

ADVOCATUS

Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE

PERNAMBUCO

Ano 3 Novembro 2010 Número 5



José Fernandes de Lemos analisa os novos rumos para o Judiciário em Pernambuco

ARTIGOS:

Divórcio: a EC-66 e suas consequências

**Mandado de segurança e democracia:
apontamentos sobre o (des)cumprimento
dos objetivos do II Pacto Republicano
pela Lei n. 12.016/09**

**Erro de tipo: ausência de dolo típico
(causa de exclusão da tipicidade
dolosa da conduta)**



Sistema adequado às rotinas de escritório ou departamento jurídico, voltado para empresas com departamento jurídico, advogados e escritórios de advocacia, o Veredictor é um programa que reúne ferramentas de apoio para as principais atividades do setor jurídico, tais como: acompanhamento de processos, controle de custas e prazos processuais, GED - armazenamento digital de documentos. Agora com módulos de Publicações do Diário Oficial, Andamentos dos sites dos Tribunais e Controle de Atividades e Procedimentos internos do escritório.



Novos Módulos de Publicações, Andamentos on-line e Atividades

EXPEDIENTE

Diretoria da OAB/PE
Presidente
Henrique Neves Mariano
Vice-Presidente
Catarina Almeida de Oliveira
Secretário-Geral
Pelópidas Soares Neto
Secretário-Geral Adjunto
Leonardo Santana da Silva Coelho
Tesoureiro
Hebron Costa Cruz de Oliveira

Diretoria da ESA-PE
Diretor-Geral
Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Tesoureiro
Gustavo Ramiro Costa Neto
Diretor-Secretário
José Pandolfi Neto
Diretor Cultural
Venceslau Tavares Costa Filho
Diretor de Comunicação
William Ferreira de Melo

Conselho Editorial
Presidente
Ronnie Preuss Duarte
Membros
Gustavo Ramiro Costa Neto
José Pandolfi Neto
Venceslau Tavares Costa Filho
William Ferreira de Melo
Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
André Regis de Carvalho
Leonardo Carneiro da Cunha
Inácio José Feitosa Neto

Projeto gráfico e realização
Mais Comunicação
Coordenação do projeto:
Fábio Ferreira Gueiros
Manuella Asfora Russell
Jornalismo
Executiva Press
Fotografia
Ricardo Almoêdo, Léo Caldas (Ag. Titular) e Assis Lima / Ascom TJPE
Diagramação
Luis Damário
Consultoria textual
Gabriel Maciel Fontes
Comercialização: Mais Comunicação
Fone: 81 2128.3333 / 9115.8241
E-mail: manuella@sejamais.com.br
Tiragem: 16.000 exemplares
Impressão: Gráfica Santa Marta
ISSN: 2177-3416

A revista *Advocatus Pernambuco* é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE.

A revista *Advocatus Pernambuco* não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.



ENTREVISTA

José Fernandes de Lemos 07

ARTIGOS

Divórcio: A EC-66 e suas consequências
Paulo Lôbo 14

Mandado de segurança e democracia: apontamentos sobre o (des)cumprimento dos objetivos do II Pacto Republicano pela Lei n. 12.016/09
Elpidio Donizetti Nunes 20

Sobre a prova na Reforma processual penal
Roque De Brito Alves 30

O instituto da sobrepilha e o lançamento do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer bens e direitos (ITCMD)
João Hélio de Farias Moraes Coutinho
Roberto Gomes de Albuquerque Melo Jr. 34

Da necessidade de releitura do art. 8º, II, da Constituição Federal diante de critérios objetivos de efetiva representatividade sindical
Isabela Aguiar 38

Art. 45, da Lei 8.213/91: In claris non cessat interpretatio!
Marcos André Barbosa Campello 45

Momentos da estabilização da demanda no processo civil brasileiro
Antonio Mota 54

Dispensa do empregado público: a imprescindibilidade da motivação contrapondo-se ao ato meramente discricionário
Priscila Braz do Monte Vasconcelos dos Santos 59

A ampla defesa e o princípio da motivação das decisões no processo administrativo
Catarina Maria Pereira de Andrade 66

(IN)APLICABILIDADE E (IN)VALIDADE LEGAL: História de um argumento jurídico frustrado diante do clamor popular pela Lei da Ficha Limpa
José Lourenço Torres Neto 72

Tributar, ou não, o comércio eletrônico, com base na atual legislação fiscal? Eis, após vários anos, a mesma questão!
Luiz Edmundo Celso Borba 77

Erro de tipo: ausência de dolo típico (causa de exclusão da tipicidade dolosa da conduta)
Emerson Leônidas 84

Da recorribilidade das decisões denegatórias de liminares *Inaudita Altera Parte*
Alexandre Henrique Tavares Saldanha 90

JURISPRUDÊNCIA

TRT - 6ª Região - 1ª Turma
Ementa: Reenquadramento funcional. Prescrição.
Relatora: Des. Nise Pedrosa Lins de Sousa 95

MODELOS E PARECERES

Resposta à acusação - crime contra a ordem tributária 98

Contestação - adicional de periculosidade 101

Parecer - adoção por casal homossexual 106

QUANTO MAIS ADVOGADOS LUTAM PELA JUSTIÇA, MAIS FORTE ELA FICA.

Quem mais cresceu e quem encolheu

Cresceram (1)

ALBUQUERQUE PINTO +115

EMERENCIANO, BAGGIO +73

SETTE CÂMARA, CORRÊA E BASTOS

BENÍCIO ADVOGADOS ASSOCIADOS

CARLOS MAFRA DE LAET

FRAGATA E ANTUNES

Encolheram (2)

DEMARCO E ALMEIDA

TOZZINOPRESE

FRIBUSIO BANDEL

REGINA FOLHO

OS MAIORES ESCRITÓRIOS REGIONAIS

Estado	Nome	Advogados
PERNAMBUCO	Albuquerque Pinto	156
	Martorelli e Gouveia	138
	Queiroz Cavalcanti	108
	Lima e Falcão	95
	Antonio Braz & Vanya Maia	88
RIO GRANDE DO SUL	Fontes	70
	Mattoni Advogados	37
	& Neuenschwander	28
	tinez & Martinez	25
SANTA CATARINA	JC Advogados	24
	Esc. de Adv. Prof. José Meira	19

análise ADVOCACIA 500

* Fonte: Anuário Análise Advocacia 2009

Albuquerque Pinto, o escritório que mais cresceu em número de advogados no Brasil, mostra que tem feito sua parte para fortalecer a justiça, investindo na força de uma equipe unida, bem preparada e cada vez maior.*



Henrique Neves Mariano
Presidente da OAB/PE



Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Geral da ESA/PE

Prezado(a) colega,

A Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes da OAB/PE comemora a chegada da 5ª Edição do seu já nacionalmente conhecido periódico, a Revista Advocatus (ISSN: 2177-3416).

Distribuída a 16.000 advogados do estado, a Revista Advocatus segue na posição de segundo maior periódico jurídico em circulação do Brasil. Uma marca que muito orgulha a advocacia pernambucana, sobretudo em virtude da qualidade gráfica e de conteúdo da publicação.

Nesta edição, a Revista Advocatus traz, como destaque, a entrevista com o Des. José Fernandes de Lemos, presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Enfrentando temas polêmicos, o magistrado anuncia, em primeira mão ao nosso veículo, a iminente abertura de concurso para ingresso de magistrados. Diz ainda do respectivo comprometimento com a antiga reivindicação da OAB/PE no tocante à duplicação do expediente forense, da atuação de lobistas junto ao Judiciário, dentre outros assuntos.

Dignos de nota, ainda, os artigos trazidos nesta edição da Revista Advocatus, notadamente o da autoria do Prof. Paulo Lôbo, sobre a Emenda Constitucional 66, aquele subscrito pelo Prof. Elpidio Donizetti, sobre o mandato de segurança e a Lei 12.016/09 e, finalmente, aquele assinado pelo Prof. Roque de Brito Alves, sobre a reforma do Código de Processo Penal.

Aproveitando o ensejo, renovamos o convite para o envio de material para publicação na Revista Adcocatus, o que deverá ser feito por intermédio do endereço eletrônico culturaesa@smartsat.com.br.

Aproveitem a leitura!

Henrique Neves Mariano
Presidente da OAB/PE

Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Geral da ESA/PE

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A OAB/PE assegura a educação continuada e o aperfeiçoamento profissional dos advogados pernambucanos. Mais uma vez toma iniciativa nesse sentido: a Escola Superior de Advocacia - Prof. Ruy Antunes firmou parceria com a Faculdade Joaquim Nabuco para a realização de três cursos de pós-graduação oferecendo condições especiais para advogados e bacharéis. Os alunos aprovados nos cursos terão seus artigos publicados em edição especial da Revista Advocatus.

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO

DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Aulas: quinzenais, sempre aos sábados

Horário: 8h às 17h

Local: Faculdade Joaquim Nabuco (Av. Guararapes, 203 - Santo Antônio)

Matrículas:

ESA-PE – Rua do Imperador, 307 - 1º andar
Santo Antônio - Fones: 81.3224.7282 / 3224.2425
E-mail: posesape.joaquimnabuco@gmail.com

Investimento:

Matrícula - R\$ 150,00 à vista +
18 mensalidades de R\$ 150,00
(pagamento com cheques pós-datados)

REALIZAÇÃO:



PROMOÇÃO:



José Fernandes de Lemos

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

Novos rumos para o Judiciário em Pernambuco

No exercício da judicatura há quase 30 anos e ex-presidente da Associação dos Magistrados de Pernambuco (AMEPE), o desembargador José Fernandes de Lemos tem enfrentado desafios na presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, cargo que ocupa desde o dia 10 de fevereiro de 2010. José Fernandes é considerado um juiz rigoroso, determinado e comprometido com a qualidade da prestação jurisdicional. Nas sessões e nos corredores do TJPE, defende medidas como o funcionamento do foro em dois turnos e a mudança do sistema de ponto para os funcionários do Judiciário.

Nesta entrevista à Revista Advocatus, concedida no dia 3 de setembro de 2010, em seu gabinete, José Fernandes de Lemos diz que pretende realizar novo concurso para juiz de direito, aponta as dificuldades burocráticas que está enfrentando para transferir a sede do TJPE para o bairro da Ilha Joana Bezerra, revela detalhes da ideia de abrigar os juizados especiais do Recife em um único prédio, no bairro da Imbiribeira, e fala com abertura e franqueza sobre temas como a relação dos juizes com os advogados e o lobby, tema polêmico na advocacia.

REVISTA ADVOCATUS - Os fóruns em Pernambuco não têm um horário único de funcionamento. Dentro da própria Região Metropolitana do Recife (RMR) há fóruns com horários diferentes. Essa não é uma situação prejudicial aos advogados e ao público?

JOSÉ FERNANDES DE LEMOS - Os horários hoje não são unificados. Eles se adaptam segundo a conveniência da cidade, de cada município. É difícil fazer essa implantação de um horário único exatamente por isso. Porque há municípios que têm uma vocação de funcionamento pela manhã, porque ali já funciona a feira, o horário bancário é pela manhã e quando se transfere o expediente para tarde gera-se um impacto muito grande perante a comunidade e os próprios integrantes da OAB de cada município, eles mesmos questionam muito isso.

RA - Existe alguma possibilidade de ampliação do horário de funcionamento do foro, para dois turnos, por exemplo?

JF - Esse é um projeto meu e já venho trabalhando nele há alguns anos. As propostas que eu apresentei para elevação do horário de funcionamento para 8 horas, eu perdi na Corte por três votos. Eu continuo lutando por essa proposta, mas sempre lembrando que ela encontra uma resistência muito grande dentro da instituição.

RA - Em relação aos juizados especiais, eles foram criados para acelerar um pouco a tramitação dos processos. Porém, há audiências hoje

sendo marcadas para 2011, e a população e os advogados sabem da questão da morosidade da própria justiça. Há algo que possa ser feito para mudar esse quadro?

JF – Os juizados, hoje, estão pagando o preço do sucesso que eles tiveram anteriormente. Como o sucesso foi muito grande, houve uma convergência, uma duplicidade, um aumento considerado das demandas perante os juizados e eles não estavam, portanto, estruturados para esse excesso de demanda. O que nós estamos fazendo é ampliar e está dentro do meu projeto centralizar todos os juizados em um prédio na avenida Mascarenhas de Moraes, no bairro da Imbiribeira, o que vai facilitar a atuação jurisdicional dos defensores públicos, dos advogados e também o próprio funcionamento da justiça.

RA – O senhor acredita que isso vai acelerar os processos?

JF – Isso acelera porque muitas audiências são adiadas porque o defensor não pode comparecer, por exemplo. Eu quero dizer o seguinte, o defensor que está ali em Casa Amarela não pode fazer uma audiência e se deslocar para outro ponto com cinco quilômetros de distância. Então a centralização, embora em princípio possa parecer prejudicial ao jurisdicionado é benéfica. Porque ali estaria toda a estrutura do Poder Judiciário.

RA – Existe prazo para inauguração desse prédio?

JF – Desde fevereiro deste ano nós lutamos para alugar um prédio. Agora, o que ocorre é que na administração tudo é muito difícil, esse processo de locação sempre encontra dificuldades. Basta um dos proprietários do imóvel ter qualquer dívida perante o Fisco que já não se pode contratar. Foram inúmeras as vezes que nós tentamos fazer locações e não pudemos realizar. Somente agora que encontramos esse prédio na Imbiribeira, que é um prédio que permite acomodar todos os juizados especiais cíveis e das relações de consumo, os futuros juizados da fazenda e os colégios recursais cíveis e o criminal, numa boa localização, com bom estacionamento, é que nós estamos vencendo algumas dificuldades para fazer essa locação.

RA – Há, também, a questão do ponto eletrônico nos fóruns. Há alguma possibilidade de essa medida ser implementada? Por exemplo, nesse prédio onde vão funcionar todos os juizados, a implantação dessa medida seria facilitada.

JF – Essa questão do ponto eletrônico, seja por meio biométrico ou através das impressões digitais, nós observamos que não é fácil de implantar. Porque não é fácil mudar uma cultura de anos em que não se tem com rigor uma fiscalização. E quando se quer impor algo dessa ordem, encontra-se uma resistência muito grande. Há casos em que até alguns aparelhos que tomam o registro desses

pontos já foram danificados.

RA – Então o senhor acha essa medida difícil de implementar?

JF – Difícil, mas não impossível. E eu não abro mão dela.

RA – É uma de suas metas?

JF – Está dentro de minhas metas. Agora, fazer através de outras vertentes como catracas eletrônicas, porque na prática observou-se que com o ponto biométrico é fácil de fazer a burla.

RA – Esse prédio novo da central dos juizados pode ser um projeto-piloto para isso?

JF – Ele vai começar com esse projeto-piloto. Eu diria que o nosso projeto é instalar a centralização dos juizados, todos eles já na forma virtual com o processo eletrônico.

RA – Agora, falando um pouco na carência de magistrados no Estado, há cargos vagos? Há possibilidades de novos concursos para juízes em Pernambuco?

JF – O Judiciário se encontrava com um edital travado, aguardando a autorização do Conselho Nacional de Justiça há mais de um ano. Somente agora, alguns dias passados, é que nós tivemos a liberação desse edital. E possivelmente até o final do ano o concurso terá início, para prover essas vagas que hoje eu acredito que estão em torno de 70.

RA – E há previsão de quando será realizado o concurso? E se o chamamento é imediato?

JF – Nós conseguimos uma grande vitória, que é transferir a realização de todas as fases desse concurso para a Fundação Carlos Chagas, evitando que ele fosse feito por pessoas daqui da estrutura, o que gera, na maioria das vezes, muita polêmica. Eu acredito que tenha sido um grande avanço e, por essa nova sistemática, é possível saber o dia que ele termina e quando poderá ser, com razoável segurança, a data da nomeação dos magistrados.

RA – O concurso acontecerá este ano ainda ou só em 2011?

JF – Eu estou lutando para ele acontecer ainda este ano, porque a publicação do edital, possivelmente, eu farei já neste mês de setembro.

RA – Em relação aos novos magistrados que devem ingressar no Judiciário pernambucano, qual a sua expectativa? O que se sente é que, hoje, há profissionais que buscam ser juízes por vocação e outros pelos atrativos financeiros. Que cenário o senhor imagina para essas pessoas que querem entrar, e entram, na carreira?

JF – Essa é uma resposta que é difícil de dizer. Nós temos, hoje, um formato de concurso com uma prova dessas em que se exige quase que exclusivamente a capacitação. A

situação dessa pergunta que você está me fazendo na prática ocorre. Pessoas que veem a magistratura muito mais pelo atrativo financeiro, e não pela vocação. Isso se demonstra nos anos de início da magistratura, vai-se tendo essas observações. Hoje, eu estou esperando que o exame psicotécnico seja capaz de detectar pessoas que, embora tenham grande capacidade intelectual, não tenham capacidade emocional para exercer a magistratura. Essa é uma preocupação, particularmente, minha.

RA – Em relação aos horários de trabalhos dos juízes, existe alguma fiscalização, ou vai existir alguma fiscalização mais efetiva?

JF – Há atualmente uma grande dificuldade exatamente dessa fiscalização, sobretudo quando o Conselho Nacional de Justiça diz, hoje, que o magistrado tem um expediente mais livre, que ele possa fazer o expediente dele. Mas a Lei Orgânica da Magistratura exige que o magistrado rigorosamente compareça ao expediente. E nós estamos desenvolvendo um trabalho junto à Corregedoria de Justiça para ver se conseguimos melhorar esse quadro de ausência de magistrados.

RA – Há, atualmente, uma avaliação de desempenho dos desembargadores, dos juízes, onde há uma preocupação com a quantidade de processos julgados. Como o senhor vê essa preocupação do Judiciário com as estatísticas versus a análise qualitativa desse material?

JF – Nós temos que desenvolver a nossa gestão de modo a desburocratizar, minimizar tudo isso que cause entraves à realização da justiça. Quando você tem uma análise quantitativa muito elevada, tem alguma probabilidade de haver, do ponto de vista qualitativo, alguma diminuição. O que a gente pede, hoje, aos magistrados é que eles evitem fazer doutrina na sentença, que eles reservem esses trabalhos doutrinários para publicação de um livro e redijam a sentença somente para dirimir aquele conflito que foi levado a julgamento.

RA – Mas eles têm uma avaliação de desempenho pela quantidade. Alguns advogados reclamam, já que a preocupação dos juízes tem sido em relação à quantidade.

JF – Eu teria preocupação com essa baixa qualidade se houvesse um número elevado de reformas das decisões e sentenças. Como esses recursos que são levados aos tribunais demonstram, na maioria das vezes, que em uma quantidade significativa essas sentenças são mantidas, então eu acho que não há por que ter questionamento quanto a esse aspecto qualitativo.

RA – A população tem assistido a um movimento de punição de juízes que cometem irregularidades. Isso era pouco visto. Em Pernambuco, o TJ também tem apurado fatos e está punindo situações verificadas como relevantes e faltosas. Esse movimento se deve a quê?

JF – Eu acho que houve uma mudança substancial em toda a estrutura do Poder Judiciário no Brasil, nos últimos 10 anos. Pernambuco não ficou ao largo disso. É verdade que alguns anos atrás era muito difícil punir um magistrado, mas o que eu posso dizer nos dias hoje é que essa cultura mudou completamente. Nós temos o exemplo em Pernambuco de magistrados que foram afastados e já estão exonerados. Que a Corte do Tribunal de Justiça, após assegurar toda a ampla defesa, todo o contraditório, afastou alguns magistrados que não tinham conduta digna com exercício da magistratura.

