roma conheceram as raízes dos agrupamentos de indivíduos em torno dos mesmos ideais, considerados como partidos no sentido amplo da palavra e que competiam pelo poder político. No que diz respeito à maneira como a nação é governada.

No período do governo de Sólon, coexistiram grupos defensores de interesses distintos, como patrícios contrários às reformas democratizantes, e os plebeus defensores da igualdade dos direitos civis, políticos, bem como igualdade de pagamento de impostos e dos deveres do serviço militar. Também em Roma subsistiram embates entre a classe patrícia, privilegiada e detentora do poder político, e a classe plebéia desfavorecida e dominada.

Durante a Idade Média, as ordens religiosas utilizavam-se do instituto da representação nas reuniões gerais de suas comunidades, quando representantes de monges e frades participavam da eleição do abade ou superior geral. O sistema feudal inglês já possuía limitações do poder do rei, como se constata por meio da imposição da Constituição de 1219 ao rei João Sem Terra pela nobreza, juntamente com o clero e a burguesia, na defesa de suas liberdades fundamentais.

Contudo, tal qual a conhecemos hodiernamente, a organização político-partidária somente veio a surgir efetivamente, na Grã-Bretanha a partir do século XIX, quando então se ampliou o sufrágio e os partidos

tornaram-se organizações permanentes. Assim como as várias conquistas históricas, a institucionalização dos partidos políticos resultou de incansável e frutífera batalha rumo à expressividade da soberania da vontade popular.

Os partidos políticos compõem a essência da democracia, posto que apresentam-se como depositários da participação do povo na soberania do Estado, são portanto, o nascedouro da liberdade e ratificação dos anseios sociais, fonte dos debates de ideologias que contribui de maneira vital para o desenvolvimento das liberdades políticas de opinar, participar e promover mudanças. No atinente à história partidária brasileira, é oportuno e imprescindível ao estudo uma análise de nosso passado político, para satisfatória percepção e compreensão do presente. Assim sendo, de forma sucinta e precisa, comentaremos os pontos expressivos da nossa história política, compreendendo o período desde o Império até aos dias atuais.

2.2. PERÍODO IMPERIAL

Neste período, a história partidária brasileira conheceu dois grandes partidos: o conservador e o liberal, ambos constituídos pelos homens de maior destaque no país. A organização partidária possuía caráter personalista, constituindo-se os partidos mais pela notabilidade de suas personalidades políticas e menos por seus programas. A palavra partido não possuía o sentido que hoje conhecemos, era utilizada como sinônimo de facção, sendo ambas mal vistas. Os primórdios da história partidária brasileira começa pouco antes da Independência política.

*"...em dezembro de 1821, A Malagueta enumerava as facções pré-partidárias agindo no Rio de Janeiro: os constitucionais, os republicanos e os corcundas; centro, esquerda e direita daqueles tempos."*²

Portanto, desde o processo de independência já existiam grupos políticos defensores de ideais específicos, como os que eram favoráveis à corte portuguesa, os republicanos e os que apoiavam o Príncipe Regente.

No estado do Ceará, a história conheceu dois principais grupos partidários: os corcundas, desejadores do prolongamento da estado colonial e os patriotas, partidários da independência.

² Vamireh Chacon. *História dos Partidos Brasileiros: discurso e práticas dos seus programas*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

Efetivada a separação da metrópole, o Brasil permanecia sob o regime monárquico, restando pois organizar o novo governo com a escolha de ministros, a formação de ministérios, a constituição de um exército e a elaboração de uma Constituição. Tais medidas proporcionaram várias discussões e embates ideológicos, destacando-se na época a atuação de dois grupos, considerados partidos políticos, embora não possuíssem organização formal ou regimento interno. O *Partido Brasileiro* era dominado pelos fazendeiros, proprietários de terras e encontrava-se dividido em duas facções a *aristocrata*, liderada por José Bonifácio, que desejava uma Constituição que mantivesse as medidas ditadas pelas cortes joaninas durante sua permanência no Brasil e um regime centralizado, sob seu controle. A facção *democrata* queria o federalismo, com a devida autonomia para as províncias, o que significa o enfraquecimento do Executivo. O *Partido Português* que representava militares, funcionários e comerciantes, em sua maioria portugueses, permanência na tentativa de influir para que a Constituição atendesse a seus interesses recolonizadores.

O início dos trabalhos legislativos para a elaboração da Constituição, em 1823, foi marcado pelas posições divergentes na Assembléia Constituinte composta por representantes de todas as províncias, foi nítido o confronto entre os partidos. O *Partido Brasileiro*, em maioria, queria uma monarquia constitucional que limitasse os poderes do imperador. Já o *Partido Português*, minoritário, possuía inspirações absolutistas e tentava ganhar a simpatia do imperador para a reaproximação com Portugal.

Em 1824 é outorgada a Constituição que imposta pelo imperador, representou a reação absolutista e a tomada do poder pelo *Partido Português*; era a vitória do Executivo sobre o Legislativo. Nessa época prevaleceu o autoritarismo do Executivo. O sistema eleitoral, de caráter classista, era composto de dois graus, sendo eleitos alguns representantes privilegiados que escolheriam os deputados e o voto era censitário, ou seja, exigia-se determinado rendimento líquido anual para ser eleitor. A carta de 1824 representando os interesses recolonizadores e restringindo a representação da aristocracia agrária, vez com que explodisse as contradições, causando uma intensa agitação política. A partir de então se inicia uma oposição ao Governo imperial, os descontentamentos viam-se acumulando. A favor do imperador estava o *Partido Português* e contra ele, o *Partido Brasileiro*. Estava deflagrada a crise política, ao mesmo tempo em que se iniciava, por outro lado, a crise econômica.

Em 07 de Abril de 1831, D. Pedro abdicou em favor de seu filho e voltou para Portugal para suceder D. João VI. A abdicação foi a vitória do Liberalismo sobre as forças absolutistas; foi o ponto de partida para a vida partidária brasileira. Nesse período que se iniciou com a abdicação de D. Pedro, *período regencial*, os Liberais estavam divididos em *Moderados* e *Exaltados*; os primeiros queriam a centralização política do império e, os segundos, queriam a descentralização e mesmo a República. O grupo mais importante foi o dos Liberais Moderados, que representava a aristocracia rural do Sudeste. Queriam manter a monarquia, a escravidão e ainda a diminuição do poder Executivo. Eles formaram a *Sociedade da Liberdade e da Independência Nacional* e eram conhecidos como *chimangos*. Os *Liberais Exaltados*, compostos de proprietários de terras, representavam as camadas médias urbanas e os escravos do Nordeste. Eles queriam a abolição do poder Moderador e a extensão do direito de voto. Fundaram a *Sociedade Federal* e eram conhecidos como *farrroupilhas*. Os *Restauradores* eram absolutistas que queriam a volta de D. Pedro I. Fundaram a Sociedade Conservadora composta por remanescentes do *Partido Português*.

No Ceará, existiam o *Partido Restaurador* ou *Caramuru*, o *Partido Liberal* e o *Partido Republicano*. O *Partido Restaurador* era portador de ideais absolutistas e imperialistas; reacionários, eram favoráveis à volta de D. Pedro I, que havia sido deposto. O *Partido Liberal* desejava uma nova Carta Constitucional, liberdade para as províncias e o senado temporário; eles também desejavam a extinção do Poder Moderador. Nessa época a nossa história política apresentava fortes marcas do individualismo e da pessoalidade. Os partidos políticos esforçavam-se para manterem aliança com a situação governamental. Pertencer à oposição significava amargar o fel da derrota e perder posições no estamento político.

"Na verdade, reconheciam os liberais cearenses, o que divide os cearenses são as antigas odiosidades mais particulares do que políticas, que alguns exploram porque só podem avultar por esse meio".³

Na verdade, a situação de opositorista, no âmbito municipal era bastante desconfortável. Somente permaneciam na oposição aqueles que não podiam ficar com o governo.

3 Abelardo F. Montenegro. Os Partidos políticos do Ceará. Fortaleza, Edições Universidade Estadual do Ceará, 1980. p.29

Após a abdicação, as lutas entre as facções políticas se alastraram por todo o país. Houve inúmeros movimentos de oposição às medidas centralizadoras do Governo Imperial, como a Cabanagem em Belém e a Sabinada em Salvador. Entretanto faltava-lhes uma sistematização de suas reivindicações e programas de ação. Não possuíam uma teoria e um partido capazes de conduzir os ideais revolucionários.

A partir de 1840 as facções aparecem com nomenclaturas novas: os *regressistas* e os *progressistas*. Embora possuísem novas denominações, a dualidade ideológica, conservadora e liberal, permanecia. Para o *Partido Regressista*, importava a restauração da figura do imperador, sendo por isso, favoráveis a antecipação da maioridade de D. Pedro II. Já o *Partido Progressista*, por sua vez, era composto por moderados.

Percebe-se, portanto, que a ideologia partidária no Império, constituía-se no dualismo entre os conservadores, adeptos da centralização política, e aqueles que pretendiam uma reforma político-partidária, com a adoção do federalismo e a independência nacional.

Entretanto, ainda que tenham existido partidos portadores de ideologias reacionárias, o pluralismo político é a fonte depositária do embate ideológico e da defesa de interesses político-sociais. E é justamente deste debate que emergem as mudanças e conquistas sociais. Como bem afirma Abelardo F. Montenegro, (ob. Cit.) não há motivo de vergonha em relação a esse passado.

Não se pode olvidar, que todo estudo acerca de uma determinada realidade histórica, deve ser efetuado levando-se em consideração todo o conjunto social da época estudada sob pena de se enveredar pelo caminho da análise isolada dos fatos e atores políticos, o que favorece à imprecisão e pobreza do discurso científico. Deve-se, pois, proceder-se à análise da situação político-partidária, inserindo-a em sua realidade social. Portanto, a época analisada denuncia uma sociedade patrimonialista, escravista, sem povo no sentido de maioria livre, onde a população a quem os revolucionários apelavam era relativamente minoritária além de analfabeta.

Apesar de tudo, foram os partidos que deram substância liberal à outorgada Constituição de autoritarismo real. Devem-se a eles valiosas conquistas históricas como a primeira lei eleitoral do Brasil (1846), o Código de Processo, o Ato Adicional da Constituição, a eleição direta, a propaganda abolicionista, entre outras.

Ressalte-se que o problema da política, quer seja no Império ou na República, era a eleição. O chamado "voto de cabresto" que se unia ao policialismo para burlar as fronteiras da legalidade.

Na política cearense, a prática eleitoral denunciava fortes marcas do individualismo. Nesse contexto social, adquiria destaque a liderança local do coronel que comandava, de forma pessoal e discricionária, uma parcela considerável de votos de cabresto recebendo, para tanto, o auxílio e o apoio do policiamento local. Sua força eleitoral era fruto de sua privilegiada situação econômica e social de dono de terra. Comandava a política "de troca de favores" que praticava entre a população dependente, analfabeta e sem nenhum esclarecimento político.

Os compromissos assumidos enfim, não se sustentavam em princípios políticos, mas em interesses individualistas e pessoais, constata-se a ausência de um vínculo que ligue o homem político a um partido, posto que prevalecia a adesão aos partidos tendo em vista os compromissos firmados de homem para homem, movidos por inclinações momentâneas do poder. Assim, quando havia necessidade de se mudar de partido, o candidato ou correligionário o fazia sem maiores embaraços, isso porque a mudança de partido era motivada pelo não atendimento de algum favor ou pretensão particular, e ainda, pelo não cumprimento de um acordo por aquele a quem se emprestou apoio eleitoral.

A história nos denuncia assim que o afrouxamento dos liames que vinculam o candidato a seu partido favorece a prática do clientelismo político, à política da troca de favores que conduz a personificação do voto e do partido, ficando este fixado em bases frágeis como o carisma pessoal de um ou a autoridade impositiva de outro.

O período imperial, porém, conheceu muitos esforços no intuito de alargar as bases eleitorais. Nesse sentido, houve três tentativas de alargamento. Primeiramente em 1846, com os liberais no poder houve eleições por círculos, restituição ao Senado do direito de verificar os poderes de seus membros e a adoção de recursos de qualificação para os Tribunais de Relação. Posteriormente, em 1855, houve eleições para suplentes de deputados e o estabelecimento das incompatibilidades eleitorais. Pela primeira vez, juízes de paz municipais e de direito, assim como os presidentes de província e os comandantes de armas, eram inelegíveis dentro do âmbito de suas atividades. Finalmente em 1881, com a Lei Saraiva, estabeleceu-se a eleição direta e a

regulamentação das incompatibilidades, a imposição de penalidades as fraudes, a extensão do voto aos naturalizados, acatólicos libertos. Houve nessa época, o prenúncio da Justiça Eleitoral.

2.3. PERÍODO REPUBLICANO

A vida partidária na República cearense inicia-se com a atuação do *Clube Republicano* surgido em 1870. Em julho de 1889 é fundado o *Centro Republicano de Fortaleza*, que em dezembro do mesmo ano transformou-se no *Partido Republicano* de Fortaleza. Atuavam nessa época, grupos republicanos na capital e no interior do Estado.

O início do período republicano foi marcado pela resistência, por partes dos republicanos, a adesão dos chefes políticos ao partido monárquico, interessado em não perder o controle do seu eleitorado nem as suas posições. Percebe-se aí o apego ao poder e a ausência de exatidão ideológica. E como consequência dessa relutância, surgiu a *União Republicana* em 1890. Nesse mesmo ano organizava-se o Partido Católico na cidade do Rio de Janeiro, que posteriormente instalou seus diretórios em várias cidades cearenses. O *Partido Católico* era combatido pelo *Centro Republicano*.

As lutas entre republicanos e os ex-chefes políticos monárquicos acabou por envolver a classe operária, quando então surgiu, no Rio de Janeiro, o Partido Operário, que possuiu filial em Fortaleza. Esse partido era composto pela população economicamente menos privilegiada como mecânicos, marceneiros, pedreiros, sapateiros, celeiros e gráficos, que defendiam interesses da classe, como a redução das horas de trabalho das mulheres e crianças e clamavam por moradias higiênicas.

Foi durante a República, que a história partidária conheceu a política dos governadores, posta em prática por Campos Sales, que consistia na coligação de governadores para apoiar o Governo Federal o que resultou na hipertrofia do Executivo Federal, que por várias vezes tentou assenhorear-se dos poderes do Legislativo. Mas o domínio absoluto do Executivo provocou muitas reações que aumentavam com o decorrer do tempo. E nesse contexto a imprensa assumiu papel de singular importância na difusão dos manifestos que apelavam à consciência popular, com objetivo de concitar o povo a vigiar os seus interesses. Esses manifestos representaram a semente do partido de oposição ao governo, o *Partido Revisionista*.

No entanto, o problema maior estava na falta de educação política do povo que, em sua maioria, permanecia analfabeto. Outro problema era a distância que existia entre o candidato, homem político, e o eleitor, uma vez que era marcante a intermediação na figura do coronel. Não havia interesse de educar politicamente o povo que permanecia alheio à vida política. Além disso, era ausente a fidelidade do homem ao seu partido, a uma ideologia ou a um princípio. O que prevalecia era a luta pela permanência no poder.

Os atores políticos não se conformavam em perder suas posições e para tanto, passavam de um partido para outro que detivesse o poder, originando uma massa flutuante, que tende a se apoiar no grupo dominante. O indivíduo prevalecia sobre o grupo, o que conduzia à personificação do partido, sujeitando-o ao domínio de seu correligionário de maior prestígio e riqueza. Essa personificação, maléfica para a estrutura partidária, fazia com que a deposição do indivíduo, implicasse na desorganização do partido, como aconteceu com o *Partido Republicano Conservador (PRC)*, com a queda do Presidente Nogueira Acioli. Assim em 24 de Dezembro de 1916, o PRC mudava o nome para *Partido Republicano Democrático*. Qualquer estremecimento causava a divisão de um partido.

Os partidos republicanos eram dependentes do apoio político do governo e dos favores econômicos que lhes prestavam os cofres públicos. Assim os partidos que se encorajavam a ficar na oposição, logo caíam perante as desigualdades de condições em que agiam o grupo do Governo e o oposicionista. O grupo do Governo dispunha de financiamento para a sua campanha, assumindo as despesas com os eleitores dos chefes situacionistas, nas vésperas do pleito. A ausência de recursos dos oposicionistas dava lugar a superioridade de seus adversários.

Com a Revolução de 1930, desapareciam os velhos partidos oligárquicos, divorciados da opinião pública.

Nesse mesmo ano, o país passou por um processo de industrialização e urbanização, o que deu origem à classe média e ao operariado. A diferença entre essas classes fomentou o choque estrutural de diferentes castas sociais. Na sociedade antiga, a participação política se dava por intermédio dos proprietários, retratando as relações estabelecidas sobre a base da propriedade e do prestígio pessoal. A nova sociedade industrial promoveu a modificação da situação. O povo adquiriu maior participação política. A classe média

buscava a modernização no campo econômico e no campo político, esbarrando, porém, na oposição do tradicionalismo e conservadorismo, o que impulsionou o sentimento revolucionário.

Havia desejo de renovação política. Os partidários da mudança abrigavam-se na Aliança Liberal de ideologia revolucionária que apontava a revolução como único meio de renovação. Frente à fraude e à violência tornava-se indispensável uma renovação eficaz de libertar o país.

Nessa época, houve muita agitação em torno da constitucionalização do país e das reivindicações econômicas da classe média e do proletariado que culminou na fundação da Legião Cearense do Trabalho. Também estavam representados os interesses e ideais católicos na Liga Eleitoral Católica (LEC), fundada em 1932, ano em que o país ganhou o seu Código Eleitoral. Nessa época, outra conquista importante foi a extensão do direito de voto às mulheres.

Em 1937, todos os partidos políticos foram dissolvidos pelo golpe no regime dado por Getúlio Vargas, proclamando o Estado Novo, quando foi extinta a Justiça Eleitoral.

Os partidos permaneceram no anonimato até que em 1945, pelo Decreto Lei nº 7586, Getúlio Vargas expede novo Código Eleitoral e estabelece partidos nacionais de caráter obrigatório. Em outubro do mesmo ano, Getúlio Vargas foi deposto, quando então, os partidos voltaram a atuar. Nesse ano, chegaram ao Tribunal Regional Eleitoral, pedidos de Registro dos Diretórios de vários partidos: do *Partido Social Democrático (PSD)*, do *Partido Democrata Cristão (PDC)*, do *Partido de Representação Popular (PRP)*, da *União Democrática Nacional (UDN)*, do *Partido Popular Sindicalista (PPS)*, do *Partido Comunista do Brasil (PCB)*, *Partido Agrário Nacional (PAN)*, *Partido Libertador (PL)*. Eram esses os partidos que se preparavam para as eleições de 1946, que por sua vez, já não possuía o sentimento revolucionário de 1930.

No ano seguinte, 1947, o TRE recebeu novos pedidos de registro de Diretórios de partidos. Encaminhavam seus pedidos o *Partido Socialista Brasileiro (PSB)*, *Partido Republicano (PR)*, *Partido Social Democrático (PSD)*, *Partido Social Trabalhista (PST)*, *Partido Trabalhista Nacional (PTN)*, *Partido de Representação Popular (PRP)* e o *Partido Libertador (PL)*.

Para as eleições de 1954 registraram-se: o *Partido Socialista Brasileiro (PSB)*, *Partido Republicano (PR)*, *Partido Social Democrático (PSD)*, *Partido*

Social Trabalhista (PST), *Partido Trabalhista Nacional (PTN)*, *Partido de Representação Popular (PRP)* e o *Partido Libertador (PL)*, *União Democrática Nacional (UDN)*, *Partido Democrata Cristão (PDC)*, *Partido Republicano Trabalhista (PRT)*. Como recurso financeiro, exigia-se do candidato, por ocasião das eleições, uma contribuição individual que variava de acordo com o cargo eletivo por ele pleiteado e os seus recursos financeiros. Após as eleições, os candidatos ricos obtiveram vitória sobre os candidatos pobres, isso porque os ricos tinham o poder de comprar colégios eleitorais além da prática de fraudes.

Entretanto, em meio à fraude também existiu a defesa de ideais de cunho partidário, ainda que de forma incipiente e enfrentando resistência por parte do prestígio e influência pessoal dos candidatos, como a tentativa do coronel Severino Sombra de expulsar o deputado Danúcio Barroso do PSD, pelo conchavo que mantinha com o deputado Perilo Teixeira da UDN.

Infere-se do exposto, a importância da moralidade política na vida partidária e mais ainda, a importância da fidelidade partidária. A ausência de uma ou de ambas, acarreta o distanciamento do partido frente ao povo, o que foi e é desfavorável à prática da democracia em nosso país.

3. OS PARTIDOS POLÍTICOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

3.1. CONSTITUIÇÃO DE 1824

Os partidos políticos não eram presentes na Constituição Brasileira de 1824, entretanto, foram os partidos que deram a substância liberal a essa Constituição, que propiciou ao surgimento do Parlamentarismo e da reforma partidária não prevista pela Carta Constitucional da época. Isso porque o Parlamentarismo não era reconhecido constitucionalmente como forma de governo, surgindo em 1847.

A Constituição era o limite entre os partidos políticos uma vez que estes se dividiam entre os que aceitavam a Constituição outorgada com suas instituições, ou seja, os Conservadores e, aqueles que desejavam uma nova Constituição sem a marca da outorga, do absolutismo autoritário e sem as prerrogativas do Poder Moderador.

O voto era indireto e censitário e tanto analfabetos como alfabetizados votavam.

3.2. CONSTITUIÇÃO DE 1891

Com o advento da República foi abolida a Constituição de 1824 e a Monarquia foi substituída pela República, o que operou grandes mudanças na sistemática do poder no país. O Poder Executivo se concentra na figura do Presidente e o Legislativo concentra o seu poder nas Câmaras. O Conselho de Estado foi eliminado.

Surge a política dos Governadores, exercida através da forte atuação dos partidos estaduais.

Esta Constituição foi portadora de algumas inovações, como o federalismo, o voto universal para maiores de vinte e um anos, senado temporário, o "habeas corpus", entre outras. A Constituição de 1891 apoiava-se na Carta Constitucional americana.

3.3. CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição de 1934 surgiu em meio à insatisfação em relação à política dos Governadores e pela incapacidade de se atingir legalmente a necessidade dos partidos nacionais. No entanto, foram poucas as reformas realizadas. Os partidos estaduais foram mantidos e foi estabelecido o sistema proporcional. Foi nesta época que se estabeleceu a Justiça Eleitoral. A Carta de 1934 incorporou indiretamente os partidos políticos ao seu sistema, embora não os apresentasse como entidade específicas.

Entretanto, mesmo antes da Constituição de 1934, existiram decretos que regulavam as eleições e a existência jurídica dos partidos políticos, bem como o seu funcionamento.

A lei eleitoral previa a possibilidade de registro de candidatos avulsos, o que contrariava o sentimento partidário, que possui no partido o instrumento essencial da organização política do país.

3.4. CONSTITUIÇÃO DE 1937

Com a Constituição de 1937 desapareceu o Congresso, o sistema representativo, o equilíbrio entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O Federalismo Republicano foi exterminado, bem como o direito a greve e a liberdade sindical.

Com o decreto de 2 de dezembro de 1937, todos os partidos políticos foram fechados. A Constituição possuía um conteúdo fascista que conduzia ao esmagamento da oposição e contrapunha-se ao pluralismo partidário, não admitindo sequer a existência de partido único.

3.5. CONSTITUIÇÃO DE 1946

A Constituição de 1946 foi a primeira a fazer referências à existência e atuação dos partidos políticos. Estes estavam presentes em algumas passagens do texto constitucional, como no artigo 40 e seu parágrafo único, o artigo 48 Parágrafo 1º, artigo 119, I, artigo 134, artigo 141 § 13º, artigo 160 e artigo 31 alínea b.

A constituinte da Carta de 1946 já era composta por representantes eleitos em todo país através de partidos nacionais. Foi portanto, de extrema importância para a nacionalização dos partidos e para a estruturação política do novo regime.

3.6. CONSTITUIÇÃO DE 1967

A constituição de 1967 trouxe em seu capítulo III reservado ao partidos políticos, oito princípios fundamentais a sua existência.

Foi a primeira vez que uma Constituição brasileira se reporta à questão da personalidade política dos partidos políticos.

3.7. CONSTITUIÇÃO DE 1988

A vigente Constituição de 1988 representou um avanço democrático em relação às Constituições anteriores.

Os partidos políticos, regulados pelo Capítulo V da Carta Constitucional de 1988, preceitua a autonomia dos partidos que por sua vez, possuem caráter nacional. É a consagração do sistema pluripartidário em respeito ao princípio democrático da representação política da população. A respeito dos Partidos Políticos assim dispõe a Constituição em seu art. 17:

"Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos

fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º - É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias."

Como fez a Constituição anterior, a Carta de 1988 também reconhece a personalidade jurídica do partido político.

O voto direto e secreto aboliu qualquer limitação econômica ou social ao direito de voto, que possui igual valor para todos.

Assim sendo, a Constituição Federal regulamenta os partidos políticos como instrumentos necessários para a preservação e defesa do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes a liberdade de criação fusão e extinção, resguardando a soberania popular e o regime democrático.

Pela primeira vez, o texto constitucional brasileiro refere-se expressamente à questão da fidelidade partidária, delegando aos partidos a incumbência de regulamentar a questão, no âmbito de seus estatutos.

A Constituição de 1988, como fruto de um cenário histórico marcado pela ditadura militar, representa uma renovação democrática.

É notória a evolução do tema, uma vez que a partir de 1988 opera-se uma verdadeira institucionalização dos partidos políticos, que progrediram do anonimato à constitucionalização.

4. PARTIDO POLÍTICO E FIDELIDADE PARTIDÁRIA

O instituto da fidelidade partidária é indispensável ao fortalecimento das instituições políticas uma vez que pressupõe a valorização e fortalecimento do partido político, que conduz a estabilidade política e consolidação das instituições democráticas, assegurando a expressão da vontade popular.

A fidelidade partidária constitui-se como base para o fortalecimento dos partidos políticos rumo a concretização de sua meta primordial, qual seja, a compatibilidade entre os interesses e as necessidades populares e o conteúdo programático e ideológico dos partidos, enquanto porta-vozes do povo e co-autores no processo de solidificação da representatividade da vontade popular enquanto manifestação da democracia.

Assim sendo, confirma-se a imprescindibilidade da fidelidade partidária como vínculo estabelecido entre o candidato e o seu partido e, conseqüentemente, entre este e a vontade do povo representado, na medida em que esse instituto contrapõem-se a superveniência dos interesses pessoais do candidato aos anseios e projetos partidários, o que por sua vez propicia a migração partidária com objetivos meramente eleitorais.

Os partidos políticos são fontes depositárias da vontade popular, posto que garantem através de seus candidatos eleitos, a participação de todos na vida política do país, assegurando o respeito à soberania popular conforme os ditames da democracia representativa.

Ainda que tenham existido partidos portadores de ideologias reacionárias e autoritárias, contrários às mudanças e progresso político, o pluralismo político é a fonte do debate de ideologias que contribui para o desenvolvimento das liberdades políticas de opinar, participar ativamente da vida política, sendo que os seus candidatos representam efetivamente a sociedade no exercício do poder político.

Entretanto, o afrouxamento dos limites legais que vinculam o candidato ao seu partido, ou seja, a ausência de compromisso dos candidatos para com os programas partidários favorece à prática do historicamente conhecido "clientelismo político"; à política de "troca de favores", conduz à centralização do partido na figura do candidato, ou seja, à sua personificação que conduz, e isso a história nos comprova, à sua fixação em bases frágeis qual seja, o carisma pessoal ou a autoridade impositiva, que sujeita-se a ataques de interesses individualistas.

A instabilidade dos partidos políticos dificulta, portanto, o exercício democrático do poder político no Brasil e, especificamente, no Estado do Ceará. Isso porque os acontecimentos e mudanças ocorridas na política nacional influenciam diretamente o desenvolvimento da política cearense.

Embora não se possa apagar as imperfeições do nosso passado histórico-partidário, pode-se, no entanto, através de esforços, contribuir

para o desenvolvimento dos partidos e o conseqüente desenvolvimento da Soberania Popular. E nesse sentido a fidelidade partidária apresenta-se como viga mestra do fortalecimento da democracia, uma vez que contrapõe-se à adesão de candidatos aos partidos movidos, exclusivamente, por interesses situacionistas e individualistas e inclinações momentâneas do poder.

Ademais, como procurou-se sempre demonstrar, o total desligamento do parlamentar ao seu partido após a eleição é um grave problema para a democracia representativa, posto que acaba por distanciar a vontade popular da expressão parlamentar.

Não parece saudável à democracia a migração partidária de interesses eleitorais e/ou pessoais o que, por sua vez, propicia a insegurança por parte das classes, de ver abolida a defesa de seus ideais, caso o candidato seja, porventura, afastado do poder. Decorre daí a necessidade de se estabelecer a obrigatoriedade do vínculo do candidato ao seu partido e deste a sua ideologia, definindo os seus objetivos e propósitos.

Para a pureza do pluralismo político, portanto, faz-se necessário o fortalecimento dos vínculos partidários, evitando a fragmentação política, assegurando assim a representatividade da vontade popular enquanto manifestação da democracia, para fazermos dos partidos que se assentam na concepção patrimonialista da coisa pública, uma realidade histórica superada.

Ressalte-se ainda que não se pretende uma fidelidade partidária excessivamente rigorosa, posto que deve-se reconhecer ao parlamentar o seu direito de divergir do partido ao qual pertence, acerca deste ou daquele pensamento, uma vez que o nosso ordenamento consagra o princípio constitucional da livre organização partidária.

Inegável, entretanto, que o instituto da fidelidade partidária é uma necessidade indispensável, pois propicia a aproximação do parlamentar ao seu partido, o que assegura a legítima representação dos interesses do povo. Corrobora com essa argumentação o fato de o candidato, durante os períodos eleitorais, apresentar-se na defesa dos ideais do partido ao qual pertence, ou seja, defendendo a plataforma partidária. Ademais, quem se filia a um partido deve conhecer sua ideologia e propostas.

Chega-se então ao ponto de se indagar a respeito da titularidade do mandato eletivo, partindo-se do pressuposto de possuímos eleições proporcionais. Sendo a eleição proporcional, o candidato depende fundamentalmente do seu partido para se eleger, salvo se atingir diretamente

o quociente eleitoral. Contudo, o mais natural e provável é que no final, o parlamentar sempre deve algo ao conjunto, na medida em que se beneficia da proporcionalidade para o acréscimo numérico de votos.

Entretanto, o instituto da fidelidade partidária não se resume somente nisso, mas abrange toda uma estrutura partidária com seus princípios políticos e éticos, além de toda matéria que o partido considere fundamental.

Nesse sentido, conclui-se que a exigibilidade desse instituto além de imprescindível deve-se manter no corpo dos estatutos partidários, possibilitando a cada partido valorar, ao seu modo, as penalidades que devem ser impostas ao político infiel que agir em desconformidade com seus princípios, ou ainda desvincular-se de seu partido sem nenhuma justificativa.

5. LEGISLAÇÃO SOBRE FIDELIDADE PARTIDÁRIA

Com a promulgação da Constituição de 1988, foi incluída, no capítulo dos Partidos Políticos, referência expressa acerca da fidelidade partidária, relegando aos partidos o estabelecimento, em seus estatutos, das normas destinadas a regulamentar a questão.

Assim, cabe aos partidos, de acordo com a sistemática em vigor, a valoração e regulamentação do instituto da fidelidade partidária, conceituando as causas suficientemente justificadoras de sanções ao parlamentar que agir de forma não condizente com a ideologia do partido.

Plausível, pois, tal determinação constitucional no que se refere à autonomia dos partidos. Portanto, parece pouco prudente pretender-se uma fidelidade demasiadamente controlada por forças externas ao partido.

Não se pretende, com isso, confundir o leitor a respeito da importância do instituto da fidelidade partidária, satisfatoriamente ratificado pelo presente discurso. O que se deseja verdadeiramente é, de acordo com a visão do texto constitucional, demonstrar de forma científica, a ligação que existe entre a fidelidade partidária e fortalecimento da democracia, uma vez que os representantes eleitos periodicamente pelo povo são responsáveis diante de seus eleitores, posto que a democracia se relaciona direta e intimamente com o princípio da soberania popular, consagrado no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao estabelecer que *"Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição"*; bem como no artigo 14 que

determina que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com o igual valor para todos. Assim o voto é elemento denunciador da soberania popular.

A Lei nº 9096 de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos) que regulamenta os artigos 14 parágrafo 3º, inciso V e 17 da Constituição Federal, trata de forma mais específica, a fidelidade partidária reservando-lhe um capítulo específico. O art. 23 da Lei dispõe que a apuração da responsabilidade por violação dos deveres partidários deve seguir ao que dispuser o estatuto de cada partido, assegurando-se ao parlamentar o amplo direito de defesa.

Percebe-se que novamente a legislação delegou ao partido o estabelecimento de medidas disciplinares e as penalidades ao parlamentar que ativa ou omissivamente contrariar ou desrespeitar as diretrizes partidárias, ou seja, as sanções partidárias devem ser impostas segundo o juízo do partido em valorar os atos desabonadores da qualidade de representantes do povo.

6. O CASO DO CEARÁ

Conforme ficou evidente neste discurso, a presente pesquisa buscou estudar a realidade da política cearense no que se refere a fidelidade partidária, tendo por base de investigação os dados colhidos referentes as eleições de 1990, 1994 e 1998⁴, que compreendeu a determinação numérica acerca de quantos partidos lançaram candidatos a deputado estadual e, desses, quantos elegeram parlamentares.

Também se procedeu à coleta de dados junto a Assembléia Legislativa do Ceará, referente às legislaturas de 1990 a 2000, com o fim específico de se registrar a ocorrência de trocas partidárias no Poder Legislativo Cearense. Neste particular, o estudo abrangeu a análise e pesquisa das atas das sessões legislativas.

Em decorrência das eleições de 1990, para a qual foram disputados, entre outros, os cargos para Deputados Estaduais, dezoito partidos políticos lançaram seus candidatos ao pleito, entretanto, destes, treze partidos elegeram um ou mais de seus candidatos. Nesse ano, o partido que elegeu

⁴ Os dados referentes as eleições foram colhidos junto ao Tribunal regional eleitoral no setor de estatística e compreendeu a investigação referente, especificamente, as eleições para Deputados Estaduais com a relação de candidatos eleitos e seus respectivos partidos, bem como a votação auferida por cada um.

o maior número de parlamentares foi o PSDB, com dezoito candidatos eleitos, ou seja, o PSDB ocupou dezoito das quarenta e seis cadeiras do parlamento, sendo que o PFL e PPR, elegeram, cada qual, cinco dos seus candidatos, enquanto o PMDB, elegeu quatro candidatos.

O primeiro resultado gerou, pois, uma constatação curiosa e surpreendente: dos dezoito partidos que disputaram as eleições estaduais, somente três conseguiram ocupar mais da metade das cadeiras legislativas, ou seja trinta e duas das quarenta e seis.

Nas eleições de 1994, dezessete partidos lançaram candidatos e destes, dez elegeram seus candidatos. Nessas eleições, o PSDB elegeu vinte dos quarenta e seis parlamentares, sendo por isso o partido que elegeu o maior número de candidatos, seguido respectivamente pelo PMDB que elegeu cinco candidatos, do PDT e PPR, ambos com quatro candidatos eleitos.

Finalmente em 1998, vinte e três partidos lançaram candidatos a deputados estaduais e doze partidos elegeram seus candidatos. Nessas eleições, o PSDB foi o partido que elegeu maior número de parlamentares, ou seja, elegeu vinte e um do total de quarenta e seis, sendo que o segundo partido que elegeu maior número de candidatos foi o PMDB com seis candidatos eleitos e o terceiro partido que mais elegeu seus candidatos foi o PPS com quatro candidatos eleitos.

Posteriormente, procedeu-se à análise comparativa com a atual situação partidária de nossos parlamentares, acerca do número de partidos que possuem representantes na Assembléia Legislativa e a ocorrência de possíveis mudanças de partido pelos candidatos, quando foi identificado o partido e o mais abandonado e, conseqüentemente, o partido para o qual mais migraram candidatos.

Na legislatura de 1990-1994, sete dos quarenta e seis parlamentares mudaram de partido, sendo que o PSDB foi o mais procurado, sendo também o partido mais abandonado. O segundo partido mais procurado foi o PFL e o segundo mais abandonado foi o PMDB.

De 1995-1998, dos quarenta e seis parlamentares, vinte e dois mudaram de partido, sendo que o partido PSDB foi o partido mais procurado e os partidos mais abandonados foram o PMDB e PPSDB.

Na análise do período final da investigação, qual seja, o período de 1999 a 2000, seis parlamentares mudaram de partido, sendo que o PPS foi o mais procurado, sendo o PMDB o partido mais abandonado.

Para uma leitura pouco atenta e prudente, a priori, as assertivas oriundas da análise dos resultados apresentam-se com pouca precisão, haja vista um mesmo partido ter sido ao mesmo tempo o mais procurado e o mais abandonado. Contudo, no que tange a estirpe partidária, como o estudo revelou, as trocas partidárias são mais frequentes entre os partidos de direita, o que explica o fato de que um partido seja ao mesmo tempo o mais procurado e o mais abandonado. Esta constatação deixa evidente a prática, dentro do nosso sistema partidário, da incorporação de candidatos aos partidos políticos, menos por princípios ideológicos e mais por inclinações momentâneas do poder. Fato este que fica nitidamente denunciado pela maior frequência das trocas entre partidos durante os períodos pré-eleitorais, ou seja, nos anos que antecedem as eleições estaduais, denunciando assim que essas mudanças partidárias acontecem para atender a interesses individuais⁵.

Após análise detida dos resultados obtidos concluiu-se que não obrigatoriamente o partido que lança o maior número de candidatos, elege o maior número deles, haja vista que nas eleições de 1994, por exemplo, o PL e o PSDB lançaram ambos quarenta e seis candidatos a deputados estaduais, sendo que o PL elegeu três dos seus candidatos, ao passo que o PSDB elegeu vinte candidatos. Percebe-se, pois, que o índice de elegibilidade de um partido apresenta forte conexão com o apoio político que este recebe do governo local, posto que o PSDB, identificado como o partido mais votado nas eleições e também como o mais procurado pelos parlamentares, portanto o partido que numericamente possui maior representatividade na casa legislativa do Estado do Ceará, é o partido da situação governamental.

7. FIDELIDADE PARTIDÁRIA E COMPROMISSO

O discurso que segue motiva-se pela não satisfação da autora frente a pouca frequência das comunicações efetuadas pelos parlamentares à Casa

5 A pesquisa de campo desenvolvida abrangeu a análise da situação partidária por intermédio das atas das sessões legislativas, que possibilitou o acompanhamento da frequência de cada parlamentar e a sua posição partidária mensal no período de 1990 a 2000. Na oportunidade, foi possível também identificar o período no qual as mudanças partidárias ocorriam com maior frequência, posto que, como a autora empenhou-se em demonstrar e tornar evidente, a análise circunscreveu seu raio de atuação na situação partidária de cada parlamentar considerada de forma regular observando, através da frequência às sessões, o respectivo partido de cada parlamentar.

Legislativa, acerca de seu desligamento do partido a que pertence. Neste particular, o fundamento deste discurso resume-se em algumas considerações sobre o comportamento do parlamentar que se desliga de partido frente à Assembléia Legislativa e aos demais parlamentares.

Durante a pesquisa realizada no acervo da Assembléia Legislativa, especificamente, no setor de Taquigrafia e Departamento Legislativo, foi constatado, por intermédio de funcionários e pela Diretoria do Departamento Legislativo, que não há previsão de comportamento obrigatório de o parlamentar comunicar à casa a sua eventual mudança partidária⁶. Entretanto, registraram-se alguns casos de parlamentares que comunicaram de forma oral (em pronunciamento durante as sessões legislativas) ou escrita⁷, o seu eventual desligamento do partido ao qual pertencia.

Neste escopo, o discurso aqui proferido lança-se a instigar o discurso crítico e participativo, no sentido de ser recomendável o estabelecimento de uma prática compromissada por parte do parlamentar que abandona o seu partido em busca de outro, de comunicar de forma reta a Assembléia Legislativa, acerca de sua mudança partidária, contribuindo assim com a transparência da vida e dos negócios públicos. Transparência, sem dúvida alguma, imprescindível ao trato da coisa pública como um todo.

Ademais é perfeitamente legítimo que alguém chegue a divergir de forma absoluta com o partido ao qual pertence. Contudo, o que se pretende e se propõe é que se evite o passeio descompromissado entre os vários partidos políticos de forma injustificada.

Isso porque defender uma fidelidade partidária é assegurar, inexoravelmente, a existência de partidos políticos fortes.

6 As informações apresentadas foram colhidas de oral e não solene, em conversas com funcionários e membros da diretoria do departamento Legislativo, nos intervalos entre uma anotação e outra dos dados referentes às situações partidárias dos parlamentares.

7 A afirmação feita pela autora baseia-se em cópias de documentos escritos fornecidos pela Assembléia Legislativa do Ceará referentes a 02 comunicações de efetivas mudanças partidárias realizadas pelos parlamentares em 1997 e 1999, comunicações essas realizadas mediante ofício dirigido ao respectivo Presidente da Casa.

CONCLUSÃO

A história político-partidária do Brasil é marcada, em seus primórdios, pela superveniência dos interesses individuais e pela ânsia da conquista do poder em detrimento do aprimoramento do processo eleitoral e da moralização política. É bem verdade que teorias e idéias renovadoras têm sido historicamente vistas com desconfiança. Entretanto, ainda que alguns opinem no sentido de que os problemas sociais, econômicos e políticos do Brasil tenham sido ocasionados por episódios fraudulentos e oportunistas, é portanto, inegável que se pode abstrair do nosso caminhar histórico resultados favoráveis à consolidação e fortalecimento da democracia.

Parece, pois, pouco prudente, subestimar-se a importância de grandes conquistas auferidas ao longo de nossa História, como a Lei Saraiva de 1881, que estabeleceu a eleição direta e a regulamentação das incompatibilidades, a imposição de penalidades às fraudes, a extensão do voto aos naturalizados, acatólicos libertos; a criação da Justiça Eleitoral em 1932, pelo Decreto nº 21076; a extensão do direito de voto às mulheres; além das várias mobilizações e reivindicações, tanto da classe média como do proletariado, no sentido de fazer valer os seus direitos sociais e políticos.

Pensar uma sociedade livre participativa, uma sociedade atuante, é pensar uma sociedade de partidos. No caminhar progressivo da história social, os Partidos Políticos exercem função indispensável na medida em que possuem o múnus de possibilitar o satisfatório exercício da soberania popular. Portanto, não se pode dissociar os partidos políticos da realidade social e econômica, posto que eles são veículos transmissores das aspirações dos indivíduos no contexto sócio-econômico a que pertencem.

Assim sendo, as ações dos partidos vinculam-se intimamente às características de determinada realidade social, expressando a complexidade da própria sociedade.

Não se pretende, aqui, aborrecer o leitor com a reiteração indefinida de certas idéias. Mas é inevitável que numa sociedade democrática, o pluralismo político constitui garantia do acesso dos indivíduos à vida política do Estado - que deve funcionar como palco onde os interesses diferentes e, muitas vezes divergentes, interagem-se e convivem de forma a se compatibilizarem no resultado final: o exercício democrático da soberania popular.

Essas ponderações permitem, pois, situar melhor a problemática do presente estudo, qual seja a identificação da fidelidade partidária enquanto atributo *sine qua non* ao robustecimento dos partidos políticos e conseqüentemente, dos princípios democráticos, posto que contrapõe-se de forma explícita à polarização do partido em torno da figura carismática de um líder.

A fidelidade partidária é elemento de valorização do partido político, na medida em que busca vincular o parlamentar a ideologia partidária por ele defendida em sua campanha eleitoral. Assim, o parlamentar deve fidelidade ao partido, e portanto, aos princípios políticos e as ideologias que, de forma expressa, lhe foram apresentadas pelo estatuto partidário ao qual aderiu.

Ratifica-se, portanto, a importância do fortalecimento do vínculo do parlamentar ao seu partido, com o fim de inibir as legendas de aluguel sem, contudo, ferir os limites da constitucionalidade, da liberdade de organização partidária, assegurando a permanência não somente dos grandes partidos, como também dos pequenos, em respeito ao já citado pluralismo político, um dos pilares do exercício democrático do poder político.

BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Francisco et al. *História da sociedade brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1985.

ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

BRASIL. *Código Eleitoral*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1998/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 25. ed. Atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2000.

CHACON, Vamireh. *História dos Partidos Políticos Brasileiros: discurso e práticas dos seus programas*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

LEITÃO, Cláudia Sousa. *A crise dos partidos políticos brasileiros; Os dilemas da representação política no Estado Intervencionista*. Fortaleza: Tipoprogresso, 1989.

MANUAL DE LEGISLAÇÃO ELEITORAL E PARTIDÁRIA. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. Fortaleza, 2000

MONTENEGRO, Abelardo F. *Os Partidos Políticos do Ceará*. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 1980.

SENADOR SÉRGIO MACHADO, *Reforma Político - Partidária - Relatório Final*. Brasília: Senado Federal, 1998.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUZA, Maria do Carmo Campello. *Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930-1964)*. São Paulo: Alfa- Omega, 1976.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. *Instituições Políticas Brasileiras*. v.1 e 2. Belo Horizonte: Editoras Itatiaia, 1987.

O Prontuário Médico Enquanto Objeto de Sigilo Profissional

Maria Giselda Fonteles Ximenes
Advogada do Instituto Dr. José Frota-IJF

SUMÁRIO

1. Introdução. Prontuário médico. Garantia individual. Segredo médico e sigilo profissional.
2. Violação ao direito à intimidade. Prática de ato delituoso. Competência regulamentar sobre ética profissional médica. Contraposição ao direito constitucional garantido de se obter certidões em repartições públicas.
3. Conclusões
4. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO. PRONTUÁRIO MÉDICO. GARANTIA INDIVIDUAL. SEGREDO MÉDICO E SIGILO PROFISSIONAL.

Prontuários médicos têm sido motivo de freqüentes polêmicas entre as instituições hospitalares, quer da rede pública ou privada, e os que laboram com o direito, haja vista o caráter pessoal das informações ali contidas.

Para melhor orientação do entendimento aqui exposto, iniciaremos esclarecendo que "Prontuário Médico" é o documento legal, onde são registradas todas as ocorrências, quer sejam de natureza clínica ou não, que dizem respeito ao paciente, por ocasião de uma internação hospitalar.

Por conseqüência, temos que todas as informações do paciente, inclusive as de caráter íntimo, encontram-se ali apontadas, não devendo ser objeto de apreciação daqueles que não estão envolvidos no procedimento médico do mesmo.

Ocorre-nos então, que o Prontuário Médico integra o patrimônio imaterial personalíssimo do indivíduo, constituindo-se violação da intimidade e da vida privada do paciente, sua divulgação sem a expressa autorização do paciente ou de quem legalmente o represente.

Não obstante já ser ofensa aos direitos e garantias individuais insculpidos na Constituição Federal, a divulgação das informações constantes de prontuário médico, pelas entidades prestadoras de serviços de saúde, enquanto guardiães de tais documentos, constitui-se ainda, violação de segredo médico.

Para melhor compreensão da matéria, conceituaremos nas palavras do Professor Hélio Gomes, o que é segredo médico:

“SEGREDO MÉDICO é o silêncio que o profissional é obrigado a guardar a respeito de tudo aquilo de que veio a ter conhecimento em virtude do exercício da profissão.” (autor citado - Medicina Legal, 25.ª ed. Ed. Freitas Bastos - RJ, 1987, pág. 642.)

É esse o entendimento que se depreende da análise cumulativa das disposições contidas no inciso X do art. 5º da Constituição Federal/88, da alínea “a” do parágrafo único do art. 102 e art. 108 do Código de Ética Médica, que trata da Resolução nº 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina, bem como do art. 154 do Código Penal Brasileiro, os quais evidenciam o respeito devido ao sigilo profissional, legalmente protegido.

A seguir transcrevemos as disposições legais supra citadas, *ipsis litteris*:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (grifei).

O eminente jurista Pinto Ferreira, em sua obra “Comentários à Constituição Federal”, quando se refere às garantias constantes no artigo

supra, afirma que referido preceito inexistia nos diplomas constitucionais anteriores. Adveio na atual Lei Maior, em virtude, exatamente, da necessidade de ter o cidadão, resguardado as revelações de fatos íntimos, de modo a obstruir a devassa da intimidade e da vida privada das pessoas, preservando assim o direito à dignidade.

Nesta mesma linha de entendimento, Uadi Lammêgo Bulos leciona que: ... “Intimidade e privacidade são sinônimos e devem ser considerados valores humanos supremos, conexos ao direito de ficar tranqüilo, em paz, de estar só. O que se busca tutelar são o segredo e a liberdade da vida privada.” ... (aut. cit., in Constituição Federal Anotada, ed. Saraiva, 4ª ed. pág. 105).

Tecendo maiores considerações sobre a proteção concedida pela Lei Máxima, no que diz respeito à interpretação dada às disposições contidas no inciso X do art. 5º supra colacionado, o mesmo autor assevera: “Quando se fala em vida privada, termo derivado da expressão ampla *privacidade*, pretende-se designar o campo de intimidades do indivíduo, o repositório de suas particularidades de foro moral e interior, o direito de viver sua própria vida, sem interferências alheias. Logo, vida privada é a mesma coisa que vida íntima ou vida interior, sendo inviolável nos termos da Constituição.” (aut. e obra citada, pág. 105, grifei).

Em prontuário médico, registra-se o histórico clínico, que indiscutivelmente integra a intimidade do paciente.

2. VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE. PRÁTICA DE ATO DELITUOSO. COMPETÊNCIA REGULAMENTAR SOBRE ÉTICA PROFISSIONAL MÉDICA. CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL GARANTIDO DE SE OBTER CERTIDÕES EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS.

O Código Penal Brasileiro, no capítulo que dispensou aos CRIMES CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL, em seu art. 154, estabeleceu normas quanto à violação do segredo profissional, da seguinte forma, expressando-se:

VIOLAÇÃO DO SEGREDO PROFISSIONAL

“Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério,

ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.”

Ao Conselho Federal de Medicina, foi deferida competência para disciplinar o desempenho ético da medicina:

LEI Nº 3.268/57

“Art. 2º - O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.”

Assim, fazendo uso dessa competência e, harmonizando-se com o segredo profissional o Código de Ética Médica, disciplinou o segredo médico, determinando:

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

Capítulo IX

Segredo Médico

“É vedado ao médico:

Art. 102: Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente.

Parágrafo único: Permanece essa proibição:

a. Mesmo que o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido.

.....
Art. 108: Facilitar manuseio e conhecimento dos prontuários, papeletas e demais folhas de observações médicas sujeitas ao segredo profissional, por pessoas não obrigadas ao mesmo compromisso.”

O segredo profissional é protegido pelo Código Penal e recepcionado pelo Código de Ética Médica, sob o título segredo médico, estando previsto neste último, os casos excepcionais de quebra de sigilo. Daí que, a justa causa a que se refere o art. 154, do Código Penal, está relacionada a casos legalmente autorizados de quebra de sigilo profissional ou quando visem à apuração de infrações criminais relacionadas com a prestação de socorro médico ou moléstia de comunicação compulsória.

Com respaldo na legislação que lhe conferiu competência para zelar pelo desempenho ético da medicina, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução nº 1.605/2000, a qual, em consonância com a legislação já indicada, fortalece o entendimento quanto à necessidade de não serem divulgados os dados constantes de Prontuário Médico, objetivando a preservação da intimidade do paciente.

RESOLUÇÃO Nº 1.605/2000-CFM

“Art. 1º - O médico não pode, sem o consentimento do paciente, revelar o conteúdo do prontuário ou ficha médica.”

De modo que, mais do que um dever imposto pela ética profissional, mais do que uma obrigação imposta por lei, o segredo médico é também um direito do médico enquanto profissional de não expor a intimidade do paciente, e deste de não ter sua vida privada, levada a público, pois só em casos excepcionais pode ser revelado.

Tais entendimentos, são imprescindivelmente extensivos aos hospitais, às clínicas, aos auxiliares, residentes e estagiários de medicina, os quais também estão sujeitos à mesma disciplina ética e legal de respeito ao sigilo profissional, até porque, se assim não fosse, toda essa norma de conduta perderia o sentido de existir.

Por oportuno, esclarecemos que o interesse nos prontuários e fichas médicas é particular e não público, sendo portanto, o consentimento do paciente capaz, ou de seu representante legal, condição de legitimidade para se exercer o direito constitucional de receber dos órgãos públicos informações ou de obter certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal, conforme se infere dos incisos XXXIII e XXXIV, alíneas “a” e “b”, do art. 5º da CF/88.

Esse é o entendimento dos Tribunais Pátrios:

“MÉDICO QUE DEIXA DE ATENDER A REQUISICÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE O ESTADO DE SAÚDE DE RÉU EM PROCESSO CRIME, POR INVOCACÃO DE SIGILO PROFISSIONAL – ADMISSIBILIDADE.

Existem restrições ao poder ou faculdade da autoridade judiciária de requisitar informações no que se refere a tratamento médico a que está ou foi submetida determinada pessoa, seja pertinente à espécie de enfermidade, seja quanto ao diagnóstico ou à terapia aplicada. O sigilo profissional a que está sujeito o médico só pode ser dispensado para fornecimento de informes ou elementos para instrução de processo de infrações criminais que visem à apuração de infrações criminais relacionadas com a prestação de socorro médico ou moléstia de comunicação compulsória. Assim, não se caracteriza crime de desobediência a conduta facultativa que deixa de atender a requisicão judicial de informações sobre o estado de saúde de réu em processo crime sob a invocação de sigilo profissional uma vez não necessária a providência à instrução de processo crime, podendo, ademais, as informações respectivas, devidamente atualizadas, ser obtidas através de inspeção médica na própria comarca ou em hospital da rede penitenciária. Irrelevante o fato de ter o interessado anuído ao seu fornecimento se tal anuência não constava do ofício respectivo, lícito, portanto, ao médico supô-la inexistente (RT, 643:304). (grifei)

“SEGREDO PROFISSIONAL CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL A EXIGÊNCIA DA REVELAÇÃO DO SIGILO E PARTICIPAÇÃO DE ANOTAÇÕES CONSTANTES DAS CLÍNICAS E HOSPITAIS. HABEAS CORPUS

CONCEDIDO. (STF HC-39308, Rel. Min. Pedro Chaves, ADJ 03.01.93, PG.0036).”

“SIGILO MÉDICO – ÉTICA MÉDICA – PRONTUÁRIO – CLÍNICA – SEGURADORA. VIOLA A ÉTICA MÉDICA A ENTREGA DE PRONTUÁRIO DE PACIENTE INTERNADO A COMPANHIA SEGURADORA RESPONSÁVEL PELO REEMBOLSO DAS DESPESAS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (ac. un. 4ª T – STJ, RE, Resp. 159527, Rel. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 29.06.98).”

Com o objetivo de proteger a individualidade e a privacidade do cidadão, as legislações Civil e Penal Brasileira, albergaram os profissionais na proteção do segredo profissional, inclusive desobrigando-os a deporem sobre tais aspectos, por ocasião de prova testemunhal, senão vejamos:

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

“Art. 207 - São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”

CÓDIGO CIVIL

“Art. 144 - Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo.”

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

“Art. 406 - A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

I – *Omissis;*

II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.”

CONCLUSÃO:

Na condição, pois, de mero guardião de fichas médicas e prontuários médicos, não podem as instituições hospitalares e clínicas médicas, serem

constrangidas a atender solicitações de autoridades públicas, fora dos casos para os quais existe previsão legal.

Sem olvidar que existem expedientes mais adequados e que na maioria das vezes são mais esclarecedores aos fins objetivados pelas seguradoras e pelas autoridades públicas que o uso de prontuários ou fichas médicas, como é o caso do auto de exame cadavérico, o auto de lesão corporal, a exumação cadavérica, os quais são instrumentos legais indicados para uma instrução criminal, existindo situações em que mesmo uma inspeção médica, já atenderia a finalidade pretendida.

É imperativo pois, que se torne claro que existem impedimentos, de ordem legal e ética, que não permitem o acesso irrestrito aos prontuários e fichas médicas, a não ser quando autorizadas pelo próprio interessado ou por seu representante legal ou nos estritos casos em que há previsão legal, como retro demonstrado.

Desta forma, ante a farta legislação aqui colacionada, é de claro entendimento que "Prontuário Médico" é documento de informações sigilosas, tendo em vista que abriga conteúdo da vida íntima do paciente, devendo, portanto, ser preservado o seu sigilo.

É dever das instituições de saúde, portanto, proteger a intimidade do paciente enquanto guardiões dessa documentação, em estrito respeito ao sigilo que seus profissionais devem à ética profissional e ao cumprimento do dever legal.

BIBLIOGRAFIA

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 25. ed., 1987.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2002.

Considerações em Torno da Retenção dos Recursos Especial e Extraordinário

Roberta Liziane Leite Rodrigues
Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Ceará
Estagiária da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza
Estagiária da Assessoria Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Do processamento dos recursos especial e extraordinário retidos
3. Da impossibilidade de retenção
4. Das formas de impugnação da decisão que determina a retenção
5. Conclusões
6. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil Brasileiro tem passado, nos últimos anos, por modificações assaz substanciais. Dentre tantas, assomou-se uma de relevante importância, trazida pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, consistente na instituição dos recursos especial e extraordinário retidos nos autos.

Ao tecer comentários acerca das inovações trazidas a lume pelo instrumento normativo mencionado, o Excelentíssimo Sr. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO, na Medida Cautelar nº 1.728, de que foi relator, asseverou que “a celeridade e a economia nortearam essas recentes modificações legislativas, de modo a privilegiar a efetividade da prestação jurisdicional.”¹

¹ STJ. 4ª Turma. MC nº 1.728. Relator o Excelentíssimo Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo. Julgado em 15.06.1999 e publicado no DJU de 16.08.1999, p. 70.

As sublevações extraordinárias em epígrafe foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, por meio do §3º, acrescentado ao art. 542 do Código Buzaid, o qual dispõe, *in verbis*:

“O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.”

Ao tempo do advento deste dispositivo, variegadas foram as dúvidas que a seu respeito exsuriram. Decorridos já quase quatro anos da previsão no Código de Ritos destas novas modalidades recursais, ao seu redor, ainda afloram acalorados debates, tanto em âmbito doutrinário como jurisprudencial.

Não poderia ser de outra forma, eis que a discussão sobre a temática eleita para este trabalho é de difícil exaurimento. E dissecá-la, por certo, não é nossa pretensão. Fazê-lo, exigiria uma incursão mais aprofundada, o que não seria possível realizar neste simples texto científico

Destarte, o presente artigo tem por escopo versar apenas acerca do processamento dos recursos especial e extraordinário retidos, dos casos em que é inviável a sua retenção e dos meios adequados a impugnar as decisões proferidas no sentido de retê-los, por reputamos estes pontos como de importância vital para os misteres dos operadores do Direito.

2. DO PROCESSAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO RETIDOS

Como se sabe, uma decisão interlocutória proferida pelo Juízo de primeira instância pode ser objeto de um recurso de agravo de instrumento a ser dirigido ao Juízo *ad quem*, no prazo de 10 (dez) dias, conforme os expressos termos do art.522 do Código de Processo Civil.

Uma vez julgado provido ou improvido tal agravo, a processualística civil brasileira confere ao prejudicado a possibilidade de interpor duas sublevações. Uma é o recurso especial, a ser dirigido ao Superior Tribunal

de Justiça, a outra é o recurso extraordinário, a ser destinado ao Supremo Tribunal Federal.

Faz-se oportuno mencionar que as hipóteses de cabimento do especial recurso estão previstas nas alíneas *a*, *b* e *c*, do inciso III, do art.105 da Constituição Federal, o qual dispõe, *ad litteram*:

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*
- b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;*
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”*

No que concerne ao recurso extraordinário, essas hipóteses estão enumeradas nas alíneas *a*, *b*, e *c*, do inciso III, do art. 102 de nossa Carta Magna, o qual estabelece:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe”:

(...)

III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;*
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;*
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”*

A rigor, oposta uma dessas irresignações excepcionais, antes de chegar aos Tribunais Superiores, passará por um juízo prévio de admissibilidade, a ser realizado pelo Presidente dos Tribunais de Justiça, no qual se analisará a sua tempestividade, se a matéria nela versada foi devidamente prequestionada, se não está somente trazendo em seu bojo fatos que carecem de reexame

probatório e, como tais, incompatíveis com os estreitos lindes de cognoscibilidade desta excepcional sede, dentre outros aspectos.

Por outro lado, quando estes recursos forem interpostos contra decisão interlocutória proferida em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução, compete àquela autoridade citada do Juízo de segunda instância pronunciar *decisum* no sentido de reter no Órgão Judicante de origem a irrisignação extraordinária, até que a parte a reitere, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.

É o que propugna, noutros termos, o §3º do art. 542, senão vejamos:

“Art. 542 (...)

§3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução ficarão retidos nos autos e somente será processado se o reiterate a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.” (negrito nosso)

Acerca da redação deste dispositivo, pelo menos três dúvidas de extrema relevância advieram.

A primeira pairou em torno do que se haveria de compreender por “recurso especial ou extraordinário interposto contra decisão interlocutória”. Vários foram os doutrinadores que enfrentaram esta questão e acabaram por fixar o entendimento de que, na verdade, o legislador se refere a acórdão oriundo de agravo de instrumento, cujo conteúdo é de decisão interlocutória, e, portanto, incapaz de extinguir o processo.

Nesse sentido, o emérito NELSON NERY JR. asseverou que “andou bem o legislador ao fazer referência, na norma comentada, à expressão *decisão interlocutória*, em vez de se utilizar do termo *agravo de instrumento*. Portanto, ainda que se trate de acórdão oriundo de agravo de instrumento, se o conteúdo desse acórdão não for de decisão interlocutória (CPC 162, §1º) caberá contra ele RE ou REsp de subida imediata, não se aplicando a obrigatoriedade da retenção prevista no CPC 542, §3º.”²

2 Nelson Nery Jr., “A forma retida dos recursos especial e extraordinário - apontamentos sobre a Lei 9.756/98” em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 476.

O Superior Tribunal de Justiça, outrossim, perfilhou tal exegese ao estabelecer que “não deve permanecer retido o recurso especial, se a questão resolvida pelo acórdão recorrido - embora proveniente de decisão interlocutória - é daquelas que podem conduzir à extinção do processo”.³

A segunda hesitação, por seu turno, centrou-se no que se deveria entender pela expressão “decisão final”. O insigne processualista ATHOS GUSMÃO CARNEIRO dilucidando tal questionamento, asseverou que “como ‘decisão final’ considera-se, isto sim, o acórdão proferido em grau de apelação, ou, se for o caso, em grau de embargos infringentes; em outras palavras, a decisão de que não caiba mais recurso ordinário.”⁴

A terceira, por fim, referiu-se ao fato de se afigurar indispensável ou não que a parte, para reiterar a apreciação dos recursos retidos, interpusesse uma outra sublevação excepcional contra o acórdão da apelação ou dos embargos, referentes ao processo principal. Hodiernamente, contudo, segundo FERNANDO MARCELO MENDES, “pacificou-se o entendimento de que o conhecimento e julgamento dos recursos retidos não ficam condicionados à interposição dos recursos especial e extraordinário contra decisão final, sendo necessário, apenas, que a parte reitere o pedido de apreciação dos recursos retidos no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões.”⁵

E, na realidade, a exegese a esse respeito não poderia ser diversa. É que para se manejar as modalidades recursais em comento não basta a simples vontade da parte interessada, mas sim a implementação prévia de uma série de pressupostos específicos, seja constitucionalmente, seja legalmente previstos. Assim, em vista dessa realidade inafastável, sedimentou-se a inteligência de que, mesmo diante de um acórdão inapto a desafiar um especial ou extraordinário, seja por pretender reapreciação de prova ou interpretação de cláusula contratual, seja por não ter violado dispositivo de lei federal ou da Carta Magna, pode a parte, mediante uma petição ao órgão que julgou o apelo ou os embargos, reiterar a apreciação dos recursos

3 STJ. 1ª Turma. RESP nº 182.382/SP. Relator o Sr. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Julgado em 17.06.1999, publicado no DJU de 02.08.1999.