RA – Há um caso de 2009 em que um juiz de uma comarca do interior deu uma ordem de prisão para advogados, chamou a polícia, houve uma discussão por conta dos autos. E a OAB entendeu que o advogado foi preso indevidamente. Essa conversa teria sido gravada e o juiz foi processado criminalmente pelo advogado. O juiz transacionou na esfera penal, o que pode ser interpretado como uma admissão tácita de culpa. Mas o TJ arquivou o processo. O senhor tem conhecimento desse episódio?

JF – Nesse episódio eu era Corregedor de Justiça e instaurarei portaria assegurando para o juiz o prazo para defesa, mas não cheguei a decidir pelo arquivamento. Terminou meu mandato na Corregedoria e eu acabei vindo para o Tribunal, assumindo a Presidência, mas eu tenho conhecimento desse episódio. De qualquer sorte, é importante registrar que, de acordo com a sistemática da Lei 9099/95, a transação penal não importa admissão ou reconhecimento de culpa.

RA – No geral, como o senhor vê essa relação dos advogados com os magistrados? Como senhor avalia isso hoje?

JF – Hoje, como sempre, desde que exerço a judicatura – eu estou na magistratura há 30 anos –, nunca tive qualquer problema com qualquer promotor ou com qualquer magistrado. Eu tenho um excelente relacionamento com magistrados e promotores. Eu acho que, no contexto geral, há um bom relacionamento dos juízes e advogados.

RA – Ainda falando das questões dos processos, há algum plano de ampliação no número de desembargadores aqui no Tribunal?

JF – O concurso visa aumentar o número de magistrados. Agora eu, nesse momento, não vejo necessidade do aumento no Tribunal. O que nós precisamos no Tribunal possivelmente é procurar, cada um onde é possível, quebrar paradigmas antigos de modo a tornar os julgamentos mais céleres. O que precisamos, hoje, é diminuir muito a discussão e se chegar a um resultado final mais rápido. Isso seria um caminho em que poderíamos chegar a um Tribunal com a mesma composição que nós temos hoje com resultados maiores em termos quantitativos.

RA – Está sendo feito algum trabalho para esse aumento de varas? Algum estudo está sendo feito, esse prédio que será construído vai contribuir para isso?

JF – A organização judiciária criou várias varas. Elas não foram ainda instaladas, porque ainda falta o elemento principal que é o juiz. Somente após esse concurso é que eu poderei fazer a instalação de várias varas, inclusive no interior do Estado.

RA – Ainda falando sobre a relação dos juizes e advogados, muitos advogados reclamam de uma certa pressão junto aos tribunais no Brasil inteiro e até falam da atuação de lobistas junto ao Judiciário. Como vê essa questão?

JF – Isso é uma questão antiga, não é nova. Efetivamente existe. No entanto, há situações em que se interpreta que o advogado que comparece para pedir o agilização do seu processo estaria exercendo esse trabalho. Agora, eu posso dar esse testemunho, eu nunca tive qualquer influência para decidir em função dessa procura, dessa insistência, de pedidos de advogados. E, eu digo, é natural, o advogado deve trabalhar assim mesmo, procurando que o caso seja julgado com a maior brevidade possível. Isso faz parte do trabalho do advogado, de modo que esse comportamento eu não vejo como um lobby no sentido de influenciar na decisão. Eu vejo isso por uma ótica de agilizar o julgamento, é assim que vejo.

RA – Quais são suas metas, a partir de agora?

JF – Eu tenho um exemplo muito grande da Corregedoria. Quando fui da Corregedoria eu elegi 70 metas para cumprir. Com seis meses de mandato eu reduzi para 50. Com mais cinco meses eu reduzi essas metas todas para 20. E terminei meu mandato muito agradecido, com o cumprimento de quatro. Porque vi que não era fácil fazer tudo aquilo, com o excesso de burocracia para tudo. Passei na Corregedoria dois anos e nunca consegui inaugurar um galpão para fazer um estacionamento para os magistrados que trabalham aqui no centro da cidade. Porque tudo que se vai fazer é um excesso de burocracia. Por exemplo, a construção das torres que serão a nova sede do Tribunal, estamos desde fevereiro lutando para aprovar o projeto de lei que libera a nossa licença de construção. Então muita coisa a gente elege e esbarra nesse tipo de dificuldade. De modo que, agora na Presidência, eu cheguei mais cauteloso. Cauteloso no sentido de diminuir o número desses projetos, mas executar aqueles que eu eleger e me segurar naqueles em que serei vitorioso. Então desses projetos que eu elenquei, estou preferindo centrar forças em três ou quatro programas, a fazer um projeto mais amplo e não ter como executar. Nós estamos com 42 fóruns para construir e para construir um fórum é uma luta que passa pela compra do terreno até a conclusão do processo licitatório. É uma etapa muito árdua.

RA – Pode elencar que programas objetivamente são esses que o senhor elegeu?

JF – O programa do processo eletrônico; a construção de alguns fóruns em algumas cidades que estão em situação precária é também uma meta que eu não abrirei mão. A desburocratização do Tribunal no sentido de se mitigar, de se minimizar, de se tornar mais simples vários procedimentos administrativos que nós temos, nós estamos buscando a simplificação desses procedimentos. A publicação de um acórdão que antes levava seis meses, nós conseguimos que ele seja publicado até um dia após a audiência. Então, são esses avanços pequenos que se pode observar em um procedimento aqui, outro ali, que no conjunto vão representar uma grande melhora. Livros de acórdãos que eram feitos, nós suprimimos esses livros. Foi uma decisão que nós tomamos para que o acórdão fosse feito de forma eletrônica, ou seja, ele é feito de uma forma mais rápida, mais segura, sem essa demanda de muito trabalho humano.

RA – Então o senhor tem muito trabalho pela frente.

JF – Eu chego ao Tribunal às 9 horas e nunca saio antes das 21h, passo o dia ocupado com essas mil coisas. A cada momento é uma matéria diferente. Agora estou dando essa entrevista, daqui a 20 minutos vou tratar do orçamento do Tribunal, daqui a uma hora vou tratar do Fórum de Cortês, à tarde vou tratar do julgamento da Corte e é assim... O dia todo ocupado com as coisas mais variadas.

RA – Esse exemplo que o senhor citou do Fórum de Cortês diz respeito aos fóruns que foram devastados com as chuvas, com as enxurradas. Como está sendo essa recuperação?

JF – Eu diria que o Governo do Estado me surpreendeu, porque depois do episódio, eu consegui as verbas dentro de 48 horas. Dentro de 30 anos de judicatura eu nunca vi isso. E não obstante já tenha decorrido 60 dias eu não consegui ainda dar início à construção – e já com o dinheiro –, pelo excesso de burocracia que nós temos.

RA – O senhor está tentando agilizar isso...

JF – É o excesso de burocracia que estou lhe dizendo. Numa licitação, qualquer coisa é um impasse e tem que se fazer de novo. É uma dificuldade extrema. Só quem está dentro da administração sabe como é difícil se executar uma obra dessa.



Hebron Costa Cruz de Oliveira

Palavra do Diretor-financeiro

A partir do ano de 2007, a OAB/PE mudou a olhos vistos. Uma mudança para muito melhor, diante dos olhos dos mais de 20.000 advogados que, em maior ou menor intensidade, participaram de uma transformação de conceito institucional e de forma de atuação da entidade.

Inúmeras foram as conquistas das gestões anterior e atual, com a criação de novos serviços, ampliação e interiorização de benefícios, profissionalização do atendimento, além de diversos investimentos em estruturação e aparelhamento da Seccional e das Subseccionais, incluída, aí, a inauguração de dezenas de salas de advogados nos fóruns de todo o estado.

Os avanços também se deram no âmbito administrativo-financeiro da entidade, que hoje é marcado pela seriedade, eficiência e responsabilidade, resultado da memorável atuação da diretoria anterior, o que permitiu o saneamento de parcela significativa das dívidas e restrições que recaíam sobre a OAB/PE.

No entanto, muito pode e ainda precisa ser feito.

O grande desafio que encontramos no início desta gestão foi justamente de ordem financeira, principalmente em face do significativo acúmulo, ao longo dos anos, de débitos junto à entidade.

Então, nosso primeiro ato foi propor regulamentação, com base nas disposições gerais do Código Civil, para o cálculo dos débitos junto à entidade, o que foi aprovado e se encontra na Resolução 001/2010 (22/02/2010), do Conselho Pleno da Seccional.

Paralelamente, dois passos foram dados: levantamento e conferência das anuidades e débitos em aberto a partir de 2005 (não atingidos pela prescrição quinquenal - o vencimento da anuidade integral é no dia 31 de outubro de cada ano respectivo); e, a partir disso, o envio de comunicado a todos os advogados indicados como “em aberto”, solicitando confirmação das informações e, no caso afirmativo, convocando-os para o pagamento negociado.

Encaminhamos ao Conselho Pleno da OAB/PE proposta de resolução (Resolução 002/2010, de 29/03/2010), unanimemente aprovada, que implantou o

Plano de Inclusão Institucional - PI/2010, no qual era facultado o parcelamento de débitos em até 30 (trinta) vezes.

O PI/2010 foi amplamente divulgado e ficou aberto para adesões de 05/04/2010 a 31/08/2010.

Agora, com o apoio unânime do Colégio de Presidentes de Subseccionais, realizado na cidade de Garanhuns/PE, inauguramos uma nova fase, inédita na história da OAB/PE, com a promoção das ações executivas judiciais de cobrança dos débitos em aberto.

Até o final do mês de outubro, serão distribuídas todas as ações executivas que envolvam débitos e anuidades do ano de 2005, acumulados ou não com os anos posteriores. Temos como meta, ainda, a promoção, até o final deste ano, das demais ações judiciais referentes aos débitos dos anos de 2006 e seguintes.

Por óbvio, não serão promovidas as ações relativas aos débitos negociados ou aos casos pendentes, que possuam requerimentos administrativos ou que se enquadrem em hipóteses excepcionais normativamente previstas.

Importante lembrar que os valores recebidos pela Seccional não são crédito exclusivo dela, pois entram necessariamente num regime de compartilhamento obrigatório com o Conselho Federal, o Fundo Cultural, o Fundo de Integração e Desenvolvimento Assistencial do Advogado - FIDA e a Caixa de Assistência dos Advogados (arts. 56 e 57, do Regulamento Geral do Estatuto e da Advocacia e da OAB). Por isso, a remissão e a isenção dos débitos devem atender à legislação em vigor, sob pena de responsabilidade pessoal dos administradores que, indevidamente, as concederem.

Pari passu, o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/PE vem ganhando corpo e estruturação para atuar, no âmbito disciplinar, de acordo com a importante função a ele destinada.

Entendemos tais providências como necessárias ao correto e pleno funcionamento da entidade que, dentre outras importantíssimas funções, busca caracterizar-se como centro de excelência na prestação de serviços a toda a classe de advogados do estado. E, sem a contribuição de todos, sempre haverá sacrifícios de pessoas, de serviços e de atividades.

Todo o esforço que estamos desenvolvendo (e aí incluo a diretoria, a gerência-geral e todo o corpo funcional) é no sentido de aprimorar cada vez mais a OAB/PE. Fazer com que ela funcione melhor, atenda melhor, amplie e intensifique o seu alcance a todos os advogados do estado de Pernambuco.

Muito ainda falta por fazer, é certo, mas nossa obrigação é, ao final da gestão, entregar aos advogados pernambucanos e àqueles que serão nossos sucessores uma OAB melhor, mais transparente, mais equilibrada e mais atuante.

Hebron Costa Cruz de Oliveira

Advogado e Diretor-financeiro da OAB/PE



Roney J. Lemos Rodrigues de Souza



Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco

Prezado (a) colega,

É com grande alegria que aproveito essa edição da prestigiosa revista *Advocatus* para mantê-lo(a) informado(a) sobre os vários benefícios que a CAAPE - Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco oferece à Advocacia Pernambucana.

Um abraço,

Roney Lemos
Presidente da CAAPE

TAM CARGO

Pensando na comodidade do(a)s advogado(a)s, a OAB/PE e a CAAPE firmaram um convênio com a TAM Cargo para transporte de materiais, por meio do qual será oferecido um desconto de 10% nos serviços Próximo Voo e 15% no serviço Próximo Dia (com coleta e entrega em domicílio), utilizados entre as cidades atendidas diretamente pela TAM, exceto Boa Vista, Imperatriz, Marabá, Macapá, Porto Velho, Santarém, Rio Branco e Palmas (local da feira).

FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA.

Descontos exclusivos em toda linha de automóveis da marca FORD, conforme condições mensalmente disponibilizadas pela montadora.

AUTO LINE VEÍCULOS LTDA – HONDA

Fornecimento de automóveis da HONDA de acordo com preço de Tabela para frotista porte II, publicada pela Concessionária AUTOLINE HONDA. Oferece ainda 5% de desconto, em acessórios adquiridos e instalados no ato da compra do automóvel.

UNIVERSIDADE DE CASTILLA – LA MANCHA (ESPANHA) – CURSOS DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

O convênio firmado pela CAAPE com a Direção Acadêmica dos Cursos de Pós-graduação em Direito, que serão realizados no mês de Janeiro de 2011 na cidade de Toledo, Espanha, oferece descontos de 5% sobre o valor oficial da matrícula, para grupos de três a cinco pessoas; 10% sobre

o valor da matrícula, para grupo de seis a dez pessoas; 20% sobre o valor da matrícula para grupo de mais de dez pessoas. A matrícula poderá ser realizada através do site: www.uclm.es/postgrado.derecho

ASSOCIAÇÃO HISPANO-BRASILEIRA INSTITUTO CERVANTES

A OAB-PE, através da Caixa de Assistência aos Advogados de Pernambuco (CAAPE), firmou convênio com a Associação Hispano-Brasileira Instituto Cervantes para oferecer descontos especiais nos cursos de espanhol aos advogados e estagiários adimplentes com a entidade. Os descontos são de 10% para pagamento à vista e 5% no parcelado. O Instituto Cervantes é o órgão oficial espanhol que emite o Diploma de Espanhol como Língua Estrangeira (DELE) - que é o certificado de maior importância mundial sobre a proficiência deste idioma.

PROMAD - PROGRAMA NACIONAL DE MODERNIZAÇÃO DA ADVOCACIA

Eficiência e Competitividade para a sua Advocacia. É isso que o PROMAD - Programa Nacional de Modernização da Advocacia pretende trazer aos Advogados de Pernambuco. Fruto de um convênio firmado com a OAB e a CAAPE, o PROMAD ajuda você a modernizar a sua Advocacia. Agora, o Advogado pernambucano, regularmente inscrito, na OAB/PE poderá criar o site de seu escritório na internet e, mais que isso, passar a utilizar gratuitamente um software jurídico para gerenciar seu escritório e seus processos. Os serviços são disponibilizados gratuitamente pelo período de 06 (seis) meses a até 02 (dois) anos, este último prazo para os Jovens Advogados. Para participar do PROMAD, basta acessar o site oficial na internet - www.promad.adv.br - e realizar o seu cadastro.

WALMART BRASIL

Nos itens das categorias Livros, Móveis, Beleza & Saúde, Relógios & Telefonias, Esportes & Lazer e DVDs & Blu-Rays o desconto é de 10%. O percentual de abatimento é o mesmo para os produtos de Utilidades Domésticas e Cine & Foto, mas nessas duas áreas os clientes ainda podem ficar isentos de frete nas compras acima de R\$ 49,90 e R\$ 99,90, respectivamente. Outros cinquenta mil produtos do site estão sendo vendidos com uma redução de 5% no valor.

Para conhecer mais sobre as vantagens, novidades e promoções da loja virtual do Walmart Brasil, o associado da CAAPE pode acessar o hotsite da parceria: www.walmart.com.br/oab-pe ou realizar a compra pelo tele vendas 3003-6000, informando o código "OAB-PE".

LIVRARIA DA CAAPE BY EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Desconto de 20% sobre o preço de capa das obras disponibilizadas para venda, cujo pagamento poderá ser parcelado por meio do cartão de crédito. A livraria oferecerá,

periodicamente, obras com descontos promocionais de até cinquenta por cento sobre o preço de capa das mesmas. Não haverá descontos sobre o preço de venda das assinaturas das revistas especializadas de doutrina e jurisprudência, editadas em mídia impressa, bem como digitalizada e on-line, pela RT, embora possa oferecer condições especiais de compra ou de renovação das assinaturas aos advogados e estagiários. A livraria da CAAPE está localizada na Rua Frei Matias Teves, nº 280, térreo, Empresarial Albert Einstein, Recife/PE. As compras também podem ser efetuadas por meio da internet (www.caaape.org.br).

OAB/PREV

Plano de previdência privada complementar, constituído em parceria com a OAB/Prev - SP, administrado e comercializado, respectivamente, pela Icatu - Fundos de Pensão e Mongeral Aegon Seguros e Previdência.

HOTEL PORTAL DE GRAVATÁ

Desconto de 20% nas diárias com café da manhã incluso, de segunda à sexta-feira e desconto de 15% da sexta-feira à domingo, exceto para pacotes especiais ou feriados prolongados como: Carnaval, Semana Santa, São João e os meses de férias de janeiro e julho.

FARMÁCIA ROVAL

Desconto de 10% para pagamentos à vista (em espécie, cheque para o dia ou cartão de débito) nos serviços de manipulação de medicamentos e/ou manipulação de cosméticos.

INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO E APERFEIÇOAMENTO JURÍDICO – IDAJ

Desconto de 10% em cursos preparatórios para concursos; 10% para cursos de aperfeiçoamento (disciplinas isoladas) e 5% para cursos de pós-graduação lato sensu.

DIVÓRCIO: A EC-66 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Paulo Lôbo

Doutor em Direito Civil pela USP. Advogado. Ex-Ministro Conselheiro do CNJ. Membro da International Society of Family Law e diretor do IBDFAM.

RESUMO

Investigação das consequências jurídicas da aprovação em 2009 da proposta de emenda constitucional, que altera os requisitos para o divórcio no Brasil. Sustenta-se a extinção da separação judicial e a revogação das normas infraconstitucionais que a regulam, por total incompatibilidade com a dissolução do casamento pelo divórcio, única via tutelada pela nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição. Esclarece-se como pode ser promovido o divórcio, abstraído de causas subjetivas, principalmente da culpa, ou mesmo objetivas.

Palavras-chaves: divórcio; separação judicial; casamento.

SUMÁRIO

1. A alteração constitucional; 2. Um pouco da história da “PEC do divórcio”; 3. Extinção da separação judicial; 4. Extinção das causas subjetivas e objetivas; 5. Insubstância do discripe entre dissolução da sociedade e do vínculo conjugal; 6. Legislação remanescente sobre o divórcio e seus efeitos essenciais; 7. Tipos de divórcio e suas características; 8. Situação dos separados judicialmente e ainda não divorciados; 9. Normas revogadas do Código Civil; 10. Procedimentos do divórcio judicial e da separação de corpos.

1. A ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Emenda Constitucional 66/2010 protagoniza a mais simples e intensa regulamentação constitucional da dissolução do casamento, por decisão livre dos cônjuges. Fecha o ciclo iniciado em 1977 com a Lei do Divórcio. O parágrafo 6º do art. 226 da Consti-

tuição passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Comparemos com a redação originária de 1988:

“§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Ou com a redação da Constituição de 1967-69, introduzida em 1977 em relação ao art. 175:

“§ 1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Assim, temos a seguinte evolução:

a) em 1977, a separação judicial era requisito necessário e prévio para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação do prazo de três anos daquela; não havia, portanto, divórcio direto;

b) em 1988, a separação judicial deixou de ser requisito para o divórcio, passando a ser facultativa, tendo duas finalidades: 1. ser convertida em divórcio, após um ano da decisão da separação judicial (ou da separação de corpos), o que a tornava em requisito por decisão dos cônjuges; 2. permitir a reconciliação dos separados, antes do divórcio por conversão; o divórcio direto, por sua vez, dependia de requisito temporal (dois anos) da separação de fato;

c) em 2010, com a EC-66, a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão ao divórcio; desapareceu, igualmente, o requisito temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, tanto por mútuo consentimento dos cônjuges, quanto litigioso.