4 Athos Gusmão Carneiro. *Recurso Especial. Agravos e Agravo Interno*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 90.

5 Fernando Marcelo Mendes, “Da retenção dos recursos especial e extraordinário”. In *Temas controversos de Processo Civil*, coordenação de Sérgio Niemeyer e Paulo César Conrado. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 149.

que se encontram retidos, no prazo que teria para interpor uma outra sublevação especial ou extraordinária.

Vale ressaltar, outrossim, que, quando o litigante, autor do recurso retido, tiver seu apelo provido, e o apelado, por sua vez, recorrer ao STF ou ao STJ de tal decisório, cumpre àquele renovar o pedido de apreciação da irresignação devida, no prazo de que dispõe para o oferecimento das contra-razões, sob pena de o mesmo ser considerado como desistido.

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO

Conforme o já delineado, a reforma no Código de Processo Civil empreendida pela Lei 9.756/1998 teve por maior alvo reduzir a carga excessiva do labor dos órgãos superiores de jurisdição, evitando, desta forma, que os processos, nos quais ainda não foi proferida decisão final, ascenda ao Supremo Tribunal Federal e/ou Superior Tribunal de Justiça para a resolução de questões concernentes a decisões interlocutórias, e, como tais, incidentes.

Ocorre, no entanto, que, nada obstante o nobre intento de celeridade e economia processual colimado por tal reforma, caso o disposto no §3º do art. 542 seja do Código Buzaid não seja empregado com moderação, é dizer, não seja utilizado sem que se proceda a uma acurada análise do caso concreto, o consectário inarredável será a transgressão ao princípio da inafatibilidade do controle jurisdicional, previsto em nossa Carta Magna, no art. 5º, inciso XXXV.

E isto pelo fato de que situações há, seja em virtude do próprio conteúdo da decisão proferida, seja em razão de urgência ou do perigo de lesão grave ou de difícil reparação, em que a retenção do recurso sepultaria irreversivelmente a possibilidade de a matéria, nele argüida, ser examinada pelos Tribunais Superiores.

Alguns dos casos em que defesa é a retenção dos recursos, em virtude do risco da ineficácia do provimento pleiteado, seriam os seguintes: concessão ou denegação de liminar; deferimento ou indeferimento do pedido de ingresso em processo como assistente; deferimento ou indeferimento de pedido de intervenção de terceiro; admissão de prova obtida por meio ilícito; decisão que julga exceção de impedimento ou suspeição do juiz.⁶

⁶ Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, "Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário - requisitos de admissibilidade e recursos retidos", *In* Temas controvertidos de Processo Civil, coordenação de Sérgio Niemeyer e Paulo César Conrado. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 204

Empós se ter constatado tais hipóteses, surgiu uma discussão acerca do procedimento a ser adotado, objetivando impedir que o sobrestamento dos recursos acarretasse ao recorrente significativo prejuízo.

Solucionando tal querela, a doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando no sentido de atribuir ao Presidente do Tribunal *a quo* o poder de determinar o imediato processamento do apelo extremo, excluindo-os do regime da retenção.⁷

Ressalte-se, contudo, que, em se tratando de caso de perigo de dano de árdua restauração, é de bom alvitre que a parte recorrente o explicita no próprio especial ou extraordinário, para que o Presidente do Tribunal, aquilatando as suas razões, decida-se pelo instantâneo processamento do recurso ou não.

4. DAS FORMAS DE IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO QUE DETERMINA A RETENÇÃO

Sem soçobro de dúvidas, é plenamente possível que o decisório que ordenou o envio dos autos ao Juízo de primeira instância tenha sido editado equivocadamente, por não se tratar de decisão interlocutória proferida em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos do devedor, mas em processo de execução. É concebível, ademais, que a retenção, mesmo atendendo formalmente ao previsto no § 3º do art. 542, seja inconciliável com o interesse recursal, levando-se em conta que, obstado o imediato processamento do feito, seu eventual conhecimento e provimento pelo STF ou pelo STJ seria inócuo. Por fim, é factível que, embora demonstrando a parte, em seu recurso, que a matéria nele abordada se afigura como um caso típico de perigo de dano irreparável, o Presidente do Tribunal se decida por retê-lo nos autos.

Nessas hipóteses, por óbvio, tem o litigante, alvo do gravame, a faculdade de demonstrar a sua irresignação. Mas qual a via adequada?

Instado a se manifestar em casos análogos, o Superior Tribunal de Justiça, evoluindo em seu posicionamento, passou a conceber que, a rigor, não há maiores diferenças entre admitir ou reter o recurso especial.

⁷ Conferir a respeito: Nelson Nery Jr., "A forma retida dos recursos especial e extraordinário - apontamentos sobre a Lei 9.756/98" em *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9756/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 477-478.

Assim, em decisão proferida na Medida Cautelar nº 2.501/MG, referendada pela 4ª Turma do STJ, o Excelentíssimo Sr. Ministro CÉSAR ASFOR ROCHA, entendendo que nessas circunstâncias, por analogia, o recurso cabível era o Agravo de Instrumento, explicitou que "na hipótese de retenção, ainda que se possa atribuir efeito suspensivo ao especial, não é pela via da ação cautelar que se poderá abrir ao recorrente a possibilidade de que esta Corte determine o regular processamento do seu recurso especial. Com efeito, saber da excepcionalidade do caso concreto para subtraí-lo da aplicação do disposto no §3º do art.542, CPC, é decidir se a retenção determinada pela presidência do tribunal de origem está ou não de acordo com o referido dispositivo legal e, no caso negativo, ordenar de forma contrária, isto é, que o especial tenha prosseguimento. E o ordenamento jurídico vigente não agasalha a reforma de decisões judiciais pela via cautelar. A via própria para a impugnação das decisões judiciais é o recurso. Destarte, não admitido o recurso especial, cabe agravo de instrumento para o STJ. Esse é que é o recurso que confere ao STJ, por intermédio de relator ou turma, em havendo agravo, a apreciação do acerto ou não do decisório da presidência do tribunal de origem. Os que sustentam o não-cabimento do agravo argumentam que retenção e não admissão são coisas diversas, sendo que o recurso retido posteriormente pode vir a ser admitido. Entendo, data vênica, que a distinção é especiosa, pois que na prática o resultado que elas produzem é o mesmo, qual seja, o não seguimento imediato do recurso especial. (...) Com efeito, é razoável estar compreendido na expressão 'não admitido', que inicia a redação do art.544, a ensejar o agravo de instrumento, também a idéia de retenção, prevista inovadoramente no §3º do art.542. Por tudo isso, concluo que a medida cautelar não é meio processual adequado para se decidir sobre se deve ou não incidir a regra contida no §3º do art.542, mas sim o agravo de instrumento."

Ocorre, no entanto, que há também posicionamentos recentes da Superior Corte de Justiça admitindo o emprego da medida cautelar, quando for o caso de *periculum in mora*, o que se depreende da decisão do agravo regimental no agravo de instrumento nº 421.247/SP, em que foi relatora a Excelentíssima Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI, conforme a qual "é cabível agravo de instrumento contra decisão que determina a retenção de recurso especial, desde que fundado em ofensa aos comandos legais aplicáveis à espécie. Se a impugnação da decisão que retém o recurso especial estiver

fundada na existência de *periculum in mora*, deverá o requerente propor medida cautelar perante o órgão jurisdicional competente, e não agravo de instrumento."⁸ (negrito nosso)

Nesse mesmo sentido, decidiu a Superior Corte de Justiça, no julgamento da Medida Cautelar nº 3232/PR, da qual foi relator o Excelentíssimo Sr. Ministro JOSÉ DELGADO, conforme se deduz da ementa a seguir transcrita:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PARA SUSTAR A RETENÇÃO DE RECURSO ESPECIAL E DETERMINAR SUA SUBIDA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO ATIVO. ISS. COBRANÇA SOBRE O FATURAMENTO. EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA.

1. Medida Cautelar intentada com objetivo de fazer subir Recurso Especial, afastando a sua retenção, bem como a concessão de liminar para que seja restabelecida a tutela antecipada no intuito de suspender a cobrança de ISS com base no faturamento da recorrente.
2. O poder geral de cautela há que ser entendido com uma amplitude compatível com a sua finalidade primeira, que é a de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Inere-se, aí, sem dúvida, a garantia da efetividade da decisão a ser proferida. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico.

8 STJ. Acórdão Unânime da 3ª Turma. AGA nº 421274/SP. Relatora a Sra. Ministra NANCY ANDRIGHI. Julgado em 08.04.2002, publicado no DJU de 27.05.2002.

3. O provimento cautelar tem pressupostos específicos para sua concessão. São eles: o risco de ineficácia do provimento principal e a plausibilidade do direito alegado (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*), que, presentes, determinam a necessidade da tutela cautelar e a inexorabilidade de sua concessão, para que se protejam aqueles bens ou direitos de modo a se garantir a produção de efeitos concretos do provimento jurisdicional principal.

4. Em casos tais, pode ocorrer dano grave à parte, no período de tempo que mediar o julgamento no tribunal *a quo* e a decisão do recurso especial, dano de tal ordem que o eventual resultado favorável, ao final do processo, tenha pouca ou nenhuma relevância.

5. Há, em favor da requerente, a fumaça do bom direito e, é evidente, o perigo da demora.

6. Prejuízos teria a requerente se não lhe for julgada procedente a presente medida acautelatória, haja vista que a retenção do recurso especial e o não deferimento da tutela antecipada, suspendendo a cobrança do ISS, irá acarretar-lhe danos materiais de difícil reparação, ainda mais se sair vencedor na demanda principal.

7. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer de direito público.

8. Agravo regimental prejudicado. Medida Cautelar procedente."⁹

⁹ STJ. Acórdão Unânime da 1ª Turma. MC nº 3232/PR. Relator o Sr. Ministro José DELGADO. Julgado em 12.06.2001 e publicado DJU de 17.09.2001.

Destarte, em face de decisões desse jaez, é possível se inferir que, em se tratando de *periculum in mora*, é viável a interposição de medida cautelar para o fim de destrancar recurso retido nos autos; já nos demais casos, é cabível, tão-somente, o recurso de agravo de instrumento.

CONCLUSÕES

Em face de tudo quanto se expôs, é de se concluir que:

O Código de Processo Civil Brasileiro vem sofrendo nos últimos anos modificações de grande envergadura. Dentre estas, assomou-se uma de relevante importância, trazida pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, consistente na instituição dos recursos especial e extraordinário retidos nos autos.

Tais modalidades recursais, na forma retida, foram incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio por meio do §3º do art. 542 do CPC, conforme o qual "o recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões."

No que concerne à expressão "decisão interlocutória", prevista em tal indicação normativa, fixou-se o entendimento de que, na verdade, o legislador se refere a acórdão oriundo de agravo de instrumento, cujo conteúdo é de decisão interlocutória, e, nessa condição, incapaz de conduzir à extinção do processo.

Como 'decisão final', considera-se o acórdão proferido em grau de apelação, ou, se for o caso, em grau de embargos infringentes; noutros termos, a decisão de que não caiba mais recurso ordinário.

O conhecimento e julgamento das sublevações retidas não ficam condicionados à interposição dos recursos especial e extraordinário contra o acórdão do qual não caiba mais recurso ordinário. Faz-se necessário, apenas, que a parte renove o pedido de apreciação dos recursos retidos no prazo para a interposição das sublevações excepcionais, ou no prazo para as contra-razões. Caso assim não proceda, tem-se como desistido o recurso.

Situações há, seja em virtude do próprio conteúdo da decisão proferida, seja em razão de urgência ou de dano irreparável ou de dificultosa restauração, em que a retenção do recurso não se afigura possível. Nessas

hipóteses, compete ao Presidente do Tribunal *a quo* determinar o imediato processamento do apelo extremo, excluindo-os do regime da retenção. É recomendável, contudo, que a parte, quando se tratar de caso de dano de difícil reparação, explicita-o nas razões do recurso.

O provimento judicial que ordenar a retenção do recurso pode ser impugnado. Para tanto, de acordo com o posicionamento do STJ, a parte interessada pode, em se tratando de perigo da demora, valer-se de medida cautelar, e, assim, destrancar o especial. Nas demais hipóteses, apenas é cabível o recurso de agravo de instrumento.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella. Uma segunda reflexão sobre o novo §3º do art. 542 do CPC (Lei 9.756, de 17 de dezembro 1998). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, coordenação de Eduardo Pellegrini, Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Recurso Especial. Agravos e Agravo Interno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Alterações no processamento de recursos. Revista dos Tribunais, ano 88, volume 764, junho de 1999, p. 75.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Fernando Marcelo. Da retenção dos recursos especial e extraordinário. Temas controvertidos de Processo Civil, coordenação de Sérgio Niemeyer e Paulo César Conrado. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MIRANDA, Gilson Delgado e Pizzol, Patrícia Miranda. Algumas considerações sobre os recursos especial e extraordinário - Requisitos de admissibilidade e recursos retidos. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, coordenação de Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

NERY JR, Nelson. A forma retida dos recursos especial e extraordinário - apontamentos sobre a Lei 9.756/98. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 476.

PINTO, Nelson Luiz Pinto. Manual dos recursos cíveis. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ainda sobre a retenção dos recursos extraordinário e especial: meios de impugnação da decisão que a determina. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, coordenação de Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Os recursos cíveis e as inovações da Lei n. 9756/98. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

Da Aplicabilidade das Medidas Provisórias no Âmbito do Direito Tributário à Luz da Emenda Constitucional N.º 32/2001

Francisca Brenna Vieira Nepomuceno
Acadêmica de Direito da Universidade Federal do Ceará
Estagiária da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza
Estagiária da Procuradoria da República no Ceará – Ministério Público Federal

SUMÁRIO

1. Introdução
2. As inovações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 32/2001
3. A possibilidade de Medida Provisória veicular matéria tributária
4. Conclusões
5. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO:

As Medidas Provisórias são fruto da evolução histórica dos Decretos-Leis, que, criados após a 2ª Guerra Mundial, tinham o escopo de tornar a prestação legislativa do Estado mais célere e eficaz em situações de relevância e urgência¹. Estes atos normativos excepcionais, cuja prerrogativa detinha exclusivamente o Presidente da República, possuem na Itália seu berço, de onde expandiram-se para outros países pós-nazi-fascistas e neo-parlamentaristas como Alemanha, Espanha e Portugal. Foram inseridos em nosso Ordenamento Jurídico com advento da Constituição de 1967, passando a ser o Brasil o único país presidencialista a adotar tal técnica legislativa.

O legislador constituinte originário, ao prever as Medidas Provisórias em nosso sistema legislativo como sucedâneas dos Decretos-Leis na

¹ RAMOS, Saulo. Medida Provisória. A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, p. 530, 1990.

Constituição Federal de 1988, ocasionou grande celeuma entre os estudiosos do Direito Tributário, mormente em torno da possibilidade da utilização desse novo mecanismo para a instituição ou majoração de tributos frente ao princípio da anterioridade.

O art. 62 da CF/88 trazia a seguinte redação, *ipsis litteris*:
"Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.

Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes."

Passados quase treze anos, quando o Supremo Tribunal Federal já parecia ter resolvido grande parte das controvérsias que envolviam tal matéria, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 32, aos onze dias do mês setembro de 2001, que, trazendo em seu bojo relevantes inovações, mudou o panorama institucional das Medidas Provisórias. Em parte, a Emenda ratificou vários posicionamentos da Corte Excelsa nessa área, porém desconstituiu entendimentos jurisprudenciais já sedimentados.

No presente texto, analisaremos as principais inovações trazidas pela EC n.º 32, mormente no âmbito tributário, com o mister de auxiliar a aplicação dessa norma constitucional.

2. AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 32

À luz do texto original da Constituição de 1988, a doutrina amplamente majoritária defendia a impossibilidade² de Medida Provisória criar ou majorar tributos, com o fundamento de ser a sua admissibilidade indubitável burla ao princípio da anterioridade e da legalidade, princípios esses norteadores do Direito Tributário. Ademais, aduziam não ser a matéria tributária compatível com a

2 CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Tributário. 8. ed. São Paulo: Malheiros, p. 177-184, 1996.

urgência e relevância exigidas para a emissão da Medida Provisória³. Mas, no que tange às obrigações acessórias⁴, a doutrina adotou posicionamento contrário.

No plano jurisprudencial, o STF, opondo-se^{5,6} à maior parte da doutrina, já sustentava, antes da Emenda em tela, a admissibilidade de medida provisória tratar de matéria tributária referente à instituição e majoração de tributos, além de admitir a sua reedição.

Nesse panorama, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 32, alterando o art. 62 da Constituição ao regular o processo legislativo especial das medidas provisórias de forma a restringir-lhe a utilização.

A Emenda em tablado alterou o prazo constitucional de vigência da medida provisória, de forma, que, editada permanecerá em vigor por 60 dias, contados a partir da publicação. Caso depois de editada a medida, sobrevenha o recesso do Congresso nacional, o prazo de vigência é suspenso até o fim do mesmo. Mas havendo convocação extraordinária, a medida provisória será incluída automaticamente na pauta de votação, não ficando seu prazo suspenso durante os trabalhos legislativos.

Grandes mudanças trouxe a prescrição constitucional em apreço, com relação à discussão e votação da medida provisória. De fato, hoje, além de ser apreciada pelo plenário de cada uma das Casas, em separado, do Congresso Nacional, a medida provisória é submetida anteriormente a um controle político de constitucionalidade de caráter preventivo, realizado por uma comissão mista, composta por 7 deputados e 7 senadores, os quais emitem um parecer acerca da matéria.

A EC n.º 32, diferentemente do texto constitucional original que previa a votação em sessão conjunta do Congresso Nacional, inovou o processo legislativo da Medida Provisória ao determinar que a sua votação ocorra em separado nas duas Casas do Congresso Nacional, iniciando-se na Câmara dos Deputados, que, antes de analisar o mérito, verificará primeiro os requisitos constitucionalmente exigidos para a edição da Medida

3 DERZI, Misabel de Abreu Machado. Medidas Provisória - sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos. Revista de Direito Tributário, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-set, p. 130-142, 1988.

4 Roque Antônio Carrazza. Curso de Direito Tributário. 8. ed. São Paulo: Malheiros, p. 186, 1996.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn. n.º 1417, Rel. Min. Octavio Galloti, DJ 24-05-1996.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGAV. n.º 236.976, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 14-09-1999.

Provisória, isto é, a presença ou não da relevância e urgência. E isto em virtude do fato de ser a função legislante típica do Poder Legislativo, não do Poder Executivo, que só poderá legislar em casos realmente excepcionais. Caso tenha sido aprovada a Medida Provisória por maioria simples na Câmara dos Deputados, o mesmo retrocitado processo ocorrerá, consecutivamente, de forma similar no Senado Federal.

E, se decorridos 45 dias da publicação da Medida Provisória, esta não tiver sido apreciada, instaura-se o Regime de Urgência Constitucional, sobrestando todas as demais deliberações da Casa Legislativa até que esta vote a Medida Provisória.

Prevê tal Emenda Constitucional a prorrogação automática do prazo de vigência da Medida Provisória por igual período exclusivamente no caso de não ser encerrada a sua votação pelo Congresso Nacional, no prazo de 60 dias contados da sua edição, consoante o § 7º do art. 62. Acerca tal dispositivo, pronunciou-se o STF no sentido da admissibilidade da reedição da Medida Provisória no regime anterior, levando-se em conta a possibilidade de prorrogação conferida pela EC n.º 32 equivale a uma edição e três reedições da Medida Provisória regida pelo texto original da Constituição, tendo em vista ser, nesse regime, o prazo de vigência da Medida Provisória de 30 dias. Mas, apesar do prazo extenso, correspondente à prorrogação por 120 dias, a EC n.º 32 inovou para melhor, pois anteriormente a Medida Provisória poderia ser reeditada indefinidamente a critério do Chefe do Poder Executivo sem qualquer restrição, e hoje a eventual ocorrência da prorrogação é da responsabilidade exclusiva do Poder Legislativo que em tempo hábil não realizou a votação da Medida Provisória, além de ser defesa a reedição na mesma sessão legislativa, de Medida Provisória que tenha sido rejeitada ou perdido sua eficácia por decurso de prazo.

Assim, se uma medida provisória for editada em 14 de dezembro, terá o prazo de 60 dias suspenso em virtude do recesso do Congresso Nacional que se inicia em 15 de dezembro, só passando a contar novamente o prazo em 15 de fevereiro do ano seguinte, data em que se iniciam os trabalhos nas Casas Legislativas. Ademais, tendo essa mesma medida, eventualmente, o seu prazo prorrogado automaticamente por mais 60 dias, em virtude de não ter sido encerrada a sua votação em tempo hábil, poderá a medida provisória vigorar no prazo máximo de 180 dias, o que corresponde

no regime anterior a uma edição e cinco reedições, tendo em vista que o prazo de vigência era de 30 dias.

Outra mudança expressiva realizada pela Emenda consistiu na determinação presente em seu § 3º, no sentido de que a não conversão em lei da Medida Provisória importará na perda de sua eficácia com efeito *ex tunc*, ou seja, desde a sua edição. Com isto determinou o legislador constituinte em Emenda o dever do Congresso Nacional de disciplinar as relações jurídicas ocorridas na vigência da medida provisória não convertida em lei por decreto legislativo no prazo máximo e improrrogável de 60 dias. E, caso permaneça inerte o Congresso, no decorrer desse prazo, sua omissão acarretará a conservação da Medida Provisória a reger as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência.

Com o § 11º do art. 62 da Carta Magna, o legislador teve o intuito de defender a segurança jurídica das relações constituídas sob a égide das medidas provisórias que eram ameaçadas diuturnamente no regime anterior em virtude da inércia do Congresso Nacional, que levava anos para regular referidas obrigações jurídicas. Assim, a EC n.º 32 legitimou a omissão do Poder Legislativo, ao estabelecer que as relações jurídicas travadas na vigência da medida provisória rejeitada ou não convertida seriam por ela regida se não se manifestasse o Congresso em 60 dias. Mas, o dispositivo normativo em tablado, apesar de representar um avanço no sentido de exigir do Legislativo um prazo improrrogável para o cumprimento de dito dever, por outro lado acarreta sérios problemas no que tange à medida provisória inconstitucional que tenha sido rejeitada ou não convertida em lei, no caso de permanecer omissa o Congresso Nacional quanto a relações jurídicas travadas com esteio nessa norma flagrantemente inconstitucional, pois essa Medida Provisória terá efeito ultrativo ao reger citadas relações, com isso ferindo de morte o Princípio da Supremacia Constitucional e o da Legalidade, supedâneo do ordenamento jurídico e do regime democrático.

Infelizmente, a Emenda em tela não deu à matéria o avanço necessário a coibir de forma cabal a reedição ilimitada das medidas provisórias, por rezer em seu art. 2º que as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação da EC n.º 32 continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional. Da dicção de citado dispositivo emerge cristalina a possibilidade de reedição ilimitada das medidas provisórias em vigor em 11 de setembro

de 2001, e tendo em vista o assustador número de medidas editadas até a referida data, verifica-se de forma indubitável, um sério enfraquecimento nas mudanças implantadas. É que o Brasil passará a ter dois tipos de medidas provisórias⁷, as que são editadas após a EC n.º 32, as quais possuem prazo de vigência determinado, e as que se encontravam em vigor em 11 de setembro de 2001, que possuem prazo de vigência indeterminado, haja vista poderem ser reeditadas indefinidamente até que advenha medida provisória que revogue estas medidas explicitamente, ou que se manifeste o Congresso Nacional acerca da matéria.

Por último, faz-se relevante ressaltar que, por ter sido silente a Constituição Federal de 1988 quanto à possibilidade de edição de Medida Provisória pelo Chefe do Poder Executivo, a doutrina expôs muita controvérsia em torno do assunto. Parte dos doutrinadores arraigados à interpretação histórica e ao Direito Comparado, defendiam a inadmissibilidade dos Governadores dos Estados membros e dos Prefeitos editarem Medidas Provisórias. Mas, a melhor doutrina proclama, com o supedâneo de ser o processo legislativo esculpido na Carta Magna parâmetro obrigatório às Constituições Estaduais, a possibilidade do Chefe do Poder Executivo em cada ente da Federação, em casos excepcionais, legislar através de medidas provisórias, que serão apreciadas pelo Poder Legislativo local. Mas, para ser emitida medida provisória no âmbito estadual, faz-se necessário que haja previsão expressa na Constituição Estadual dessa espécie de processo legislativo, sendo no âmbito municipal condição *sine qua non*, além da previsão na Constituição Estadual, a expressa possibilidade da edição de Medida Provisória pelo Prefeito na respectiva Lei Orgânica do Município.

O Supremo Tribunal Federal ao considerar essencial a presença dos mecanismos de exceção da medida provisória no Estado moderno e a ampla autonomia que a Constituição Federal confere aos Estados e Municípios, aduz em sua mais recente jurisprudência acerca da matéria, em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 425, ajuizada em 1990 pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro-PMDB, em face do Governador de Tocantins, Siqueira Campos, e da Assembléia Legislativa do Estado, que os Governadores de Estados podem editar medidas provisórias, em caso de

⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Revista Dialética de Direito Tributário, p. 102, fev. 2002.

relevância e urgência, desde que sejam convertidas em lei pelas respectivas assembleias legislativas, sendo requisito necessário a previsão de emissão de referida norma nas Constituições Estaduais. Tal jurisprudência abre de forma indubitável, precedente para que seja consolidado o posicionamento defendido por Dr. Alexandre de Moraes, que vislumbra, de forma não duvidosa, a possibilidade do Chefe do Poder Municipal editar medida provisória. Tendo o Ceará 184 Municípios, e o Brasil 5.507, levantam-se assustadoras e inafastáveis previsões de ser gerado um caos no nosso ordenamento jurídico, malferindo frontalmente a segurança jurídica nacional.

Esboçadas estas primeiras considerações acerca das inovações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 32, passaremos a analisar as suas repercussões na seara tributária.

3. A POSSIBILIDADE DE MEDIDA PROVISÓRIA VEICULAR MATÉRIA TRIBUTÁRIA:

O art. 62 da Constituição Federal traz, no bojo de seu § 1º, um rol taxativo de matérias insuscetíveis de serem veiculadas por medida provisória, *in verbis*:

Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:

I - relativa a:

- a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;*
- b) direito penal, processual penal e processual civil;*
- c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;*
- d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;*

II - que vise a detenção ou sequestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;

III- reservada a lei complementar;

IV- já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República."

Como em dito rol não se inclui expressamente o direito tributário, emerge translúcida a possibilidade de regulamentação de referida disciplina jurídica mediante medida provisória, excluindo-se, *ab initio*, a tipificação de infrações e sanções tributárias, por se encontrarem incluídas nos conceitos de infrações e sanções penais, sobre as quais é vedada a edição de Medida Provisória. Esta interpretação sistemática do novo texto do art. 62 ratifica o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, anterior à Emenda Constitucional em pauta, que já conferia às Medidas Provisórias mencionado alcance.

Porém, nem toda matéria tributária é suscetível de ser disciplinada por meio de medida provisória. Pois essa encontra na proibição de versar sobre matéria reservada a lei complementar o limite de seu alcance. Não podem, pois, ser criados, mediante medida provisória, os tributos que dependam de lei complementar para serem instituídos. Porque, se possível fosse, estaria caracterizada verdadeira burla à lei constitucional, por ter previsto o legislador constituinte, no art. 69, a aprovação das leis complementares por maioria absoluta e ser a aprovação das medidas provisórias por maioria simples.

No que tange à majoração e à criação de tributos, apesar do § 1º do art. 62 de nosso diploma constitucional não proibir que sejam tratadas por Medida Provisória, o § 2º desse dispositivo faz referência somente a impostos ao rezar que:

"§ 2º Medida Provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada."

Eis que, se um imposto for criado mediante medida provisória, a exigibilidade dessa ficará suspensa até a sua conversão em lei, não podendo

ser constituídas obrigações tributárias referentes a tal imposto, por não ser esse ainda exigível.

Assim, conclui-se, através de uma interpretação sistemática, que embora só tenha o § 2º se referido à hipótese de criação de "impostos", o § 1º, ao não vedar a instituição de tributos, permite-a de forma genérica, não podendo o intérprete restringir a utilização da medida provisória somente à criação de impostos, pois o que a Constituição confere, somente por ela pode ser restringido.

A interpretação de que a EC n.º 32 apenas permitiu a criação de impostos, vedando implicitamente a instituição de outras espécies tributárias, não pode ser aceita, pois encontra-se limitada à literalidade desse texto, desprezando a ausência de proibição do § 1º do art. 62. Razão também não há aos que alegam que o § 2º do art. 62 apenas confere a possibilidade de criação de impostos. É que, esse dispositivo cuida da aplicação do princípio da anterioridade na criação de impostos através de medida provisória. Esse não trata da possibilidade de instituição de tributos por já ter sido admitida de forma implícita no § 1º.

Do exposto, tem-se por escorrido o entendimento do STF que, no regime anterior, já admitia a instituição e majoração de tributos por medida provisória, excluídos apenas os tributos dependentes de lei complementar para serem criados.

Já no que se refere ao aspecto da criação dos tributos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153, o § 2º do art. 62 também submeteu a vigência de tais exações à conversão da medida provisória instituidora em lei, porquanto não autorizou o retromencionado parágrafo que, com a simples edição da medida provisória, já pudesse a mesma produzir todos os seus efeitos, permanecendo esses impostos, nesse aspecto, regidos pelo princípio da anterioridade. No que diz respeito à modificação de suas alíquotas, cumpre informar que não há a obrigatoriedade da conversão em lei da medida provisória para ser exigida a sua majoração, tendo em vista que esses impostos têm preponderantemente uma função extra-fiscal. Caso assim não fosse, ineficaz se tornaria tal mecanismo de controle estatal da economia no combate às oscilações do mercado. Assim, o legislador constituinte fincou no art. 153, § 1º a possibilidade de majoração de ditos impostos mediante decreto ou medida provisória do Poder Executivo.

Quanto aos impostos extraordinários, previstos no art. 154, II, esses podem ser instituídos e cobrados por meio de medida provisória, antes mesmo de sua conversão em lei, em virtude do caráter emergencial que lhes é inerente.

Finalmente, importante se faz ressaltar o aspecto da anterioridade especial das contribuições para a seguridade social. À luz da dicção normativa do § 2º do art. 62, é indubitável que, no caso de criação de contribuições para a seguridade social mediante medida provisória, a norma instituidora da hipótese de incidência do tributo só incidirá sobre o fato gerador instituindo obrigação tributária após o prazo de nonagesimal, contado a partir da sua conversão em lei. Fica assim superado o entendimento da Corte Excelsa de que o texto original da Constituição Federal de 1988 comportaria a contagem do prazo de 90 dias a partir da edição da Medida Provisória, desconsiderando as suas reedições e a data da sua conversão em lei.

CONCLUSÕES

1 – Há a possibilidade de matéria tributária ser veiculada por meio de medida provisória, excluída as matérias constantes no rol do art. 62, I da Constituição, às quais é defesa a disciplina por medida provisória;

2 – Os tributos podem ser criados ou majorados através de medida provisória, desde que sua instituição não dependa de lei complementar (art. 148, 153, VII, 154, I e 195, § 4º da CF/88);

3 – Os tributos instituídos mediante Medida Provisória, só poderão ser cobrados se esta norma for transformada em lei, antes do início do exercício financeiro em que o tributo vier a ser exigido;

4 – As espécies tributárias referidas o art. 153, § 1º do CF/88 podem ter as suas alíquotas modificadas por meio de Medida Provisória, exigível na data de sua publicação;

5 – Os tributos constantes no art. 153, § 1º da CF/88 podem ser criados por Medidas Provisórias, mas só podem ser cobrados se essa norma for convertida em lei antes do início do exercício financeiro em que a exação vier a ser exigida;

6 – Os impostos extraordinários podem ser instituídos e exigidos por medida provisória, independentemente de conversão em lei dessa norma;

7 – As contribuições para a seguridade social instituídas por meio de medida provisória só podem ser cobradas após a transcurso do prazo nonagesimal que começa a fluir da transformação da medida provisória em lei;

8 – As infrações e sanções penais, inclusive as situadas na órbita tributária, não podem ser tipificadas mediante medidas provisórias, em virtude da vedação constante no art. 62, § 1º, I, b da CF/88;

9 – Os procedimentos administrativos, no âmbito do Direito Tributário, podem ser disciplinados por meio de medidas provisórias;

10 – As obrigações acessórias podem ser disciplinadas por medidas provisórias.

11 – Governadores dos Estados podem editar medidas provisórias, desde que haja previsão expressa na respectiva Constituição Estadual. No que concerne aos Prefeitos, não foi ainda firmado entendimento jurisprudencial nesse tocante.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *As Medidas Provisórias em Direito Tributário: Inovações da Emenda Constitucional n.º 32/2001*. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética, fev. 2002.

RAMOS, Saulo. *Medida Provisória. A nova ordem constitucional: aspectos polêmicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

Os Desafios da Segurança Pública para o Século XXI: os Direitos Humanos, a Democracia e a Participação da Sociedade em Debate.

José Valente Neto
Assessor Parlamentar.

“Pensar modelos de segurança pública voltados para o horizonte da defesa dos direitos humanos é, em boa medida, propor-se a fazer o difícil e rigoroso exercício de reconhecer que os velhos modelos de segurança representam pontos de vista que limitam a visão do problema que dizem enfrentar.”

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

Que a escalada vertiginosa da criminalidade e da insegurança pública assumiram índices bastante elevados, isto não constitui novidade alguma. Decerto, nos últimos trinta anos, principalmente, a violência tem obtido uma repercussão ímpar nos órgãos de imprensa e se tornado uma preocupação diuturna para a sociedade brasileira. Sucedem-se programas governamentais de combate ao crime, e a sensação que resta é a de que este goza de imunidade perante o controle social de contenção da criminalidade².

Conquanto o crime exista em todo e qualquer tipo de sociedade, suas características mais perversas se têm revelado com maior intensidade

1 Sofia Tiscornia. Os novos modelos de segurança pública na América Latina. In: Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade. São Paulo: Coleção Debates, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 18, 1998, pp. 87-88.

2 Mesmo não sendo computados os casos em que os crimes não são investigados e aqueles em que os mandados de prisão ainda não foram cumpridos, as taxas de encarceramento são bem significativas: “Em 1995 tínhamos 95,4 presos por 100 mil habitantes e chegamos ao ano 2000 com 134,9 presos por 100 mil habitantes, ou seja, houve um crescimento de 41% na taxa de encarceramento no período de 5 anos”. (Fernando Salla. Rebeliões nas prisões brasileiras. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, a. XXII, n. 67, set. 2001, p. 34).

em sociedades cujos moldes são delineados pela exclusão, pela pobreza e pela concentração de riquezas e de renda³. Em nossa sociedade, por exemplo, a desigualdade social consiste num dos fatores mais problemáticos, haja vista que o quadro sócio-econômico brasileiro mostra-se dotado de uma potencialidade muito expressiva para a geração de conflitos⁴. Tal realidade, agravada ainda mais pelo desrespeito quase que reiterado aos direitos humanos dos segmentos sociais menos acolhidos pelas políticas públicas, põe sob suspeita a consolidação do regime democrático, posto que "la democracia, así entendida, se relaciona naturalmente con la totalidad de los derechos: civiles, políticos, económicos, sociales e culturales"⁵, encontrando-se, desta forma, "íntima e indisolublemente ligada a la protección de los derechos humanos"⁶.

Num primeiro momento, face ao cenário instaurado, impõe-se como fundamental diagnosticar adequadamente os principais problemas que redundam no fomento de áreas de insegurança, no intuito de, consciente do panorama destes conflitos, ser possível a elaboração de planos precisos de prevenção e repressão. Não se pode assumir a responsabilidade pela efetivação de uma política de segurança pública eficaz, adotando-se uma visão unilateral das múltiplas interfaces que o problema comporta.

3 "Nuestro mundo se caracteriza por una gran pobreza en medio de la abundancia. De un total de 6.000 billones de habitantes, 2.800 billones - casi la mitad - viven con menos de US\$2 diarios, y 1.200 billones - una quinta parte - con menos de US\$1 al día (...). Esta situación de miseria persiste a pesar de que las condiciones humanas han mejorado más en el último siglo que en todo el resto de la historia de la humanidad: la riqueza mundial, los contactos internacionales y la capacidad tecnológica son ahora mayores que nunca. Pero la distribución de esas mejoras ha sido extraordinariamente desigual". (BANCO MUNDIAL. Informe sobre el desarrollo mundial 2000/2001 - Lucha contra la pobreza. Washington, D. C: Mundial - Prensa Libros, S.A., 2001, p. 3). Ademais, "o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef) calculam que a metade da fortuna das quatro pessoas mais ricas do mundo seria o suficiente para assegurar alimentação, educação, saúde e saneamento básico para todos os humanos". (João Joaquim de Melo Neto Segundo. A revolução do consumo. *Jornal O Povo*, Fortaleza - Ce, 17 jul. 2001, p. 7).

4 Recente estudo elaborado por alguns organismos nacionais e internacionais, como o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e a Organização das Nações Unidas (ONU) aponta indicadores impressionantes: "22 milhões de pessoas não possuem renda alguma ou percebem menos de R\$60,00 por mês; 34% da população brasileira, ou seja, 53 milhões de cidadãos é a quantidade de pobres em nosso país; somente entre o período compreendido de 1995-99, o número de pobres aumentou em 3,1 milhões de cidadãos". (Valdério Muniz. Fome e pobreza no Brasil - muitas soluções, pouca ação. *Jornal O Povo*. Fortaleza - Ce, 29 jul. 2001, p. 17).

5 Antônio Augusto Cançado Trindade. *Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, a. 1, vol. 1, n. 1, 1999, p. 14.

6 *Idem, ibidem*, p. 14.

As políticas governamentais neste sentido têm contemplado visivelmente o desejo obsessivo de punir⁷. Como indaga Sérgio Adorno, "por que uma reação punitiva seria mais adequada do que respostas não punitivas para os problemas de conflituosidade e litigiosidade das sociedades contemporâneas?"⁸. Será que a promulgação de leis e mais leis no âmbito criminal contribuirá para o retardamento do avanço da criminalidade? Será que a adoção de programas calcados prioritariamente na repressão será suficiente para amenizar o sentimento de medo e insegurança que se espalha por toda a sociedade? Ou será exigível uma reformulação estrutural e substancial das instituições estatais que dão suporte às doutrinas e práticas da segurança pública, como a polícia, o Poder Judiciário e o complexo prisional, por exemplo? Ou estas reformas constituem apenas uma das etapas para o aperfeiçoamento desta política?

Perante a constatação de que o crime se transformou no protagonista da cena pública, causando sobretudo uma inquietação coletiva, necessário se faz pensar em seus fatores a partir de sua origem, isto é, da própria sociedade, abandonando a crença em modelos de controle social esgotados, voltados unicamente para o domínio exclusivo dos aparelhos repressivos do Estado brasileiro. Dentro desta perspectiva, torna-se valioso investigar as razões plausíveis que procuram justificar a insistência na utilização de paradigmas de segurança superados. Foram estas interrogações, basicamente, que mereceram a atenção para a feitura deste trabalho. Neste aspecto, para o seu desenvolvimento, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, entrevistas com operadores jurídicos e cientistas sociais, além do método estatístico e estudo de caso.

7 Na última década do século XX ocorreu uma verdadeira inflação legislativa, inclusive com o recrudescimento de penalidades criminais e a redução de salvaguardas processuais para criminosos considerados violentos: crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), crimes pela não observância das regras atinentes a armas de fogo (Lei nº. 9.437/97), crimes de tortura (Lei nº. 9.455/97), novos crimes de trânsito (Lei nº. 9.503/97), crimes contra a ordem econômica e tributária (Lei nº. 8.137) e crimes eleitorais (Leis nº. 9.100/95 e 9.504/97).

8 Sérgio França Adorno. *Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade*. *Tempo Social*, São Paulo, vol. 10, n. 1, maio 1998, pp. 31-32. Ver, também: Sérgio França Adorno. *A violência na sociedade brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada*. *Sociedade e Estado*, Brasília, vol. 10, n. 2, jul./dez. 1995, p. 299-342.

Um dos grandes obstáculos à apresentação de propostas sólidas para o problema em comento consiste em convencer a opinião pública de que o "redimensionamento do processo repressivo e da eficácia da pena como forma de se efetivar o controle social"⁹ não conduzirá ao processo de pacificação da sociedade. Em detrimento desta postura, Luiz Eduardo Soares anota:

"Quanto a persuadir a opinião pública de que vale a pena apoiar políticas que procurem compatibilizar o respeito aos direitos humanos com a eficiência policial, eis aí um tremendo desafio, talvez o maior de todos, até porque indissociável dos demais. Explico: no limite, talvez só venha a ser possível conquistar com consciência o apoio da maioria da população para uma política civilizada – racional, democrática e respeitosa dos direitos civis e humanos – quando demonstrarmos, na prática, que ela é realmente possível e produz resultados positivos"."

A importância deste tema é crucial para a manutenção do regime democrático. Isto se deve principalmente ao fato de que variados setores das legendas partidárias, amparados por uma grande conclamação popular; terem erguido bandeiras de combate à criminalidade com base no regresso da segurança "desfrutada" durante os regimes militares, também conhecidos como os regimes de exceção. Nestas condições, "a segurança pública e a corrupção se transformaram em questões políticas de tal importância que elas foram usadas para justificar diversas tentativas de golpe: duas na Venezuela, o auto – golpe de Fujimore, no Peru, e uma tentativa de auto – golpe na Guatemala"¹¹.

Nos itens abordados, discutiu-se o papel do aparelho policial na conjuntura da segurança pública, as incumbências e defasagens do Poder Judiciário perante a realidade de insatisfação social, o Ministério Público, a Defensoria Pública como órgão imprescindível para a garantia do acesso à

9 Julieta Lúcia Machado Cunha Lutz. O controle social e a criminalidade. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 10, jan./abr. 2000, p. 6.

10 Luiz Eduardo Soares. Segurança pública e direitos humanos – Entrevista de Luiz Eduardo Soares a Sérgio Adorno. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 57, jul. 2000, p. 144.

11 Luis P. Salas. Justiça penal na América Latina. In: Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade. São Paulo: Coleção Debates, Konrad – Adenauer – Stiftung, n. 18, 1998, p. 41.

Justiça e, também, o Sistema Penitenciário, enfocando alguns dos seus principais problemas. No desfecho do tema, procurou-se propor algumas sugestões para se reverter o quadro de insegurança pública, as quais devem ser vislumbradas como verdadeiros desafios a serem suplantados.

2. A INSTITUIÇÃO POLICIAL: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS.

Desde os tempos em que a polícia significava um conjunto de instituições necessárias ao funcionamento e à conservação da cidade – Estado, adentrando na Idade Média como a responsável pela *boa ordem* da sociedade civil e pela *boa ordem* da competência das autoridades políticas do Estado, "em contraposição à boa ordem moral, do cuidado exclusivo da autoridade religiosa"¹², a polícia sempre foi objeto de análises. Seja em virtude de que o crime sempre esteve presente em todos os tipos de sociedade, seja em face dos seus métodos de abortamento de práticas delituosas ou de investigação criminal, a polícia sempre foi objeto de discussões tanto em relação ao seu modo de atuação quanto em relação ao seu organograma funcional.

No âmbito do sistema criminal, a organização policial ocupa posição peculiar. Embora o Poder Judiciário encontre-se localizado, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, em uma das extremidades do conjunto de órgãos encarregados da promoção da Justiça, é a polícia, para a população, o vértice mais destacado, uma vez que "é ela a face do sistema de justiça que a população melhor conhece, quer no seu lado assistencialista, cumprindo determinadas funções não estipuladas legalmente, como ajudar em partos, levar a população ao hospital e (...), quer em outra face que é a face repressiva"¹³.

Todavia, tal valor da instituição policial para o funcionamento da Justiça não pode justificar a idéia, defendida por muitos, de que o problema da segurança pública pode ser circunscrito apenas a um problema nas corporações policiais. Ao aderir a tal raciocínio estar-se-ia tão-somente

12 BOVA, Sergio. Polícia. In: Dicionário de política. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, organizadores. Brasília: Universidade de Brasília, vol. II, 11ª edição, 1998, p. 944.

13 Maria Tereza Aina Sadek. O papel atual e futuro do Ministério Público. In: Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade. São Paulo: Coleção Debates, Konrad – Adenauer – Stiftung, n. 18, 1998, p. 143.

simplificando os obstáculos à apresentação de soluções consistentes no campo da segurança pública, haja vista que as polícias "representam apenas uma metade da questão, enquanto a outra metade depende de fatos os mais variados: educacionais, sociais, econômicos, culturais"¹⁴. Partindo deste ponto de vista, a transformação das polícias impõe-se como recurso preliminar pois, embora

"as polícias não sejam as principais responsáveis pelo problema da segurança pública, seu lugar institucional, seu papel ambíguo de defensores das liberdades democráticas, mas, ao mesmo tempo, conservadores da ordem existente, as coloca no principal cenário da questão. Além disso, em nossa região, por nossa história, as polícias estão constituídas como conservadoras de um só sentido da ordem, como corpos com poderes amplos e discricionários para coibir liberdades, antes do que como asseguradoras da paz social"¹⁵.

2.1. O controle externo da atividade policial.

Como uma das principais questões políticas e sociais da atualidade, a segurança pública constitui um dos temas essenciais no problema da governabilidade, posto que um dos desafios cruciais e determinantes da contemporaneidade reside na problemática política surgida com a tensão contida na busca simultânea de eficiência administrativa com implantação de políticas públicas democráticas¹⁶. Exige, para tanto, um exame complexo dos conflitos sociais, sempre renovados, entre os direitos dos cidadãos, como direitos intangíveis à pessoa, e a conseqüente proteção destes direitos como imprescindível para a sua materialização. Este aspecto do problema "significa

14 José Gregori. Perspectivas para a reforma do sistema de segurança pública nacional. In: Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade. São Paulo: Coleção Debates, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 18, 1998, p. 11.

15 Sofia Tiscornia. *Op. cit.*, p. 96.

16 "Este é o problema constitucional por excelência que qualquer Estado - nação deve enfrentar: o de como organizar o Estado de maneira a eventualmente ser capaz de acomodar institucionalmente a coexistência entre interesses múltiplos e projetos alternativos referidos às ações do próprio Estado". (Fábio Wanderley Reis. Mercado e utopia - teoria política e sociedade brasileira. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000, p. 352).

que o bem protegido não é a ordem estabelecida e as normas que a sustentam, mas sim os direitos e as liberdades"¹⁷.

Um dos mecanismos mais eficientes para que uma política engendrada nestes moldes possa ser implementada é o controle externo da atividade policial, um dos primeiros passos para a gestão democrática da segurança. Embora regulamentado a nível federal pela Lei Complementar nº. 75/93 e previsto em vários ordenamentos estaduais, na prática, o controle externo, incumbência constitucional estipulada no art. 129, VII, da Constituição Federal, ainda carece de maior efetivação¹⁸.

Grandes debates têm este tema como epicentro. Com efeito, importante consenso reside no fato de que se deve dispensar uma atenção especial a este problema a partir de uma perspectiva democrática, principalmente no que concerne aos maiores obstáculos que esta ocupação implica. As divergências, suscitadas basicamente pelas alas conservadoras da própria polícia, advogam inúmeras restrições ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, afirmando, inclusive, que vários destes instrumentos resultam em subordinação hierárquica.

Não se pode olvidar que na polícia existem nichos tradicionais de poder¹⁹ que funcionam como arquitetos do corporativismo, das

17 Sofia Tiscornia. *Op. cit.*, p. 89.

18 Consoante a Lei mencionada, nos seus arts. 9º., 10, 116 e 117, os mecanismos de controle externo da atividade policial podem ser exercitados mediante o uso das seguintes medidas judiciais ou extrajudiciais: I - representação à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; II - requisição à autoridade competente da instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; III - livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; IV - acesso a quaisquer documentos relativos à atividade - fim da polícia; V - promoção da ação penal por abuso de poder; VI - direito de receber comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão; VII - controle da atividade da polícia judiciária militar. (BRASIL. Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 de maio de 1993. A Lei nº. 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, embora contenha alguns dispositivos sobre o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, findou dando a estes um caráter apenas de normas gerais).

19 "O quadro é tão grave quanto complexo: estamos diante de um universo corporativista fechado, fortemente marcado por comprometimentos e cumplicidades degradantes, com imagem pública negativa, atado a tradições autoritárias e burocratizantes, infenso ao planejamento, à avaliação, refratário ao controle externo e insensível às demandas da sociedade, com baixa qualificação, em média, e debilitado por amplos bolsões de incompetência. (...) A polícia civil, no Rio de Janeiro, está fragmentada em baronatos feudais, que são as decadentes delegacias distritais, e tem se mostrado resistente a padronizações universalizantes, controles administrativos, modernização gerencial e organização uniforme e sistemática das informações". (Luiz Eduardo Soares. *Op. cit.*, p. 148-149).

cumplicidades, da violência e da corrupção, ignorando, por completo, o papel das corporações para a legitimidade das instituições democráticas.

A gestão democrática das agências estatais é reflexo do princípio político – constitucional da separação de “poderes”, que se realiza, na prática, pelo mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*), pois quem tem o poder tende a dele abusá-lo²⁰. Um dos requisitos mais essenciais para que o uso abusivo do poder não se concretize centra-se na transparência governamental, a qual coube a Immanuel Kant a proeza de ter apresentado com nitidez o problema da publicidade do poder e de ter-lhe imprimido uma justificação ética. Elaborando a fórmula transcendental do direito público, Kant ponderou que “são injustas todas as acções que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas não se harmonizem com a publicidade”²¹.

O Ministério Público, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”²², não se pode furtar ao exercício desta prerrogativa constitucional. Tanto o controle interno, exercido dentro do próprio órgão, entidade ou poder, quanto o externo, são necessidades democráticas para a construção de uma força policial cidadã, transparente e defensora dos direitos humanos. O controle pelos promotores públicos é de suma importância, haja vista que sua ausência ou ineficiência comprometerá, por exemplo, a apuração de crimes, não muito raros, em que são envolvidos os próprios policiais ou as autoridades públicas (violência, abuso de autoridade, corrupção, tortura²³

20 Ver MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède e de la. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

21 Immanuel Kant. *A paz perpétua e outros opúsculos*. Textos filosóficos. Lisboa: Edições 70, vol. 18, 1988, p. 165.

22 BRASIL. *Constituição Federal*. Gisele de Melo Braga Tapai, coordenadora. 7ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, art. 127, *caput*.

23 “A história que ouvimos não é tanto de que a polícia enquadrou o inocente, mas que ela faz uso da tortura para propósitos corruptos. A tortura é usada em crimes contra a propriedade para obter as mercadorias do crime, e então devolvê-las ao dono, e é usada para obter uma propina para parar de torturar; os suspeitos podem até mesmo ser libertados sem que as acusações tenham sido preenchidas. O resultado é que a polícia não consegue resolver muitos dos crimes, e não desenvolve as técnicas para obter uma evidência persuasiva. Foi relatado que 90% das investigações de homicídio no Rio de Janeiro não produzem evidência suficiente para o processo. Desse modo, a tortura cria uma situação na qual, em adição à violação dos direitos humanos, as pessoas culpadas permanecem em liberdade e os crimes não são investigados adequadamente”. (Paul Chevigny. Definindo o papel da polícia na América Latina. In: *Democracia, violência e injustiça: o Não*

etc.)²⁴. Tentar diluir a força normativa do mandamento constitucional, incentivando atritos e dificultando a convergência de interesses e de propósitos entre delegados e promotores, é ampliar a possibilidade de ocorrência de práticas policiais ilegais, “com grande lucro para os criminosos e maior prejuízo para a eficiência e credibilidade das instituições envolvidas no combate à criminalidade”²⁵.

2.2. Discriminação, violência policial e corrupção.

Em que pese o crime organizado não constituir uma invenção recente, ele se apresenta, de fato, como o núcleo do problema contemporâneo. Aliado a sua prática, lugar estratégico é reservado à corrupção pública, uma vez que

– Estado de Direito na América Latina. Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro, organizadores. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 77). Em 8 de setembro de 2000, o Instituto Penal Paulo Sarasate, localizado no município de Aquiraz, no Estado do Ceará, foi palco de uma rebelião de saldos lamentáveis, na qual restou comprovado, por intermédio de exames realizados pelo Instituto Médico Legal, que, além de 1 preso morto após ter sido jogado o fogo, 398 dos 1.068 detentos foram espancados e 5 presos amotinados foram cruelmente torturados pelos policiais militares do Batalhão de Choque. (ESTADO DO CEARÁ. Diretoria Técnico – Científica da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania. Relatório Circunstanciado. Fortaleza, nov. 2000, p. 3).

24 No dia 7 de julho de 2002, durante a madrugada, dois presos foram executados no Estado do Ceará. Em um dos casos, ocorrido no Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira, uma suposta tentativa de fuga acabou na execução do preso Isaias Ferreira da Silva, de 34 anos, que foi atingido com um tiro na cabeça. Segundo uma das versões dos policiais militares que faziam parte do Corpo da Guarda, Isaias, que era homossexual e aguardava julgamento por homicídio, foi atingido com um tiro porque havia desobedecido a ordem de abortar a tentativa de fuga ao escalar a muralha sul do presídio. Todavia, a versão apresentada pelos familiares da vítima e pelos próprios detentos atestam a ocorrência de mais uma violência policial: “Segundo um dos familiares, que não quis se identificar temendo represálias, a família só tornou conhecimento na manhã de ontem quando foram fazer uma visita a Isaias no IPPOO. ‘Conversamos com alguns presos que estavam no mesmo local e eles disseram que o Isaias foi executado friamente. Sequer o policial que atirou fez o procedimento de advertência. Friamente, ele atirou na cabeça do Isaias quase a queima – roupa’”. (Flávio Pinto. Dois presos mortos em presídios. *Jornal O Povo*. Fortaleza, 8 jul. 2002, p. 8). Além desse lamentável episódio, “com a morte de Isaias Ferreira ocorrida na madrugada de ontem, são três detentos mortos dentro do Instituto Presídio Professor Olavo Oliveira (IPPOO), por policiais militares, em três meses. Na madrugada do último dia 4 de abril, uma tentativa de fuga acabou na morte dos detentos Samuel Lima Bezerra de Menezes e Marcelo Xavier de Lima, enquanto Francisco Robério Nascimento Pereira, José Romeu Rosa e Wirin Cruz do Nascimento saíram com ferimentos leves. Na manhã do mesmo dia, (...) os presos sobreviventes acusaram os policiais militares de terem executado os companheiros a sangue frio. Na época, o diretor do IPPOO, Tiago Albano Matos, afirmou que as mortes ocorreram em uma troca de tiros. A perícia feita no local não encontrou nenhuma arma utilizada pelos presos e o laudo da necropsia feito nos corpos apontou que os detentos foram executados com tiros de fuzil”. (*Idem, ibidem*, p. 8).

25 Hugo Nigro Mazzilli. *O controle externo da atividade policial*. In: *Justiça penal*. 7 – críticas e sugestões: justiça criminal moderna: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquérito, crimes de informática, trabalho infantil, tv e crime. Jaques de Camargo Penteado, coordenador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 120.

sem a condescendência dos agentes estatais, "sem o estabelecimento de conluios entre o crime organizado e segmentos da burocracia estatal, certamente as atividades não teriam se expandido como de fato se expandiram"²⁶. Realmente, "la corrupción es hija de las relaciones clandestinas entre el poder de la autoridad y el del dinero"²⁷, produzindo, sua dimensão social, decisivo "impacto na reprodução da injustiça e da desigualdade"²⁸.

O narcotráfico e a venda ilegal de armamentos, como formas sofisticadas de delinqüência de difícil controle, acentuam ainda mais a percepção de insegurança pública e contribuem sobremaneira para o aumento da criminalidade. A formação de tal quadro tornou-se possível justamente em face da confluência de interesses ilícitos firmados entre influentes grupos de poder em convivência com amplos setores da administração política.

Em 1997, por exemplo, as greves, motins ou sedições verificados no interior das corporações policiais atestaram claramente o colapso do setor da ordem pública brasileira. Embora a população tenha se solidarizado com o movimento, em virtude da insuficiente remuneração dos soldos, não apoiaram "o fato que expõe os guardiães da ordem à corrupção e à extorsão"²⁹. Assim, os problemas mostrados com a paralisação das atividades policiais evidenciaram a falência da instituição "mais resistente à desorganização"³⁰, seja em virtude da rígida disciplina a que estão submetidos seus membros, seja em face da existência de garantias normativas de obediência aos superiores hierárquicos. O que suscita maior preocupação é, entretanto, o fato de que, como as causas que os provocaram não foram controladas, e muito menos banidas, mencionados episódios estarem propensos à repetição.

26 Sérgio França Adorno. *Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade*, cit., p. 35.

27 Luis Moreno Ocampo. *En defensa propia: como salir de la corrupción*. Buenos Aires: Editora Sudamericana, 1993, p. 12.

28 Flávia Schilling. *O Estado do mal-estar: corrupção e violência*. São Paulo em perspectiva, São Paulo, vol. 13, n. 3, jul./set. 1999, p. 49. Ver, também: Flávia Schilling. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980 - 1992)*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1999.

29 Raymundo Faoro. *Quem polícia a polícia?* Carta Capital, São Paulo, a. III, n. 55, 20 ago. 1997, p. 30.

30 *Idem, ibidem*, p. 30.

A organização e o funcionamento dos corpos policiais, edificados sob doutrinas militaristas para prevenir o crime, acabaram se transformando, em grande medida, em organismos demarcados por comportamentos e "sistemas informais e domésticos que privilegiam práticas autoritárias, repressivas, brutais e de encobrimento corporativo"³¹. Um aspecto do problema que não pode ser desprezado, porque contém parcelas importantes de sua solução, repousa nos destinatários das ações dos responsáveis pela manutenção da ordem pública, uma vez que as mulheres, os negros, os pobres e os favelados encontram-se super-representados nas estatísticas de vítimas dos procedimentos arbitrários cometidos ainda por quantidades consideráveis de policiais.

A preservação desta ordem excludente e discriminatória, afetando sensivelmente padrões de eficiência policial e a confiança da sociedade na polícia, imprime ao imaginário popular a certeza da desordem, da desproteção e da criminalização da miséria. Nestas circunstâncias, segundo a visão dos que defendem tais estratégias de combate ao crime, a pobreza legítima a necessidade de "controle e vigilância sobre territórios ou grupos considerados de alto risco sob o ponto de vista criminal"³². A confirmação desta política introduz novos e complexos desafios a um programa eficaz de segurança pública, posto que a polícia, em qualquer tipo de modelo de segurança em que esteja inserida, somente produzirá resultados positivos se dispor da credibilidade da população. Muito diferente desta perspectiva, a realidade em nosso país indica que

"o Brasil são dois e a polícia é que os divide. Em várias favelas cariocas, por exemplo, a população sofre a tirania imposta pelos traficantes de drogas e armas, e é submetida ao despotismo dos maus policiais, sendo que os primeiros freqüentemente são menos temidos do que os segundos, porque estes são imprevisíveis, enquanto aqueles agem segundo códigos explícitos (ainda que perversos e opressivos). O pior terror é aquele imposto pela incerteza do comportamento do poder, porque a imprevisibilidade impede a aplicação de estratégias de sobrevivência, hipertrofiando os efeitos destrutivos da irracionalidade"³³.

31 Sofia Tiscornia. *Op. cit.*, p. 93.

32 Theodomiro Dias Neto. *A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 9, n. 36, out./dez. 2001, p. 388.

33 Luiz Eduardo Soares. *Notas sobre a problemática da segurança pública*. Políticas sociais 2 - acompanhamento e análise, Diretoria de Estudos Sociais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, a. 2, fev. 2001, p. 126-127.

Na ponta desta vitimização pode-se incluir, também, os jovens oriundos dos segmentos sociais mais humildes. É interessante observar, nesta análise, que os jovens são, ao mesmo tempo, vítimas e agentes da criminalidade, pois grandes contingentes destes costumam ser recrutados pelo crime organizado, o qual se apresenta como opção vantajosa de exercício de atividades remuneradas³⁴.

Desta forma, graves desigualdades sociais e altos índices de desemprego, agregados a práticas ilegais de policiais envolvidos em extermínios³⁵, seqüestros e corrupção, institucionalizaram o conceito de violência, agora compreendido como "sinônimo de desigualdade, exploração, dominação, exclusão, segregação e outros males usualmente associados à pobreza ou a discriminações de cor e de gênero"³⁶. A arquiviolência perpetrada contra os despossuídos e indefesos, que não possuem recursos para contratar sistemas de segurança privados, e são desatendidos pelo sistema de segurança pública, denota a fragilidade e equívoco destas metodologias de contenção da criminalidade, em que "negros e pobres desproporcionalmente vivem em áreas com taxas mais altas de crime e violência e observam a violência policial com frequência muito maior do que brancos e pessoas com situação de classe alta e média"³⁷.

34 "A taxa de desemprego, que, na atual crise internacional, é o principal desafio para todas as democracias do mundo, atinge, como em quase todos os países, com muita força, os trabalhadores jovens, já que são exatamente esses que estão entrando no mercado de trabalho em um período de dificuldades econômicas: a taxa de desemprego entre adolescentes, de 15 a 17 anos, chegou a 17,8% em 1997. A infância brasileira melhorou bastante na última década, mas ainda se encontra longe do patamar de bem-estar estabelecido pelas Nações Unidas. Enquanto na região Sudeste apenas 18,9% das famílias com crianças de 0 a 6 anos vivem com 1/2 salário mínimo de renda familiar *per capita*, em alguns Estados do Nordeste essa proporção fica em torno de 65%". (José Gregori. *Direitos Humanos no Brasil*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, a. 2, vol. 2, n. 2, 2001, p. 95).

35 "Em vez de sonhos e utopias, temos no máximo discursos que prometem o fim da miséria e dias melhores, designando um bode expiatório culpado por todos os males e prioritariamente pelo desemprego: a grande ameaça deste final de século. É isso que explica o recrudescimento das xenofobias nos países nos países industrializados, por exemplo, assim como a violência cada vez mais exacerbada contra os excluídos do sistema no Brasil. Chacinas cotidianas, violência contra os sem-terra, invasão do Carandiru e chacina da Candelária, não são os exemplos que faltam". (Caterina Kolta. *Violência e indiferença - duas formas de mal - estar na cultura*. São Paulo em perspectiva, São Paulo, vol. 13, n. 3, jul./set. 1999, p. 80).

36 Alba Zaluar. *Um debate disperso - violência e crime no Brasil da redemocratização*. São Paulo em perspectiva, São Paulo, vol. 13, n. 3, jul./set. 1999, p. 11.