2. UM POUCO DA HISTÓRIA DA “PEC DO DIVÓRCIO”

A “PEC do Divórcio”, origem da EC-66, resultou de proposta elaborada por grupo de juristas, sob patrocínio da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família-IBDFAM, encampada, em 2005, pelo Deputado

Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005), e reapresentada em 2007 pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/2007). A redação proposta era a seguinte:

“§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”

Em boa hora, a Câmara dos Deputados, durante a votação nos dois turnos em plenário, suprimiu as expressões em itálico. Por certo, o texto resultante ficou mais adequado ao espírito da proposta, particularmente no que concerne à remissão à lei infraconstitucional. A norma passou a ter eficácia imediata e direta – e não contida –, sem os riscos de limitações que poderiam advir de lei ordinária, inclusive com a reintrodução dos requisitos subjetivos (culpa) ou até mesmo de prévia separação judicial, o que configuraria verdadeira fraude à Constituição.

É certo que a interpretação histórica ou autêntica é sempre considerada com as cautelas devidas, pois, mais que a mens legislatoris, o direito se afirma com a mens legis. Mas não pode ser desconsiderada. A doutrina especializada confere-lhe importante papel, até mesmo como orientadora da própria mens legis, como procuraremos investigar a seguir. Daí ser imprescindível recordar o cerne da justificativa que fundamentou a decisão do legislador constituinte, contida na proposta de emenda constitucional:

“Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação”.

Extraem-se daí duas significativas finalidades:

I - A extinção da separação judicial;

II – A extinção das causas subjetivas (culpa) e até mesmo de causas objetivas (tempo).

3. EXTINÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

É possível argumentar-se que a separação judi-

cial permaneceria enquanto não revogados os artigos que dela tratam no Código Civil, porque a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição não a teria excluído expressamente. Mas esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma.

Como se demonstrou, a inserção constitucional do divórcio evoluiu da consideração como requisito prévio ao divórcio até sua total desconsideração. Em outras palavras, a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.

No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente.

No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges.

No plano da interpretação teleológica, indaga-se sobre quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Consequentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do

casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de quantum despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.

Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem. Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social. É da tradição de nosso direito o que estabelece o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns.

4. EXTINÇÃO DAS CAUSAS SUBJETIVAS E OBJETIVAS

A nova redação da norma constitucional tem a virtude de pôr cobro à exigência de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento sobretudo da formação dos filhos comuns. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, como “absoluta prioridade” (art. 227 da Constituição), dificilmente consegue ser observado, quando a arena da disputa é alimentada pelas acusações recíprocas, que o regime de imputação de culpa propicia.

O divórcio sem culpa já tinha sido contemplado na redação originária do § 6º do art. 226, ainda que dependente do requisito temporal. A nova redação vai além, quando exclui a conversão da separação judicial, deixando para trás a judicialização das histórias pungentes dos desencontros sentimentais.

O direito deixa para a história da família brasileira essa experiência decepcionante de alimentação dos conflitos, além das soluções degradantes proporcionadas pelo requisito da culpa. Os direitos legítimos eram aviltados em razão da culpa do cônjuge pela separação: os filhos tinham limitado o direito à convivência com os pais considerados culpados; o poder familiar era reduzido em razão da culpa; os alimentos eram suprimidos ao

culpado, ainda que deles necessitasse para sobreviver; a partilha dos bens comuns era condicionada à culpa ou inocência. O Código Civil de 2003 reduziu bastante esses efeitos, mas não conseguiu suprimi-los de todo: o culpado perde o direito ao sobrenome do outro (art. 1.578); os alimentos serão apenas o necessário à subsistência para o culpado (art. 1.694); o direito sucessório é afetado se o cônjuge sobrevivente for culpado da separação de fato (art. 1.830).

Frise-se que o direito brasileiro atual está a demonstrar que a culpa na separação conjugal gradativamente perdeu as consequências jurídicas que provocava: a guarda dos filhos não pode mais ser negada ao culpado pela separação, pois o melhor interesse deles é quem dita a escolha judicial; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges; os alimentos devidos aos filhos não são calculados em razão da culpa de seus pais e até mesmo o cônjuge culpado tem direito a alimentos “indispensáveis à subsistência”; a dissolução da união estável independe de culpa do companheiro.

A culpa permanecerá em seu âmbito próprio: o das hipóteses de anulabilidade do casamento, tais como os vícios de vontade aplicáveis ao casamento, a saber, a coação e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. A existência de culpa de um dos cônjuges pela anulação do casamento leva à perda das vantagens havidas do cônjuge inocente e ao cumprimento das promessas feitas no pacto antenupcial (art. 1.564 do Código Civil).

Também são extintas as causas objetivas, ou seja, aquelas que independem da vontade ou da culpa dos cônjuges. Para a separação judicial havia duas causas objetivas: a) a ruptura da vida em comum há mais de um ano; b) a doença mental de um dos cônjuges, deflagrada após o casamento. Para o divórcio direto, havia apenas uma: a separação de fato por mais de dois anos. Todas desapareceram. Não há mais qualquer causa, justificativa ou prazo para o divórcio.

Se houve erro sobre a pessoa do outro cônjuge, revelado após o casamento e utilizado como motivação do pedido, a hipótese é de anulação do casamento e não do divórcio. Portanto, não há espaço no pedido de divórcio para qualquer explicitação de causa subjetiva ou objetiva; simplesmente, os cônjuges resolvem se divorciar, guardando para si suas razões. E podem fazê-lo logo após o casamento, sem aguardar qualquer prazo. Essa circunstância levará certamente ao desuso a anulação do casamento, permanecendo apenas as hipóteses de nulidade, pois estas independem da vontade dos cônjuges. A anulação era utilizada logo após o casamento, principalmente porque não dependia de prazo de separação de fato, que eram requisitos da separação judicial e do divórcio direto.

5. INSUBSISTÊNCIA DO DISCRIME ENTRE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

Dado o princípio da indissolubilidade do casamento, de origem religiosa, o desquite, que vigorou até ao advento do divórcio no Brasil, em 1977, apenas gerava a dissolução da sociedade conjugal. O casamento ou o vínculo conjugal eram indissolúveis.

Com o fim da indissolubilidade do casamento, a Lei do Divórcio engendrou solução de compromisso entre os antedivorcistas e os divorcistas da época, convivendo, então, as duas modalidades: a dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo conjugal. Como vimos, a Constituição de 1988 manteve essa duplicidade, ainda que favorecendo a segunda.

Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões, perdeu sentido o caput do art. 1.571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: morte, invalidade do casamento, separação judicial e divórcio. Excluindo-se a separação judicial, as demais hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento; a morte, a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e a fortiori a sociedade conjugal.

A invalidade do casamento (nulidade e anulabilidade) merece explicação adicional. Suas peculiaridades fazem com que se distancie das regras gerais da invalidade do negócio jurídico, máxime no que concerne à validade dos efeitos do casamento nulo ou anulado (por exemplo, a relação de parentesco entre filhos e pais permanece, após a declaração de nulidade do casamento). Também, o casamento anulável pode ser convalidado pelo tempo ou por vontade dos nubentes (por exemplo, mediante confirmação do que não tinha idade núbil ao se casar, quando atinge a maioridade), ou quando advier gravidez. Todavia, fora dessas hipóteses de convalidação, quando o casamento é declarado judicialmente nulo ou anulado não sobrevive o vínculo conjugal. Assim, a consequência da nulidade ou anulação do casamento não fica contida apenas na dissolução da sociedade conjugal. Incompleto, portanto, o § 1º do art. 1.571 do Código Civil que apenas se refere à morte e ao divórcio como hipóteses de dissolução do casamento.

6. LEGISLAÇÃO REMANESCENTE SOBRE O DIVÓRCIO E SEUS EFEITOS ESSENCIAIS

Pode-se indagar se a nova norma constitucional provocou um vazio legislativo, que exija imediata regulamentação legal, tendo em vista que ela revogou todas as normas infraconstitucionais, principalmente as do Código Civil, relativas à dissolução da sociedade conjugal e seu instrumento, a separação judicial.

Entendemos que o ordenamento jurídico brasileiro, suprimindo-se todas as normas relativas à separação judicial, contempla a disciplina necessária ao divórcio e a seus essenciais efeitos: quem pode promover, como promover, guarda e proteção dos filhos menores, obrigação alimentar, manutenção do nome conjugal, partilha dos bens comuns. Não há qualquer vazio, nem necessidade de lei para regulamentar o que já está regulamentado, a saber (os artigos sem indicação são referentes ao Código Civil):

I – O art. 1.582 estabelece que o divórcio somente competirá aos cônjuges, o que significa dizer que terceiros não o podem fazer, exceto se aqueles forem incapazes para propor ação ou se defender, quando serão substituídos por curador, ascendente ou irmão. Por sua vez, o art. 24 da Lei 6.515, de 1977, estabelece que o divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do casamento religioso.

II – O art. 1.579 estabelece que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, ou seja, o poder familiar de cada genitor permanece, independentemente do tipo de guarda (unilateral ou compartilhada) ou de nova união (casamento ou união estável). Do mesmo modo, o art. 9º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com força de lei no Brasil, assegura o direito da criança de manter relações afetivas e contato direto com o genitor divorciado, com quem não resida.

III – Os arts. 1.583 a 1.589 e os arts. 1.689 a 1.693 tratam sobre as modalidades de guarda e proteção dos filhos menores dos pais divorciados, além da administração, alienação e oneração dos bens daqueles;

IV – O § 2º do art. 1.571, primeira parte, assegura o direito ao cônjuge divorciado de manter o nome de casado, ou seja, é sua a decisão, não podendo estar subordinada a qualquer requisito de inocência ou culpa, pois esta não prevalece no divórcio;

V – Quanto aos alimentos, o art. 1.694 prevê o direito ao cônjuge de pedir alimentos ao outro, desaparecendo a modalidade de alimentos de subsistência, pois estava vinculado à culpa pela separação. Já o art. 1.709 estabelece que o novo casamento do devedor não extingue a obrigação alimentar constante da sentença do divórcio. O direito dos filhos aos alimentos está previsto nos arts. 1.696 e seguintes.

VI – O art. 1.581 estabelece que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens. Os arts. 1.639 a 1.688 disciplinam os tipos de regimes de bens matrimoniais, que condicionam a partilha dos bens comuns.

VII – Na forma do art. 33 da Lei 6.515, de 1977, se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento, não sendo possível reconciliação para fins de restabelecer a sociedade conjugal, como ocorria com a separação judicial.

Portanto, o advento da nova norma constitucio-

nal não necessita de nova regulamentação infraconstitucional, pois as questões essenciais do divórcio estão suficientemente contempladas na legislação civil existente e nenhuma norma destinada à separação judicial ou à dissolução da sociedade conjugal podem ser aproveitadas, porque foram revogadas, em virtude de sua incompatibilidade com a dissolução do casamento pelo divórcio.

De lege ferenda, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2285/2007 (“Estatuto das Famílias”), cuidando de todas as matérias relativas ao direito de família, com visão inovadora e contemporânea, apontando para melhor regulamentação dessas matérias, ordenando de modo sistemático o divórcio e suas dimensões.

7. TIPOS DE DIVÓRCIO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Em razão da emenda constitucional, com o desaparecimento do divórcio por conversão, temos três tipos de divórcios: a) divórcio judicial litigioso; b) divórcio judicial consensual; c) divórcio extrajudicial consensual. Em todos os tipos, exige-se apenas a exibição da certidão de casamento e que as questões essenciais sejam definidas: guarda (preferencialmente compartilhada, por força da Lei 11.648, de 2008) e proteção dos filhos, sobrenome utilizado, alimentos e partilha dos bens. Permanece a regra do art. 1.581 que permite aos cônjuges deixar a partilha dos bens comuns, no divórcio judicial, para outra ocasião, sem prejuízo deste.

O divórcio judicial litigioso se caracteriza pela ausência de acordo dos cônjuges sobre a própria separação (um quer, outro não) ou sobre alguma ou todas as questões essenciais, que são potencialmente conflituosas. Ora divergem sobre o montante dos alimentos, ora sobre quem terá a guarda dos filhos comuns (ou até mesmo o local da residência, na guarda compartilhada) e o compartilhamento da convivência com eles, ora sobre a partilha dos bens, que tem sido o principal fator. Se a divergência resumir-se apenas à partilha, poderão os cônjuges submetê-la a processo autônomo. Somente sobre as questões essenciais pode haver contestação ao pedido, sendo inabíveis argumentos relacionados às causas da separação.

Se tiver havido ofensas ou danos morais ou materiais, os cônjuges devem discuti-los em processo próprio, segundo as regras comuns da responsabilidade civil, mas nunca em razão do divórcio. Se algum cônjuge sentir-se enganado pelo outro e ficar caracterizado o erro essencial sobre a pessoa deste, então será a hipótese de ação de anulação do casamento.

O divórcio judicial é a única via possível, quando houver filhos menores, ainda que os cônjuges estejam de acordo sobre todas as questões essenciais. Justifica-se pelo fato de os interesses das crianças e adolescentes serem considerados como indisponíveis, inclusive em relação aos pais, merecendo a vigilância do Ministério Público.

O divórcio judicial consensual continua como

opção para os cônjuges que não desejem a via extrajudicial. Tem por fito obter a homologação judicial. O juiz apenas verifica se o acordo resolve adequadamente as questões essenciais.

O divórcio extrajudicial consensual é realizado mediante escritura pública lavrada por notário, desde que os cônjuges estejam assistidos por advogado ou defensor público, quando forem cumpridos dois outros requisitos fundamentais: a) inexistência de filhos menores; b) acordo sobre todas as questões essenciais. As regras da Resolução 35/2007 do CNJ, relativamente à comprovação dos requisitos temporais, também foram alcançadas pela revogação, como reconheceu o CNJ, que modificou os dispositivos que os exigiam.

8. SITUAÇÃO DOS SEPARADOS JUDICIALMENTE E AINDA NÃO DIVORCIADOS

As normas relativas à separação judicial não podem ser interpretadas em conformidade com a Constituição, para as situações supervenientes à emenda constitucional decorrente da PEC do Divórcio, porque não foram por esta recepcionadas.

Sua utilidade radica, apenas, nas situações transitórias, no que interessar aos judicialmente separados, como a prevista no art. 1.577, que lhes faculta restabelecer a sociedade conjugal, por ato regular em juízo (ou mediante escritura pública, como facultam a Lei 11.441, de 2007, e a Res. 35/2007 do CNJ).

Os separados judicialmente (ou extrajudicialmente) continuam nessa qualidade, mantidas as condições acordadas ou judicialmente decididas, até que promovam o divórcio (direto), por iniciativa de um ou de ambos.

Como deixa de existir o divórcio por conversão, o pedido de divórcio (ou o divórcio consensual extrajudicial) deverá produzir todas condições estipuladas ou decididas na separação judicial, como se esta não tivesse existido, se assim desejarem os cônjuges separados, ou alterá-las livremente.

Não há direito adquirido a instituto jurídico, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal. Qualifica-se como instituto jurídico a separação judicial e seus efeitos, que podem ser revistos quando a nova norma dele não mais trata, ou seja com ela incompatíveis, como a restrição de direitos em decorrência de culpa pela separação. Consequentemente, as condições estipuladas ou decididas na separação judicial não são imutáveis e se não houver consenso dos cônjuges separados para mantê-las no pedido de divórcio, pode o juiz decidir de modo diferente, desde que observe o melhor interesse dos filhos menores.

9. NORMAS REVOGADAS DO CÓDIGO CIVIL

A Constituição revoga a legislação infraconstitucional antecedente, tanto a Constituição originária quanto a emenda constitucional. Diz-se, igualmente, que a norma

constitucional não recepcionou as normas infraconstitucionais com ela incompatíveis. Essa é a orientação que a experiência constitucional brasileira adotou, na jurisprudência e na doutrina especializada majoritárias. Em outros sistemas jurídicos (por exemplo, em Portugal) admite-se a inconstitucionalidade em razão de norma constitucional superveniente, voltando-se para invalidar as normas anteriores. No Brasil, a inconstitucionalidade apenas se volta contra normas infraconstitucionais posteriores. A revogação, em virtude de emenda constitucional, é ordinariamente implícita, o que abre campo para controvérsias.

A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição importa revogação das seguintes normas do Código Civil, com efeitos ex nunc:

I – Caput do art. 1.571, conforme já demonstramos, por indicar as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do vínculo conjugal, única via que a nova redação tutela. Igualmente revogada está a segunda parte do § 2º desse artigo, que alude ao divórcio por conversão, cuja referência na primeira parte também não sobrevive.

II – Arts. 1.572 e 1.573, que regulam as causas da separação judicial.

III – Arts. 1.574 a 1.576, que dispõem sobre os tipos e efeitos da separação judicial.

IV – Art. 1.578, que estabelece a perda do direito do cônjuge considerado culpado ao sobrenome do outro.

V – Art. 1.580, que regulamenta o divórcio por conversão da separação judicial.

VI – Arts. 1.702 e 1.704, que dispõem sobre os alimentos devidos por um cônjuge ao outro, em razão de culpa pela separação judicial; para o divórcio, a matéria está suficiente e objetivamente regulada no art. 1.694.

Por fim, consideram-se revogadas as expressões “separação judicial” contidas nas demais normas do Código Civil, notadamente quando associadas ao divórcio.

Algumas normas do Código Civil permanecem, apesar de desprovidas de sanção jurídica, que era remetida à separação judicial. É a hipótese do art. 1.566, que enuncia os deveres conjugais, ficando contido em sua matriz ética.

A alusão feita em algumas normas do Código Civil à dissolução da sociedade conjugal deve ser entendida como referente à dissolução do vínculo conjugal, abrangente do divórcio, da morte do cônjuge e da invalidade do casamento. Nessas hipóteses, é apropriada e até necessária a interpretação em conformidade com a Constituição (nova redação do § 6º do art. 226). Exemplifique-se com a presunção legal do art. 1.597, II, de concepção na constância do casamento do filho nascido nos trezentos dias subsequentes à “dissolução da sociedade conjugal”, que deve ser lida e interpretada como dissolução do vínculo conjugal. Do mesmo modo, o art. 1.721 quando estabelece que o bem de família não se extingue com a “dissolução

da sociedade conjugal”.

10. PROCEDIMENTOS DO DIVÓRCIO JUDICIAL E DA SEPARAÇÃO DE CORPOS

O divórcio consensual segue o procedimento previsto Código de Processo Civil, por força do § 2º do art. 40 da Lei 6.515, de 1977, excluídos os preceitos sobre a comprovação da separação de fato e sobre a produção de prova testemunhal e audiência de ratificação, porque incompatíveis com a supressão das causas subjetivas e objetivas decorrente da nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição.

O divórcio judicial litigioso deve observar o procedimento ordinário, de acordo com a regra do § 3º do art. 40 da Lei 6.515, de 1977, mas a instrução probatória será restrita às questões essenciais do cabimento e do quantum dos alimentos; de quem é mais apto à guarda unilateral dos filhos, se a guarda compartilhada não consultar o melhor interesse destes; e da existência e partilha dos bens comuns. Neste último caso, os cônjuges podem optar pelo procedimento autônomo de partilha, após o divórcio (art. 1.581 do Código Civil).