37 Gláucio Ary Dillon Soares. *Quem tem medo da PM? A confiança na Polícia Militar do Distrito Federal e suas relações com variáveis estruturais, demográficas e a experiência com a violência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 277. A propósito, Sérgio Adorno, consultando os registros criminais para casos de furto, tráfico de drogas, estupro e roubo armado

A existência de comportamentos preconceituosos e diferenciados por parte da justiça criminal, não somente com relação a discriminações raciais, ocorreu também em outros períodos da história política brasileira. No tocante a este tema, referindo-se ao período colonial, assim sintetiza Stuart B. Schwartz:

*"Na verdade, a facilidade com que os criminosos eram soltos sob fiança, recebiam as cartas de seguro, isto é, permissão para ficarem em liberdade, ou eram perdoados, minava seriamente a autoridade da Relação [Relação da Bahia]. (...) Os brancos freqüentemente tinham o poder, a influência ou o dinheiro necessário para se livrarem das autoridades civis. Os escravos presos por crimes de menor importância e, às vezes, de grande importância, tinham a vantagem de ter um dono que podia pedir que fossem soltos por serem necessários para o seu sustento. Os que ficavam no meio do caminho - os brancos pobres, os escravos libertados, os artesões e trabalhadores braçais - não tinham ninguém que intervisse em seu favor e também não tinham nem o dinheiro nem as ligações necessárias para garantir que fossem soltos. Eram eles que mais sofriam com as péssimas condições da cadeia de Salvador que, apesar de terem sido feitas várias tentativas de reforma, continuava sendo, sob todos os pontos de vista, um pedaço do inferno"*³⁸.

em São Paulo, no ano de 1990, conclui: "A tabela 2 indica maior incidência de prisões em flagrante para réus negros (58,1%), comparativamente aos réus brancos (46,0%). Indica igualmente que há maior proporção de réus brancos em liberdade do que de réus negros (27,0% e 15,5%, respectivamente). Se os réus negros parecem, ao menos na fase judicial, menos constrangidos a confessar autoria de delito, parecem mais vulneráveis à vigilância policial cerrada. Nada indica que negros manifestem uma inclinação preferencial para o crime; ao contrário, parecem mais vulneráveis ao alvedrio e à vigilância policiais. Os rigores da detenção arbitrária, a maior perseguição e intimidação, a maior presença de agentes policiais nas habitações coletivas onde residem cidadãos procedentes das classes populares, tudo isso contribui para que negros sejam alvo preferencial do policiamento repressivo". (Sérgio França Adorno. *Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 43, nov. 1995, p. 55). Ver, também: Peter Fry. *Cor e Estado de Direito no Brasil*. In: *Democracia, violência e injustiça: o Não - Estado de Direito na América Latina*. Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro, organizadores. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

38 Stuart B. Schwartz. *Burocracia e sociedade no Brasil Colonial - a Suprema Corte da Bahia e seus juizes: 1.609-1.751*. Série Estudos. São Paulo: Perspectiva, vol. 50, 1979, p. 198-199.

2.3. O Policiamento Comunitário, o Conselho Estadual de Segurança Pública e os Conselhos Comunitários de Defesa Social no Estado do Ceará.

O Governo do Estado do Ceará, com a criação da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania, "adotou como diretrizes políticas: a mudança comportamental, a reforma estrutural, a integração/unificação, a modernização e o uso de novas tecnologias"³⁹. Realmente, a política de segurança pública no Ceará nos últimos cinco anos tem sido objeto de vultosos investimentos, utilizados principalmente na aquisição de helicópteros e de viaturas dotadas de sistemas de computação, os quais permitem a transmissão de informações por intermédio do Centro Integrado de Operações de Segurança (CIOPS)⁴⁰.

Dentro desta mudança gerencial, outras iniciativas positivas merecem registro, como é o caso do Conselho Estadual de Segurança Pública e dos Conselhos Comunitários de Defesa Social. Infelizmente, o Conselho Estadual teve uma duração efêmera, quase que inexistente. Embora seja lamentável o motivo que resultou em sua criação, sua meta consistia em elaborar políticas de segurança pública e fiscalizar as ações policiais. Em 12 de abril de 1993, a Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará literalmente invadiu a Delegacia de Roubos e Furtos para flagrar um caso de tortura. Neste episódio, que estimulou o Governador Ciro Gomes a enviar projeto de lei à Assembléia para a criação do Conselho⁴¹, o servente de pedreiro Antônio Ferreira Braga, com então 28 anos, foi severamente torturado. "Braga estava jogado no chão da delegacia, algemado com as mãos para trás e enrolado em um tapete para evitar que as agressões dos policiais deixassem marcas em seu corpo"⁴².

39 Cândido Vargas de Freire. Política de segurança pública e defesa da cidadania no Estado do Ceará. In: Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade. São Paulo: Coleção Debates, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 18, 1998, p. 184.

40 Por meio do CIOPS, o cidadão liga para o Centro e transmite a ocorrência para a (o) atendente, a qual repassa a informação automaticamente para a Polícia Militar, para a Polícia Civil e também para o Corpo de Bombeiros.

41 O Conselho está previsto na Constituição do Estado do Ceará no *caput* do art. 180 ("O Conselho de Segurança Pública é órgão com funções consultivas e fiscalizadoras da política de segurança pública") e foi regulamentado pela Lei nº. 12.120, de 24 de junho de 1993. (ESTADO DO CEARÁ. *Constituição do Estado do Ceará*. Fortaleza: Inesp, 1999).

42 Seminário faz defesa do controle social da segurança pública. Jornal O Povo. Fortaleza, 17 jun. 1999, p. 7A.

No final dos anos 80, conforme informação do Ten. Cel. Franklin de Freitas Lopes⁴³, o Ceará começou a implementar os Conselhos Comunitários. Inicialmente com 48 Conselhos, atualmente existem 860 Conselhos, distribuídos nos 184 municípios que compõem o Estado do Ceará. Os Conselhos são um excelente exemplo da participação da sociedade na gestão democrática da segurança⁴⁴. Seus membros, num total de 17.000 voluntários, convocam a comunidade para comparecerem às reuniões, nas quais são discutidos principalmente os problemas locais de violência e elaboradas sugestões para os órgãos institucionais responsáveis pela segurança pública.

Neste programa encontra-se embutido o policiamento comunitário, ferramenta imprescindível para o aperfeiçoamento da participação da comunidade nas questões que envolvem a segurança pública. Possui como objetivo fundamental "desenvolver um tipo de policiamento apoiado em parcerias entre a polícia e a comunidade e voltado para a melhoria da segurança pública e da qualidade de vida da população através da resolução dos problemas que contribuem para o aumento da criminalidade e da violência"⁴⁵.

São atribuições dos Conselhos Comunitários de Defesa Social: 1. Buscar a conscientização da população sobre a necessidade da integração e da articulação com os órgãos que compõem a Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania, assim como apoiá-los para tornar efetivos os princípios e as diretrizes estabelecidas; 2. Desenvolver e fortalecer junto aos seus moradores os princípios da amizade, união e solidariedade humana, estimulando a troca de experiências e a realização de ações de defesa social,

43 Franklin de Freitas Lopes. A política de segurança pública e a experiência dos Conselhos Comunitários de Defesa Social na construção de uma polícia comunitária no Estado do Ceará. Palestra proferida no II Seminário Temático - Direitos Humanos e cidadania: questões dos nossos dias, realizado em Fortaleza nos meses de junho e julho de 2002.

44 Os Conselhos Comunitários de Defesa Social são "formados por diversos segmentos da sociedade: pessoas ligadas a grêmios estudantis, à igreja católica, evangélica, pessoas ligadas aos sindicatos, às associações, artistas, comerciantes, motoristas, (...) Eles se reúnem ordinariamente uma vez por mês e, extraordinariamente, sempre que se faz necessário. Esses Conselhos são um ponto de referência, um norte, um porto seguro para que as comunidades possam fazer as suas reivindicações, fazer os seus questionamentos". (Franklin de Freitas Lopes. O Exercício da cidadania junto aos órgãos da Segurança Pública: novos paradigmas e novos desafios. In: Cidadania e segurança: a violência em questão. Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, organizadora. Fortaleza: Inesp, 1999, p. 131).

45 Paulo Mesquita Neto. Policiamento comunitário: a experiência em São Paulo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 7, n. 25, jan./mar. 1999, p. 283.

comuns entre esta comunidade e outros bairros; 3. Desenvolver um trabalho auxiliar de combate às causas da violência através de atividades que despertem em cada cidadão o sentimento subjetivo de segurança e o espírito de cooperação e solidariedade recíproca em benefício da ordem pública e do convívio social.

Todavia, conquanto o lema dos Conselhos seja somar os diversos esforços e dividir responsabilidades para a melhoria da segurança pública, objetivando transformar a polícia de uma força de ordem, enfatizadora da dimensão repressora, em um agente da paz, enfatizador da dimensão pedagógica, o principal obstáculo ao seu aprimoramento consiste, na maior parte dos casos, no não acolhimento das sugestões das comunidades. Tal postura da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania tem evitado importantes avanços na gestão democrática da segurança e propiciado o surgimento de focos de violência e desorganização social, uma vez que os problemas locais, vivenciados e relatados pela população às autoridades públicas, não recebem a reflexão necessária e muito menos o combate adequado.

3.O PODER JUDICIÁRIO, O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFENSORIA PÚBLICA: PRINCIPAIS DILEMAS.

Estas instituições do Estado Democrático de Direito respondem por outras parcelas da responsabilidade pela segurança pública. Não se pode imaginar, jamais, em sistemas de segurança em que as partes estejam pouco ou nem mesmo integradas, que produzam diagnósticos diferentes de um mesmo problema crônico e que, por conseguinte, ponham em prática estratégias distintas de resolução dos conflitos sociais.

O Ministério Público e a Defensoria Pública precisam ser fortalecidos para que possam exercer com mais ousadia suas missões e prerrogativas constitucionais. Em meio a um país de excluídos, que “convive com subhomens empilhados sob viadutos e crianças feito pardais de praça”⁴⁶, as defensorias precisam garantir eficazmente a assistência jurídica aos despossuídos, como condição para o exercício de suas cidadanias e como

46 Cármen Lúcia Antunes Rocha. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, a. 2, vol. 2, n. 2, 2001, p. 54.

“inequívoca consequência da afirmação dos direitos humanos”⁴⁷. Neste sentido, embora funcionando, em regra, com escassos recursos financeiros, as defensorias atuam, dentro de um “sistema muito mais comprometido com um excesso de formalismos e procedimentos do que com a garantia efetiva de direitos”⁴⁸, como um dos instrumentos mais importantes para a materialização dos direitos fundamentais do homem.

No que concerne ao Poder Judiciário, geralmente os juízes são vistos pela população como inacessíveis, além de acumularem insatisfações de comporem um sistema moroso e extremamente corporativista. “La debilidad del Poder Judicial en América Latina es histórica y responde a su proceso de formación institucional”⁴⁹. De fato, a gênese da magistratura brasileira confunde-se com o exercício do poder político da metrópole portuguesa. Embora se tenha um ordenamento constitucional que apregoa a independência e a harmonia entre os Poderes, ainda se percebe, em alguns momentos do cenário institucional brasileiro, uma hipertrofia desmedida do Poder Executivo frente aos demais, o que só vem a reforçar a tradição autoritária e patrimonialista em que nos vemos envolvidos desde períodos remotos, seja de forma explícita, seja implícita.

O Judiciário, com o aprimoramento da globalização e com o avanço do crime internacional, como o tráfico de drogas e de armas, encontra-se mais do que nunca responsável pela legalidade democrática, pela difusão dos valores da justiça e pela garantia dos direitos intangíveis do ser humano. Nesta perspectiva, a transnacionalização dos mercados de serviços e bens, por um lado, e a crescente hegemonia do discurso penal, por outro, impõem desafios aos quais o Judiciário não se pode esquivar.

47 Glauco Gumerato Ramos. Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil. In: Acesso à justiça e cidadania. São Paulo: Coleção Cadernos Adenauer, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 3, maio 2000, p. 33.

48 Maria Tereza Aina Sadek; Fernão Dias Lima e José Renato de Campos Araújo. O Judiciário e a prestação de justiça. In: Acesso à Justiça. Maria Tereza Aina Sadek, organizadora. São Paulo: Série Pesquisas, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 23, 2001, p. 41.

49 Alberto M. Binder. Entre la Democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 8, n. 29, jan./mar. 2000, p. 14. Para um estudo sobre a formação do Poder Judiciário Brasileiro, ver: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Judiciário e Estado no Brasil: Tribunais Superiores e juízes na formação do Estado brasileiro. Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e territórios, Brasília, n. 6, 1995, p. 171-199 e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Staat und Justiz in Brasilien. Frankfurt: Peter Lang, 1999.

Vislumbra-se, principalmente a partir da última década, uma acentuada omissão do Estado na promoção de políticas públicas que contemplem direitos básicos da população, como a saúde e a educação. Os programas de manutenção do homem no campo também têm surtido efeitos pouco positivos, provocando o inchaço das grandes cidades, a desorganização urbana e a proliferação de favelas, muitas delas totalmente desprovidas de saneamento básico, de escolas e de hospitais.

No âmbito legislativo, enquanto o Estado revigora seus mecanismos punitivo – repressivos com a edição de leis mais severas, com a ampliação do contingente policial e com a aplicação quase irrestrita da pena de prisão, na seara do “direito econômico e trabalhista vive-se hoje um período de refluxo ‘flexibilização’ e desregulamentação”⁵⁰, em que direitos fundamentais dos trabalhadores são menosprezados e postos de trabalho convencional são continuamente fechados, aumentando sobremaneira as áreas de exclusão social e, por consequência direta, atuando na geração de mais zonas de conflitos.

Outra preocupação das instituições responsáveis pela segurança pública, principalmente do Poder Judiciário, reside na problemática suscitada com as ações do crime organizado. Enquanto o ordenamento jurídico brasileiro pauta-se em regra pelo princípio da territorialidade, o narcotráfico, a título ilustrativo, semeia suas raízes em vários locais do mundo. A este respeito, resume Adorno:

“O que tem sido evidenciado, seja no narcotráfico, seja nos casos de alta corrupção envolvendo agentes do Estado, é que as leis penais não podem ser aplicadas do mesmo modo que são aplicadas às modalidades delituosas cometidas pelo delinqüente comum. Os processos penais que têm como alvo o crime organizado, em especial o tráfico internacional de drogas, ensejam uma complexidade ímpar. Em primeiro lugar, porque a natureza das operações é pouco conhecida. Envolve uma rede de atores, situados em múltiplos pontos da estrutura social com funções extremamente diferenciadas”⁵¹.

50 José Eduardo Faria. O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de uma política judicial comparada. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, a. XXII, n. 67, ser. 2001, p. 14.

51 Sérgio França Adorno. Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade, cit., p. 38.

O Judiciário necessita dilatar seus canais de comunicação com a sociedade, verificando com mais minúcia os seus problemas e atuando aberto à “pluralidade de valores sociais, concepções jurídicas e posições políticas”⁵², haja vista que “a democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política”⁵³. Dentro do processo autêntico de constituição de um Judiciário como “organização política democrática”⁵⁴ e comprometido com a efetivação dos direitos inerentes ao homem, torna-se imperioso coibir os excessos legislativos com a edição de leis mais rigorosas e adotar critérios compensatórios e protetores da sociedade, respeitando-se, sobretudo, os direitos humanos dos sujeitos ativos dos crimes.

Para tanto, a adoção da pena institucional ou pena privativa de liberdade deve ser a *ultima ratio* para punir os criminosos⁵⁵, uma vez que a técnica dominante de segregar e isolar os sentenciados tem se mostrado impotente para ressocializá-los, porque ataca apenas “os tradicionais pontos de estrangulamento”⁵⁶. Não se pode pensar em política reabilitadora preocupando-se somente com os efeitos, construindo-se basicamente mais celas nos presídios, e desprezando as causas que motivam a reincidência e a multirreincidência. As prisões, “a região mais sombria do aparelho da justiça”⁵⁷, constitui um retrato falado das mazelas sociais, em cujas estruturas se visualiza a discriminação racial e econômica, os distúrbios do êxodo rural e o desemprego que vitima parcelas consideráveis da juventude brasileira, “a maior parte dos

52 Andrei Koerner. O debate sobre a reforma judiciária. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 54, jul. 1999, p. 14.

53 Boaventura de Sousa Santos. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 7ª. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 177.

54 Ingeborg Maus. O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, n. 11, 2000, p. 129.

55 “Parece que o Brasil ainda não aprendeu essa lição. Em 1995, de todas as condenações realizadas no país, 98% referiam-se a uma pena de prisão e apenas 2% a uma pena alternativa”. (Julita Lemgruber. As penas alternativas. In: Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade. São Paulo: Coleção Debates, Konrad – Adenauer – Stiftung, n. 18, 1998, p. 167).

56 Maurício Corrêa. O Ministério da Justiça na defesa da cidadania. Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, a. 46, n. 182, jul./dez. 1993, p. 19.

57 Michel Foucault. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 227.

contingentes dos tribunais”⁵⁸. A propósito, é contundente a síntese dos problemas oriundos dos cárceres elaborada por César Barros Leal:

“Seja na Casa de Detenção de São Paulo, onde cerca de 7.250 homens habitam a maior prisão da América Latina, ou na Penitenciária Aníbal Bruno, de Pernambuco, palco de torturas veiculadas pela imprensa, seja na decadente Lemos de Brito, de Salvador, com seu “Beco da Morte”, ou no Instituto Penal Paulo Sarasate, do Ceará, semidestruído por presidiários amotinados, vi a projeção reiterada do mesmo filme, co-produzido pelo estigma, pelo preconceito e pela indiferença.

Prisões onde estão enclausuradas milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectas, úmidas, por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aids; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam as suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos freqüentes; prisões onde os detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso “sorteado” é morto, a pretexto de chamarem a atenção para as suas reivindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença; prisões onde, por alegada inexistência de local próprio para a triagem, os recém- ingressos, que deveriam submeter-se a uma observação científica, são trancafiados em celas de castigo, ao lado de presos extremamente perigosos”.

58 Antoine Garapon. O juiz e a democracia – o guardião das promessas. Tradução de Maria Lúzia de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 121.

59 César Barros Leal. Prisão: crepúsculo de uma era. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 57-58.

4. DESAFIOS E PROPOSTAS: A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE E OS DIREITOS HUMANOS NA CONSOLIDAÇÃO DA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA SEGURANÇA PÚBLICA.

Uma proposta articulada e consistente de política pública de segurança deve ter como essência a combinação entre respeito aos direitos humanos e eficiência policial. Somente a partir deste elo será possível cogitar em uma política de segurança responsável, criteriosa e transparente. Para a consecução deste fim, algumas sugestões podem ser apresentadas:

- *Modernização das polícias e a polícia técnica.* Com o crescimento da criminalidade internacional, principalmente, necessário se faz o reaparelhamento das polícias, aprimorando os sistemas de comunicação, a informatização e a criação de bancos de dados e de redes interinstitucionais para facilitar o acesso e agilizar a permuta de informações. Além de uma reformulação gerencial e tecnológica, imprescindíveis para a racionalização das atividades policiais, a polícia técnica assume papel fundamental neste processo, uma vez que, sem o respaldo das Universidades, sem o uso de tecnologias modernas e sem a colaboração de profissionais altamente qualificados, o combate ao crime se tornará muito mais complexo.

- *Valorização do policial.* As condições de trabalho dos policiais são ainda muito precárias. Em algumas corporações, os horários de descanso entre uma jornada de trabalho e outra não raras vezes são desrespeitados. Assim sendo, os policiais precisam perceber melhores soldos, além de terem a oportunidade de participar de planos de moradia e de sessões com psicólogo.

- *Mecanismos de moralização da polícia.* A criação de mecanismos internos mais eficazes de controle da atividade policial é imprescindível para a moralização das corporações policiais. Embora grande parte destas possuam homens honestos, conscientes dos seus deveres cívicos, morais e constitucionais, uma parte não desprezível ainda comete muitas arbitrariedades e injustiças. Desta feita, estes mecanismos precisam ser “desburocratizados e vacinados contra o corporativismo, sob supervisão externa, comunitária e interinstitucional”⁶⁰. Neste contexto, poderiam somar

60 Luiz Eduardo Soares. O PT e a segurança pública. Teoria e debate, São Paulo, a. 14, n. 47, fev./mar./abr. 2001, p. 14. Ver, também: Luiz Eduardo Soares. Meu casaco de general: 500 dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

para a obtenção de resultados positivos o aperfeiçoamento dos Conselhos Comunitários de Defesa Social e a criação ou efetivação dos Conselhos Estaduais de Segurança Pública. Por aqueles, através de uma participação comunitária responsável, comprometida com a apresentação de denúncias de violência policial e de sugestões que possam ser acolhidas pelas instituições policiais, seria possível interagir a população com os policiais e, conseqüentemente, aumentar a credibilidade nos órgãos empenhados na segurança pública. Por estes, seria possível a conjugação de esforços institucionais para a melhoria do trabalho de prevenção e de repressão ao crime, assim como a fiscalização de uns para com outros, reduzindo a incidência de abusos de poder. Desta maneira, reunindo as polícias, civil e militar, o Corpo de Bombeiros, as escolas, as Universidades, a Ordem dos Advogados do Brasil, as entidades culturais, os moradores e líderes comunitários etc., ou seja, democratizando o gerenciamento da segurança pública com a divisão de responsabilidades, a tarefa de proporcionar tranquilidade à sociedade e de resgatar e estabelecer uma relação de confiança nas instituições policiais restará muito mais facilitada.

• *Policiamento comunitário.* É imprescindível promover a expansão do modelo de policiamento comunitário. Entretanto, não se pode expandi-lo com base no programa de "tolerância zero" adotado no modelo anglo-saxônico de prevenção criminal. Referido programa, embora no mesmo a polícia assuma a coordenação das ações locais de prevenção, esvazia por completo o direito penal enquanto sistema de garantias constitucionais. A teoria que fundamenta, a teoria das janelas quebradas (*broken windows*), afirma que *quem rouba um ovo, rouba um boi*. Elaborada por James Q. Wilson e George Kelling, a teoria das janelas quebradas foi publicada em 1982 na revista norte-americana *Atlantic Monthly*. Seu argumento principal reside no fato de que "uma pequena infração, quando tolerada, pode levar a um clima de anomia que gerará as condições propícias para que os crimes mais graves vicejem"⁶¹. Assim, consoante esta tese, os crimes mais graves, como o homicídio, o estupro e o roubo, consistem no produto das pequenas desordens do cotidiano das grandes cidades que não foram reprimidas e nem exemplarmente punidas⁶². De outra forma, um programa de

61 Benoni Belli. *Polícia, "tolerância zero" e exclusão social*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 160.

62 Em Nova York, onde este programa foi implantado na administração do prefeito Rudolph Giuliani, a taxa de criminalidade diminuiu, mas tal fato não pode ser atribuído ao aumento excessivo da repressão:

policiamento comunitário prudente e responsável requer a participação de todos os membros da comunidade na definição de prioridades para a polícia e no planejamento de estratégias de policiamento nas respectivas comunidades, assim como a obrigação da polícia de prestar contas de suas atividades e resultados para os membros destas comunidades.

• *Respeito aos direitos humanos.* Inegavelmente, muitas arbitrariedades ainda são cometidas pelas autoridades responsáveis pela segurança pública. As vítimas são geralmente os pobres, os negros, as minorias e os moradores da periferia, os quais "devem deixar de ser 'estereótipos de marginais'"⁶³. Os negros, que "até hoje constituem um setor privilegiado para a repressão"⁶⁴, são um exemplo típico desta política hegemônica do direito penal, constituindo, principalmente nos Estados Unidos da América, as maiores cifras nas taxas de encarceramento⁶⁵. Não muito diferente da realidade brasileira, embora não exista uma prescrição legal institucionalizando o programa de "tolerância zero", pelo menos do ponto de vista cultural pode-se afirmar que os favelados, os negros e os pobres são reféns de um programa informal de "tolerância zero", haja vista que se enquadrar em uma destas três categorias, principalmente, equivale a compor o rol de suspeitos. Longe de quaisquer considerações a respeito dos direitos humanos, as localidades onde estas pessoas residem são mais conhecidas como *bairros sensíveis*, propensos ao fomento de crimes. Não é à-toa que onde existe uma grande concentração de favelas, como é o caso da região Sudeste brasileira, caracterizadas basicamente pelo tráfico intenso de drogas, uma das estratégias de atuação das polícias é realizar verdadeiras incursões bélicas nos morros, arrombando barracos sem ordem judicial e "recolhendo" suspeitos para as delegacias, pondo em perigo letal tanto os policiais quanto

63 Benedito Domingos Mariano. *Criar uma política democrática*. Teoria e debate, São Paulo, a. 15, n. 50, fev./mar./abr. 2002, p. 13. Ver, também: Nilo Batista. *Punidos e mal pagos: violência, injustiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

64 Elói Pietá. *Polícias: modelo militar x modelo civil*. Teoria e debate, São Paulo, a. 10, n. 36, out./nov./dez. 1997, p. 16.

65 "Racismo e discriminação fazem das minorias pobres de origem africana e latina os maiores alvos. Apesar de os negros representarem 12 por cento da população do país e os brancos 71 por cento, os negros são quase a metade da população carcerária. (...) O grau de encarceramento ressalta a desproporção: de cada 100.000 negros, 3.253 estão na prisão, enquanto são 491 de cada 100.000 brancos". (Sérgio Kalili. *Nação de jaulas*. Caros Amigos, São Paulo, a. V, n. 52, jul. 2001, p. 16. Ver, também: Loïc Wacquant. *As prisões damiséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

a população local, quase sempre sem nenhum resultado positivo. Como assegura Oscar Vilhena Vieira, "sem respeitar a dignidade humana, a polícia não consegue o respeito da comunidade, e sem o respeito da comunidade, ela não tem o material básico para a sua ação, que é a informação; sem informação, a polícia é ineficiente, e a polícia brasileira vive uma crise de ineficiência e violência conjugadas"⁶⁶.

As penas alternativas. As hipóteses legais para a aplicação das penas alternativas precisam ser ampliadas. Enquanto no Brasil em média somente 2% dos casos de condenação são submetidos a uma pena alternativa, na Inglaterra, tal modalidade de pena é utilizada para 80% dos crimes, em que os sentenciados são basicamente para prestarem serviços comunitários. Nesta visão, a aplicação da pena privativa de liberdade é, na maioria dos casos, comprovadamente um fator a mais para a reincidência, uma vez que "las organizaciones totales son espacios construídos deliberadamente para hacer sufrir castigo, donde las conductas reprochadas se repiten y entrenan, preparando su reproducción futura com mayores dosis de violencia"⁶⁷.

• *Políticas públicas sociais.* Não se pode reduzir os conflitos sociais a um discurso sobre a criminalidade. É indispensável que políticas sociais consistentes acolham as crianças e a juventude pobre, integralizando-as à sociedade, oferecendo-lhes condições para um futuro promissor, distante do desemprego, do desamparo e das drogas. "A criminalização das políticas sociais"⁶⁸ tem como principal objetivo maquiagem as conseqüências negativas advindas com a omissão do Estado em áreas prioritárias para o desenvolvimento social, como o crescimento econômico, a educação, a saúde e a cultura.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

É indiscutível que hoje, no Brasil, existem experiências extremamente positivas realizadas no âmbito da segurança pública. Todavia, é indiscutível

66 Oscar Vilhena Vieira. Desafios da sociedade moderna para os sistemas de segurança: um diagnóstico da situação brasileira. In: Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade. São Paulo: Coleção Debates, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 18, 1998, p. 133.

67 Carlos Alberto Elbert. Las cárceles de América Latina: ¿Qué ofrecen para el tercer milenio? Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 8, n. 29, jan./mar. 2000, p. 109.

68 Alessandro Baratta. Defensa dos direitos humanos e política criminal. In: Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, n. 3, 1997, p. 60.

também que o reflexo dessas experiências no sistema como um todo é ainda muito sutil. Avanços significativos na contenção da criminalidade têm sido retardados em virtude da adoção de políticas governamentais socialmente omissas.

Enquanto investem moderadamente em políticas sociais básicas, os Estados-membros brasileiros investem maciçamente em modelos superados de segurança pública, os quais se encontram geralmente dissociados de projetos de justiça social, de respeito à cidadania e de resgate da dignidade humana. Em vez de politizar os conflitos sociais, os mesmos são policializados. A regra é combater a miséria com carabinas e bacamartes, ao passo que o desemprego é *neutralizado* com xadrez. É fundamental que se abandone esse modelo de *criminalização simbólica*, que não passa de uma improvisação medíocre de uma política de segurança pública, e se adote um modelo de respeito prático aos direitos humanos. Assim sendo, ou se instaura uma política de segurança democrática, inovadora e eficiente, ou as instituições incumbidas desta tarefa, que atualmente fazem parte do problema, custarão a fazer parte da solução.

6. BIBLIOGRAFIA.

LIVROS e ENSAIOS

ADORNO, Sérgio França. *A violência na sociedade brasileira: um painel inconcluso em uma democracia não consolidada*. Sociedade e Estado, Brasília, vol. 10, n. 2, jul./dez. 1995, p. 299-342.

— — — — —. *Conflitualidade e violência: reflexões sobre a anomia na contemporaneidade*. Tempo Social, São Paulo, vol. 10, n. 1, maio 1998, p. 19-47.

— — — — —. *Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 43, nov. 1995, p. 45-63.

BARATTA, Alessandro. *Defesa dos direitos humanos e política criminal*. In: *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, n. 3, 1997, p. 57-69.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, injustiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BELLI, Benoni. *Polícia, "tolerância zero" e exclusão social*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 157-171.

BINDER, Alberto M. *Entre la Democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 8, n. 29, jan./mar. 2000, p. 11-26.

BOVA, Sergio. *Polícia*. In: *Dicionário de política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, organizadores. Brasília: Editora Universidade de Brasília, vol. II, 11. ed., 1998.

CHEVIGNY, Paul. *Definindo o papel da polícia na América Latina*. In: *Democracia, violência e injustiça: o Não - Estado de Direito na América*

Latina. Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro, organizadores. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 65-87.

CORREIA, Maurício. *O Ministério da Justiça na defesa da cidadania*. Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, a. 46, n. 182, jul./dez. 1993, p. 17-26.

DIAS NETO, Theodomiro. *A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 9, n. 36, out./dez. 2001, p. 383-399.

ELBERT, Carlos Alberto. *Las cárceles de América Latina: ¿Qué ofrecen para el tercer milenio?* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 8, n. 29, jan./mar. 2000, p. 107-128.

FAORO, Raymundo. *Quem polícia a polícia?* Carta Capital, São Paulo, a. III, n. 55, 20 ago. 1997, p. 30.

FARIA, José Eduardo. *O Poder Judiciário nos universos jurídico e social: esboço para uma discussão de uma política judicial comparada*. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, a. XXII, n. 67, set. 2001, p. 7-17.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1977.

FREIRE, Cândido Vargas de. *Política de segurança pública e defesa da cidadania no Estado do Ceará*. In: *Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade*. São Paulo: Coleção Debates, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 18, 1998, p. 183-191.

FRY, Peter. *Cor e Estado de Direito no Brasil*. In: *Democracia, violência e injustiça: o Não - Estado de Direito na América Latina*. Juan E. Méndez, Guillermo O'Donnell e Paulo Sérgio Pinheiro, organizadores. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 207-231.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia – o guardião das promessas.** Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GREGORI, José. **Direitos Humanos no Brasil.** Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, a. 2, vol. 2, n. 2, 2001, p. 91-96.

— — — — —. **Perspectiva para a reforma do sistema de segurança pública nacional.** In: Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade. São Paulo: Coleção Debates, Konrad – Adenauer – Stiftung, n. 18, 1998, p. 11-16.

KALILI, Sérgio. **Nação de jaulas.** Caros Amigos, São Paulo, a. V, n. 52, jul. 2001, p. 16-20.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Textos filosóficos. Lisboa: Edições 70, vol. 18, 1988.

KOERNER, Andrei. **O debate sobre a reforma judiciária.** Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 54, jul. 1999, p. 11-26.

KOLTAI, Caterina. **Violência e indiferença – duas formas de mal – estar na cultura.** São Paulo em perspectiva, São Paulo, vol. 13, n. 3, jul./set. 1999, p. 76-80.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LEMGRUBER, Julita. **As penas alternativas.** In: Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade. São Paulo: Coleção Debates, Konrad – Adenauer – Stiftung, n. 18, 1998, p. 165-168.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Judiciário e Estado no Brasil: Tribunais Superiores e juízes na formação do Estado brasileiro.** Revista da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e territórios, Brasília, n. 6, 1995, p. 171-199.

— — — — —. **Staat und Justiz in Brasilien.** Frankfurt: Peter Lang, 1999.

LOPES, Franklin de Freitas. **O Exercício da cidadania junto aos órgãos da Segurança Pública: novos paradigmas e novos desafios.** In: Cidadania e segurança: a violência em questão. Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, organizadora. Fortaleza: Inesp, 1999, p. 129-134.

LUNZ, Julieta Lídia Machado Cunha. **O controle social e a criminalidade.** Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, n. 10, jan./abr. 2000, p. 5-12.

MARIANO, Benedito Domingos. **Criar uma política democrática.** Teoria e debate, São Paulo, a. 15, n. 50, fev./mar./abr. 2002, p. 8-13.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”.** Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Anuário dos Cursos de Pós - Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, n. 11, 2000, p. 125-156.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O controle externo da atividade policial.** In: Justiça penal, 7 – críticas e sugestões: justiça criminal moderna: proteção à vítima e à testemunha, comissões parlamentares de inquérito, crimes de informática, trabalho infantil, tv e crime. Jaques de Camargo Pentecost, coordenador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 84-120.