A sentença definitiva do divórcio judicial consensual ou litigioso apenas produz efeitos depois de registrada no registro público competente, como determina o art. 32 da Lei 6.515, de 1977.

Antes de mover a ação de divórcio judicial litigioso, poderá qualquer dos cônjuges, comprovando a necessidade, requerer a separação de corpos (art. 1.562 do Código Civil). Em virtude do desaparecimento das causas culposas e temporais, por força da nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição, o pedido de separação de corpos não mais tem a finalidade de legitimar a saída do cônjuge do lar conjugal, ou para os fins de contagem do tempo para separação consensual (um ano) ou para o divórcio direto (dois anos). Doravante, assume sua característica essencial como providência inevitável quando há ameaça ou consumação de violência física, psicológica ou social de um cônjuge contra o outro ou contra os filhos, para afastá-lo do lar conjugal, por via cautelar. E de acordo com o art. 888, VI, do CPC, a medida também pode ser autorizada pelo juiz na pendência da ação principal, para o fim do afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal.

MANDADO DE SEGURANÇA E DEMOCRACIA: APONTAMENTOS SOBRE O (DES)CUMPRIMENTO DOS OBJETIVOS DO II PACTO REPUBLICANO PELA LEI N. 12.016/09

Elpídio Donizetti Nunes

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais; Presidente da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais; Integrante da Comissão de Notáveis nomeada para elaboração de um novo CPC; Mestre em Direito Processual pela PUC/MG

1. MANDADO DE SEGURANÇA E DEMOCRACIA: UMA VISÃO HISTÓRICA

O mandado de segurança, afastada a discussão sobre sua gênese, apresenta interessante entrelaço com a democracia, como se a vivência democrática alimentasse o instituto, dotando-o de efetividade para combater a ameaça ou a violação a direito (líquido e certo) por ato de autoridade pública. E não seria diferente, porque constituem exigências da democracia a supremacia da vontade popular, a igualdade de direitos e, primordialmente, a preservação da liberdade¹.

Em raciocínio oposto, em períodos não democráticos, o mandado de segurança perde o viço, tendo sua amplitude mitigada, remodelada e reduzida, porque não é interessante ao detentor do poder ofertar ao cidadão remédio que poderá ser utilizado contra seus próprios atos.

A função do mandado de segurança, enquanto instituto intimamente imbricado ou, quiçá, derivado dos valores democráticos, consiste em instrumentar o indivíduo com meio hábil e eficaz a ser utilizado contra os excessos do Poder Público.

Ser garantia de direitos, eis a perfeita adequação do mandado de segurança aos cânones axiológicos da democracia, que somente viceja e se robustece onde há liberdade e igualdade. Esses valores – liberdade e igualdade –, a seu tempo, em um prisma de proteção, estão sob a tutela do mandado de segurança. É como se houvesse um movimento de influência e contrainfluência, em que a democracia inspira a criação de garantias de direitos, as quais, quando eficazes, renovam o espírito democrático, limitando o transbordamento do poder, que, ao ser contido dentro da moldura que lhe é própria, afasta a arbitrariedade.

O mandado de segurança constitui, em essência, modo de proteção de direitos de feição eminentemente democrática, porque, como garantia, equivale “a la consagración jurídica-positiva de esos elementos [los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad], en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo”².

Essa análise, que entrelaça e amalgama mandado de segurança e democracia, cuja vertente pende para o estudo histórico-jurídico, pode ser vislumbrada na sucessão normativa do mandado de segurança na legislação pátria.

A primeira Constituição brasileira a tratar do mandado de segurança foi a de 1934, cuja linha mestra girava em torno da ideia de constitucionalismo social, eis que fortemente inspirada na Constituição do México (1917) e, principalmente, na Constituição de Weimar (1919). Por isso, o preâmbulo da Constituição de 1934 dispunha que se pretendia, pelo texto fundamental, “organizar um regime democrático, que assegura[sse] à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”³. Eis, portanto, o berço esplêndido para o nascimento do mandado de segurança: o texto constitucional.

O inovador instituto – criação tipicamente brasileira, ainda que se diga guardar certa semelhança com o juízo de

amparo mexicano –, estava inscrito no art. 113, §33, da Constituição de 1934, pelo qual “dar-se-á mandado de segurança para a defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade(...)”.

Não obstante os defeitos que se apontam a essa redação, o texto criador do mandado de segurança tem importância ímpar, não só por introduzir o instituto no mundo jurídico, mas por fazê-lo por meio da Constituição, que é o locus próprio dessa garantia, por exigência de sua magnitude. Os defeitos, frise-se, perdem “qualquer importância em comparação com as extraordinárias vantagens que a inovação trouxe à proteção das garantias legais e constitucionais do indivíduo”⁴.

Continuando a marcha do tempo (fazedor e desfazedor de homens e de leis), vê-se que a Constituição de 1937, fruto de um golpe de Estado, não fez qualquer referência à garantia do mandado de segurança, muito embora ela ainda subsistisse na legislação infraconstitucional. E não haveria de ser de outro modo, porque moldado o direito à realidade política do país, não se coadunava com a ditadura instaurada pelo chamado Estado Novo (1937-1945) a permanência, no texto constitucional, de remédio voltado diretamente ao combate dos excessos do Poder Público.

Nesse momento de supressão das liberdades individuais e concentração do poder, relegou-se o mandado de segurança à legislação ordinária, que ditava um tom predominantemente restritivo às hipóteses de cabimento dessa ação. A título de exemplo, o mandado de segurança não poderia ser utilizado contra atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores ou Interventores e, de acordo com o Código de Processo Civil de 1939, não era instrumento viável para discussão de impostos ou taxas.

Vejam-se os ensinamentos de CELSO AGRÍCOLA BARBI:

Com o golpe de Estado de 1937, restrições foram criadas ao instituto, principalmente pelo Decreto-Lei n. 6, de 16 de novembro do mesmo ano, que proibiu o uso do mandado contra atos do presidente da República, de ministros de Estado, governadores ou interventores.

A Carta Constitucional de 1937 não inscreveu o mandado de segurança como garantia constitucional, de modo que passou ele a ser regido apenas pela legislação ordinária.

*O Código de Processo Civil de 1939 manteve os princípios então vigorantes e restringiu mais seu campo de ação, ao impedir o uso quando se tratasse de impostos e taxas, salvo quando a lei estabelecesse providências restritivas da atividade profissional do contribuinte para assegurar a cobrança*⁵.

No mesmo sentido são as palavras de OTHON SIDOU:

A Carta institucional de 10 de novembro de 1937, mencionando embora o habeas corpus, omitiu o mandado de segurança, o que, tirando-lhe o suporte constitucional, era uma evidência de fatal recesso, a menos que um ato do ‘Estado Novo’ o definisse no contexto do regime instaurado.

Este ato surgiu por Decreto-lei de 16 do mesmo mês e ano, estabelecendo a vigoração da Lei n. 191, exceto, a partir de 10 de novembro, quanto aos atos do Presidente da República, ministro de Estados, governadores e interventores.

*Unificando o sistema judiciário pátrio, o Código de Processo Civil, de 1939, tomou o mandado de segurança como um dos processos especiais, e, disciplinando-o em caráter substantivo, repetiu o art. 319 a disposição inicial, adjetiva, da Lei n. 191, com a restrição coerente com o estado autoritário*⁶.

Houve, percebe-se, uma conformação do mandado de segurança ao regime ditatorial, reduzindo-se sobremaneira o espectro de proteção dessa garantia, a qual, por não mais possuir assento na lei fundamental, perdeu a estatura constitucional que lhe era peculiar.

A ditadura, no entanto, ao contrário da democracia, é regime carente de legitimidade, porquanto o espírito democrático, conquanto esmorecido, continua a sussurrar ideais de liberdade, igualdade e oposição à vontade absoluta. E esses sussurros transformam-se, pouco a pouco, em clamor, que se transmuta, um pouco mais adiante, em hino e, nesse momento, os detentores do poder têm de ceder (estrategicamente ou não), porque do contrário são avassalados.

A ditadura do Estado Novo, dessa forma, chegou ao fim em 1946. Essa data marca o ressurgimento no cenário nacional do período democrático, eis que se rompe, na política, com a centralização do processo decisório e com o fortalecimento do poder executivo, abrindo-se espaço para a manifestação dos atores sociais nas decisões políticas, numa tentativa de solucionar o déficit democrático do país.

Nesse contexto, de abertura política e de despertar da democracia (libertada do estado letárgico, de sonolência forçada, em que aprisionada), o mandado de segurança foi alçado, novamente, à categoria de garantia constitucional, tendo sido inscrito na Constituição de 1946 no capítulo referente aos direitos e garantias individuais.

De acordo com o art. 141, §24, da Constituição de 1946, “para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”⁷.

No plano infraconstitucional, a Lei n. 1.386/51, que regulou a importação de papel e outros materiais de consumo de imprensa, determinou o cabimento de mandado de segurança contra atos dos diretores da Carteira de Câmbio do Banco do

1. DALARRI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145.

2. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las garantías individuales. México: Editorial Porrúa S.A., 1995, p. 58.

3. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934). Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em 24/03/10.

4. BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.34.

5. BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.34.

6. SIDOU, J. M. Othon. Habeas Corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 137.

7. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946). Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 24/03/10.

Brasil ou de qualquer autoridade que violar ou embaraçar o uso de direitos assegurados na lei⁸. Em 31 de dezembro de 1951 foi publicada a Lei n. 1.533, que regulou inteiramente o assunto, revogando expressamente as disposições do CPC atinentes ao instituto.

A rápida experiência democrática, no entanto, teve fim em 1964, com o golpe militar, que criou um sistema de violência repressiva política no país, mormente sob a égide da Lei de Segurança Nacional. Houve, nesse período, supressão de várias liberdades – liberdade de expressão, liberdade de imprensa e liberdade de organização –, além de se tornarem comuns os interrogatórios, prisões e tortura dos que fossem considerados opositores do regime militar. Enfrentava o país, mais uma vez, um período de supressão de direitos.

Nos anos da ditadura militar, e no limiar do período precedente, o mandado de segurança, não obstante a sua permanência no texto constitucional, foi aos poucos sofrendo restrições pela legislação ordinária, que, ao modificar ou excepcionar a Lei n. 1.533/51, restringia a amplitude do instituto.

A Lei n. 4.348/64, por exemplo, fixou prazo para duração da medida liminar, estabeleceu casos de caducidade desta, bem como vedou a concessão de liminar em assuntos relativos aos servidores públicos, proibindo, por consequência, a execução de sentenças não transitadas em julgado quando vedada a liminar.

A Lei n. 4.357/64 proibiu a concessão de liminar em mandado de segurança impetrado contra a Fazenda Nacional em decorrência da aplicação das normas por ela regidas (modificação do imposto sobre a renda, emissão de letras do Tesouro e instituição de correção monetária nos débitos fiscais para a União). Em 1965, todavia, a Lei n. 4.862, revogou, no que tange ao mandado de segurança, as disposições da Lei n. 4.357/64, fixando, por outro lado, prazo de vigência das liminares concedidas contra a Fazenda Nacional.

A Lei n. 5.021/66 obstou a concessão de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público, além de delimitar que, após a sentença concessiva da ordem, o pagamento somente seria efetuado relativamente às prestações que se vencessem a contar da data da impetração do mandado de segurança.

Os exemplos acima possuem uma mensagem clara: apesar de o mandado de segurança estar previsto no texto constitucional, por vezes a legislação ordinária, representativa da vontade parlamentar vigente e influenciada pelo contexto político circundante, reduz o âmbito de proteção do instituto, remodelando seu espectro de incidência e seu procedimento. Tudo isso em prol de interesses, muitas vezes, não diretamente relacionados à proteção dos direitos constitucionalmente assegurados e, ousa-se dizer, em certas ocasiões, com eles contrastantes.

Continuando na linha do tempo, o regime ditatorial,

como se disse, não possui caracteres que permitam a sua perpetuação, e, acossado por várias vertentes, tem de ceder, mesmo que essa transição seja programada. No Brasil, o processo de abertura política (“lenta, gradual e segura”) foi equacionado pelos militares, tendo início em 1974 e fim em 1985, com a eleição de um civil – Tancredo Neves –, pelo Colégio Eleitoral.

Na seara constitucional, era preciso uma resposta ao período ditatorial que conseguisse equacionar os diversos problemas enfrentados pela sociedade brasileira à época – ausência de renda, analfabetismo, precários sistemas habitacionais e de saúde, supressão de liberdades, etc. Essa resposta, permeada de esperança, consistiu no substrato de origem da Constituição da República de 1988, carinhosamente denominada de “Constituição Cidadã”.

Nas palavras de INOCÊNCIO MARTINS COELHO:

(...) a Constituição de 1988, em razão mesmo do seu processo de elaboração, é a mais democrática das nossas cartas políticas, seja em razão do ambiente em que ela foi gerada, participação era, então, a palavra de ordem –, seja em função da experiência negativamente acumulada nos momentos constitucionais precedentes (...). A essa luz, a rigor, só a Carta Política de 1988 pode ser considerada uma constituição verdadeiramente espontânea, porque feita de baixo pra cima e de fora para dentro, sendo todas as demais ou impostas por déspotas – uns poucos, outros nem tanto esclarecidos –, ou induzidas por tutores intelectuais, que não nos consideravam crescidos o bastante para caminhar com as próprias pernas e traçarmos o nosso destino⁹.

O Estado plasmado na Constituição de 1988, no discurso de Ulysses Guimarães, quando da promulgação do texto fundamental, se preocupa com o homem e despreza a tirania. Intencionou-se erigir um estado verdadeiramente democrático, porque o novo texto constitucional professa a democracia. Veja-se:

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. (Palmas.) Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. (Muito bem! Palmas.) Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trançar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. (Muito bem! Palmas.) A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia. Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (Muito bem! Palmas prolongadas.) Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e na-

ções, principalmente na América Latina. (Palmas.)¹⁰.

Nessa esteira, quanto ao mandado de segurança, o texto fundamental manteve a sua estatutura constitucional, contemplando-o com a seguinte redação “conceder-se-à mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX)”.

Além disso, e principalmente, a Constituição de 1988 previu, no inciso LXX do art. 5º, o mandado de segurança coletivo a ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano.

A Constituição de 1988, portanto, ampliou significativamente o alcance do mandado de segurança ao elasticar o conceito de ato de autoridade e prever, ainda, a figura do mandado de segurança coletivo, com vistas a proteger direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Tudo isso, conforme assevera Sérgio Ferraz, demonstra a necessidade de assentar os limites do mandado de segurança em leito mais amplo, como forma de se afirmar a existência de efetivo Estado de Direito, sob o império do *rule of the law*¹¹.

Transcorridos mais de vinte anos da promulgação do texto constitucional, no entanto, faltava ao ordenamento jurídico brasileiro, que em equivalência de tempo vivencia a experiência democrática, uma nova legislação para o mandado de segurança, a qual reafirmasse as conquistas da democracia – eis que o instituto a ela é parêntese –, e que consagrasse a boa construção pretoriana dada ao remédio constitucional em estudo.

Esse, pois, foi um dos objetivos do chamado II Pacto Republicano, firmado, em 13 de abril de 2009, pelos representantes do Legislativo, Executivo e Judiciário com a finalidade de fortalecer a proteção aos direitos humanos, a efetividade da prestação jurisdicional, o acesso universal à Justiça e o aperfeiçoamento do Estado de Direito e das instituições do Sistema de Justiça.

O II Pacto Republicano consiste, pois, em um conjunto de medidas legislativas adotadas em consenso pelos representantes dos três poderes, com vistas à aprovação, com maior rapidez, de mudanças legislativas que possam dar concretude aos princípios orientadores desse acordo. Conforme se extrai do documento oficial:

O PODER EXECUTIVO, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva; O PODER LEGISLATIVO, nas pessoas dos Excelentíssimos Senhores Presidentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, respectivamente, Senador José Sarney e Deputado Michel Temer; e

O PODER JUDICIÁRIO, na pessoa do Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes; (...)

Resolvem:

Firmar o presente PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO, com os seguintes objetivos:

I - acesso universal à Justiça, especialmente dos mais necessitados; II - aprimoramento da prestação jurisdicional, mormente pela efetividade do princípio constitucional da razoável duração do processo e pela prevenção de conflitos;

III - aperfeiçoamento e fortalecimento das instituições de Estado para uma maior efetividade do sistema penal no combate à violência e criminalidade, por meio de políticas de segurança pública combinadas com ações sociais e proteção à dignidade da pessoa humana¹².

No anexo do referido pacto, consta, como matéria prioritária, dentro da temática de proteção aos direitos humanos e fundamentais, a necessidade de “disciplina do mandado de segurança individual e coletivo, em especial quanto à concessão de liminar e aos recursos”.

Desse contexto é que nasceu a nova regulamentação do mandado de segurança, dada pela Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que revogou a legislação anterior referente ao instituto.

A pergunta que se faz, ao se analisar esse novel diploma legislativo, consiste em saber se a regulamentação engendrada para o mandado de segurança cumpriu, fielmente, o objetivo a que se propunha. Isto é, sendo o acesso universal à Justiça e a proteção dos direitos humanos vertentes do II Pacto Republicano e, por outro lado, reclamando a democracia uma visão mais abrangente do mandado de segurança, a normatização dada à espécie foi satisfatória? Foi possível vislumbrar que as delimitações de outrora, muitas vezes levadas a efeito em períodos não democráticos, precisavam ser expungidas do instituto? Houve, de fato, a adequada e oportuna lapidação do mandado de segurança, de forma a melhor revelar-nos a sua essência?

Creemos que, em parte, infelizmente, a resposta a esses questionamentos tem de ser negativa. A Lei n. 12.106/09 ficou aquém do que poderia fazer em termos de proteção aos direitos fundamentais, porque, ao contrário de alargar o instituto (o que se esperava), tão somente, na maior parte dos temas, cristalizou em diploma único os preceitos contidos em legislação esparsa. Não houve, pois, inovação e faltou, por outro lado, ousadia para se alcançar uma perfeita consonância entre a normatização do mandamus e o espírito democrático que vivemos.

Como se verá, diversos temas tratados na Lei n. 12.016/09 não se coadunam com a atual democracia brasileira, ou com os valores democráticos em si. Exigia-se uma legislação mais apurada, em que se afastassem penduricalhos não intima-

8. BARBI, Celso Agrícola. Do Mandado de Segurança. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.34.

9. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

10. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 10 de abril de 2010.

11. FERRAZ, Sérgio. Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.

12. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 10 de abril de 2010.

mente relacionados com o que emerge da essência do mandado de segurança.

Contudo, como se verá nos próximos tópicos, ao analisarmos alguns dessas construções menos nobres impostas ao mandado de segurança (o propósito deste artigo não permitira que se analisasse todo o texto), a novel legislação não alcançou a finalidade a que se propunha, porque não se efetivou, plenamente, o princípio do acesso universal a Justiça.

2. A PERMANÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL DE 120 DIAS

A Lei n. 12.016/09 perdeu ótima oportunidade de banir o malfadado prazo decadencial para impetração de mandado de segurança, porque arbitrário. Isto é, a disciplina constitucional do mandado de segurança jamais contemplou qualquer prazo extintivo, o qual sempre foi previsto na legislação ordinária. Assim, por sua magnitude, fazia-se necessário – porque a doutrina já há muito o apontava – que não se mantivesse referido prazo na regulamentação do instituto.

A fixação desse prazo configura marco atentatório a natureza da ação do mandado de segurança. Em outras palavras: por que não se permitir a impetração da ação constitucional depois de esgotado esse lapso temporal, tendo-se em conta que a ilegalidade ainda persiste? Por que remeter aquele que sofreu as consequências de um ato ilegal às vias ordinárias? Ora, não há resposta satisfatória a esse questionamento, como demonstrou o ex-Ministro do STF, CARLOS VELLOSO, no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do MS-AgR n. 21.356:

Fixado, na doutrina e na jurisprudência, o conceito de direito líquido e certo que autoriza o ajuizamento do writ – incontroversos os fatos ou provados estes documentalmente, é possível o aforamento da segurança – o prazo de 120 dias não se justifica. Figuremos um exemplo que demonstra que esse prazo é arbitrário: o indivíduo pode comprovar, de plano, os fatos que dariam nascimento ao seu direito. Impetra, então, o mandado de segurança, fazendo no 125º dia. Reconhecendo a decadência, o juiz vai mandá-lo para as vias ordinárias. Na via ordinária, entretanto, vai-se repetir tudo o que se fez, já que nem haveria necessidade de audiência, pois seria caso de julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I). O absurdo desmerece o princípio da economia processual, que domina todo o processo.

Nas minhas cogitações a respeito do tema, tenho pensado e refletido a respeito do prazo do art. 18 da Lei n. 1.533/51, e tenho verificado que ele não se assenta numa razão científica; ele simplesmente veio, através dos anos, desde a Lei n. 221, de 1894, art. 13, pelo gosto de copiar coisas, sem se indagar da razão de sua existência. No trabalho doutrinário que escrevi e que está mencionado linhas atrás, lembrei que Amir José Finocchiaro Sarti, eminente membro do Ministério Público Federal, demonstra, proficientemente, que o citado prazo de decadência não tem razão de ser, assentando-se mais na

força do hábito, que fez ‘com que o legislador ordinário, conscientemente ou não, deixasse de adaptar-se às mudanças do sistema constitucional que, evoluindo, tornou obsoletas e inaplicáveis as práticas do passado’ (‘o prazo preclusivo para a impetração do mandado de segurança’, AJURIS 25/210)¹³.

CASSIO SCARPINELLA BUELNO vai além, questionando, inclusive, a constitucionalidade desse dispositivo:

Como a nova regra pretende, a exemplo das que lhe eram anteriores, limitar o exercício do mandado de segurança a determinado prazo, não há como negar a sua inconstitucionalidade. A previsão do mandado de segurança como direito e garantia individual e coletivo não aceita, máxime diante do que se extrai §1º do art. 5º da Constituição Federal, limitações temporais.

O ideal seria que a nova Lei nada dissesse a respeito do assunto ou que esclarecesse que caberá mandado de segurança enquanto houver necessidade de “proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”¹⁴.

Dessa forma, cumpre insistir que os parlamentares responsáveis pela nova regulamentação do mandado de segurança perderam a oportunidade de, bem compreendida a função do mandado de segurança, extinguir o prazo decadencial, impedindo que ele continue a obstar o acesso à via mandamental.

Acreditamos, portanto, que o princípio do acesso universal à Justiça, orientador do II Pacto Republicano e, por consequência, da Lei n. 12.016/09, nesse ponto não foi atendido.

3. DAS RESTRIÇÕES À LIMINAR

A liminar é um dos pontos mais discutidos da Lei nº 12.016/09 e toda essa celeuma tem razão de ser: a nova legislação do mandado de segurança apresenta redução à amplitude constitucionalmente pensada para o writ, o que implica, em última instância, vulneração do postulado do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CR/88).

A novel legislação não soube apreender o significado do mandado de segurança, o que, por conseguinte, impediu-lhe de traduzir em preceitos normativos o espírito democrático renovado e cultivado desde a promulgação da Constituição de 1988.

Observe-se que a polêmica, em relação à liminar, gira em torno de dois núcleos: o primeiro refere-se à exigência de caução, fiança ou depósito, para concessão de liminar e o segundo diz respeito à proibição de concessão de liminar em determinadas hipóteses.

Quanto à exigência de caução, o art. 7º, III, da Lei nº 12.016/09, faculta ao magistrado, para a concessão de liminar, impor ao impetrante a prestação de caução, fiança ou depósito,

com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora. Esse condicionamento, no entanto, deve ser amplamente rechaçado, porque ofensivo à estrutura constitucional e à abrangência protetora do mandado de segurança.

A se entender pela sua constitucionalidade, estar-se-á lacrando as portas da justiça aos menos favorecidos economicamente, porquanto o mandamus, na sua inteireza, somente se prestará aos dotados de poderio econômico, capazes de suportar as exigências para a concessão de liminar.

A bem da verdade, ao analisar a pretensão liminar, o juiz deverá se ater à relevância dos fundamentos e ao risco de ineficácia do provimento final. Se presentes ambos, a parte terá direito subjetivo público à concessão da liminar. Por outro lado, ausente qualquer dos dois requisitos, deverá o juiz negar o pedido. Não se deve impor, por consequência, qualquer outra condição, senão a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Para corroborar esse entendimento, tome-se como exemplo a disciplina da suspensão do crédito tributário, prevista no CTN, mais precisamente em seu art. 151. No referido dispositivo, o legislador arrola, como hipóteses distintas e suficientes à suspensão do crédito, o depósito do montante integral (inciso II) e a concessão de medida liminar em mandado de segurança (inciso IV). A conclusão a que se chega é a de que, se a liminar em mandado de segurança tem, por si só, o condão de suspender o crédito tributário, não há que se falar em exigência de qualquer depósito em dinheiro para tal fim. E se é assim na seara tributária, não há motivo para ser diferente em outros ramos do Direito, porquanto ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio¹⁵.

O Superior Tribunal de Justiça, antes de entrar em vigor a nova lei, já entendia, em jurisprudência consolidada, pela inadmissibilidade de exigência de depósito ou caução para o deferimento de liminar em mandado de segurança: “(...) consoante entendimento jurisprudencial pacífico desta Corte, com o qual o acórdão recorrido se harmoniza, é inadmissível a exigência de depósito ou caução para o deferimento de liminar em mandado de segurança (...)”¹⁶.

Insta salientar, ademais, que a medida liminar está contida, de modo inseparável, na própria definição constitucional do mandado de segurança, porque, inobstante implícita no texto da lei fundamental, alicerça-se na indispensabilidade de concretização de tutela efetiva ao direito líquido e certo a que a norma magna faz expressa menção.

Nesse sentido são as lições de LUIZ ORIONE NETO:

Não obstante essa tradição da Constituição brasileira de não prever a concessão expressa de liminar do writ, é incontroverso que a liminar é inerente ao instituto do mandado de segurança. De nada adiantaria ele ser um instrumento de garantia contra atos

*ilegais de autoridade pública se muitas vezes, ao final, a prestação jurisdicional se apresentasse totalmente ineficaz*¹⁷.

Em suma, ainda que o art. 7º, III, faculte ao juiz exigir caução, fiança ou depósito do impetrante para a concessão da liminar, se não considerada a regra inconstitucional, deve-se, ao menos, relegá-la a hipóteses excepcionabilíssimas, para se manter íntegro o princípio do acesso à Justiça.

A segunda controvérsia que paira sobre a concessão de liminar diz respeito à impossibilidade de sua concessão em determinadas hipóteses.

A Lei nº 12.006/09, na verdade, incorporou regras que estavam espalhadas em diversas leis, trazendo-as para um diploma normativo único. Veja-se: i) o art. 1º da Lei n. 2.770/1956 dispunha que nas ações e procedimentos judiciais de qualquer natureza, que visem obter a liberação de mercadorias, bens ou coisas de qualquer espécie procedentes do estrangeiro, não se concederá, em caso algum, medida preventiva ou liminar que, direta ou indiretamente, importe na entrega da mercadoria, bem ou coisa; ii) outra limitação era prevista no art. 5º da Lei nº 4.348/64, pelo qual não se concederia a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens; iii) também o art. 1º, §4º da Lei nº 5.021/66 continha disposição semelhante, impedindo a concessão de liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniários; iv) por fim, o art. 1º, §5º da Lei nº 8.437/92 estabelecia que não seria cabível medida liminar que deferisse compensação de créditos tributários ou previdenciários.

Observa-se, portanto, que a Lei nº 12.016/09 abrangeu em uma única regra as diversas hipóteses de vedação à concessão de liminar já previstas no ordenamento. Assim, de acordo com o §2º do art. 7º da Lei nº 12.016/09, não se concederá liminar nas hipóteses de: a) compensação de créditos tributários; b) entregas de mercadorias e bens provenientes do exterior; c) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; d) concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Essas limitações legais à concessão de liminar já encontravam resistência por parte da doutrina, que rechaçava qualquer tentativa de redução do alcance do remédio constitucional em exame. Por todos, cite-se CASSIO SCARPINELLA BUENO:

As previsões são todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo. Impensável que a grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão de assegurar a fruição íntegra e in natura do bem da vida sejam obstaculizadas, frustradas ou

13. STF - MS 21356 AgR, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Tribunal Pleno, julgado em 12/09/1991, DJ 18-10-1991.

14. BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142.

15. Em vernáculo: onde há a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito.

16. STJ - REsp 272485/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/08/2003, DJ 22/09/2003.

17. ORIONE NETO, Luiz. Liminares no processo civil e legislação processual civil extravagante. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2002, p. 150.

minimizadas por disposição infraconstitucional (...). Aliás, nem mesmo por alteração constitucional isso seria possível, porque os direitos e garantias fundamentais são cláusulas pétreas, imunes, pois, a alterações até mesmo por parte do constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, IV)¹⁸.

Interessante observar que a legislação restritiva quanto à concessão de liminares foi publicada entre os anos de 1956 e 1992, momento politicamente negativo para o país, porque remonta ao período imediatamente precedente à ditadura, passa por ela e sobrevém pouco depois da nova Constituição.

Quer-se dizer com isso que, de tudo o que se falou sobre a correlação entre democracia e mandado de segurança, não seria descabido asseverar que as vedações à concessão de liminar são manifestações do autoritarismo estatal plasmadas por via legislativa. Ignora-se que a concessão de liminar decorre da análise do magistrado pela qual este verifica se o impetrante apresenta, contra o Estado, a fumaça do bom direito e, por outro lado, se há o risco de a tutela jurisdicional final tornar-se inefetiva.

Ora, a manutenção das vedações à liminar no mandado de segurança, a toda evidência, destoa da vontade de proteção integral dos direitos humanos e fundamentais e da própria essência do pacto que se propôs a apresentar uma nova normatização para o writ em estudo.

4. DA PEREMPÇÃO OU CADUCIDADE DA MEDIDA LIMINAR

Em manutenção inaceitável da legislação precedente, a nova lei do mandado de segurança manteve a possibilidade de declaração da perempção ou caducidade da medida liminar. Segundo a dicção do art. 8º, da Lei nº 12.16/09, “será decretada a perempção ou caducidade da medida liminar ex officio ou a requerimento do Ministério Público quando, concedida a medida, o impetrante criar obstáculo ao normal andamento processo ou deixar de promover, por mais de 3 (três) dias úteis, os atos e diligências que lhe cumprirem”.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO aponta a inconstitucionalidade da regra, afirmando não haver “correlação sistemática entre a manutenção dos efeitos de uma anterior medida liminar e o ‘bom comportamento’ processual do impetrante. Do mesmo modo que a concessão da medida não depende do comportamento processual do impetrante, a sua cassação não pode ser relacionada àquele fato”¹⁹.

Com efeito, é inadmissível erigir o comportamento processual do impetrante como requisito para a manutenção ou cassação da liminar anteriormente concedida. Para o mau comportamento processual existem outras sanções que podem ser aplicadas, as quais, dado o princípio da subsidiariedade, podem ser buscadas no Código de Processo Civil. Aliás, o art. 25 da

Lei nº 12.016/09 permite, claramente, a aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

Portanto, a regra de caducidade ou perempção deve ter sua interpretação mitigada. Toda vez que se configurarem as hipóteses previstas no artigo – o impetrante criar obstáculo ao normal andamento do processo ou deixar de promover, por mais de três dias úteis, atos e diligências que lhe cumprirem – impõe-se que o juiz o intime para remover o obstáculo ou praticar o ato que lhe competia. Somente se este se quedar inerte é que deve a liminar ser decretada perempta. Ainda que a lei se refira à faculdade de decretação ex officio, o princípio da cooperação ordena que o juiz dê a parte a oportunidade de corrigir o vício.

Somente a partir desse raciocínio é que se tomaria por aceitável a permanência na regulamentação do mandado de segurança de tal regra, cuja prestabilidade/operabilidade deve ser questionada.

5. DA NECESSIDADE DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA PARA PROPOSITURA DE MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PELOS PARTIDOS POLÍTICOS E DOS DIREITOS TUTELÁVEIS

A Lei n. 12.016/09 exigiu, para a propositura de mandado de segurança coletivo por partidos políticos, a necessidade de pertinência temática, isto é, a indispensabilidade de identidade entre o objeto do mandamus e os fins institucionais daquele que se apresenta como impetrante.

O art. 21 da nova lei dispõe que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária (...)”. Essa redação, é inegável, esvazia a utilização do mandado de segurança coletivo por partido político.

Como se vê, o artigo introduz restrição que não constava expressamente na Constituição da República, que ao tratar do mandado de segurança coletivo separou os legitimados em duas alíneas (alínea “a” para partido político com representação no Congresso Nacional e alínea “b” para organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano), reservando a expressão “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” apenas aos legitimados da alínea “b”.

Para muitos a redação do art. 21 veio extirpar as dúvidas existentes sobre a necessidade de pertinência temática para os partidos políticos, no que diz respeito aos requisitos de impetração de mandado de segurança coletivo. Todavia, para outros, a redação do art. 21, por estabelecer exigência não prevista na Constituição, não poderia prevalecer contra o texto da Carta Magna.

18. BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 45.

19. BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

CASSIO SCARPINELLA BUENO assevera que:

Importa interpretar de forma ampla a primeira parte do art. 21, caput, da Lei nº 12.016/09: o partido político tem legitimidade para a impetração do mandado de segurança coletivo tanto que o direito (interesse) a ser tutelado coincida com suas finalidades programáticas, amplamente consideradas, independentemente de a impetração buscar a tutela jurisdicional de seus próprios membros²⁰.

Em importante julgamento, anterior à publicação da nova lei, a relatora do RE nº 196.184-6/AM, Ministra ELLEN GRACIE, votou no sentido que não se exigiria dos partidos políticos pertinência temática, a exemplo do decidido na ADIMC nº 1.096 (DJ 07/04/2000), ocasião em que se entendeu que o requisito de pertinência temática seria inexigível no exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelos partidos políticos.

Colhe-se do voto da Ministra ELLEN GRACIE, no RE nº 196.184-6/AM, a seguinte passagem:

A previsão do art. 5, LXX, da Constituição objetiva aumentar os mecanismos de atuação dos partidos políticos no exercício de seu mister, tão bem delineado na transcrição supra, não podendo, portanto, ter esse campo restrito à defesa de direitos políticos, e sim de todos aqueles interesses difusos e coletivos que afetam a sociedade. (...) A tese do recorrente no sentido da legitimidade dos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo estar limitada aos interesses de seus filiados não resiste a uma leitura atenta do dispositivo constitucional supra. Ora, se o Legislador Constitucional dividiu os legitimados para a impetração do mandado de segurança coletivo em duas alíneas, e empregou somente com relação à organização sindical, à entidade de classe e à associação legalmente constituída a expressão “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” é porque está reconhecido na Constituição o dever do partido político de zelar pelos interesses coletivos, independentemente de estarem relacionados a seus filiados (...)”²².

No julgamento supramencionado, alguns Ministros

não aderiram, naquele momento, ao voto da relatora quanto à desnecessidade de pertinência temática para os partidos com representação no Congresso Nacional, porque preferiram deixar a questão em aberto, para posterior manifestação pela Corte, o que ainda não ocorreu.

Talvez a análise da constitucionalidade do art. 21 da nova lei de mandado de segurança se apresente como objeto adequado para a manifestação do Supremo acerca da necessidade de pertinência temática para impetração do mandamus coletivo pelos partidos políticos.

Seja como for, os argumentos levantados pela Ministra ELLEN GRACIE encontram-se em consonância com a posição constitucional reservada aos partidos políticos segundo o julgamento do STF na ADI 1096 MC, devendo, portanto, prevalecer sobre o texto da Lei 12.016/2009. Ora, se a essencialidade dos partidos políticos consiste em servir de veículo do Povo à concretização do princípio democrático – princípio estruturante do Estado Democrático de Direito previsto no art. 1º, caput, da CR/88 –, a sua legitimação extraordinária para a defesa dos direitos coletivos não pode ser atrelada à “defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”.

Vale ressaltar que o princípio democrático, sob o prisma material, pode ser definido como o “compromisso das normas jurídicas gerais com a defesa e promoção dos indivíduos e daqueles que só podem ser concebidos como parcelas do todo social”²³. Por conseguinte, inspira e fundamenta todos os demais princípios e regras constitucionais, inclusive “os que compõem o direito processual coletivo, na sua condição de instrumento constitucional de proteção e de efetivação potencializadas da Constituição e das suas garantias e direitos fundamentais”²⁴.

A grande glória do modelo democrático constitucional consiste em assegurar a participação popular na regência política do Estado. Logo, a apontada restrição infraconstitucional da legitimidade dos partidos políticos à defesa de um direito coletivo (líquido e certo) contra ato ilegal de autoridade é, em essência, um atentado contra a democracia.

E por não vislumbrar o legislador ordinário a possibilidade de impetração de mandado de segurança sem que exista pertinência temática, o parágrafo único, do art. 21, da Lei nº

20. BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 124.

21. “(...) Os Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem legitimação ativa universal, gozando, em consequência, da ampla prerrogativa de impugnarem qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material. A posição institucional dos Partidos Políticos no sistema consagrado pela Constituição do Brasil confere-lhes o poder-dever de, mediante instauração do controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, zelarem tanto pela preservação da supremacia normativa da Carta Política quanto pela defesa da integridade jurídica do ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental da República. A essencialidade dos partidos políticos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu a sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado. O reconhecimento da legitimidade ativa das agremiações partidárias para a

instauração do controle normativo abstrato, sem as restrições decorrentes do vínculo de pertinência temática, constitui natural derivação da própria natureza e dos fins institucionais que justificam a existência, em nosso sistema normativo, dos Partidos Políticos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu o vínculo de pertinência temática a condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa ad causam do Autor, somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembleias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal. Precedentes. (...)” (ADI 1096 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/03/1995, DJ 22-09-1995 PP-30589 EMENT VOL-01801-01 PP-00085).

22. RE 196184, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 27/10/2004, DJ 18-02-2005.

23. BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 185. Em sua dimensão processual, o princípio democrático liga-se à participação direta ou indireta do povo no processo de formação e deliberação das normas jurídicas, legitimando tal produção (idem, p. 185).

24. ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 62.

12.016/09, não contempla entre os direitos tuteláveis, por óbvio, os direitos difusos, eis que, como definidos pelo Código de Defesa do Consumidor, consistem em interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas (art. 81, parágrafo único, I, do CDC).

Assim, a nova lei prevê entre os direitos coletivos tuteláveis via mandado de segurança apenas o direito coletivo em sentido estrito e o direito individual homogêneo, que define, quase nos exatos termos no Código de Defesa do Consumidor, como sendo:

Art. 21. (...)

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas igadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Importa saber se tal disposição legal encontra-se em consonância com o escopo constitucional do mandado de segurança coletivo.

Da análise dos incisos LXIX e LXX do art. 5º da CR/88, verifica-se que, à exceção da exigência de liquidez e certeza do direito coletivo não amparável por habeas corpus ou habeas data, não há outra restrição ao objeto do mandado de segurança coletivo.