MESQUITA NETO, Paulo. **Policimento comunitário: a experiência em São Paulo.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 7, n. 25, jan./mar. 1999, p. 281-292.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do Espírito das Leis.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

OCAMPO, Luis Moreno. *En defensa propia: como salir de la corrupción*. Buenos Aires: Sudamericana, 1993.

PIETÁ, Elói. *Polícias: modelo militar x modelo civil*. Teoria e debate, São Paulo, a. 10, n. 36, out./nov./dez. 1997, p. 15-18.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil*. In: *Acesso à justiça e cidadania*. São Paulo: Coleção Cadernos Adenauer, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 3, maio 2000, p. 31-51.

REIS, Fábio Wanderley. *Mercado e utopia - teoria política e sociedade brasileira*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

RIBEIRO, João Ubaldo. *Diário do farol*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, a. 2, vol. 2, n. 2, 2001, p. 53-68.

SADEK, Maria Tereza Aina. *O papel atual e futuro do Ministério Público*. In: *Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade*. São Paulo: Coleção Debates, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 18, 1998, p. 143-148.

— — — — —; Fernão Dias Lima e José Renato de Campos Araújo. *O Judiciário e a prestação de justiça*. In: *Acesso à Justiça*. Maria Tereza Aina Sadek, organizadora. São Paulo: Série Pesquisas, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 23, 2001, p. 13-41.

SALAS, Luis P. *Justiça penal na América Latina*. In: *Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade*. São Paulo: Coleção Debates, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 18, 1998, p. 39-85.

SALLA, Fernando. *Rebeliões nas prisões brasileiras*. Serviço Social & Sociedade, São Paulo, a. XXII, n. 67, set. 2001, p. 18-37.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SCHILLING, Flávia. *O Estado do mal-estar: corrupção e violência*. São Paulo em perspectiva, São Paulo, vol. 13, n. 3, jul./set. 1999, p. 47-55.

— — — — —. *Corrupção: ilegalidade intolerável? Comissões Parlamentares de Inquérito e a luta contra a corrupção no Brasil (1980 - 1992)*. São Paulo: Editora Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1999.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial - a Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1.609-1.751*. Série Estudos. São Paulo: Editora Perspectiva, vol. 50, 1979.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. *Quem tem medo da PM? A confiança na Polícia Militar do Distrito Federal e suas relações com variáveis estruturais, demográficas e a experiência com a violência*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, a. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 269-277.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança pública e direitos humanos - Entrevista de Luiz Eduardo Soares a Sérgio Adorno*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 57, jul. 2000, p. 141-154.

— — — — —. *Notas sobre a problemática da segurança pública*. Políticas sociais 2 - acompanhamento e análise, Diretoria de Estudos Sociais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, a. 2, fev. 2001, p. 121-129.

— — — — —. *O PT e a segurança pública*. Teoria e debate, São Paulo, a. 14, n. 47, fev./mar./abr. 2001, p. 10-15.

— — — — —. *Meu casaco de general: 500 dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TISCORNIA, Sofia. *Os novos modelos de segurança pública na América Latina*. In: *Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade*. São Paulo: Coleção Debates, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 18, 1998, p. 87-100.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Democracia y derechos humanos: el régimen emergente de la promoción internacional de la democracia y del Estado de Derecho*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, a. 1, vol. 1, n. 1, 1999, p. 13-26.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Desafios da sociedade moderna para os sistemas de segurança: um diagnóstico da situação brasileira*. In: *Segurança pública como tarefa do Estado e da Sociedade*. São Paulo: Coleção Debates, Konrad - Adenauer - Stiftung, n. 18, 1998, p. 129-134.

ZALUAR, Alba. *Um debate disperso - violência e crime no Brasil da redemocratização*. São Paulo em perspectiva, São Paulo, vol. 13, n. 3, jul./ser. 1999, p. 3-17.

DOCUMENTOS

BANCO MUNDIAL. *Informe sobre el desarrollo mundial 2000/2001 - Lucha contra la pobreza*. Washington, D. C: Mundi - Prensa Libros, S.A, 2001.

ESTADO DO CEARÁ. *Diretoria Técnico - Científica da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania. Relatório Circunstanciado*. Fortaleza, nov. 2000.

CONSTITUIÇÕES e LEIS

BRASIL. *Constituição Federal*. Gisele de Melo Braga Tapai, coordenadora. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

— — — — —. *Lei Complementar nº. 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o Estatuto do Ministério Público da União. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de maio de 1993.

ESTADO DO CEARÁ. *Constituição do Estado do Ceará*. Fortaleza: Inesp, 1999.

JORNAIS

MELO NETO SEGUNDO, João Joaquim de. *A revolução do consumo*. Jornal O Povo, Fortaleza - Ce, 17 jul. 2001, p. 7.

MUNIZ, Valdélino. *Fome e pobreza no Brasil - muitas soluções, pouca ação*. Jornal O Povo. Fortaleza - Ce, 29 jul. 2001, p. 17.

PINTO, Flávio. *Dois presos mortos em presídios*. Jornal O Povo. Fortaleza, 8 jul. 2002, p. 8.

Seminário faz Defesa do Controle Social da Segurança Pública. Jornal O Povo. Fortaleza, 17 jun. 1999, p. 7A.

PALESTRAS

LOPES, Franklin de Freitas. *A política de segurança pública e a experiência dos Conselhos Comunitários de Defesa Social na construção de uma polícia comunitária no Estado do Ceará*. Palestra proferida no II Seminário Temático - Direitos Humanos e cidadania: questões dos nossos dias, realizado em Fortaleza nos meses de junho e julho de 2002.

Os "atores" e a qualidade da "peça"

*Comentário ao texto do Prof. Marcelo Pinto na Revista Julbol
Dezembro de 2001 da OAB-CE*

Manuela Lourenço Pires Torquato
Mestre em Direito
Professora da Unifor
Procuradora do Município de Fortaleza

Nas peças teatrais, há inicialmente a expectativa, acicatada pelo resumo que é normal constar dos folhetos, recebidos ao entrar no teatro. Pode contribuir para a vontade de ir até lá, a notória qualidade do autor do texto, dos atores, do diretor, estes últimos por vezes gozando de sua reputação na televisão.

Em relação ao texto do Prof. Marcelo, bastou-me a qualidade da Revista da OAB e o fato de o conhecer, sem intimidade, mas tendo dele uma excelente impressão, apesar de sua modéstia, desde os tempos em que era professora, sua colega, na U.F.C. Já era motivo para o ler. Acresce o título, que é simples, como o texto bem elaborado, até divertido, embora seja uma crítica muito séria, da triste realidade da cultura e da linguagem de nosso povo.

Gostei especialmente de ver a citação que o autor fez, de uma frase de Lauro de Oliveira Filho, apud Álvaro Melo Filho, em obra indispensável, que todos já devemos ter lido. Assim peço vênias para reproduzir "o professor não ensina: ajuda o aluno a aprender" Apetecia acrescentar – e reaprender com essa atividade! Como me satisfiz a expressão "atores jurídicos"! Fiquei na dúvida se vou adotá-la em vez de operadores do Direito. De qualquer modo, as duas trazem-me à mente a certeza de que estes professores não se limitam a espectadores ou meros executores desinteressados do Direito, com que lidam. E não abafam sua consciência com apenas fazer a tempo e horas, exigem de si – **fazer bem feito**. Não por acaso esta última citação é de José Eduardo Faria, seguramente alguém que não pode ficar desconhecido

no mundo jurídico de todo o Brasil. Caberia aqui e agora, questionar o sentido de "mundo jurídico"? Provavelmente sim, pois algumas vezes retrata o elitismo daqueles profissionais do Direito que por vezes se esquecem de ser gente, cidadãos. É tão mais fácil demonstrar essa atitude, do que exercer cuidadosamente seu mister!

Por que estou elogiando o termo? É minha opinião, que o Professor ou qualquer outro profissional do Direito, pode ter opinião. Claro que essa opinião, deve admitir a discussão, pelos que são contrários. Será no entanto mais científico não a demonstrar? Como podemos ter alunos ou profissionais, corajosos como os autores a que me estou referindo, se os docentes ficarem sempre inócuos, em cima do muro, ou até com medo de enfrentar a subida ao muro? *Docere* significa exatamente encaminhar, mas isso não veda que se faça outro caminho ou se chegue a outro destino. Estamos obrigados a pensar no sucesso (ou insucesso, lembre-se) da prova final, mas nossa responsabilidade não pára aí. Não se exima a instituição, muito menos o discente. Nossa responsabilidade é para a vida profissional deles, igualmente, como é, sobre a nossa, na vida acadêmica ou nas outras atividades. E que não sirva a carapuça, ao usarmos as expressões mundo jurídico e vida acadêmica. A Marcelo Pinto não cabe. É visível sua coragem e humanismo no texto com que a OAB nos brinda neste fim de 2001. É preciso assumir que precisamos melhorar, todos nós. É indispensável ter a coragem de, cuidadosa e delicadamente fazer uma crítica às instituições em que trabalhamos ou para as quais trabalhamos. Incluindo o Foro, portanto a OAB e o Judiciário!

É triste o reconhecimento, como está na pág. 105, desse trabalho, de que os juizes, ao ingressarem na Magistratura já tem sua formação, boa ou má, definida e sedimentada. Aqui dos meus quase sessenta anos (provavelmente já completados se estas palavras tiverem publicação) atrevo-me a dizer-vos, que ainda acredito na possibilidade de aprimoramento, na realidade de querer mudar-se, sem despersonalizar e exatamente por que cada um tem o direito (eu diria o dever) de ser diferente do modelo socialmente mais aceito, se entender que, com isso serve melhor ao interesse público (e for capaz de arrostar com as inevitáveis críticas)! É triste, mencionava eu. Mais triste seria, acovardar-se por medo da crítica.

Há mesmo a necessidade de escrevermos bem e objetivamente, sem floreamento, mas respeitando o nosso idioma, cuidando dele aliás como

um dos vínculos de união deste país. E entendendo como o autor, sujeito daquelas linhas, que escrever juridicamente não implica em usar brocados latinos se eles não forem a única referência viável da substância que se pretende transmitir, especialmente por que temos lido brocados mal colocados, sem qualquer cabimento, inventados (*jus esperniandi*), complicando desnecessariamente o entendimento do texto ou demonstrando uma pseudo-ciência. O que nos deixa com a impressão de que muitas citações latinas não significam conhecimento desse difícil idioma e muitas vezes podem mostrar apenas "embalagem", vazia de substância jurídica.

Afinal de contas para que nos serve a linguagem e a capacidade crítica? Para desenvolver o "torturante estilo jurídico", sobretudo difícil para quem o lê e tem, obviamente, de o interpretar? Para repetir chavões ou brocados jurídicos que por vezes nem se sabe pronunciar, quanto mais usar adequadamente, no contexto dos fatos (da vida) que se relatam. Serve muitas vezes e erroneamente a linguagem jurídica para torturar mesmo o leitor (advogado ou leigo, se partir de juiz) na falsa impressão de que, se não entender, vai considerar-nos mais sábios?

Sejamos bons atores, convincentes, defendendo calorosamente (a linguagem e a postura, assépticas demais não cabem numa terra de tanto calor e informalidade) os direitos de nossos clientes, dos cidadãos, do país onde moramos e sobretudo lutando para que o Ideal de Justiça, não seja esquecido, tão logo se assine o termo de compromisso do(a) formado(a). Nós somos todos atores dessa peça, de nós depende e muito a qualidade dela, a satisfação de quem nos vê, lê e ouve; sobretudo acredita que possamos dar solução aos conflitos.

Aos leitores fica o direito à crítica desta peça.

CONCLUSÕES

A linguagem jurídica deve ser clara, precisa e objetivar a compreensão do texto, facilitando o entendimento às pessoas de cuja VIDA se trata na peça jurídica;

O fato de a linguagem dever ser clara e objetiva não implica em que possa ou deva vulgarizar-se o vocabulário, dado que as peças, manifestações jurídicas escritas, são expressão de atividade científica;

Não é imprescindível que se usem termos latinos ou, pior ainda, aqueles que realmente fazem jus ao epíteto de vernaculares, até por que a língua portuguesa, falada ou escrita, no Brasil não é normalmente vernáculo, embora muita gente a designe como tal. Ao referirmos vernacular estamos considerando a linguagem antiga, em desuso até pelos literatos, obrigando mesmo os especialistas ao uso do dicionário especializado e as pessoas comuns a sentirem-se impotentes e intelectualmente diminuídas perante a empolgação dos "doutores" do DIREITO.

BIBLIOGRAFIA

FRANÇA, Rubens Limongi. Brocados Jurídicos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MELO Filho, Álvaro. Metodologia do Ensino Jurídico, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PINTO, Marcelo. Brocados Latinos e Linguagem Judicial, In Revista da OAB-CE Ano 29. N. 6. Jul/Dez. 2001.

**“Área de Preservação Permanente:
Dunas. Limites à Aplicação das
Resoluções do Conama de nºs 302/2002
e 303/2002. Alcance da Norma. Poder
Regulamentar Constitucional e
Competência do Município em Matéria
Ambiental.”**

DENISE BARBOSA SOBREIRA

Advogada em Fortaleza/CE,
Procuradora-Chefe da Procuradoria Patrimonial da PGM,
Habilitação em Direito Público,
Especialista em Direito Processual Civil,
Mestranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento-UFC

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO. LIMITES AO DIREITO À PROPRIEDADE EM RESPEITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE.
2. VEGETAÇÃO FIXADORA DE DUNAS. CÓDIGO FLORESTAL COMO DETERMINANTE DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE
3. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS. COMPETÊNCIA MUNICIPAL EM MATÉRIA AMBIENTAL.
4. PODER REGULAMENTAR. REGULAMENTOS COMO ATOS GERAIS SUBORDINADOS E DEPENDENTES DE LEI. RESOLUÇÕES DO CONAMA DE Nº 302/2002 E 303/2002.
5. CONCLUSÕES
6. BIBLIOGRAFIA

"A lei disciplina relações que se estendem no tempo e que florescerão em condições necessariamente desconhecidas do legislador. Daí a idéia de se procurar interpretar a lei de acordo com o fim a que ela se destina, isto é, procurar dar-lhe uma interpretação teleológica. O intérprete, na procura do sentido da norma, deve inquirir qual o efeito que ela busca, qual o problema que ela almeja resolver. Com tal preocupação em vista é que se deve proceder à exegese de um texto." (Silvio Rodrigues, in Direito Civil, 16.ed.São Apulo, Saraiva, 1986, p.26)

I. INTRODUÇÃO

LIMITES AO DIREITO À PROPRIEDADE EM RESPEITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE.

A Lei nº 4.771, de 15.09.65 que instituiu o Código Florestal, estabelecendo o objeto de proteção e as limitações impostas com o fito de preservar o meio ambiente, considerou todas as florestas e outras formas de vegetação, bens de interesse comum a todos os habitantes, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta lei estabelecerem¹.

O art. 1º do Código Florestal, em sua parte final, diz que o Direito de Propriedade, relativo às florestas e demais formas vegetais do território nacional, é regulado pela retro referida legislação, em especial, além de outras que regulem a matéria.

Esse Código, assim, com esse fim², criou as próprias limitações, definindo como vegetação de preservação permanente "área protegida nos

¹ Lei nº 4.771/65; "art. 1º. As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem."

² O fim específico de proteger o meio ambiente impondo, nesse sentido, limitação ao direito de propriedade.

termos do art. 2º e 3º desta Lei, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas"

"Lei nº 4.771/65".

"Art. 1º....."

.....
§2º. Para os efeitos deste Código, entende-se por:

I.....

II- área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2 e 3 desta Lei,, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas."

O Direito de propriedade constitucionalmente protegido (art. 5º, XII, CF)³ possui sua limitação de uso em respeito ao desempenho de sua função social (art.5º, XXIII, CF)⁴, que se condiciona a vários requisitos determinantes, também constitucionais (art.186, 182, §2º CF), entre os quais a preservação do meio ambiente.

"Art. 5º.

.....

XXIII- A propriedade atenderá a sua função social.

.....

³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXII- é garantido o direito de propriedade

⁴ Os incisos XXII e XXIII, art. 5º, CF/88, conferem, respectivamente, a extensão e a restrição da propriedade, pois são auto aplicáveis, conforme seu parágrafo primeiro.

Art.182.

§2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor.”

O art. 225 CF, por sua vez, é extensão do inciso II do art. 186 CF que também cuidou da proteção ambiental ao disciplinar, *in verbis*:

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

§1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I-.....

III- definir, em todas as unidades de federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.”

Há, indubitavelmente, sedimentação do campo da reserva legal nas disciplinas vinculadas ao meio ambiente, restringindo o campo de delegação legislativa outorgada ao Poder Executivo, por se tratar de competências que se distinguem em privativa, geral e supletiva.

2. VEGETAÇÃO FIXADORA DE DUNAS. CÓDIGO FLORESTAL COMO DETERMINANTE DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE.

Os artsº 2 e 3º do Código Florestal elencam as áreas a serem consideradas de preservação permanente, considerando, *in litteris* a vegetação situada nas restingas, como fixadoras de dunas e estabilizadoras de mangues (art.2º, “f”) e as destinadas a fixar as dunas (art.3º, “b”).

“Art. 2º. Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a).....

f) nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues.

Art.3º.:

a).....

b) fixar as dunas;

.....”

Esses dispositivos foram concebidos com o intuito de proteger o meio ambiente contra danos de difícil recuperação, preocupando-se em manter o terreno em condições estáveis. Certas áreas devem ser resguardadas do livre-arbítrio de seus proprietários por suas peculiaridades. O espaço geológico deve ser também preservado de maneira que a propriedade de um indivíduo não danifique a propriedade de outro.

Se alguém retirasse de sua propriedade vegetação fixadora de duna, estaria ele condenando a própria duna, dada a modalidade a que está sujeita.

No tratamento constitucional do direito de propriedade, inclusive sob a ótica da função social, os critérios e graus de uso e limitação desse uso serão sempre os estabelecidos em lei. E é por e através de lei porque “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”⁵

Exige-se lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. A Constituição Federal, seguindo, claro, tradição firmada por suas antecedentes constituições republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir na liberdade ou na propriedade das pessoas.

O art. 37 CF/88 estabelece, enfaticamente que: “A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,.....”⁶

⁵ Art.- 5º, II CF/88

⁶ redação dada pela EC nº 19, de 4-6-1998.

Em nosso Direito Constitucional consagra-se a aplicação cabal, plena, do chamado *princípio da legalidade*, tomado em sua verdadeira e completa extensão, podendo afirmar-se, como Pontes de Miranda, que "onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos- há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que só pretende, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que elevem à categoria de lei."⁷

A regra contida no art. 5º, II bem como o disposto nos arts. 37 e 84, IV, da Carta Magna do País, possuem relevo transcendente, pois assumem função chave no nosso sistema jurídico. Na verdade, correspondem à verdadeira pedra angular de nosso Direito Público, na medida em que respondem pelo critério de preservação de um ponto nodular da ordem jurídica brasileira. Deles dependem a manutenção, sob o ponto de vista jurídico, de instituições concebidas para garantir o indivíduo contra eventuais desmandos do Estado.

Ademais, a melhor doutrina reconhece que tudo que se refere aos direitos individuais, abrangendo a aplicação das garantias constitucionais mencionadas no art. 5º da Constituição, não pode ser objeto de delegação legislativa ou regulamentação pela Administração. O exercício do direito à propriedade somente pode sofrer limitação em virtude de legislação oriunda ou aprovada pelo Congresso Nacional.

3. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS. COMPETÊNCIA MUNICIPAL EM MATÉRIA AMBIENTAL.

"O município, dentro de sua autonomia constitucional para legislar em matéria administrativa, e para atuar, em consequência, no exercício de seu poder de polícia, pode restringir liberdades e até mesmo a propriedade, em benefício da coletividade local visando proteger a saúde, o meio ambiente e até mesmo a vida dos

municípios. Pode e deve, posto que se trata aí do desenvolvimento do princípio do poder-dever do administrado público" (Toshio Mukai, RDP 79/ 125).

A razão do Estado de Direito é a defesa do indivíduo contra o Poder Público e o meio assegurador deste desiderato descansa na tripartição do exercício do Poder, graças a que os cidadãos se garantem ante os riscos de demasia do Executivo, negando-lhe qualquer força jurídica para estabelecer as regras que impliquem limitações à liberdade e propriedade das pessoas.

O conceito jurídico de meio ambiente, referido na Lei Federal nº 6.938 / 81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, contido no seu art. 3º é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". Referindo-se esta lei ao meio ambiente como conjunto de leis, são elas que, em princípio, exprimem o interesse público e que disciplinam o comportamento do homem no seu *habitat*. A lei ao ordenar o comportamento do homem está garantindo os seus direitos. As leis que disciplinam a proteção, defesa, conservação e recuperação do meio ambiente pretendem garantir o meio ambiente sadio, como um dos direitos assegurados ao homem.

O meio ambiente que se pretende assegurar é o meio ambiente sadio e o fundamento deste direito está esculpido primordialmente na Constituição Federal que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 C.F.), em leis infraconstitucionais, como a Lei Federal nº 6.983/ 81 que pretende garantir o direito ao meio ambiente de maneira sadia e na prevalência sempre do interesse público sobre o particular.

A feição publicista dada ao meio ambiente veio com a adoção pela Carta Magna da moderna concepção social do Estado e dos direitos do cidadão frente a sua função essencialmente social, podendo, com base nessa nova visão constitucional do Estado, haver limitações a determinados direitos fundamentais, especialmente os que cuidam da propriedade e da livre iniciativa econômica, em função de proteger uma melhor qualidade de vida.

Com a integração dos Municípios no Estado Federado a partir da atual Constituição, reconhece-se a capacidade dos Municípios de se auto-organizarem, elaborando, eles próprios, a sua Lei Orgânica, ampliando suas

⁷ Comentários à Constituição, Ed. RT, p.314, t.III.

competências, que até então lhes eram outorgadas. Essa autonomia municipal assenta-se em várias capacidades próprias do Município, entre elas a capacidade normativa própria, ou capacidade de auto-legislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas a sua competência exclusiva e suplementar.

A autonomia municipal se circunscreve, na concepção constitucional hoje vigente, no âmbito do território a que está sediado, como uma síntese de fatores sociais e econômicos, revelando-se, assim, como forte expressão política e jurídica. O Município "desempenha atividades de caráter local, que se inserem no contexto geral do desenvolvimento e bem-estar nacionais" (Diomar Filho, *in* Autonomia Municipal na nova Constituição, Rev. Tribunais, 1977, set. 1988, vol. 635, pg.37).

São competentes para legislar, de forma concorrente, sobre meio ambiente a União, os Estados e o Distrito Federal, nos termos do art. 24, VI, VII e VIII da Constituição Federal. É competente, em comum com aqueles que podem legislar, o Município (art. 23, II, III, VI, VII da Constituição Federal). São conferidos aos poderes públicos federal, estadual, distrital e municipal, os deveres de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225 da Constituição Federal), legislando, aplicando a lei e fiscalizando o seu cumprimento.

Observa-se, dessa divisão expressa de competências, que ao Município compete **prover, defender e preservar** o meio ambiente conforme preceituam os arts. 23 e 225 da Constituição Federal. Nos termos do art. 30 da Carta Magna, o Município é ente federado com autonomia política para dispor sobre todas as questões relacionadas ao interesse local. A par dessa competência a Constituição Federal expressa e enumera outras, nos incisos III a IX do art. 30 e no art. 156. Possui, frise-se, ainda, competências comuns, elencadas no art. 23 e competências expressas, utilizáveis concorrentemente com os demais Poderes Públicos, nos termos do art. 225, para dispor sobre proteção ambiental.⁸

Comprovando-se o predominante interesse local, da exegese destes dispositivos constitucionais, pode-se estabelecer normas municipais sobre

⁸ Art. 30. Compete aos Municípios:

I- legislar sobre assuntos de interesse local;

II- suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.

o meio ambiente, vez que compete ao Município zelar por assuntos de preponderante interesse local, nestes incluindo-se a preservação do meio ambiente e seu aproveitamento de maneira racional. É o "interesse local" que definirá a competência municipal nas questões ambientais em consonância com a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal em legislar sobre proteção ao meio ambiente.

Interesse local, conforme nos ensina o Prof. Hely Lopes Meirelles "se caracteriza pela *predominância* (e não pela exclusividade) do interesse para o Município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau e não de substância". (*in* Direito de Construir, 6ª ed., 1993, pág.120, ed. Malheiros.)

O que define e caracteriza o "interesse local" é a predominância do interesse à atividade local sobre o do Estado e da União. Quando essa predominância tocar ao Município, a ele cabe regulamentar a matéria, como assunto de seu interesse local. Assim, os assuntos de interesse local surgem em todos os campos em que o Município atue com competência **explícita ou implícita**. Assim, sempre que, a despeito da competência da União ou do Estado para disciplinar determinada matéria em âmbito federal ou regional estiver presente o interesse local, cabe a atuação legislativa do Município.

O Município, de fato, foi excluído do dispositivo constitucional que expressamente permite legislar sobre proteção ambiental (art. 24, da C.F.). Contudo, diante da interpretação sistemática da Constituição Federal (arts. 23, 30, I e II e 225) é competente, em comum, com os demais poderes para prover, respeitando os limites de sua autonomia, sobre o meio ambiente.

O Município, além de cumprir as legislações federais e estaduais, pode e deve legislar para atender ao interesse eminentemente local. Sobre a competência do Município em legislar sobre matéria ambiental quando presente o interesse local, veja-se:

"Muitas, entretanto, são as atividades que, embora tuteladas ou combatidas pela União e pelos Estados-membros deixam remanescer aspectos da competência local, e sobre os quais o Município não só pode, como deve intervir, atento a que a ação do Poder Público é

sempre um poder- dever. Se o Município tem o poder de agir em determinado setor, para amparar, regulamentar ou impedir uma atividade útil ou nociva à coletividade, tem, correlatamente, o dever de agir, como pessoa administrativa que é, armada de autoridade pública e de poderes próprios para a realização de seus fins." (Hely Lopes Meirelles, ob. cit. pg.121) .

Assim os assuntos de interesse nacional ficam sujeitos à regulamentação e policiamento da União; as matérias de interesse regional sujeitam-se às normas e à polícia estadual; e os assuntos de interesse local ao policiamento administrativo municipal. Assim também é que, embora a competência legislativa sobre meio ambiente seja expressamente da União e dos Estados, o Município, ao identificar seu interesse local, pode exercer sua competência através do exercício do poder de polícia ambiental e editar normas locais objetivando garantir a saúde e o bem-estar de sua população. Paulo Affonso Leme Machado nos ensina que "a competência natural dos Municípios é a de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I C.F.) e, nesses assuntos, o meio ambiente pode estar incluído toda vez que a questão ambiental não for geral e/ou nacional ou regional (...) Incontestemente, também, que os Municípios poderão legislar supletivamente sobre o meio ambiente, desde que se sujeitem às regras do art. 24. §§ 1º, 2º, 3º, e que a suplementação das leis federais e estaduais tenham, relação com o interesse local" (*in* Direito Ambiental Brasileiro, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, pg.103).

4.PODER REGULAMENTAR . REGULAMENTOS COMO ATOS GERAIS SUBORDINADOS E DEPENDENTES DE LEI. RESOLUÇÕES DO CONAMA.

Os regulamentos são atos gerais, abstratos, inferiores, subordinados e dependentes de lei. Rigorosamente submetidos ao vetor do art. 5º, II CF, os regulamentos não podem inovar a ordem jurídica em caráter inicial, como as leis ; ao contrário, dependem delas. Emanam da competência privativa do Presidente da República, com o objetivo precípua de uniformizar

a executoriedade das disposições legais. Não operam *contralegem* ou sequer *praeter legem* nem têm qualquer importância como direito material.

A Constituição Federal consagra os regulamentos como aqueles que não podem impor obrigações aos administrados sem o consentimento da lei (art. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV CF).

Só a lei pode dispor sobre a liberdade, a propriedade e o patrimônio das pessoas. Os regulamentos limitam-se simplesmente ao cumprimento da disposição legal, sob pena de invasão de competência, usurpação de espaço jurídico reservado aos atos legislativos.

"Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou desta depende. O sistema só requer ou admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis." (Geraldo Ataliba, O decreto regulamentar no direito brasileiro, RDA, 97:29). Assim "Onde não houver deliberação administrativa alguma a ser exercida (discricionariedade)- por estar prefigurado na lei o único modo e o único possível comportamento da Administração ante hipóteses igualmente estabelecidas em termos de objetividade absoluta, não haverá lugar para regulamento que seja mera repetição da lei ou desdobramento do que nela se disse sinteticamente." (Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* Curso de Direito Administrativo, 9ed., rev. atual. e ampl., São Paulo, Malheiros, Ed. 1997, p.207).

As Resoluções do CONAMA de nºs 302 e 303 ambas do corrente ano, na matéria retro mencionada relativa a considerar área de preservação permanente a própria duna, ao invés da vegetação que a fixa, como entende o Código Florestal, estão contrárias à Lei nº 4.771 de 15 de setembro de 1965, pois que criaram direito e obrigação novas e estranhas ao Código Florestal, o que por consequência, as torna eivadas de vícios e nulidades. Veja-se;

RESOLUÇÃO DO CONAMA Nº 303, DE 20 DE MARÇO DE 2002.

Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente.

O CONSELHO NACIONAL DO MEIO

AMBIENTE - CONAMA , no uso das competências que lhe são conferidas pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, regulamentada pelo Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, e tendo em vista o disposto nas leis nos 4.771, de 15 de setembro e 1965, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, e o seu Regimento Interno, e Considerando a função sócio - ambiental da propriedade prevista nos arts. 5º, inciso XXIII, 170, inciso VI, 182, § 2º, 186, inciso II e 225 da Constituição e os princípios da prevenção, da precaução e do poluidor - pagador;

Considerando a necessidade de regulamentar o art. 20 da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, no que concerne as Áreas de Preservação Permanente; Considerando as responsabilidades assumidas pelo Brasil por força da Convenção da Biodiversidade, de 1992, da Convenção Ramsar, de 1971 e da Convenção de Washington, de 1940, bem como os compromissos derivados da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992; Considerando que as Áreas de Preservação Permanente e outros espaços territoriais especialmente protegidos, como instrumentos de relevante interesse ambiental, integram o desenvolvimento sustentável, objetivo das presentes e futuras gerações, resolve:

"Art. 1º Constitui objeto da presente Resolução o estabelecimento de parâmetros, definições e limites referentes às Áreas de Preservação Permanente.

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, são adotadas as seguintes definições:...

I-
VIII - restinga: depósito arenoso paralelo a linha da costa, de forma geralmente alongada, produzido por

processos de sedimentação, onde se encontram diferentes comunidades que recebem influência marinha, também consideradas comunidades edáficas por dependerem mais da natureza do substrato do que do clima. A cobertura vegetal nas restingas ocorrem mosaico, e encontrasse em praias, cordões arenosos, dunas e depressões, apresentando, de acordo com o estágio sucessional, estrato herbáceo, arbustivos e abóreo, este último mais interiorizado

X - duna: unidade geomorfológica de constituição predominante arenosa, com aparência de cômoro ou colina, produzida pela ação dos ventos, situada no litoral ou no interior do continente, podendo estar recoberta, ou não, por vegetação;

....."
Vejam os artigos seguintes:

"Art. 3º Constitui Área de Preservação Permanente a área situada:

I- em faixa marginal, medida a partir do nível mais alto, em projeção horizontal, com largura mínima, de:

III - ao redor de lagos e lagoas naturais, em faixa com metragem mínima de:

a) trinta metros, para os que estejam situados em áreas urbanas consolidadas;

b) cem metros, para as que estejam em áreas rurais, exceto os corpos D'água com até vinte hectares de superfície, cuja faixa marginal será de cinquenta metros;

IX - nas restingas:

a) em faixa mínima de trezentos metros, medidos a partir da linha de preamar máxima;

b) em qualquer localização ou extensão, quando

recoberta por vegetação com função fixadora de dunas ou estabilizadora de mangues;

X - em manguezal, em toda a sua extensão;

XI- em duna;

.....”