Os referidos dispositivos estão inseridos no Capítulo I do Título II da Constituição, que cuida dos direitos e deveres individuais e coletivos como direitos e garantias fundamentais. Logo, a primeira conclusão a que se pode chegar é que seria no mínimo incoerente prever o mandado de segurança como garantia fundamental à proteção de apenas algumas espécies de direitos coletivos, sobretudo quando se tem em mente que, pelo inciso XXXV do art. 5º da CR/88, é assegurado às coletividades o amplo acesso à Justiça.

Some-se a isso que o principal diferencial do mandado de segurança coletivo em relação às demais ações coletivas consiste no rito sumário, com necessidade de menor número de atos e termos. Ora, diante dessa peculiaridade procedimental afinada com a garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CR/88), não se afigura lógico inviabilizar a tutela de direitos difusos pela via célere do mandado de segurança coletivo, relegando-os, injustificadamente, às demais modalidades de ações coletivas mais morosas.

Esse também é o entendimento de FREDIE DIDIER JR.:

A regra [do art. 21 da Lei 12.016/2009] é flagrantemente inconstitucional.

Trata-se de violação do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, CF/88), que garante que nenhuma afirmação de lesão ou de ameaça de lesão a direito será afastada da apreciação do Poder Judiciário. Esse princípio garante o direito ao processo jurisdicional, que deve ser adequado, efetivo, leal e com duração razoável. O direito ao processo adequado pressupõe o direito a um procedimento adequado, o que nos remete ao mandado de segurança, direito fundamental para a tutela de qualquer situação jurídica lesada ou ameaçada, que garante o direito Afasta-se a possibilidade de o direito difuso ser tutelado por mandado de segurança, um excelente instrumento processual para a proteção de direitos ameaçados ou lesados por atos de poder.

Além disso, o texto normativo está em descompasso com a evolução da tutela coletiva no direito brasileiro, especialmente o mandado de segurança coletivo. Muito se discutiu nos primeiros anos de aplicação se o mandado de segurança coletivo deveria tutelar apenas direitos coletivos (interpretação literal), direitos individuais homogêneos (direitos acidentalmente coletivos) ou também direitos difusos. A tese vencedora na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal doutrina foi a que garantiu a maior amplitude da tutela, alcançando todos os direitos coletivos lato sensu (difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos). Nesse sentido: ‘...expresso meu entendimento no sentido de que o mandado de segurança coletivo protege tanto os interesses coletivos e difusos, quanto os direitos subjetivos’ (RE 181.438-1/SP, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, RT 734/229).

Também neste sentido, o voto da Min. Ellen Gracie, no STF, Pleno, RE n. 196.184, j. em 27.10.2004: ‘À agremiação partidária, não pode ser vedado o uso do mandado de segurança coletivo em hipóteses concretas em que estejam em risco, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural ou ambiental de determinada comunidade. Assim, se o partido político entender que determinado direito difuso se encontra ameaçado ou lesado por qualquer ato da administração, poderá fazer uso do mandado de segurança coletivo, que não se restringirá apenas aos assuntos relativos a direitos políticos e nem a seus integrantes.’ (RE 196.184, transcrições, Bol. Inf. do STF nº. 372).

Uma interpretação literal do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 implicaria grave retrocesso social, com prejuízo a tutela constitucionalmente adequada (art. 5º, XXXV c/c art. 83 do CDC – princípio da atipicidade das ações coletivas). Cabe ao aplicador dar a interpretação conforme do texto normativo, para adequá-la ao microsistema da tutela coletiva e à Constituição Federal²⁵.

Destarte, considerando-se o escopo constitucional do mandado de segurança coletivo e o princípio da atipicidade (não-taxatividade) das ações coletivas, deve-se interpretar o art. 21 da Lei 2.016/2009 extensivamente, permitindo-se o manejo

do writ também para a tutela de direitos difusos.

Essa interpretação, por óbvio, presta-se a corrigir um erro que não deveria ter sido veiculado pela nova legislação, considerando-se tudo o que se disse no primeiro tópico deste estudo.

6. CONCLUSÃO

Mandado de segurança e democracia, eis belíssimos institutos que ao longo da história brasileira têm interagido em verdadeiro ciclo virtuoso.

Considerando-se defluírem da democracia princípios e práticas tutelares da liberdade do homem – porque a democracia é, em si, a institucionalização da liberdade – o mandado de segurança a ela se funde e dela obtém força, porquanto direcionado imediatamente ao combate dos excessos do Poder Público.

Foi a partir dessa percepção que se construiu o presente estudo: colocar em paralelo as vicissitudes da democracia brasileira e a normatização do mandado de segurança, com o objetivo de extrair, a partir dessa interação, conclusões que se pudessem aplicar à análise da Lei n. 12.016/09, que recentemente regulamentou o instituto.

Sob esse prisma, pode-se concluir que, nos temas discutidos, o regramento trazido pela Lei n. 12.016/09 ficou aquém do que se esperava de uma nova regulamentação do mandado de segurança. Não se refletiu no texto da lei, ousa-se dizer, as conquistas alcançadas pela democracia brasileira após mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988.

Conquanto assinado pelos três Poderes um pacto para fortalecimento e proteção dos direitos humanos, com ênfase na efetividade da prestação jurisdicional, no acesso universal à Justiça e no aperfeiçoamento do Estado de Direito, a legislação do mandado de segurança manteve regramento, muitas vezes, inconstitucional e, no mínimo, incompatível com o espírito democrático.

Conclui-se, de tudo o quanto se disse, que em alguns temas – mormente na manutenção do prazo decadencial, na imposição de restrições às liminares, na conservação da regra de perempção e na exigência de pertinência temática para propositura de mandado de segurança coletivo por partidos políticos, dentre outros – afastou-se a Lei n. 12.016/09 dos ditames democráticos e, outrossim, dos objetivos do II Pacto Republicano.

25. DIDIER JR., Fredie. “Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos. Art. 21, par. ún., da Lei n. 12.016/2009. Interpretação conforme a Constituição Federal”, in Processos Coletivos (revista digital), v. 1, n.1. Porto Alegre: out/2009. Disponível em http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=13. Acesso em 15 de março de 2010.

SOBRE A PROVA NA REFORMA PROCESSUAL PENAL

Roque De Brito Alves

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Professor de Direito Penal do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau e da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco, Membro da Academia Pernambucana de Letras, Advogado

SUMÁRIO

I – OS TEXTOS; II – ELEMENTOS PROBATÓRIOS DIFERENTES; III – SÍNTESE SOBRE A COMPREENSÃO FILOSÓFICA DE “VERDADE”; IV – SOBRE A “VERDADE PROCESSUAL”; V – COMPREENSÃO DO “IN DUBIO PRO REO”; VI – DIREITO COMPARADO; VII – UMA CONCLUSÃO; VIII – A CONVICÇÃO DO JUIZ; XI – NOSSA TESE FUNDAMENTAL: NÃO EXISTE “A PROVA DO FATO”, E SIM “A PROVA DE UMA VERSÃO OU INTERPRETAÇÃO DO FATO”

I – OS TEXTOS

- a) Arts. 413, 414, 415 e 483 da Lei nº 11.689/2008 sobre a instituição do júri;
- b) Arts. 155, 156, 157 e 386 da Lei nº 11.690/2008 sobre a prova;
- c) Lei nº 11.719/2008: arts. 383 e 384: Aditamento da Denúncia (“emendatio libelli”) e alteração da acusação (“mutatio libelli”);
- d) O Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009 sobre o Novo Código de Processo Penal: Título VIII do Livro I – “Da Prova” – : do art.162 até o art. 251 (89 artigos):

1. “As provas serão propostas pelas partes” (art. 162) porém o juiz poderá esclarecer dúvida sobre a prova produzida antes de proferir a sentença (par. ún. do art. 162);
2. Não se admitem as provas produzidas por meios ilícitos, direto ou indiretamente (art. 164): teoria dos frutos da árvore envenenada (“fruits of the poisonous tree”);
3. A convicção do juiz será pela livre apreciação das provas em juízo e deve ser fundamentada (art. 165);

4. “A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes” (parágrafo primeiro do art. 165);
5. As declarações de coautor ou partícipe de crime “só terão valor se confirmadas por outro elemento de prova que atestem a sua credibilidade” (parágrafo segundo do art. 165); não existe o interrogatório do acusado como meio de prova, porém existem as declarações da vítima a tal respeito (art. 187);
6. O projeto do Novo CPP não tem dispositivo ou artigo sobre o ônus da prova, porém em nosso entendimento o mesmo cabe a quem alega, a quem afirma e no Processo Penal é o M.P. que tem que provar a materialidade do fato, a autoria (ou co-autoria ou participação) e a culpabilidade e a defesa que nega isso não tem de provar, como por exemplo não tem de provar que o acusado agiu protegido por uma justificativa ou uma dirimente penal (causa de exclusão de crime ou de exceção de pena). Em verdade, se o atual inciso VI do art. 386, com a nova redação da Lei 11.690/08 determina que o juiz absolverá o acusado quando “houver fundada dúvida” da existência de justificativa ou dirimente penal lógica e juridicamente conclui-se que a defesa não tem de provar nada, basta apresentar-se uma dúvida a tal respeito e assim o M.P. tem de provar que o acusado praticou um crime e tem de ser punido, que o acusado não agiu com a causa de exclusão de crime ou de isenção de pena e não que a defesa tem de provar que o acusado não praticou o fato ilícito ou que não merece ser punido. Incontestável, assim, que a acusação tem de provar a materialidade do fato, a autoria ou participação e a culpabilidade como os elementos fundamentais para uma condenação e previamente para uma procedência de uma acusação. Quem afirma é quem deve provar e não quem nega;
7. O projeto exige para pronúncia a existência de “indícios suficientes de autoria ou participação” (art. 315), não o de simples indício e obviamente a impronúncia em sua ausência ou no convencimento do juiz (art. 316);
8. Sobre a sentença: no projeto do Novo CPP: a absolvição em seu art. 410 por 7 (sete) causas de absolvição, sendo que em caso de ser por justificativa ou dirimente penal (nº VI do art. 410), ou seja, com fundamento nos arts. 23, I, II, III, 24 e 25: (exclusão de crime) ou isenção de pena: “arts. 21, 22, 26 e parágrafo primeiro do art. 28 do Código Penal vigente), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre a sua exis-

tência (nº VI do art. 410), o que demonstra que a defesa não tem de provar que o acusado agiu amparado por uma dirimente ou uma justificativa penal, basta uma dúvida a tal respeito, a acusação é que deve provar que o acusado agiu criminosamente. O texto atual a respeito está no art. 386 do CPP;

9. Além disso, o nº VII do art. 410 do Projeto determina a absolvição, quando não “existir prova suficiente para a condenação, isto é, exige-se certeza de culpabilidade do acusado que não deixe margem a nenhuma dúvida ou hipótese favorável ao acusado;
10. Outras causas de absolvição pelo art. 410: 1. Prova do fato não ter existido; 2. Não haver prova da existência do fato; 3. O fato é atípico, não constitui uma infração penal; 4. Está provado que o acusado não concorreu para a infração penal; 5. Não existir prova de que o acusado concorreu para a infração penal.

Assim sendo, o Projeto do Novo Código de Processo Penal na parte referente à prova manteve os textos da lei nº 11.690 de 9 de julho de 2008, porém sem o texto sobre o ônus da prova e também entre os “meios de prova” não incluiu o interrogatório do acusado, o que é jurídica ou tecnicamente um erro injustificável, porém incluiu como tais as “declarações da vítima” (art. 187).

11. O Projeto manteve os textos da Lei 11.689/2008 em relação ao procedimento acerca do Tribunal do Júri, art. 309 a 398 do Projeto. Entretanto, essencialmente são diferentes os quesitos do seu art. 385 que devem ser respondidos pelos jurados que ficaram reduzidos a três: a) “Se deve o acusado ser absolvido”; b) “Se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa”; c) “Se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia”. Caso seja respondido positivamente o primeiro quesito pela maioria de quatro jurados, a votação será encerrada e o acusado absolvido, porém se for negado por maioria o primeiro quesito que é se o acusado deve ser absolvido, haverá a condenação, porém o juiz tem de indagar os quesitos sobre as causas de diminuição de pena ou as qualificadoras ou agravantes.

II – ELEMENTOS PROBATÓRIOS DIFERENTES

Tecnicamente, distinguimos os elementos probatórios que são indispensáveis para uma denúncia, um decreto de prisão preventiva, uma decisão de pronúncia e uma sentença, respectivamente: indícios leves ou imprecisos de autoria, de coautoria ou de participação para uma denúncia; indícios suficiente a tal respeito para um decreto de prisão preventiva ou uma sentença de pronúncia; prova suficiente, sinônima de prova cabal, concludente, absoluta, de certeza para uma senten-

ça criminal condenatória, a qual, em nossa compreensão, não pode basear-se em prova indiciária ou indireta que por sua própria natureza não pode gerar certeza de autoria ou de culpabilidade, e sim apenas probabilidade a tal respeito.

III – SÍNTESE SOBRE A COMPREENSÃO FILOSÓFICA DE “VERDADE”

Na problemática da verdade, é mais correta a sua compreensão como “a conformidade do intelecto com a realidade” (com o objeto, a coisa) – “adaequatio intellectus et rei” –, e não a sua compreensão contrária ou seja “adaequatio rei et intellectus”, isto é, a relação da ideia de verdade com a ideia do objeto pensado como se a realidade estivesse “mentalizada em nosso pensamento”. Na matéria, ainda é válida a fórmula de Aristóteles sobre a verdade: “sustentar, negar aquilo que é afirmar aquilo que não é, é falso, enquanto afirmar que é e negar o que não é, é verdade”. Ainda, no século passado, não seria diferente a teoria do grande filósofo Heidegger ao proclamar que uma proposição ou enunciado é verdadeiro quando o que expressa ou afirma está conforme com a coisa enunciada ou afirmada.

Por outra parte, filosoficamente conceitua-se “a ignorância” como a ausência de conhecimento, “erro” é o conhecimento equivocado que não corresponde a uma verdade ou a uma realidade, “mentira” é a dolosa distorção ou deturpação da verdade, “meia verdade” é a sua não expressão total como pode ser encontrada na prova testemunhal. Ainda, a “probabilidade” é a antessala ou antecâmara da verdade, é um “tudo indica” que um certo fato ou resultado tenha existido ou ocorrido, porém ainda não é “a certeza” a tal respeito.

A moderna Teoria do Conhecimento ou Gnosologia (“Theorie de la Connaissance”, “Theory of Knowledge”, “Erkenntnisstheorie”) demonstra que existe obrigatoriamente uma relação ou união entre o sujeito e o objeto (coisa, realidade), implicando sempre três elementos: o sujeito que conhece (cognoscente), o objeto cognoscível e ato de união entre os dois, iniciando-se o conhecimento através da percepção, dos nossos sentidos que apreendem a realidade (Hessen). Então, surge a certeza que é a identificação da mente com a realidade que gera a ideia verdadeira, e o fato ou a realidade já está lá ou esteve lá, o fato já existe ou existiu, é algo objetivo e assim verdadeiros ou falsos serão os fatos que serão captados ou não apreendidos.

Assim sendo, na Justiça e no Direito, a certeza tem que estar conforme ou concordando com a realidade dos fatos, a realidade objetiva, concreta, positiva e ainda na legislação processual penal a certeza que se busca é a judiciária na medida da possível, da alcançável e processualmente válida. Tal verdade judicial não é absoluta, puramente metafísica é a objetiva ou processualmente válida, possível.

Por outra parte, afirma-se que juridicamente o que não está nos autos ou não está provado não estaria no mundo.

Em conclusão, se filosoficamente a verdade é a conformidade do intelecto (mente) com a realidade (“adequatio mentis ad rem”), juridicamente a verdade real ou a verdade possível é aquela que se ajusta ao fato que já existe ou existiu na demonstração de uma sua versão ou interpretação.

Afinal, a Teoria do Conhecimento como a parte da Filosofia que trata da origem, da natureza, do valor e dos limites da nossa faculdade de conhecer ao analisar a problemática da verdade auxilia muito a compreensão jurídica acerca da verdade processual.

IV – SOBRE A “VERDADE PROCESSUAL”

Fala-se muito na doutrina e na jurisprudência que a finalidade do Processo Penal é a busca da “verdade real” e a do Processo Civil “a verdade formal”, porém talvez, em nossa compreensão, em vez de falar-se na expressão ou na obtenção da “verdade real” como a finalidade do Processo Penal, fale-se em termos de “verdade possível” ou verossimilhança com base em um “juízo de probabilidade” devido à impossibilidade do ser humano de atingir de uma forma absoluta o que é a verdade e consequentemente também “a verdade real” e esta em nossa compreensão seria aquela que é conforme a um fato real.

V – COMPREENSÃO DO “IN DUBIO PRO REO”

Entendemos que com a dúvida não existirá verdadeiramente a prova e não como é costume afirmar-se que “a prova é precária, é frágil, é insuficiente” pois a dúvida é a negação da prova, é a sua antítese, com ela a prova inexistente. “Dúvida” e “Prova” são dois vocábulos ou conceitos incompatíveis entre si, que se excluem ou se negam mutuamente, pois a dúvida é inconciliável com a verdade e vai eliminar também a certeza, sendo a dúvida um estado de incerteza, afirma-se alguém é “invadido pela dúvida”, hesitando entre “um sim e um não”, se um fato é verdadeiro ou é falso, não podendo portanto haver decisão judicial baseada em dúvida que se opõe à verdade e à certeza. Assim sendo, sustentamos que com a dúvida não existe “prova” e não somente que a prova é “insuficiente, frágil” impossibilitando uma condenação.

VI – DIREITO COMPARADO

Destaquemos que nos três grandes sistemas europeus contemporâneos de valorização da prova – o “beyond reasonable doubt” inglês, o da “intime conviction” francês, e o do “libero convincimento del giudice” italiano – é realmente unânime a compreensão de que apenas uma certeza absoluta (na medida em que o ser

humano pode atingir uma certeza absoluta sobre qualquer coisa ou problema) de culpabilidade ou de responsabilidade penal pode legitimar uma condenação criminal, a evidência de culpabilidade para uma sentença criminal condenatória é uma exigência básica da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 pois está unida intimamente ao princípio de presunção de inocência de qualquer acusado até que a sua culpabilidade seja devidamente comprovada e presunção, aliás, também acolhida na vigente Constituição Federal de 5 de outubro de 1988. Presunção de inocência, em síntese, em termos de não culpabilidade de acusado. Em um Estado Democrático de Direito condenação somente baseada em certeza, em prova suficiente, e não em indícios que por sua própria natureza nunca podem gerar uma certeza de culpabilidade do acusado.

VII – UMA CONCLUSÃO

Se filosoficamente sustenta-se que o ser humano não pode atingir a verdade absoluta ou suprema (somente Deus é que é a verdade absoluta ou suprema) e que em sua conceituação a verdade é a conformidade ou adequação entre o intelecto e a realidade (coisa), juridicamente no estrito campo da processualística penal podemos proclamar que a mesma atualmente mais do que a denominada “verdade real” em termos de fatos reais, fatos verdadeiros, de evidência melhor seria dito que a sua finalidade é a busca da “verdade possível”, a verdade processualmente válida sempre em termos dos elementos probatórios existentes na ação penal.

VIII – A CONVICÇÃO DO JUIZ

A convicção do juiz pela livre apreciação da prova colhida em juízo não significa que tal liberdade seja sinônima de puro arbítrio ou despotismo judicial, tem de atender a prova dos autos, aos elementos probatórios colhidos em juízo. Tal princípio está estabelecido no art. 165 do Projeto do Novo CPP, com a ressalva ou esclarecimento do seu parágrafo primeiro de que a existência de um fato não pode ser deduzida, concluída ou inferida de indícios, a não ser quando forem graves, precisos e concordantes, situação muito difícil de ocorrer em um processo criminal, pois existem os contra-indícios e sobretudo que os mesmos não podem gerar uma condenação, o que se deduz do número VII do art. 410 desde que a prova indiciária não pode gerar a certeza indispensável para uma condenação.

A livre apreciação das provas pelo juiz, conforme a doutrina, é feita através da lógica, da psicologia e da experiência de vida do julgador, porém, reafirme-se, não é simples convicção íntima, não é capricho, arbitrariedade do julgador, não pode alienar-se das provas ou decidir contrariamente aos elementos probatórios colhidos em juízo.

XI – NOSSA TESE FUNDAMENTAL: NÃO EXISTE “A PROVA DO FATO”, E SIM A PROVA DE “UMA VERSÃO OU INTERPRETAÇÃO DO FATO”

Em síntese, sustentamos que não está correto quando se afirma ou se enfatiza em obras doutrinárias de processo penal e em decisões de juiz e tribunais sobre “a prova do fato”, pois “a prova” verdadeiramente não é “a prova do fato” desde do que o fato já existe, é pré-existente à prova, é seu antecedente, não é algo “criado” pela prova, não se “origina” da prova. Em consequência, sustentamos que essencialmente a prova é “a prova de uma versão ou interpretação do fato” e não do próprio fato em si que não é criado pela prova.

Em consequência, a prova demonstra ou evidencia uma certa versão ou interpretação de um fato ocorrido e não, em absoluto, a existência do próprio fato que não é criado com a mesma.

O INSTITUTO DA SOBREPARTILHA E O LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE QUAISQUER BENS E DIREITOS (ITCMD)¹

João Hélio de Farias Moraes Coutinho

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE. Auditor Fiscal do Tesouro Estadual.

Roberto Gomes de Albuquerque Melo Jr.

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Especialista em Direito Público pela ESMAPE. Professor das Faculdades Integradas Barros Melo – AESO. Auditor do Tesouro Municipal.

ridade processual, razão pela qual deve ser empregada a sobrepartilha, de sorte a não obstar a conclusão do inventário.

Palavras-chaves: Inventário. Partilha. Sobrepartilha. ITCMD (ICD).

1. INTRODUÇÃO

Situação que só ocorrer é o espólio ser integrado, dentre outros bens e direitos, por frações ou cotas do capital social de pessoas jurídicas. Em relação a esses bens, é comum a Fazenda Pública exigir a apresentação de balanços atualizados das sociedades. No entanto, essa exigência, em que pese seja pertinente, acarreta o sobrestamento do processo de inventário até que a referida exigência seja atendida e o imposto pago.

Diante dessa situação, é oportuno que haja a exclusão dessas participações societárias do inventário, com o propósito de viabilizar o recolhimento do ITCMD e a conclusão do referido processo, operando-se a transferência dos bens inventariados para a órbita patrimonial dos herdeiros.

Registre-se que esse procedimento não configura contestação ao direito da Fazenda Pública de exigir a prestação dos mencionados balanços, até porque é um imperativo legal²; apenas se defende que seja reconhecido aos herdeiros o direito de só a posteriori apresentar os referidos balanços, de sorte a não obstar a conclusão do inventário. Nesse passo, essa apresentação futura se concretizará por meio do instituto da sobrepartilha, de expressa previsão legal, não havendo qualquer prejuízo ao Erário, para os herdeiros nem para terceiros.

Contudo, numa exegese obtusa das previsões legais relativas à admissibilidade da sobrepartilha, há quem se oponha a solução aqui defendida, sob o argumento de que o fato gerador já ocorreu e, portanto, a Fazenda Públi-

ca deve efetuar o lançamento, adotando por base de cálculo o valor da totalidade dos bens e direitos relacionados no inventário.

2. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA E ESCÓLIOS DOUTRINÁRIOS

Para o deslinde da questão suscitada, necessário se faz o exame das disposições legais, assim como das posições doutrinárias. Assim, à guisa de consolidação e facilidade de análise, são transcritos os seguintes dispositivos:

- Código Civil

Art. 2021. Quando parte da herança consistir em bens remotos do lugar do inventário, litigiosos, ou de liquidação morosa ou difícil, poderá proceder-se, no prazo legal, à partilha dos outros, reservando-se aqueles para uma ou mais sobrepartilhas, sobre a guarda e a administração do mesmo ou diverso inventariante, e consentimento da maioria dos herdeiros.

- Código de Processo Civil

Art. 1040. Ficam sujeitos à sobrepartilha os bens:

- I – sonogados;
- II – da herança que se descobrirem depois da partilha;
- III – litigiosos, assim como os de liquidação difícil ou morosa;
- IV – situados, em lugar remoto da sede do juízo onde se processa o inventário.

Parágrafo único. Os bens mencionados nos ns. III e IV deste artigo serão reservados à sobrepartilha sob a guarda e administração do mesmo ou de diverso inventariante, a aprazimento da maioria dos herdeiros.

Da análise dos dispositivos suso anotados, depreende-se que não há vedação à utilização da sobrepartilha, quando os bens que compõem o espólio encontram-se numa das situações previstas nos digitados dispositivos. Na hipótese sob análise, entendemos que participações societárias podem ser enquadradas como bens de difícil liquidação e, portanto, passíveis de serem sujeitas à sobrepartilha.

A sobrepartilha é uma partilha adicional. Admite-se, quando conveniente seja, não protelar a partilha, ou quando não se descrevem alguns bens, ocultos ou desconhecidos, quando haja bens litigiosos ou de liquidação difícil ou, ainda, quando estejam em lugar remoto do juízo do inventário. Permite-se esse adiamento

sob o fundamento de que a divisão da parte líquida da herança não deve procrastinar-se em virtude da parte ilíquida. Por outro lado, a adoção da sobrepartilha não acarreta prejuízo à Fazenda Pública, mas ao contrário, seu emprego viabiliza o recebimento dos créditos tributários de forma mais célere além de não acarretar supressão ou postergação dos créditos relativos às transmissões dos bens e direitos que ocorrerão na sobrepartilha.

Nesse ponto vale verificar a afirmação de não lesão aos interesses da Fazenda Pública. Isso se dá em razão da materialidade do ITCMD. Ora, ocorre o aspecto material do imposto estadual em exame na transmissão de qualquer bem ou direito (I) havido por sucessão legítima ou testamentária, inclusive a sucessão provisória; e (II) por doação (Constituição Federal, art. 155, I), ocorrendo tantos fatos geradores distintos quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários.

Esclarecem Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo³ que a abertura da sucessão “é o ponto de partida de todo o fenômeno hereditário. É começar o fato sucessório”, operando-se automaticamente a transmissão da propriedade de todos os bens que a pessoa natural possui pela morte⁴. Nesse primeiro momento, porém, a herança é ilíquida, razão pela qual é necessário o inventário dos bens para liquidação da herança e individualização da cota parte de cada herdeiro, bem como da meação⁵.

Daí a adequação do instituto da sobrepartilha na hipótese de bens de difícil ou morosa liquidação, inclusive para fins fiscais. Segundo o magistério de Sebastião Luiz Amorim e Euclides Benedito de Oliveira⁶,

A sobrepartilha correrá nos autos do inventário do autor da herança (art. 1.041 do CPC), prevalecendo a representação do inventariante em exercício (salvo se requerida a substituição). Repetem-se as fases procedimentais de declaração dos bens, eventual avaliação, cálculo e recolhimento do imposto causa mortis, juntada de negativas fiscais e partilha.

No mesmo sentido, entende Misael Montenegro Filho⁷ que o procedimento de sobrepartilha gera a “ouvida dos interessados, a avaliação do bem a (sobre)partilhar, o cálculo do imposto, a sentença que julga o cálculo, a apresentação do esboço de partilha ou a partilha judicial e a prolação da sentença de partilha, traumática ou homologatória”.

É de se observar que, segundo os referidos autores, não há impedimento à sobrepartilha, sob a alegação de

RESUMO

O procedimento de inventário envolve entre outras atividades a homologação do lançamento do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer bens e Direitos – ITCMD (ICD). Este artigo analisa a hipótese de lançamento do imposto estadual na transmissão de bens de liquidação difícil ou morosa. Discute-se a possibilidade de aplicação do instituto da sobrepartilha em tais hipóteses, em especial face aos princípios da legalidade, da instrumentalidade das formas, da economicidade, da razoabilidade e da cele-

1. Em Pernambuco o acrônimo utilizado é ICD.

2. Em Pernambuco, Lei n.º 13.974, de 16 de dezembro de 2009, art. 20.

3. PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 5 ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 206.

4. MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 378.

5. SOARES, Milton Delgado. O imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 42.

6. OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. Inventários e partilhas: Direito das Sucessões: teoria e prática. 15 ed. rev. atual. e ampl. em face do novo Código Civil. São Paulo: Universitária, 2003, p. 444.

7. MONTENEGRO FILHO, Misael. Código de Processo Civil comentado e interpretado. São Paulo: Atlas, 2008, p. 925.

que o fato gerador já ocorreu, único argumento dos que não aceitam a sobrepartilha. Assim, nada impede a avaliação dos bens e o recolhimento do ITCMD relativo aos bens sobrepartilhados em um segundo momento. Portanto, fica evidente que não há lesão aos interesses da Fazenda Pública.

Trazemos à colação, também, a opinião de Sílvia de Salvo Venosa⁸, para evidenciar a flexibilidade da utilização do instituto da sobrepartilha, in verbis:

Às vezes, os herdeiros não têm numerário suficiente para, de uma só vez, arcar com as despesas e impostos sobre todos os bens da partilha. Muito útil, pois, essa possibilidade legal, que permite que não se retarde a partilha dos bens in-controversos e de fácil divisão.

No mesmo sentido é a posição de Francisco José Cahali⁹ e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ao proclamarem:

Com acerto a opção legislativa, especialmente ao permitir que sejam deixados à sobrepartilha os bens problemáticos, pois a dificuldade de liquidação destes não impede ou retarda a divisão quanto aos demais, trazendo expressivo benefício aos herdeiros e interessados em que as relações jurídicas do finado, o quanto antes, tenham destino certo.

No escólio retrotranscrito observa-se que os autores não buscam amesquinhar o instituto em evidência, posto não se aterem a busca de um silogismo niilista. Nesse diapasão e, destacando o aspecto volitivo em relação aos herdeiros, assim se manifesta Washington de Barros Monteiro¹⁰, quando assevera:

Se os herdeiros preferem deixar tais bens para sobrepartilha, no uso de faculdade outorgada pelos citados dispositivos legais, por ocasião dela, naturalmente, se recolerá o imposto de transmissão causa mortis. Não parece razoável coagi-los ao pagamento do tributo, enquanto não conseguem apurar os valores respectivos.

Esse também é o entendimento do TJRS:

Inventário. Créditos de difícil liquidação. Incidência do ITCD. Sobrepartilha. Art. 1.040, III do CPC. Devem ser excluídas da base de cálculo do imposto de transmissão, os créditos do espólio de difícil recebimento ou litigiosos, ficando sujeitos à sobrepartilha. Inteligência do art. 1040 do CPC. Porém, incluídos na base do cálculo os créditos recebidos com deságio, em acordo homologado, com o

valor da época do óbito. Agravo parcialmente provido. (Agravo de Instrumento nº 70000054189, oitava câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: José Ataíde Siqueira Trindade, julgado em 23/09/1999).

3. CONCLUSÃO

A análise levada a efeito se coaduna com os princípios da legalidade, da instrumentalidade das formas, da economicidade, da razoabilidade e da celeridade processual.

Segundo os autores colacionados, não há restrições à sobrepartilha quando é possível agilizar o processo de inventário, restando para um segundo momento o recolhimento do ITCMD, relativo aos bens a serem transferidos na sobrepartilha. Resguarda-se, pois, os interesses da Fazenda Pública. Ademais, como em relação a esses bens a efetiva transmissão individualizada só ocorrerá posteriormente, fica robustecido o entendimento, neste artigo, defendido.

Ademais, os herdeiros e legatários, como bem destacam Sílvia de Salvo Venosa e Washington de Barros Monteiro, nos escólios retrotranscritos, nem sempre dispõem de recursos financeiros para quitar arcar com o ônus tributário decorrente da partilha, motivo pelo qual fazem jus a partilhar parte dos bens a posteriori, ou seja, não se pode olvidar o aspecto subjetivo relativo a esses sujeitos passivos.

The institute of administration the bonis and the tax assessment of ITCMD

REFERÊNCIAS

- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. 35 ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro F. Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. (Coleção Direito Civil, v. 6)
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil: comentado e interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de; AMORIM, Sebastião Luiz. *Inventários e partilhas: Direito das Sucessões: teoria e prática*. 15 ed. rev. atual. e ampl. em face do novo Código civil. São Paulo: Universitária, 2003
- PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. *Impostos fe-*

derais, estaduais e municipais. 5 ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

• SOARES, Milton Delgado. *O imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

• VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. (Coleção Direito Civil, v. 7)

8. VENOSA, Sílvia de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 395. (Coleção Direito Civil, v. 7)

9. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 420.

10. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 35 ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro F. Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 329. (Coleção Direito Civil, v. 6)

DA NECESSIDADE DE RELEITURA DO ART. 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DIANTE DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE EFETIVA REPRESENTATIVIDADE SINDICAL

Isabela Aguiar

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo sugerir a releitura do art. 8º, inciso II da CF, de maneira que o sistema da unicidade sindical vigente no Brasil não destoe da Convenção 87 da OIT, nem dos tratados ratificados após a publicação da Carta Magna de 1988.

O resultado apostado no dispositivo constitucional em comento é fruto de intensos debates ideológicos, entabulados pelos diversos grupos de poder presentes na Assembleia Nacional Constituinte. Esta até pretendeu redesenhar a estrutura sindical pátria sob os prismas da democracia e do pluralismo ideológico, mas deparou-se com “entidades caudatárias do unitarismo, refratárias às pautas axiológicas emanadas da Convenção n. 87 da OIT” (EBERT, 2007, p. 36).

Assim, obteve-se um modelo de representatividade sindical aparentemente incoerente, mas como legítimo resultado de decisão política tomada em um processo democrático: acordo, composição de interesses opostos. Instituiu-se, então, de um lado, a plena liberdade dos sindicatos, com livre constituição e organização, livre da ingerência do Poder Público. De outro, o monopólio de representatividade sindical por base territorial e a contribuição sindical compulsória.

A delimitação do tema a ser explorado neste artigo repousa na representatividade sindical, tendo em vista a contribuição sindical compulsória necessária de ambiente vasto de análise (e crítica), não conidente com o objetivo aqui traçado, sob pena de se ver desviado o foco do estudo proposto.

Não obstante essa realidade, a interpretação do preceito contido na Lei Maior deve ser pensada em harmonia com as normas da hermenêutica constitucional: deve levar em conta a unidade da constituição e os princípios da democracia e do pluralismo ideológico¹, assim como a máxima efetividade dos direitos fundamentais (EBERT, 2007, p. 183).

Mesmo não tendo a democracia e o pluralismo ideológico exercido a força pretendida pela Convenção 87 da OIT na formação da norma na Assembleia Nacional Constituinte, os tratados ratificados pelo Brasil posteriormente à promulgação da Carta Constitucional de 1988 demonstram a clara preocupação com a efetiva representatividade.

E, por ora, iniciar-se-á a digressão do tema em foco com esta análise: a liberdade sindical diante da Convenção 87 da OIT, observando-se a conjuntura de seu nascimento, a abstenção do Brasil em ratificar o referido diploma internacional e a necessidade de interpretação evolutiva dos direitos com a mudança de postura após a ratificação de tratados outros que permitem a interpretação evolutiva da Constituição Federal no tocante à representatividade sindical. Ao final, será perquirido sobre a possibilidade de alteração da titularidade do monopólio sindical e sobre os possíveis meios para a concretização deste desiderato.

1. DA LIBERDADE SINDICAL

1.1. CONCEITO

O princípio da liberdade sindical, hoje incluído entre os direitos humanos de maior relevo (SUSSEKIND, 2000, p. 279; BRITO FILHO, 2007, p. 79), é conceituado diferentemente por diversos doutrinadores. Mas, como a conceituação da liberdade sindical elegida para este tópico não é o fim último do trabalho, não serão dedi-

cadas muitas linhas para a sua satisfação, elegendo-se, basicamente, os conceitos que mais diretamente forneçam elementos para a cognição do seu sentido.

Para José Cláudio de Brito Filho, como síntese dos conceitos elaborados por Georgenor Franco (1992, pp. 20-21) e por Amauri Mascaro Nascimento (2000, pp.148-149), a liberdade sindical “deve ser vista sob dois prismas, o individual e o coletivo, compreendendo o primeiro as liberdades individuais de filiação, não filiação e desfiliação e, no segundo, as liberdades de associação, de organização, de administração e de exercício das funções” (BRITO FILHO, 2007, pp. 76-77).

Pela dimensão individual da liberdade sindical, os trabalhadores e empregadores têm direito de decidir pela filiação ou não a sindicato, bem como de se desfiliarem, quando entenderem conveniente. Assim, com ela não condizem cláusulas restritivas a esses direitos dos trabalhadores, como as que vedem o acesso nas empresas de trabalhadores sindicalizados (closed shop), as que exijam do empregado a não filiação após a contratação (yellow dog contract), as que exijam do empregado a filiação ao sindicato após um prazo de sua admissão (union shop), e as que deem preferência na contratação de sindicalizados (preferencial shop). (NASCIMENTO, 1989, p. 127).

Já em relação à dimensão coletiva, mais complexa que a primeira, divide-se em quatro aspectos: a) liberdade de associação (direito de trabalhadores e empregadores criarem organizações sindicais); b) liberdade de organização (incompatibilidade com restrições que digam respeito ao número de sindicatos existentes, à forma de constituição dos grupos que podem integrar determinado sindicato, aos tipos de entidades sindicais que podem ser constituídas, enfim, a tudo que vedar ou limitar o direito à livre estruturação das entidades sindicais); c) liberdade de administração (direito de as entidades sindicais determinarem sua forma de organização interna, sem a interferência de terceiros ou do Estado); e d) liberdade de exercício das funções (direito de executar as ações necessárias ao cumprimento de suas finalidades, de defesa dos interesses dos seus representados) (BRITO FILHO, 2007, pp. 76 e 77).

Vê-se, diante do exposto, que o tema a ser desenvolvido, com enfoque na representatividade sindical, gira em torno da dimensão coletiva da liberdade sindical, principalmente, das liberdades de associação e de organização.

Mas, afinal, como foi o desenvolvimento histórico da representatividade sindical no Brasil?

1.2. BREVE HISTÓRICO DO MODELO CORPORATIVISTA BRASILEIRO

Em síntese apertada, no Brasil, apenas em 1988, deu-se a abolição da escravatura. E, sem trabalho livre, não

há que se falar em Direito do Trabalho, quem dirá em liberdade e representatividade sindical.

Mas, já na República Velha, com a vinda dos imigrantes da Europa, e, juntamente com eles, suas ideias anarquistas, começa um movimento em defesa desses direitos. Chegaram com ideias reivindicadoras. Houve algumas greves, os primeiros movimentos de trabalhadores, mas ainda sem o pressuposto que se verificou na Europa, da industrialização e urbanização, porque a atividade no Brasil ainda era eminentemente rural (AROUCA, 2003, pp. 28-29).