O Poder Executivo tem por atribuição executar e não fazer a lei, nem de maneira alguma alterá-la. Impõe-se ao direito regulamentar as restrições de não criar direitos nem obrigações não estabelecidos implícita ou explicitamente em lei; não ampliar, restringir ou modificar direitos, nem obrigações; não extinguir direitos nem anular obrigações dos cidadãos em geral; não revogar nem contrariar a letra nem o espírito da lei.

A criação de limitação territorial da propriedade não pode ser delegada ao Poder Executivo. A própria Lei que cria o CONAMA, quando da alteração da natureza jurídica das áreas de proteção permanente, reservou um artigo para o tema (art. 18, Lei nº 6.938/81).

Dentre o rol de competências do CONAMA vê-se que o estabelecido no inciso VII do art. 8º da Lei nº 6.938/81, está entre dos limites da lei e essas atribuições que deverão ser desempenhadas. Veja:

Lei nº 6.938/81

“Art. 8º. Compete ao CONAMA:

I-.....

.....

VII- Estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.”

Assim, não se poderá falar em majoração de competência por força de Resolução, pois que matéria privativa de lei.

CONCLUSÕES

Se o regulamento fere frontalmente disposição de lei, extrapola o poder regulamentar constitucionalmente garantido.

“Usando da faculdade de editar regulamentos, não pode, entretanto, o Executivo invadir a órbita de atribuição dos demais poderes do Estado. Desde, portanto que o Legislativo estabeleça a norma que julga adequada à regência de determinado assunto, não havendo, no sistema de Constituição rígida, infração do seu texto, fica automaticamente interdito o exercício, em contrário, do poder regulamentar....Daí a noção corrente de que o regulamento não pode sobrepor-se à lei....” (“O poder regulamentar e sua extensão”, RDA 20/5; v. do mesmo autor, “ O poder regulamentar no Direito Comparado”, RDA 30/28 e ss. E. especialmente, p.33)

Na sua excelente monografia sobre o Controle dos Atos Administrativos, Miguel Seabra Fagundes salienta que regulamento não pode modificar a ordem jurídica vigente, sob pena de invasão de função alheia (ob,cit. 4ª ed., Rio, Forense, p.35).

Por sua vez esclarece o Prof. Hely Lopes Meirelles que: “ Sendo o regulamento, na hierarquia das normas, ato inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar suas disposições”. (Direito Brasileiro, 11ª ed., São Paulo, Ed. RT, p.90)

Assim, imperiosa se faz a observância do Código Florestal- Lei nº 4.771 de 15.09.65, ante os ditames da Constituição Federal que disciplina a competência legislativa definida por seu art. 24.

Fortaleza, outubro de 2002

BIBLIOGRAFIA

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1995;

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21 ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo: Malheiros, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ATALIBA, Geraldo, Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro, Revista de Direito Administrativo, 97:21-33, jul/set, Rio de Janeiro.

WALD, Arnold, Ato vinculado e Direito Adquirido- Limitação ao Poder Regulamentar, RT- 664, fev. 1991.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *in* Curso de Direito Administrativo, 9 ed., ver. Atual. E ampl., São Paulo: Malheiros. 1997, p.207.

Dos Limites ao Poder Instrutório do Juiz no Sistema Acusatório e a Inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Organizados - Lei Nº 9.034/95.

Márcia Maria Amorim de Oliveira

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará
ex-Estagiária da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza

1. Introdução
2. Características dos sistemas acusatório e inquisitivo.
3. A adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro
4. Resquícios de sistema inquisitivo no ordenamento jurídico pátrio
5. Análise da constitucionalidade da Lei nº 9.034/95
6. O Direito Constitucional Processual – Princípios.
 - 6.1. Do Devido Processo Legal.
 - 6.2. Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório – e a Lei do Crime Organizado.
- Conclusões
- Bibliografia

1. Introdução

A experiência da humanidade, no campo da ciência do direito, mostrou que o juiz que instaura o processo, por iniciativa própria, fica com a imparcialidade comprometida, por se quedar ligado psicologicamente à pretensão, consubstanciada na ação por ele

intentada, colocando-se em posição tendente a julgá-la procedente. Por esse motivo, com a evolução das ciências jurídicas, os Estados tendem a extirpar, dos seus ordenamentos jurídicos, o denominado processo inquisitivo, totalmente contrário aos ideais de Justiça, na medida em que revela patente a total ausência de imparcialidade dos órgãos jurisdicionais.

Seguindo essa tendência, a ordem constitucional brasileira elencou para si o processo penal acusatório, que é um processo penal de partes, que coloca o acusador e o acusado em pé de igualdade e numa posição equidistante do julgador, corroborando com a idéia de um processo de ação, permeado pelas garantias da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa e da publicidade, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito.

É inegável que, pela natureza pública do Direito Penal, tanto o substantivo, quanto o adjetivo, que outorga ao Estado o poder de aplicar o *ius puniendi* aos acusados, podendo, inclusive, cercear a liberdade dos indivíduos, o juiz deve, na condução do processo penal, visar primordialmente ao descobrimento da verdade real, como fundamento basilar da sentença, que é a expressão maior da jurisdição.

No entanto, o desiderato da busca da verdade real pelo juiz, no processo penal, não pode ser desvirtuado pelos legisladores, servindo para criar normas que outorguem aos órgãos jurisdicionais poderes que afrontem os ditames dos princípios da inércia e da imparcialidade, sob pena de ressuscitar a abominável figura do juiz inquisidor. De fato, na busca da verdade real, o Juiz deve dispor de maiores ou menores poderes de intervir diretamente na persecução criminal a depender das normas e princípios que informam o sistema processual adotado pelo direito estatal. A definição dos contornos e limites do poder instrutório do juiz origina-se do próprio texto constitucional em vigor, devendo qualquer ampliação a esse poder cingir-se aos parâmetros do processo acusatório fixados na Constituição Federal.

Infelizmente, o ordenamento jurídico pátrio ainda possui leis que ferem a Constituição Federal, como a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, que, de forma absurda, atribui ao juiz a tarefa, patentemente inquisitória, de colher provas fora do processo, em notório desrespeito ao princípio da imparcialidade e também ao princípio do devido processo legal, ambos previstos no artigo 5º da Constituição Federal

de 1988, e alçados como direitos e garantias fundamentais, a cláusulas constitucionais pétreas, por serem pilares que embasam o nosso Estado Democrático de Direito.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que o legislador infraconstitucional muitas vezes cria normas que não se coadunam com os ditames e princípios basilares do chamado Direito Constitucional Processual, elencando, como exemplo, a Lei nº 9.034 que cuida do combate às ações praticadas por organizações criminosas, visando a despertar o leitor para a problemática da inconstitucionalidade do aludido diploma legal, sob o prisma do sistema acusatório que norteia o Direito Processual Penal.

2. Características dos sistemas acusatório e inquisitivo.

O sistema acusatório tem sua origem na Grécia e Roma da Antiguidade, ligada aos tribunais populares que proferiam suas decisões com base na valoração de provas mediante o sistema da íntima convicção, como ocorre, atualmente, no Brasil, no caso dos julgamentos de crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri. Tal sistema predominou durante quase toda a Antiguidade grega e romana, bem como na Idade Média, nos domínios do direito germânico, somente entrando em declínio no século XIII, passando a vigorar o sistema inquisitivo, que a partir daquele momento foi adotado pelo direito canônico, tendo se expandido por quase toda a Europa Continental, propagando-se, inclusive, nos tribunais civis, somente vindo a sofrer sensíveis alterações no século XIX, por ocasião da codificação napoleônica, que instituiu o sistema misto, o qual se caracteriza por desdobrar-se em duas fases: a primeira tipicamente inquisitiva, e a segunda de caráter nitidamente acusatório.

No processo acusatório moderno, as funções de acusar, defender e julgar integram a atribuição de órgãos distintos, ao contrário do que se dá com o modelo inquisitório. Em consequência, a acusação será, sempre, formulada por órgão diverso do juiz. Isto porque se trata essencialmente de um processo de partes, no qual defesa e acusação encontram-se em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambas a figura do juiz imparcial. Desta nítida separação de atribuições resulta a formação de um verdadeiro *actum trium personarum*.

Outra característica do processo acusatório consiste no fato do processo penal desenvolver-se através do contraditório, sob a presidência de um juiz natural e imparcial. Ademais, o sistema acusatório apresenta como características a oralidade e a publicidade.

A evolução do processo acusatório reflete o crescimento do ideal democrático do direito ao contraditório e à ampla defesa como garantias da imposição de limites ao arbítrio do poder estatal que monopoliza o direito de punir.

No processo inquisitório as funções de acusar, defender e julgar conjugam-se em um único órgão. O juiz inquisidor tem a prerrogativa de iniciar o processo e colher as provas de ofício e, ao final, proferir a decisão, não se mantendo, assim, equidistante das partes e dos elementos probatórios. Inexiste o contraditório, havendo grande disparidade de direitos entre juiz - acusador e acusado, sendo regra as medidas preventivas de encarceramento e incomunicabilidade.

O sistema inquisitivo apresenta ainda como características ser secreto e escrito, não apresentando nenhuma garantia ao réu, sendo este mero objeto do processo, não se formando uma relação processual tendo em vista não haver regras de igualdade ou de liberdade processuais.

Frente a estas características, o processo inquisitório é incompatível com um sistema que assegure os direitos e garantias fundamentais, sendo certo afirmar que o processo acusatório é, por excelência, o que melhor se coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito.

3. A adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro

No ordenamento jurídico pátrio, não há norma expressa que enuncie a adoção do sistema acusatório. Todavia, a opção do constituinte de 1988 por este sistema resta evidenciada na medida que o texto constitucional adota princípios basilares do sistema acusatório, haja vista conferir ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, consagrar o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, e assegurar, ao mesmo passo, o julgamento dos feitos por um juiz competente e, obviamente, imparcial, e a publicidade dos atos processuais, como regra geral, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem

Observa-se, assim, como traços marcantes do sistema acusatório, assegurados pela ordem constitucional vigente, dentre outros, a existência do contraditório e da ampla defesa, a inércia inicial do órgão julgador, e a publicidade do processo

4. Resquícios de sistema inquisitivo no ordenamento jurídico pátrio

O sistema acusatório, repita-se, caracteriza-se por cometer a órgãos distintos as funções de acusar, defender e julgar. O processo inquisitório, ao contrário, implica na concentração destas funções em um só órgão.

Embora a Constituição Federal não o diga expressamente, conforme dito alhures, indubitavelmente, ela adotou o sistema acusatório. Ocorre que uma análise, ainda que superficial, de nossa legislação processual penal, revela a subsistência de diversos resquícios de inquisitorialismo.

Com efeito, normas como as dos artigos 5º, II, primeira parte, 10, §§ 1º e 3º, 13, II, 16, 28, 39, §§ 1º e 4º, 127, 133, 156, in fine, 311, 416, dentre outras do nosso CPP, sem mencionar outras contidas em leis esparsas, são cotidianamente aplicadas pelos operadores do direito sem sequer serem contestadas em relação a sua pertinência com os princípios do sistema acusatório, nos moldes estabelecidos na ordem constitucional brasileira.

Essa questão já havia sido levantada por Hélio Tornaghi muito antes da atual Constituição. Para este autor, o processo penal brasileiro convive com diversas formas inquisitoriais. Em função de tal entendimento, considera que vivemos, na realidade, em um sistema misto.

Todavia, o advento da nova Constituição Federal resultou na não recepção de diversos provimentos legislativos, de caráter nitidamente inquisitoriais, incompatíveis com o sistema acusatório implantado pela nova ordem constitucional, dos quais são exemplos os arts. 26 e 531 do CPP, que permitiam ao Juiz dar início ao processo penal em determinadas espécies de infrações.

Destarte, constatada a impureza do sistema acusatório, implantado no ordenamento jurídico brasileiro, em face da subsistência de reminiscências do sistema inquisitivo, resta a questão dos limites a essa sobreposição de sistemas, e o mais importante, até que ponto normas que confirmam ao Magistrado poderes inquisitivos são cabíveis

em um processo penal eminentemente acusatório, como é o caso do brasileiro, e até que ponto tais normas não ameaçam as garantias da imparcialidade do Juiz, e do devido processo legal.

No que concerne às normas que conferiam poder de iniciativa aos juizes, permitindo-lhes a instauração *ex officio* de ação penal em caso de contravenções (artigos 26 e 531 do CPP) e outras espécies de infrações, é pacífico o entendimento de que as mesmas foram expurgadas do ordenamento jurídico pátrio, posto que o texto constitucional em vigor atribui, privativamente, a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público. Entretanto, tem-se entendido que a norma do art. 5º, II do CPP, a qual confere aos juizes poder de requisitar instauração de inquérito, não viola o sistema acusatório, havendo sido recepcionada pela nova Constituição Federal, muito embora haja decisões em sentido contrário.

A controvérsia é maior no que se refere aos poderes de investigação conferidos aos magistrados, visto que sua extensão pode comprometer a imparcialidade do órgão julgador, corolário do sistema acusatório e garantia fundamental do indivíduo em qualquer regime democrático.

Em relação à fase pré-processual, o Código de Processo Penal determina que a devolução dos autos à autoridade policial para novas diligências (art. 10, § 3º) é matéria de deliberação judicial, o que tem sido aceito pelo argumento de que as normas do artigo 129, I e IV da Constituição não teriam eficácia imediata, carecendo de regulamentação, muito embora com flagrante incompatibilidade com o princípio acusatório. Não obstante, a prática de fazer transitar autos de inquérito diretamente entre Ministério Público e polícia vem se disseminando. Também os artigos 13, II e 16 do CPP conferem participação ao juiz na fase de persecução, e tem sido reconhecido ao magistrado a possibilidade de emitir um pré-julgamento sobre as investigações.

As normas processuais que regulamentam a fase judicial também apresentam incongruências com o sistema acusatório. Tome-se, como exemplo, os princípios da publicidade e da oralidade, basilares no processo acusatório, que não são observados integralmente, vide regras como as dos arts. 486 e 792 § 2º do CPP. Com efeito, a oralidade é adotada em nossa legislação quase exclusivamente no processo sumário, enquanto a forma escrita é a regra adotada para o procedimento comum (arts. 394 e seguintes), reservado para os crimes mais graves.

No campo das cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais, ignora-se, quase que por completo, o sistema acusatório. Assim, à guisa de exemplo, no art. 127 do CPP, permite-se ao juiz, de ofício, ordenar o seqüestro dos bens do indiciado no curso do processo ou antes dele, na fase do inquérito.

No tocante às normas que regem o exercício do poder de cautela, independentemente de provocação, tanto no que diz respeito à prisão, conforme admite o artigo 311 do CPP, quanto à decretação de medidas assecuratórias de eventual direito à reparação de dano, como o seqüestro, previsto no artigo 127 do CPP, tem havido sua aplicação rotineiramente quase sem qualquer questionamento. Também vem sendo admitida, sem reflexão maior, a intervenção judicial visando modificar a causa de pedir, tolerando-se o previsto nos artigos 384 e 408, § 4º do CPP.

Ressalte-se que as "exceções" ao sistema acusatório, referidas neste tópico do trabalho, são frutos de normas que, na realidade, têm questionáveis a sua recepção pela atual ordem constitucional, inaugurada com a Carta Política de 1988, já que são dispositivos de diplomas legais anteriores à promulgação da Constituição em vigor.

Outrossim, o que não se pode conceber é que o legislador infraconstitucional hodierno queira ressuscitar, em legislação nova, caracteres do sistema inquisitivo, como o que ocorreu com a Lei nº 9.034/95, contrariando os princípios ditados pelo legislador constituinte, que elegeu o sistema acusatório, quando alçou à condição de direitos e garantias constitucionais vários princípios do chamado direito processual constitucional, que passaremos a estudar em seguida.

5. Análise da constitucionalidade da Lei nº 9034/95

No campo da legislação extravagante, também se verifica a existência de normas de processo penal nitidamente de natureza inquisitiva, inclusive, em leis editadas posteriormente à vigência da Carta Constitucional de 1988. No presente trabalho, dirigimos nossa atenção ao caso da Lei nº 9.034/95 que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

O referido diploma legal contempla uma larga margem de interferência do juiz na fase de investigação, situando o juiz em posição

investigatória na fase do inquérito policial, ferindo, a nosso ver, com tal regulamentação, sua indispensável imparcialidade e violando, por consequência, ditames da Carta Magna em vigor.

Transcrevemos, por oportuno, o art. 3º da Lei nº 9.034/95, *in verbis*:

"Art. 3º. Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta Lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§5º Em caso de recurso, o auto de diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça."

Observa-se claramente que o dispositivo legal supra transcrito autoriza o juiz a realizar pessoalmente diligências investigatórias, ainda na fase pré-processual, consagrando, ao assim proceder, atos típicos do sistema inquisitivo.

Não obstante as severas críticas recebidas, a Lei nº 9.034/95 permanece validamente no ordenamento jurídico. Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do pedido de liminar em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 1517-DF), proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, decidiu pelo seu indeferimento, liderado pelo Ministro Maurício Corrêa, relator do acórdão, afirmando que *"competindo ao Judiciário à tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária. Querer elevar a condição de processo inquisitorial ou à inovação do juiz de instrução mera diligência a ser efetuada pelo juiz, na apuração do deplorável crime organizado... é ir longe demais..."* Para depois concluir que *"é mais do que justificável que também o Estado se apreste no sentido de buscar meios ágeis e eficientes, em defesa da sociedade, que é vítima maior do alastramento desse mal, sem que com isso se extraia que haja qualquer violação ao sistema constitucional"*

Ousamos discordar do entendimento esposado pelo STF, afinal, não se nega que o magistrado tem poderes instrutórios, e que a iniciativa em matéria de produção de prova (art. 156; § único do art. 181; art. 209 do CPP) tem sido aceita, ao menos em caráter supletivo, em nome da efetivação do princípio da verdade real. Todavia, o juiz não pode colher provas fora do processo, pois isso seria ferir o devido processo legal, em afronta aos princípios constitucionalmente estabelecidos, comprometendo sua imparcialidade, pois não é seu papel buscar o *"fumus bonis iuris"*, ao revés, compete-lhe ser o aplicador do direito, mantendo-se imparcial a causa.

Na defesa da inconstitucionalidade da Lei nº 9.034/95, a eminente processualista Ada Pellegrini Grinover acentua que *"porque fere a mais importante garantia do devido processo legal que é a imparcialidade do juiz. E é, igualmente, inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório, de processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios de acusação e da defesa como funções*

essenciais ao exercício da jurisdição, atribuindo esta aos juízes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual."

Em igual sentido, o Profº Luiz Flávio Gomes, em estudo sobre a Lei dos Crimes Organizados, assevera que *"A imparcialidade do juiz constitui, efetivamente, uma das mais expressivas garantias inerentes ao devido processo legal.....O clássico princípio ne procedat iudex ex officio visa exatamente resguardar o magistrado de qualquer comprometimento psicológico prévio com a prova. A lei ora em questão (art.3º), ao atribuir ao juiz a tarefa de colher provas fora do processo, quebrou o princípio da imparcialidade e, assim, violou o devido processo legal previsto no art.5º, inc.LIV."*

A possibilidade aberta, pela lei em apreço, ao juiz, para que este colha provas fora do processo, e que esta colheita seja feita, em alguns casos, no mais rigoroso segredo de justiça, devendo o mesmo lavar pessoalmente o auto circunstanciado da diligência, sendo este fechado, lacrado e endereçado ao Tribunal em separado, compromete a imparcialidade do órgão julgador que se vê psicologicamente ligado a prova por ele produzida, sendo ainda, um retrocesso a um processo sem publicidade, típico do sistema inquisitivo cujas características já foram elencadas neste trabalho.

De fato, os princípios processuais constitucionais clamam pela procedência da aludida Ação Direta de Inconstitucionalidade. É o que iremos abordar com maiores detalhes no tópico a seguir.

6. O Direito Constitucional Processual – Princípios.

Como é cediço, a Constituição Federal é a base de nosso ordenamento jurídico e o instrumento que traz sustentação ao Estado Brasileiro, trazendo princípios que não se pode derogar, e cuja observância é imposta para a validade e eficácia dos atos jurídicos praticados sob a égide da carta política pátria.

No processo penal, constituem princípios basilares os que dizem respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, que mereceram figurar no texto constitucional, alçados como direitos e garantias fundamentais, cláusulas pétreas, por serem pilares de nosso Estado Democrático de Direito.

O que nos interessa nesta parte do trabalho, pois, é o exame das contradições existentes entre a Lei do Crime Organizado e esses princípios processuais constitucionais, principalmente no que dizem respeito à obediência ao devido processo legal; ao contraditório e à ampla defesa, que informam o sistema acusatório. Senão vejamos :

6.1. O Princípio do Devido Processo Legal

Pinto Ferreira *in* Comentários à Constituição Brasileira, 1º Volume, págs. 175 a 176, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, nos ensina que:

"O devido processo legal significa o direito a regular o curso da administração da justiça pelos juízes e tribunais. A cláusula constitucional do devido processo legal abrange de forma compreensiva : a) o direito à citação, pois ninguém pode ser acusado sem ter conhecimento da acusação; b) direito de arrolamento de testemunhas, que deverão ser intimadas para comparecer perante a justiça; c) direito ao procedimento contraditório ; d) o direito de não ser processado por leis ex post facto ; e) o direito de igualdade com a acusação; f) o direito de ser julgado mediante provas e evidências legal e legitimamente obtidas; g) o direito ao juiz natural; h) o privilégio contra a auto incriminação; i) indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada; j) o direito aos recursos; l) o direito à decisão com eficácia de coisa julgada."

Nesse diapasão, a Lei nº 9.034/95 fere o princípio do devido processo legal, na medida em que, quando atribui ao Juiz o poder de colher provas fora do processo, macula o direito de igualdade que os acusados devem ter com a acusação, além do que, provas colhidas fora da esfera do processo impedem que o acusado tenha conhecimento pleno de tudo o que está lhe sendo imputado.

Sob esse prisma, pode-se questionar, inclusive, a legitimidade dessas provas obtidas pelo órgão julgante, fora da esfera processual, posto que o contraditório fica prejudicado ante a insólita sistemática trazida pela lei em comento.

Corroborando esse entendimento, trazemos a lume o ensinamento de Luiz Rodrigues Wambier, in Curso Avançado de Processo Civil, Vol. I, pág. 64, Editora Revista dos Tribunais, pág. 64, São Paulo, que nos ensina, quanto aos princípios processuais constitucionais, que :

"... o primeiro deles, que se consubstancia em postulado fundamental de todo o sistema processual, é o princípio do devido processo legal. Segundo esse princípio previsto no inciso LIV do art. 5º da CF, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."

Isso quer dizer que toda e qualquer consequência processual que as partes possam sofrer, tanto na esfera da liberdade pessoal quanto no âmbito do seu patrimônio, deve necessariamente decorrer de uma decisão prolatada num processo que tenha tramitado de conformidade com antecedente previsão legal. O devido processo legal significa o processo cujo procedimento e cujas consequências tenham sido previstas na lei."

Como se vê, embora a lei traga previsão legal da possibilidade de colheita de provas fora do processo, tal medida macula frontalmente a ordem constitucional vigente. De fato, utilizando o escrito de Odete Novais Carneiro Queiroz, in Revista dos Tribunais, Vol. 748, págs. 471/49, "afirmam alguns juristas que o postulado do devido processo legal confunde-se com o Estado de Direito, enquanto outros asseveram que supõe uma "moldura do Estado, que é, por excelência, a do Estado Democrático ..." (...) "A categoria constitucional ora em pauta, é segundo os doutos um princípio pois entendida como um mandamento nuclear de um sistema e, é também uma garantia porque tem esse condão de assegurar os interesses dos cidadãos, limitando o poder do Estado. Já se afirmou serem os princípios constitucionais idéias ordenadoras refletidas em regra jurídica, embora não se possa perder de vista o caráter normativo dos princípios constitucionais que representam verdadeiro sistema de comandos. Para muitos é verdadeira instituição traduzindo uma idéia completa e objetiva com o escopo de propiciar a defesa e a fruição dos direitos que cada cidadão possui; e para outros é princípio fundamental do processo civil, servindo de base

sustentadora de todos os demais princípios."

6.2. O Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório

Os autores, em geral, fazem embutir no princípio do *due process of law*, aquele relativo à ampla defesa, como faz J. Cretella Jr.:

"DEVIDO PROCESSO LEGAL: "é aquele em que todas as formalidades são observadas, em que a autoridade competente ouve o réu e lhe permite a ampla defesa, incluindo-se o contraditório e a produção de todo tipo de prova — desde que obtido por meio lícito — prova que entenda seu advogado dever produzir em juízo. Sem processo e sem sentença, ou prolatada esta por magistrado incompetente, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens."

No ensinamento de Vicente Grecco Filho, em seu Direito Processual Civil Brasileiro, Vol. 1º, pág. 47, Editora Saraiva, 10ª. Ed. 1995, São Paulo:

"Consideram-se meios inerentes à ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova; d) ter defesa técnica com advogado, cuja função, aliás, é essencial à Administração da Justiça (CF art. 133) e e) poder recorrer da decisão desfavorável. (...) Por sua vez o contraditório é a técnica processual e procedimental que impõe a bilateralidade do processo. Todos os atos devem ser realizados de modo que a parte contrária possa deles participar ou, pelo menos, possa impugná-los em contramanifestação. A Constituição não exige, nem jamais exigiu, que o contraditório fosse prévio ou concomitante ao ato. Há atos privativos de cada uma das partes, como há atos privativos do juiz, sem a participação das partes. Todavia, o que assegura o contraditório é a oportunidade de a eles se contrapor por meio de manifestação contrária que tenha eficácia prática antes da decisão (...) "O contraditório que é o instrumento técnico da ampla defesa deve estar presente em todo o processo e não somente na instrução criminal, conforme dava a entender a redação defeituosa

do texto constitucional anterior. "

Em consonância com o entendimento ora esposado é o pensamento de MIRABETE :

"Dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório, garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º, LV). Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. Diz bem J. Canuto Mendes de Almeida: 'A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado.'"

"Assim, a garantia do contraditório abrange a instrução lato sensu, incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes."

"Corolário do princípio da igualdade perante a lei, a isonomia processual obriga que a parte contrária seja também ouvida, em igualdade de condições (audiatur est altera pars). A ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los são os limites impostos pelo contraditório a fim de que conceda as partes ocasião e possibilidade de intervirem no processo, apresentando provas, oferecendo alegações, recorrendo das decisões etc. Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham, etc." (grifos nossos).

Resta ululante que a lei, cuja constitucionalidade se discute, fere a Carta Política que embasa o nosso Estado Democrático de Direito, pois afronta de forma cabal, também, aos princípios do contraditório e o da ampla defesa, já que, em seu artigo 3º, há a previsão legal de que a colheita de algumas provas seja feita no mais rigoroso segredo de justiça, tolhendo dos acusados o

conhecimento claro da imputação, com as provas que a embasam e, portanto, reduzindo a oportunidade de os acusados poderem apresentar alegações contundentes contra a acusação e o conjunto probatório pleno dos autos, além do que, também os cerceia de poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova. Ademais, como a colheita de elementos do conteúdo probatório pode ser feita sem que os acusados possam dela participar, patente está a contrariedade da Lei do Crime Organizado com os princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, os quais informam o sistema acusatório, nos termos adotados pela Constituição Federal de 1988.

Conclusões

O Estado-Juiz deve dar primazia à busca da verdade real no processo penal, em razão de sua natureza eminentemente pública e dos direitos que tutela. Porém, os legisladores não devem utilizar esse argumento para fazer surgir, em nosso ordenamento jurídico, normas que vão de encontro aos princípios processuais constitucionais como o da inércia, o do devido processo legal e o da imparcialidade, pois isto implicaria num enorme retrocesso: a ressurreição do sistema inquisitivo.

Depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico pátrio foi inovado com leis inconstitucionais. Exemplo disso é a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, que, dentre outras máculas aos ditames elencados pelo legislador constituinte, atribui ao julgador a tarefa, de cunho notoriamente inquisitório, de colher provas de forma sigilosa e fora do processo, em completo desrespeito aos princípios da imparcialidade e do devido processo legal, ambos previstos no artigo 5º da Carta Magna, e alçados como direitos e garantias fundamentais.

O processo inquisitório é incompatível com um sistema que assegure os direitos e garantias fundamentais, sendo certo afirmar que o processo acusatório é, por excelência, o que melhor se coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Há resquícios de normas, em nosso ordenamento jurídico, que trazem regras do sistema inquisitivo. Tais diplomas legais têm questionáveis a sua recepção pela atual Carta Política em vigor, já que são dispositivos de leis anteriores à promulgação da Constituição de 1988. Porém, é inaceitável que o atual legislador infraconstitucional queira fazer surgir, em legislação nova,

caracteres do sistema inquisitivo, como é o caso da Lei nº 9.034/95.

A Lei do Crime Organizado fere o princípio do devido processo legal, por que outorga ao juiz o poder de colher provas fora do processo, ferindo a igualdade que os acusados devem ter com a acusação, impedindo, além disso, que os acusados tenham conhecimento pleno de tudo o que está lhes sendo imputado. Tais provas têm sua legitimidade questionável já que o contraditório fica prejudicado, ante a sistemática insólita trazida pelo aludido diploma legal.

Outra mácula que a Lei nº 9.034/95 traz à nossa Constituição encontra-se também em seu artigo 3º onde há a previsão legal de que a colheita de algumas provas seja feita no mais rigoroso segredo de justiça, tolhendo dos acusados o conhecimento claro da imputação, com as provas que a embasam e, portanto, reduzindo a oportunidade de os acusados poderem apresentar alegações contundentes contra a acusação e o conjunto probatório pleno dos autos. Tal norma acaba por cercear aos acusados a prerrogativa constitucional de poder acompanhar a prova produzida e fazer contraprova.

Conclui-se, portanto, patentemente demonstrado, através de nosso trabalho, a contrariedade da Lei dos Crimes Organizados com os princípios processuais constitucionais que informam o sistema acusatório, nos termos adotados pela Constituição Federal de 1988.

Bibliografia

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e Sentença*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e OUTROS. *Teoria Geral do Processo*. 15º ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1999
- CRETELLA JR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. vol I. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1990.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 1989
- GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de Direito Penal e Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1º. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. 19º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. vol. 02. São Paulo: Saraiva, 1977.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. I. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
PROCURADORIA GERAL

PROCESSO Nº 0212/2002-PGM
INTERESSADO: IJF
ASSUNTO: FÉRIAS DOS OPERADORES DE RAIO X

PARECER Nº 073/2002-CST

EMENTA: A Lei 4.355/74, que regula as férias dos servidores que operam equipamentos de raio x e substâncias radioativa, se encontra em plena vigência e eficácia por não ser incompatível com o Estatuto dos Servidores Públicos Municipais.

O Presidente do Instituto Dr. José Frota remete a esta PGM, o processo acima epigrafado, que versa sobre férias dos servidores da Administração Direta e Indireta do Município de Fortaleza, que operam com raio-x e substâncias radioativas.

Tendo em vista a divergência de opinião jurídica entre a parecerista e a Coordenadoria Jurídica do IJF, solicita parecer definitivo para solucionar a questão.

Em resumo aduz a parecerista:

- a) *Gozar férias (de servidor público) é direito assegurado a servidor público nos termos do § 3º, do art. 39 da CF;*
- b) *Que a norma contida no art. 7º, XVII da CF é norma de eficácia limitada;*
- c) *Que o artigo 48, c/c art. 238 da Lei 6.794/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Municipais – revogou expressamente a Lei 4.355/74, que disciplina direitos e vantagens de servidores que operam com raio X e substâncias radioativas.*

Em resumo aduz a Coordenação Jurídica do IJF:

- a) *Que as Leis Municipais 4.355/74 e 6.794/90 não são incompatíveis entre si;*
- b) *Que a Lei 4.355/74, é de âmbito restrito, ou seja, Lei Especial e que a Lei 6.794/90 é de caráter geral;*

c) *Que não houve revogação expressa nem tácita da Lei 4.355/74 pelo Estatuto dos Servidores Municipais;*

d) *Que norma geral não derroga norma especial em caso de conflito cronológico.*
É o relatório.

A princípio, convém esclarecer que ao intérprete não cabe impor sua compreensão prévia a um texto de lei. É necessário confrontar criticamente sua posição com o sentido da lei, seja ele literal, oculto (espírito da lei), ou sistemático.

A Constituição Federal, em particular, tem em seus artigos uma clareza, que não permite ao intérprete ampliação da determinação de suas normas, nem à redução de seus significados. Ao contrário, deve o intérprete procurar, tanto quanto possível, aproximar-se do objetivo prático da norma constitucional e de sua inserção na ordem jurídica, que em essência é uma lei superior às demais, tendo nela seus próprios limites.

O artigo constitucional *sub analise* se encontra no Título dos Direitos Fundamentais, capítulo referente aos Direitos Sociais, especialmente no artigo 7º, inciso XVII, *in verbis*:

“Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”.

Como norma de cunho social é aplicada a todos os indivíduos que se encontrem na classe de empregados, na órbita do Direito Privado, sejam eles urbanos ou rurais.

Consideremos antes de mais nada, que o artigo constitucional não determina o tempo de 30 (trinta) dias, como período imodificável, de férias, mas tão somente que, no período de gozo destas férias o trabalhador perceba $1/3$ (um terço) a mais, sobre sua remuneração.

Consideremos, também, que o *caput* do artigo busca uma melhoria da condição social do trabalhador. Este fato bastaria para legalizar situações diferenciadas de período de férias, mormente, quando a atividade do trabalhador põe em risco sua saúde. Estar fora de perigo de vida é condição de melhoria social. É mais: é direito fundamental social, consubstanciado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

Ora, na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíba. A lei para o particular significa “poder fazer”. Ao particular, portanto, é lícito ampliar o período de férias de seus empregados, cujas atividades são especiais, isto é ponto pacífico.

Passemos ao capítulo referente à Administração Pública, em particular, ao artigo 39, § 3º da Seção II – Dos Servidores Públicos, *verbis*:

“Art.39 – omissis

§ 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir”.

Este parágrafo inserido na seção dos servidores públicos dispõe, com solar clareza, sobre a aplicação daqueles dispositivos aos servidores públicos. Salvo embargos de melhor juízo, a aplicação deve ser efetivada da mesma forma como para os empregados particulares, sejam urbanos ou rurais. Na realidade, trata-se de direitos extensivos aos servidores públicos, e, por esta só razão, devem ser estendidos com as mesmas características e efeitos como são para os trabalhadores em geral.

Permite mais esta norma legal: A lei poderá estabelecer requisitos diferenciados, inclusive para a admissão, desde que a natureza do cargo assim o exigir.

Verifica-se que a natureza do cargo é a justificativa para diferenciação da admissão.

Tomando-se por base a máxima jurídica “*quem pode o mais pode o menos*”, a natureza do cargo seria, também, o fundamento legal que ensejaria a possibilidade de se legislar diferentemente para os cargos de atividades especiais no serviço público.

É evidente que os operadores de raio X e de substâncias radioativas são cargos de atividades especiais. A razão se encontra no fato de que a exposição, além dos limites de tolerância, estabelecidos, pode causar danos irreversíveis na saúde do servidor, como câncer, necrose, efeitos hereditários, que podem ser transmitidos através das células germinativas ou de reprodução. (v. documentos de fls. 11 *usque* 20-PGM).

É bem verdade que ao Município cabe proteger seus servidores com critérios rigorosos de controle das radiações, tais como óculos, protetor de tireóide, capa, protetor de gônadas e luvas, todos de chumbo para evitar a radiação excessiva e desnecessária.

As férias diferenciadas de 20 (vinte) dias por semestre podem e devem ser consideradas como uma forma de proteção, evitando tempo maior de exposição, para aqueles que operam os equipamentos.

Ora, se a natureza do cargo exige, é compreensível a existência, vigência e eficácia da Lei 4.355, de 20 de maio de 1974. Ela é completamente compatível com a Lei 6.794/90, cujo diploma legal estabelece normas gerais para os servidores do Município de Fortaleza considerados titulares de cargos de atividades não especiais. Portanto, o Estatuto dos Servidores Públicos não revogou a Lei 4.355/74, que estabelece critérios especiais para cargos, cuja natureza clama por normas especiais.

Cabe, também, fazer-se alusão de que somente os servidores contratados para operarem equipamentos de raio x e substâncias radioativas devem fazer jus ao benefício. Não cabe estender a lei, para aqueles que, esporadicamente, realizam esta atividade, não sendo atividade de seu cargo de origem.

Em razão das considerações de fato e de direito trazidas à baila neste parecer, somos por concluir que assiste razão à Coordenação Jurídica do IJE, pelo que ratificamos o parecer contido nos autos.

É nossa opinião legal, que elevamos à consideração superior.

Fortaleza, 21 de março de 2002

José C. Senfard
 Oficial Controlador
 Recursos do Município

*De acordo com o parecer
 A consideração superior
 Em, 22.03.02.*

[Assinatura]
 LINDA DEIDA D. BARRETO
 PROCURADORA-CHefe DA
 CONSULTORIA
 MATRÍCULA Nº. 99827.1

DESPACHO

Aprovo o parecer nº 073/2002-CST,
 referente ao processo nº 0212/2002-PGM, por seus
 próprios e jurídicos fundamentos.

À origem.

Fortaleza, 25 de abril de 2002.

[Assinatura]
 Romulo Guilherme Leitão
 PROCURADOR GERAL
 CAS-GE-17350

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA

Procuradoria Geral do Município

PARECER Nº /2002 - A - PJA

PROCESSO Nº: 0381/2000- PGM

INTERESSADO: MARIA SOCORRO DE SOUSA LIMA

ASSUNTO: APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA POR TEMPO DE SERVIÇO.

ORIGEM: SECRETARIA EXECUTIVA REGIONAL VI.

EMENTA: Inviabilidade de aposentadoria em virtude de carência de alicerce jurídico.

O processo em apreço consiste em postulação de aposentadoria voluntária por tempo de serviço de interesse da servidora MARIA SOCORRO DE SOUSA LIMA, exercente da função de professor B - 04D, matriculada sob o nº 4185.1, lotada na SECRETARIA EXECUTIVA REGIONAL VI.

Esta Procuradoria, ao examinar o assunto, que lhe foi confiado para exame e parecer jurídico, o faz com sustentáculo legal no art. 24, I da Lei Complementar nº 006, de 29.05.92, remunerado consoante a Lei Complementar nº 009, de 29.06.94, e no art. 1º do Decreto nº 8.556, de 12.07.91.

Repousa às fls. 02 dos autos, que a suplicante, em data 12 de maio de 1999, portanto, em época posterior a edição da Emenda Constitucional nº 20 de 16.12.98, ingressou com postulação de aposentadoria voluntária por tempo de serviço.

A priori, pretendendo atender a súplica da exordial de fls. 02, procuramos verificar a viabilidade de enquadrar o petitório da servidora com lastro no direito adquirido, ora consubstanciado no art. 3º da Emenda Constitucional 20/98.

Nos reportando à legislação anterior à Emenda Constitucional 20/98, ou seja: aos art. 132, III, 138, II da Lei nº 6.794, de 27.12.90, constatamos que a peticionante, quando da postulação da sua aposentadoria, não perfazia o interstício do tempo de serviço então exigido para fazer jus a sua pretensão, ou ainda: 25 (vinte e cinco) anos no efetivo exercício na função de professora.

Com objetivo de tornar mais cristalina a explanação supra, a seguir, transcreveremos a legislação aludida.

“Art. 132 - O servidor será aposentado:

I - “omissis”;

II - “omissis”;

III - voluntariamente.

Art. 138 - O servidor será aposentado voluntariamente:

I - omissis;

II - aos 30 (trinta) anos de efetivo exercício em função do magistério, se professor, e 25 (vinte e cinco), se professora, com proventos integrais.”

Ainda sobre a súplica da petionária, tentamos vislumbrar o assunto na Constituição Federal, a partir da nova redação dada ao seu art. 40 pela Emenda Constitucional nº 20/98, ou seja: com embasamento no art. 40, § 1º, III, alínea “a”, § 5º, ou com fulcro no art. 40, § 1º, III, alínea “b” da citada norma jurídica. No entanto, em nenhuma das situações, a servidora encontra agasalho para obter a sua aposentação. Na primeira situação: Art. 40, § 1º, III, alínea, “a”, § 5º - aposentadoria voluntária com proventos integrais do tempo de contribuição, específica para professor, a petionante não preenche os requisitos de idade e de tempo de contribuição, embora agraciada pela redução de 05(cinco) anos na idade e no tempo de contribuição. Na segunda hipótese - art. 40, § 1º, III alínea “b” da Emenda Constitucional 20/98 - aposentadoria voluntária com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, igualmente a servidora não atinge a idade limite nem o tempo de contribuição necessários.

Finalmente, como a peça vestibular não especifica a sua modalidade de aposentação, pretendendo nós dirimir qualquer dúvida no atinente à possibilidade de aposentadoria da interessada, recorreremos, embora ela não tenha feito opção por essa forma de aposentadoria, ao art. 8º, incisos I, II, III, alíneas “a” e “b” do mesmo diploma legal - aposentadoria voluntária com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Desnecessário da nossa parte tornou-se indagar a pasta de origem da servidora se esta exerceu 05(cinco) anos no efetivo exercício no cargo de professor, haja vista ela não haver cumprido a idade limite e o tempo de contribuição, exigidos tanto na aposentadoria voluntária com proventos

integrais ao tempo de contribuição, quanto na aposentadoria voluntária com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Tendo como escopo elucidar o assunto, a seguir transcrevemos o texto legal, ora suscitado.

“Art. 8º Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas, é assegurado o direito à aposentadoria voluntária com proventos calculados de acordo com o art. 40, § 3º, da Constituição Federal, àquele que tenha ingressado regularmente em cargo efetivo na Administração Pública, direta, autárquica e fundacional, até a data de publicação desta Emenda, quando o servidor, cumulativamente:

I - Tiver 53 (cinquenta e três) anos de idade, se homem, e 48 (quarenta e oito) anos de idade, se mulher;

II - Tiver 5 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se dará a aposentadoria;

III - Contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) 35 (trinta e cinco) anos, se homem, e 30 (trinta) anos, se mulher; e

b) Um período adicional de contribuição equivalente a 20% (vinte por cento) do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

§ 1º O servidor de que trata este artigo, desde que atendido o disposto em seus incisos I e II, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições:

I - Contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de:

a) 30 (trinta) anos, se homem, e 25 (vinte e cinco) anos, se mulher; e

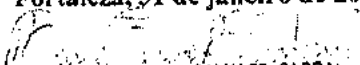
b) Um período adicional de contribuição equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo de serviço que,

na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior.

Diante do exposto, somos pelo indeferimento da súplica da postulante em virtude de carência de balizamento jurídico; devendo a Secretaria Executiva Regional VI dar ciência à suplicante sobre o teor do assunto, ora abordado por esta Procuradoria, para, em seguida, solicitar o seu retorno imediato as suas funções de origem.

É o parecer, s.m.j.

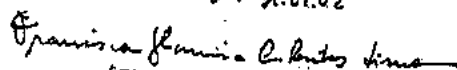
Fortaleza, 31 de janeiro de 2002.


MARIA TERESA MAGALHÃES CABRAL
Procurador do Município

Proc. Nº 381/00-PGM,
DE ACORDO COM O PARECER,
NA ÍNTEGRA.

A CONSIDERAÇÃO SUPERIOR.

em 31.01.02



Francisca Gláucia C. Pontes Lima
OAB - C nº 8535 Mat. nº 14134 f.
Procuradora - Chefe da Procuradoria
Jurídica - Administrativa

DESPACHO DO PROCURADOR GERAL

Aprovo o parecer nº 095/2002-A-PIA, referente ao processo nº 381/2000-PGM (interessado(a): Maria Socorro de Sousa Lima), por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ao IPM.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2002.


Rômulo Guilherme Leão
PROCURADOR GERAL
OAB nº 11.530

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA
Procuradoria Geral do Município

PARECER Nº /2001-PJA

PROCESSO Nº: 03100/2000 – PGM
INTERESSADO: MARINA RIBEIRO DA SILVA
ASSUNTO: REQUER ISEÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIARIA
ORIGEM: SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO DO MUNICÍPIO

EMENTA: Procede o pedido de isenção da contribuição previdenciária, formulado pela requerente, vez que preenche os requisitos legais.

MARINA RIBEIRO DA SILVA, ocupante do cargo de agente de Serviços Jurídico, lotada na Procuradoria Geral do Município, solicita beneficiar-se com a isenção da contribuição previdenciária, com base no § 1º do art. 3º da Ementa Constitucional nº 20, por ter implementado os requisitos legais para a obtenção da aposentadoria integral.

Junto aos autos encontram-se documentos que comprovam o tempo de serviço alegado pela requerente.

Evidentemente que estamos diante de uma pretensão prevista no art. 3º da Ementa Constitucional nº 20, datada de 15/12/99, que diz textualmente:

“Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo aos servidores públicos e aos segurados do regime geral da Previdência Social, bem como aos seus dependentes que, até a data da publicação desta Emenda, tenha cumprido os requisitos para obtenção destes benefícios, com base nos critérios de legislação então vigente.

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral

e que opte por permanecer em atividade, fará jus a isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no artigo 40, § 1º, III, a, da Constituição Federal”

A Lei nº 8388, de 14/08/99, que dispõe sobre o Regime de Previdência dos Servidores do Município de Fortaleza (PREVIFOR) no seu art. 58. § 1º prescreve :

§ 1º - O servidor de que trata este artigo que tenha completado os requisitos para a aposentadoria integral e opte por permanecer em atividades, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria contida no art. 14, inciso I.

Já o Decreto nº 10826, de 18/07/2000, que aprovou o regulamento do Regime de Previdência dos Servidores do Município de Fortaleza - PREVIFOR, estabelece no art. 71 § 1º: o seguinte:

§ 1º - O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade, fará jus a isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para a aposentadoria contidas no art. 18, I, deste Regulamento.


Da leitura dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que assiste à postulante direito a isenção da contribuição previdenciária, vez que somando-se o seu tempo de serviço prestado a iniciativa privada com o do Município de Fortaleza, perfaz um total de mais de 34 anos, de acordo com a informação apensa aos autos.

Vale lembrar, ainda, que servidora para aposentar-se com proventos integrais, segundo a legislação pertinente, ou seja, art. 38, I, da Lei nº 6794, de 27/12/90, necessita tão somente da comprovação de 30 anos de

serviço, por ser mulher, o que ocorre no caso em exame.

É a nossa opinião, que submetemos à consideração superior.

Fortaleza, 09 de março de 2001.


Dr. Luiz Gonzaga Gomes Vieira
Proc. nº 03/2001-2-PJA-PEM

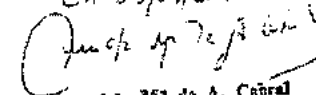
DEFERIMOS O FEITO, NOS TERMOS DO
PREITO E PARECER SUPRA.,
A CONSIDERAÇÃO SUPERIOR
em 12.03.01
Francisco Flávia Cantalho Bastos

Francisca Gláucia C. Pontes Lima
OAB-Ce nº 6835 Mat. nº 14134-1
Procuradora-Chefe de Procuradoria
Jurídico - Administrativo

Ratifico Proc. nº 03/2001-2-PJA-PEM
e o respectivo despacho.

Encaminhamos os autos a SAM

Em 03/04/2001


Luciana Rosa de A. Cabral
PROCURADORA GERAL

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

PROC. nº 2002.02.22.438-4; 2002.02.25697-9; 2002.02.34034-1; 2002.02.19369-1; 2002.02.22714-6; 2002.02.19028-5; 2002.02.25191-8; 2002.02.19604-6; 2002.02.20433-2; 2002.02.25690-1; 2002.02.28205-8; 2002.02.20667-0; 2002.02.19490-6; 2002.02.27393-8; 2002.02.25682-0; 2002.02.17028-4; 2002.02.18460-9; 2002.02.20215-1; 2002.02.33175-0; 2002.02.20658-0.

**SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE DECISÕES LIMINARES E
ANTECIPATÓRIAS DE TUTELA**

AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO, SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CIDADANIA DE FORTALEZA - AMC, pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Municipal Indireta, criada pela Lei Municipal nº 8.419/2000, publicada no Diário Oficial do Município em 26 de abril de 2000, com sede na Av. Aguanambi, nº 90, José Bonifácio, nesta urbe, neste ato representada por seu Coordenador da Procuradoria Jurídica *in fine* assinado, comparece com superior acatamento à presença de Vossa Excelência para requerer a **SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE LIMINARES E ANTECIPAÇÕES DE TUTELA**, concedidas nos autos das ações acima identificadas, com lastro no disposto nos arts. 4º da Lei nº 4.348, de 26.06.64, 1º da Lei nº 9.494, de 10.9.97 e o art. 4º da Lei nº 8.437, de 30.6.92, e de acordo com as relevantes razões de fato e de direito abaixo consignadas.

Os autores das mencionadas Ações requereram, inicialmente, a concessão de Liminar ou Antecipação de Tutela, para fim de procederem ao licenciamento ou transferência de seus veículos, independentemente do pagamento das multas lavradas pela AMC.

Aduziram que as notificações expedidas por esta Autarquia apresentam erros formais. Argumentaram, ainda, que a sinalização indicativa de fiscalização

eletrônica apresenta irregularidades, contrariando, o art. 1º, *caput*, e § 1º da Resolução nº 079/98 do CONTRAN. Discorreram que o condicionamento do licenciamento ao pagamento de multas resultantes de infrações seria inconstitucional, por ofensa ao princípio do devido processo legal.

As medidas liminares e de antecipação de tutela pleiteadas e de fato concedidas, além de afrontarem disposição expressa de lei, contrariam manifesto interesse público e causam sério gravame à segurança e à economia públicas, eivas que os ventilados arts. 4º, da Lei nº 4.348, de 26.06.64 e 4º, da Lei nº 8.437/92 oportunamente autorizam ao Presidente do Tribunal de Justiça coarctar, tal qual sucede na vertente hipótese.

Um dos fundamentos adotados para a concessão das antecipações de tutela é o seguinte:

“O Superior Tribunal de Justiça, por sua Segunda Turma e em recentíssimo julgamento objeto do REsp. 288735, do qual Relatora a insigne Ministra ELIANA CALMON, manifestou entendimento de que o ‘Detran só pode impedir licenciamento de veículo que esteja com multas pendentes em outros órgãos da administração, quando houver norma jurídica que lhe assegure esse direito’. D’outra sorte, tem este Juízo firmado posição de que as multas de trânsito, mesmo sendo modalidade de sanção aplicada pela administração pública, constituem elas renda passível de inscrição a dívida ativa, apta a ser cobrada na forma prevista na lei 6830/80, com os todos os consecrários de estilo.”

“Somente por isso, entendo assistir razão à Autora e, por conta disto defiro, parcialmente, o pedido de antecipação de tutela por ela formulado no sentido de determinar, como de fato por determinado o tenho, ao DETRAN-CE, a abster-se de impor qualquer empeco quando do licenciamento do veículo já citado, calcado nas multas referidas neste processado.”

No tocante à manifestação do STJ no sentido de que o *DETRAN só pode impedir o licenciamento de veículo que esteja com multas pendentes em outros órgãos da administração, quando houver norma jurídica que lhe assegure esse direito*, os Meritíssimos Juízes *a quo* inobservaram a regra do § 2º, do art. 131, do Código de Trânsito Brasileiro, o qual reza: “O veículo somente será licenciado estando quitados os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito e ambientais, vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações

cometidas.”, assim, tal qual exige a manifestação pretoriana alvitrada pela decisão atacada, **EXISTE LEI RESPALDANDO O ATO DO DETRAN**, cuja beneficiária é a requerente AMC.

Os julgadores *a quo*, ao concederem as Liminares perquiridas, embasaram-se na decisão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, emanada pela eminente Ministra Relatora Eliana Calmon, para tanto aquela deve ser examinada em seu inteiro teor com o fito único de demonstrar em todos os seus termos a discordância proveniente desta Autarquia.

Primordialmente, o julgamento supra, REsp 288735, origina-se do processo em trâmite naquela Corte Superior de nº 2000/0121862-0, publicado em Diário Oficial da União ao dia 27/05/2002, tendo como partes a Comercial Orlandi LTDA e o Município de São Paulo. Observa-se pelos documentos em anexo que a questão objeto de tal demanda versa sobre Mandado de Segurança impetrado pela Comercial Orlandi LTDA contra ato do Diretor do Departamento de Trânsito – DETRAN/SP, que exigia recolhimento de multas aplicadas pela COMPANHIA DE TECNOLOGIA DE SANEAMENTO AMBIENTAL – CETESB, para renovar o licenciamento de seu veículo. Multas estas, como mencionado, decorrentes de uma sociedade por ações vinculada à Secretaria de Estado do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, responsável pelo controle, fiscalização, monitoramento e licenciamento de atividades geradoras de poluição, com a finalidade de preservar e recuperar a qualidade das águas, do ar e do solo, e, portanto, que em nada se relaciona com o trânsito, e que indubitavelmente, numa conclusão lógico-jurídica, não é um órgão integrante do Sistema Nacional de Trânsito, documentos em anexo.

Não pode, assim, a decisão emanada pela douta Ministra Eliana Calmon naquele processo fundamentar as liminares recorridas na presente lide, posto que é manifesta a não correlação dos fatos motivadores da demanda em questão com a decisão superior retromencionada, já que as multas objeto desta lide foram aplicadas por esta Autarquia por terem os autores cometido infrações ao Código de Trânsito; e não, por terem lesionado o meio-ambiente.

Assim, deve no caso em tela prevalecer o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça através da Súmula nº 127, que ora se transcreve:

“É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado” (Súmula n.º 127).

Com efeito, todos os infratores constantes dos processos multimencionados foram, à época das infrações, regularmente notificados por esta AMC, documentos em anexo.

Já quanto ao entendimento dos magistrados no sentido de que as multas de trânsito deveriam ser cobradas na forma do crédito tributário, do modo previsto na Lei nº 6.830/80, através de execução fiscal individual, não encontra o mesmo nenhum respaldo legal. Ao contrário, vai de encontro ao disposto no precitado § 2º, do art. 131, do CTB, antes transcrito. Desta feita, o CTB estabeleceu procedimento próprio para a cobrança de multas de forma que, devidamente notificado o infrator, o não pagamento das infrações de trânsito acarretaria no impedimento à expedição do Certificado de Licenciamento Anual. Entendimento este, outrora rechaçado, compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, a inscrição de multas de trânsito em dívida ativa e sua posterior cobrança através de Execução Fiscal, levantadas pelos juízos de primeiro grau nas decisões atacadas, claramente impossibilitariam os trabalhos judiciais nas Varas Fiscais, sem mencionarmos os juízos superiores, posto o alto número de demandas que seriam geradas por parte de todos os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Trânsito para se cobrar de pessoa física que, muitas vezes, tem uma ou duas multas, acarretando, por fim, num grande esborreamento dos já minguados recursos do Erário, contrariando manifesto interesse público e causando sério gravame à ordem, à segurança e à economia públicas.

Ademais, o entendimento por último ventilado implica em indevida e ilegal ingerência do Poder Judiciário em seara privativa do Poder Executivo, *data venia*, pois se trata de competência manifesta deste último Poder, insusceptível de intromissão por outro Poder, a não ser na hipótese de ilegalidade, circunstância alheia à vertente hipótese, pois o ato do executivo aqui comentado encontra regramento direto e específico no multicitado § 2º, do art. 131, do CTB. A prevalecer o entendimento alvitrado na decisão atacada, seria farppear letalmente a regra da Separação dos Poderes, consagrada

no art. 2º da CF/88, fato que, por si só, seria capaz e suficiente para lastrear a **SUSPENSÃO DOS EFEITOS** das decisões ora almejada.

Pior do que considerar ilegal a obrigatoriedade do pagamento das multas para que se proceda ao licenciamento ou transferência do veículo, é tachá-la de inconstitucional, por pretensa ofensa ao devido processo legal. Saliente-se que é dado ao infrator de trânsito recorrer a uma das JARI's – Juntas Administrativas de Recursos das Infrações, em âmbito municipal, previstas no CTB. Do improvimento do recurso administrativo, ainda cabe um outro, desta feita dirigido ao CETRAN – Conselho Estadual de Trânsito, igualmente previsto no CTB. Onde residiria, então, ofensa ao devido processo legal? Seria no jargão de conteúdo absolutamente vazio contido nos despachos atacados de que o condicionamento constituir-se-ia uma “sanção política”? Não acreditamos!

Ademais, a questão já foi pacificada pelo guardião da Lei Federal, o Superior Tribunal de Justiça, através da edição da Súmula 127. A única hipótese em que admite o STJ ser ilegal o condicionamento aqui defendido ocorre quando não é regularmente notificado o infrator, o que não é o caso. Afinal, que Estado Democrático de Direito é este, onde a Carta Magna cria uma Corte Superior, com jurisdição em todo o território nacional, lhe atribui a função primordial de ser o guardião das Leis da Federação, e alguns dos membros do Judiciário de uma das Unidades da mesma Federação teimam em não observar sua decisão sumulada?

Ora, Excelência, é indubitoso que, a proliferar decisões da laia das ora atacadas, visivelmente contrárias às normas específicas, os chamados “loucos do guidon” se sentirão muito mais à vontade para praticar suas “estripulias” no trânsito, tornando-o caótico, inibindo o sério e contínuo trabalho de caráter educativo que a requerente, recém-criada, vem procurando desenvolver com o intuito de discipliná-lo e melhorá-lo no âmbito do Município de Fortaleza, dentro das modernas diretrizes traçadas pelo novo CTB, o que, em contrário (tal qual consignado nas decisões atacadas) resultaria em grave lesão à ordem e à segurança públicas, na forma proclamada no referido art. 4º, da Lei nº 8.437/92, além do teor das decisões atingirem em cheio o vetusto princípio da Separação dos Poderes, como visto linhas atrás.

Com a aprovação do Código de Trânsito Brasileiro pelo Congresso Nacional houve quem questionasse a rigorosidade de suas penalidades, porém tais normas foram editadas com o intuito de fazer diminuir os altos

índices de vítimas no trânsito. A sociedade ansiava por medidas efetivas, e, portanto, sua não-aplicação significaria um retrocesso, acarretando grave lesão à ordem pública. A efetiva fiscalização implantada por esta Autarquia de Trânsito traduz-se, assim, em medida necessária e vital para a sociedade como um todo.

A esse respeito, acostam-se dados estatísticos obtidos em trabalho conjunto pela AMC e DETRAN/CE, onde fica demonstrado que a adoção de medidas administrativas e pecuniárias mais severas pelo "novo" e tão combatido CTB – Lei Federal nº 9503/97 – reduziu, na circunscrição de Fortaleza, considerando o incremento na frota de veículos, o percentual de mortos/10.000 veículos em quase 17% (dezessete por cento), fechando, em 2001, com um índice de 10,1 mortos/10.000 veículos.

O Núcleo de Trânsito - NUTRAN, através do setor de estatística, estimou que, considerando a redução nos níveis atuais, em 2006, esta taxa pode chegar a 5,9 mortos/10.000 veículos. Urge salientar que o padrão mundial de aceitação, discutido no 3º Congresso Brasileiro de Acidentes e Medicina de Tráfego, é de 4 a 8 óbitos por 10.000 veículos.

Oportuno ressaltar que somente 30% (trinta por cento) de nossos 400 (quatrocentos) mil motoristas em Fortaleza tem alguma multa no período de um ano. Desses 30% (trinta por cento), apenas 0,7%, menos de 1% (um por cento) portanto, possuem mais de sete multas por ano. Esse é o condutor que bate à porta do Judiciário, com o fim de obter um salvo-conduto judicial, através do qual poderia praticar toda sorte de ilegalidades no trânsito.

O que se pretende demonstrar com esses números e documentos anexos é que muito trabalho há ainda por ser feito, a partir das incisivas e drásticas diretrizes do Código de Trânsito Brasileiro, editado pelos representantes do Povo Brasileiro, que, por sua vez, não mais aceitava os índices brasileiros de violência no trânsito, comparados aos de uma verdadeira e implacável guerra civil.

Somente com o advento das severas medidas preconizadas pelo "novo" CTB e encampadas em todo o país pelos órgãos e entidades do Sistema, podemos diminuir os índices vergonhosos que se apresentavam, construindo, assim, a cada dia, uma INDÚSTRIA DA VIDA, em contraposição à da MORTE, dantes realidade tida como imbatível, bem como à das MULTAS, alardeada por muitos que certamente desconhecem a realidade do trânsito da 5ª Capital brasileira.

Necessário se faz ressaltar, por demais pertinente, que já ingressamos com pedido de suspensão de efeitos de tutela antecipada concedida nos autos da Ação Declaratória de Nulidade de nº 2002.02.19028-5, cujo protocolo junto a esta Egrégia Corte de Justiça traduz-se no nº 2002.0002.5561-8, tendo sido nosso requerimento julgado por Vossa Excelência improcedente, sob o fundamento de que não estariam presentes os pressupostos ensejadores de medida tão drástica.

O proliferar de decisões liminares ou antecipatórias de tutela de mérito da mesma jaez, ou seja, que tacham o condicionamento do licenciamento ou transferência dos veículos ao prévio pagamento das multas de trânsito pendentes de inconstitucional, já é bastante para gerar o sentimento de impunidade no trânsito, podendo, sem qualquer dúvida, ocorrer na quinta Capital do País dano considerável à ordem e segurança públicas, conforme exaustivamente demonstrado.

Vossa Excelência, apreciando o pedido supra mencionado, considera que a obtenção de licença de trânsito sem a correspectiva sujeição ao recolhimento de multas não constitui um efetivo risco de dano à segurança e à ordem públicas, certamente por se tratar aquela suspensão de apenas um proprietário de veículo automotor. O mesmo raciocínio não pode, a bem do interesse público envolvido e até mesmo da lógica, ser aplicado ao presente pedido, que encerra várias decisões favoráveis a inúmeros condutores que transgrediram as normas do Código de Trânsito.

Urge salientar que a defesa em juízo de condutores recalcitrantes em pagar suas multas já é propagandeada em Fortaleza como verdadeira especialidade forense de alguns escritórios de advocacia, que, beneficiados pelas decisões aqui atacadas, abarrotam as Varas Fazendárias com Mandados de Segurança, Ações Cautelares e Declaratórias de Nulidade.

Cuida-se aqui de dar ou não efetividade à Lei Federal que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, sem o que voltaremos à realidade pretérita de campeões de mortes e mutilações no trânsito. Cabe, portanto, ao Judiciário, na qualidade de Poder do Estado, reprimir as condutas individuais que vão de frontal encontro aos anseios primordiais da sociedade, dentre os quais certamente se encontra a segurança no trânsito, como meio, sobretudo, de fazer valer o que a doutrina francesa apelidou de *volonté generale* e se constitui exatamente o próprio escopo desse Estado.

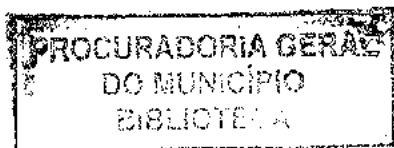
À vista de todo o exposto, requer esta Autarquia Municipal, a teor do

disposto nos arts. 4º da Lei nº 4.348, de 26.06.64, 1º da Lei nº 9.494, de 10.9.97 e o art. 4º da Lei nº 8.437, de 30.6.92, a ser enriquecido com os áureos suplementos de Vossa Excelência, que sejam **SUSPENSOS OS EFEITOS** das medidas liminares e antecipatórias de tutela concedidas, nos autos dos processos identificados no intróito, haja vista que a decisões guerreadas, nitidamente, vão de encontro ao disposto no art. 2º da CF/88, e § 2º, do art. 131 do CTB, cujas conseqüências implicam em indiscutível lesão à ordem pública, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Pede Deferimento.

Fortaleza, 13 de agosto de 2002.

Felipe Diogo de Siqueira Frota
Coordenador da Procuradoria Jurídica da A.M.C.
OAB/CE nº 12.968 *



* O autor é especialista em Direito Processual pela Universidade Federal do Ceará, e ocupa o cargo de Coordenador da Procuradoria da AMC desde sua criação, sendo imperioso destacar que prestou relevante colaboração na conclusão da presente peça o Procurador do Município Dr. Afrânio Montenegro.