E, após a revogação dos artigos 205 e 206 do Código Penal de 1890 (que punia todo e qualquer tipo de greve), os sindicatos rurais foram regulados já em 1903 pelo Decreto nº 979. Os urbanos, em 1907, pelo Decreto nº 1.637, de modo muito semelhante aos rurais, e com um detalhe para o, quem sabe, prenúncio da era corporativista que lhe sucederia: previu que os sindicatos deveriam se pautar pela harmonia da relação entre capital e trabalho.

Os trabalhadores “ganham” o direito de reunirem-se em sindicatos, sem grandes esforços. O intuito dos governantes era, justamente, o de controlar a força dos trabalhadores unidos, pois tinham ciência dos acontecimentos na Europa, o que pretendiam evitar que se repetisse no Brasil. E é esse o grande problema do sindicalismo no brasileiro.

O ponto crucial para a acomodação dos trabalhadores na defesa dos seus direitos foi o advento da República Nova de Vargas, em 1930, com a criação da previdência social e da CLT, em 1943.

Pode-se criticar esse modelo fortemente, pois, a despeito de ainda não existir indústria no país, houve a concessão antecipada dos direitos sindicais, sem uma reivindicação proporcional. Tão logo tiveram início os movimentos dos trabalhadores, foram agraciados com seus direitos contemplados. Esse é o grande motivo do enfraquecimento do direito coletivo no Brasil.

A República Velha foi fundamental para a formação de atores sociais no país. Quando a Revolução de 1930 preparou o caminho para uma efetiva formulação e aplicação de uma legislação social, já se desenvolvia uma luta sistemática pelo reconhecimento dos direitos dos trabalhadores, pela formação de uma identidade, pelo reconhecimento do trabalhador como um cidadão (FIORAVANTE, 2008, pp. 61-63).

Então, o modelo corporativista desenvolvido por Getúlio Vargas, que impôs uma artificial harmonia entre capital e trabalho, contemplou “graciosamente” a classe operária com uma legislação de trabalho inédita, reduziu a força mobilizadora dos sindicatos e tornou os operários confiantes nas intervenções estatais, pois, em verdade, tinha por real escopo a contenção dos sindicatos. Os sindicatos eram uma espécie de delegação do Poder Público (MASSONI, 2007, p. 78).

E, para fortalecer o modelo corporativista, em

1. Agora, num momento de interpretação e não de formação da norma.

1940², com o Decreto nº 2.377³, foi criado o imposto sindical, fixou seus valores e épocas de pagamento, desconto em folha, época do recolhimento pelas empresas para a conta dos sindicatos e o percentual a ser repassado aos sindicatos de grau superior e ao próprio Estado.

Esse modelo foi alvo de muitas críticas. O item seguinte analisará as discussões em torno desses problemas na Assembleia Nacional Constituinte para a elaboração da Constituição Federal de 1988.

1.3. A LIBERDADE SINDICAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na Assembleia Nacional Constituinte, desenharam-se grandes embates em torno do modelo de representação sindical a ser estabelecido na nova ordem constitucional⁴, mas, apesar das fortes críticas formuladas por fortes sindicatos, a Constituição Federal de 1988 não conseguiu desmontar completamente o modelo sindical corporativista.

A Constituição Federal de 1988 adotou, no caput do art. 8º, a liberdade sindical⁵. No entanto, o inciso II limitou a representação sindical a apenas uma entidade por base territorial, consagrando a chamada unicidade sindical. O inciso IV previu a contribuição sindical⁶.

Ora, num sistema de genuína liberdade sindical, nos moldes desenhados pela Convenção 87 da OIT, a existência de um sindicato único, detentor do monopólio da representatividade sindical da categoria em determinada base territorial jamais poderá ser fruto de imposição de qualquer ordem; deve ser consequência da escolha dos próprios filiados.

Sendo aplicado o princípio da liberdade sindical em sua inteireza, até pode haver unidade sindical, ou seja, um único sindicato representativo, mas como fruto da escolha dos sindicalizados, por entenderem ser o mais representativo, e não em decorrência da determinação estatal.

Já a unicidade, ou seja, o sistema onde há um único sindicato representante da categoria, mas não por vontade dos atores sociais, e sim da imposição do Estado, em nada se coaduna com a ideia da liberdade sindical; pelo contrário, é-lhe opositora.

Então, como pode a Constituição consagrar a liberdade sindical no caput e, no inciso II, impor a unicidade sindical por base territorial?

Existe um paradoxo, é verdade. Entretanto, as normas devem ser vistas sob o foco de um sistema

(jurídico). Não pode ser esquecido o fato de que o Brasil é um país democrático, cujas normas emanadas do Poder Legislativo são fruto de debates e de composições político-ideológicas. A esse fato deveu-se a frustração da tentativa de aprovação da pluralidade sindical no Brasil. Houve grande resistência dos defensores da unicidade sindical e, como resultado dos embates ideológicos, consagrou-se a liberdade sindical, mas com um único sindicato representativo da categoria por base territorial.

Em outras palavras, mesclou elementos eminentemente corporativistas (unicidade) com diretrizes pluralistas e democráticas (dissociação entre sindicatos e Governo). (EBERT, 2007, p. 37).

E, devido a isso, para Tamira Maira Fioravante, a atual legislação do Brasil, “por não ter destruído completamente a estrutura sindical corporativista”, não permite que se ratifique a Convenção nº87 da OIT, pois não protege adequadamente a liberdade sindical (FIO-RAVANTE, 2008, p. 67).

Mas, apesar de a Carta Constitucional de 1988 não proteger adequadamente a liberdade sindical, após sua promulgação, foram ratificados tratados internacionais que permitem, no mínimo, uma releitura do que foi posto no sistema objetivamente e da interpretação dada ao art. 8º, inciso II da CF. Esse é o delineamento das discussões do item seguinte.

2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL INSERIDO NO TEXTO CONSTITUCIONAL

2.1. DA ANÁLISE DO ART. 8º, CAPUT E INCISO II DA CF: DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

A liberdade sindical, não se olvida retrucar, caracteriza-se como verdadeiro direito fundamental. E apesar de a Constituição Federal de 1988 intentar reduzir a minúcias os seus limites, seu conteúdo abstrato apenas será delimitado após análise da sua densidade normativa e a sua correlação com os demais postulados constitucionais.

Ronald Dworkin, ao estabelecer as diferenças entre regras e princípios, define o princípio como “um padrão que deve ser observado”, na medida em que “é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra

unicidade” (EBERT, 2007, p. 36).

5. A despeito disso, ainda que não tivesse consagrado o princípio da liberdade sindical em sua Carta Magna, o Brasil a ele deveria respeito, tendo em vista o preâmbulo de Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) a ele expressamente referir-se (SUSSEKIND, 2000, p.278).

6. Como dito acima, o estudo tratará apenas do modelo de representação, devido à especificidade pelo tema exigida.

dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36). Possui caráter fluido, o que impede a fixação imediata do seu conteúdo normativo abstrato (EBERT, 2007, p. 96).

Já as regras, por sua vez, definem em abstrato e de maneira precisa as condições de sua aplicabilidade (EBERT, 2007, p. 96), “à maneira do tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2002, p. 38). “Dados os fatos em que uma regra é estipulada, ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Diante disso, como o direito à “livre associação profissional ou sindical” foi previsto em termos genéricos no caput do art. 8º da CF, enquadra-se na categoria dos princípios, tendo em vista sua baixa densidade normativa, ou seja, sua “imprecisão para definir posições jurídicas em abstrato” (EBERT, 2007, p. 97).

O mesmo não se pode dizer, entretanto, da vedação do inciso II do art. 8º da CF, quanto à criação de mais de uma organização sindical representativa da categoria na mesma base territorial, pois deixa explícito seus elementos normativos. É norma de eficácia plena, segundo a classificação formulada por José Afonso da Silva, pois determina com precisão qual a conduta positiva ou negativa a ser seguida (SILVA, 2004, pp. 88). Assim, tem-se que a regra da unicidade sindical (art. 8º, II, CF) integra o conteúdo positivo do princípio da liberdade sindical, devendo ser considerada para a aplicação dessa liberdade no ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, o caráter constitucional da regra da unicidade sindical impede que se cogite a respeito da validade formal e material do art. 8º, II, pois, a ordem constitucional deste País não permite a aplicação das “normas constitucionais inconstitucionais”, tese do Prof. Otto Bachof (BACHOF, 1994, p. 54). O STF entendeu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 853/RS, que “a tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de uma em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida”.

Daí, decorre que não há como pretender ver reconhecida no Brasil o princípio da liberdade sindical (art.8º, caput, da CF) sem a limitação do art. 8º, II, da CF. Ambas as positivizações advieram da mesma fonte, ou seja, do poder constituinte originário.

2.2. DA MÁXIMA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS À LUZ DOS PACTOS INTERNACIONAIS

Viu-se que a regra da unicidade sindical é constitucional. Nada impede, entretanto, que seja proposta uma releitura do art. 8º, II, da CF, pois o mesmo nada previu sobre o modo de escolha da representatividade. O inciso I apenas menciona o registro no órgão competente para

que se possa aferir a unicidade por base territorial, sem qualquer alusão ao critério de anterioridade cronológica do pedido do registro como elemento decisivo para o seu deferimento.

E, quando um aspecto compreendido no conteúdo de um direito fundamental positivado em sede de princípio não se encontra pormenorizado pelo legislador, resta ao intérprete perquirir acerca da sua evolução histórico-contextual, à luz dos demais preceitos integrantes do sistema, em especial os postulados da democracia e do pluralismo ideológico e a máxima eficácia dos direitos fundamentais, com vista a obter o real significado da norma (VIEIRA, 2006, p. 54; EBERT, 2007, p. 106). Afinal, não pode ser deixado de lado, na hermenêutica da norma, o princípio da unidade da Constituição, que, na lição de Luiz Roberto Barroso:

É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação, porquanto a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram o núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. (...) Cabe ao intérprete, por força do princípio da unidade, um esforço de otimização; é necessário estabelecer os limites de ambos os bens a fim de que cada um deles alcance uma efetividade ótima (BARROSO, 2003, p. 196 e 202).

E, na noção do princípio da unidade da Constituição, encontra-se um importante corolário: a máxima efetividade dos direitos fundamentais, que “pode ser compreendido como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, (...) outorgando-lhe a maior eficácia possível” (SARLET, 2003, p. 343). E, além disso, “a interpretação das garantias individuais e sociais insculpidas na Constituição deverá ocorrer à luz das normas humanitárias de índole universal” (EBERT, 2007, pp. 108 e 117), pois os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o estatal.

Assim, percebe-se que o princípio da liberdade sindical sofreu a limitação clara da regra da unicidade, entretanto, permaneceu em aberto o critério para definição da entidade única, que não pode deixar de levar em consideração a máxima eficácia dos direitos fundamentais, um critério a primar pela representatividade efetiva da categoria.

Continuando a linha de raciocínio, sabe-se que os tratados de direito internacional, quando ratificados, ingressam no ordenamento jurídico interno com status de lei ordinária e o art. 5º, §3º da CF (inserido pela EC nº45/2004), prevê que, se forem aprovados em dois turnos por três quintos dos votos dos membros em cada Casa do Congresso Nacional, serão equivalentes às emendas constitucionais⁷.

Ora, o Brasil, após a promulgação da CF/88, ratifi-

2. O Decreto-lei nº 1.402/39 já possibilitava aos sindicatos imporem contribuições a todos aqueles que participassem das profissões ou das categorias representadas.

3. O Decreto nº 2.377/1940 denominou a contribuição de imposto sindical.

4. “A corrente capitaneada pelo Partido dos Trabalhadores – PT defendia a pluralidade e centrava-se na tarefa de ver aprovada a Emenda relatada pelo então Deputado Luiz Inácio Lula da Silva. Do outro lado, parlamentares do chamado ‘centrão’ e do bloco socialista (principalmente PCB e PC do B) batiam-se pela manutenção da

cou pactos internacionais que versam sobre liberdade sindical. Como exemplo, pode-se citar os seguintes diplomas: Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Organização das Nações Unidas – ONU, e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), firmado no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, com inserção no ordenamento legislativo, respectivamente, através dos Decreto Legislativos nº 226/91 e nº 3.321/99.

Em ambos os pactos, o princípio da liberdade sindical é tratado nos moldes análogos à Convenção 87 da OIT, ou seja, de amplitude, tanto no aspecto individual, quanto na dimensão coletiva. Em especial, o Protocolo de São Salvador, em seu art. 8º, assegura “o direito dos trabalhadores a organizar sindicatos e a se filiarem ao de sua escolha para a proteção e promoção de seus interesses, sem a ingerência estatal” (EBERT, 2007, p. 121).

E, na linha de raciocínio aqui exposta, não se há como excluir tais pactos do delineamento a ser conferido ao princípio da liberdade sindical insculpido na CF/88, mesmo com respeito à expressa delimitação do inciso II do art. 8º, que deve ser respeitada. Mas, para a máxima efetividade e para a interpretação da norma a partir da análise do ordenamento jurídico interno como um todo, deve-se procurar conferir ampla liberdade aos sindicatos quanto à determinação da titularidade da representatividade.

Mas, afinal, como conciliar o princípio da liberdade sindical plena, inclusive com o direito de os trabalhadores escolherem o sindicato ao qual vão se filiar⁸, com a unicidade sindical? Interessante solução é apresentada por Paulo Roberto Lemgruber Ebert, para quem a pedra de toque estaria na possibilidade de que uma associação concorrente, destituída de representatividade sindical, venha a tomar a representatividade da que a detenha, acaso sejam atingidos determinados requisitos objetivos que demonstrem reunir melhores condições de defesa dos interesses comuns daquele grupo profissional (EBERT, 2007, p. 123).

Essa tarefa será possível através do processo intitulado mutação constitucional⁹, para que se altere o sentido e o alcance que os Poderes Públicos vêm conferindo

ao art. 8º, inciso II da CF (precedência do registro como requisito para a criação de entidade sindical, e não a real representatividade).

E a mutação constitucional pode decorrer da interpretação evolutiva¹⁰, dos costumes, da inércia e do desuso (FERRAZ, 1986, p.66). A interpretação evolutiva é o meio hermenêutico que proporcionará a releitura do dispositivo em análise, o que será trabalhado no item seguinte.

3. DA NECESSIDADE DE RELEITURA DO ART. 8º, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DIANTE DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE EFETIVA REPRESENTATIVIDADE

O art. 8º, inciso II da Constituição Federal, como visto alhures, contempla a unicidade sindical, ou seja, o monopólio de representação de determinada categoria em dada base territorial mínima. Mas, para que seja interpretada adequadamente, a norma deve ser analisada sob o foco de um sistema jurídico, pelo que se conclui, diante de tudo o que já foi até aqui exposto, não ser possível deixar de considerar o requisito da efetiva representatividade para se aferir a titularidade do monopólio sindical.

Assim, a partir do instrumento de mutação constitucional, será possível a democratização da estrutura sindical no Brasil, sem a necessidade de qualquer alteração formal no texto da Constituição. Necessária, entretanto, para essa tarefa hermenêutica, a superação do atual entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Ministério do Trabalho e Emprego, no sentido de que o monopólio de atuação sindical será conferido à entidade que primeiro requerer o registro, independentemente de qualquer aferição quanto à representatividade.

Dando continuidade à digressão do tema iniciada, interessante passar pela análise dos arts. 515 e 519 da CLT¹¹. Afinal, foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988?

O problema do art. 519 da CLT reside na expressão “entre outros”, que confere discricionariedade ao Ministério do Trabalho no reconhecimento das associações como sindicatos (RUSSOMANO, 2002, p. 999). Apesar dis-

so, mesmo a CLT tendo surgido num momento de quase absoluta interferência do Poder Público sobre a vida sindical, existia, ao menos em tese, a possibilidade de que uma entidade sindical mais representativa substituísse o sindicato no caso de perda da força deste perante a categoria.

Não obstante a conjuntura política da época do advento da CLT, o dispositivo seria aplicado tranquilamente se deixada de lado a parte do dispositivo que confere discricionariedade, a fim de que fosse baseado exclusivamente em critérios objetivos para a investidura sindical, com a atividade do Ministério do Trabalho pautada de modo vinculado (EBERT, 2007, p. 147), atendendo aos pressupostos estabelecidos no próprio art. 519 da CLT.

Esse é o entendimento de Arnaldo Sussekind, para quem o art. 519 da CLT apenas não teria sido recepcionado na parte em que confere discricionariedade ao Ministério do Trabalho na investidura sindical, pois o restante do dispositivo seria plenamente coerente com todo o ordenamento jurídico (SUSSEKIND, 2000, pp. 367-368).

Assim, na lição do ilustre jurista, um grupo de trabalhadores ou empregadores poderá constituir uma associação profissional (arts. 512 e 518 da CLT) para categoria já organizada em sindicato, por não haver ofensa ao regime do monopólio sindical. “E, se a associação vier a considerar-se mais representativa, ser-lhe-á facultado pleitear a investidura sindical, mediante cancelamento do registro deferido em favor da entidade anterior” pela aplicação do art. 519 da CLT, ineficaz apenas na parte em que afronta a autonomia sindical (SUSSEKIND, 2000, pp. 362-366).

Continua o doutrinador seu estudo afirmando que, apesar de não mais haver a necessidade de prévia constituição de associação profissional para a investidura sindical, será esta necessária no caso de já haver sindicato registrado, para que possa ser pleiteado o cancelamento do registro anteriormente concedido (SUSSEKIND, 2000, p. 368).

Como se pôde observar dos argumentos ora ver-gastados, o princípio hermenêutico da interpretação conforme a Constituição dá respaldo à recepção parcial do art. 519 da CLT, possibilitando sua aplicação naquilo que seja coerente com a nova ordem democrática e excluindo as leituras incompatíveis, contribuindo para a harmonia no seio do ordenamento jurídico.

E é justamente essa a forma através da qual o Poder Judiciário atuará na implantação da entidade sindical mais representativa no Brasil, pois, ao adotar o paradigma da maior representatividade em um caso concreto envolvendo conflito entre duas entidades, verificará os pressupostos presentes no art. 519 da CLT, quais sejam, o número de associados, os serviços sociais fundados e mantidos,

bem como o valor do patrimônio dos litigantes.

Já quanto à atuação do Poder Executivo, através do Ministério do Trabalho e Emprego, na regulamentação do art. 8º, II, da Constituição Federal, deverá desenvolver-se dentro dos limites no art. 87, parágrafo único da CF, sem inovar no mundo jurídico.

O questionamento que se faz sobre a atuação do Ministério do Trabalho é se este órgão poderia condicionar o deferimento do registro sindical¹² à demonstração do critério de representatividade.

O problema pode ser facilmente resolvido, na medida em que o art. 8º, II, da Constituição Federal, apenas determina a unicidade sindical, em nada se referindo quanto ao modo de escolha da entidade única. Dessa forma, há, sim, espaço para que o Ministério do Trabalho e Emprego estabeleça, por meio de regulamento, os critérios necessários para que o mandamento constitucional seja observado. Apenas haveria infração ao poder regulamentar acaso o Poder Executivo estabelecesse critérios para o registro sindical em dissonância com o art. 8º, II, da Constituição Federal.

Agora, quanto ao Legislativo, uma atuação plenamente possível seria a elaboração de lei assegurando a formação de associações profissionais e empresariais, bem como o direito de representação da categoria caso atinja níveis objetivos de representatividade superiores do que o sindicato detentor do monopólio da representação. Com isso, a lei modificaria o sentido do art. 8º, inciso II da CF, sem alterar sua forma (EBERT, 2007, p. 169).

Dessa forma, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, dentro dos limites a cada um inerentes, poderão atuar de forma a dar um novo sentido ao art. 8º, inciso II, da Constituição Federal, a fim de que se possa, no deferimento do registro sindical, muito mais do que aferir apenas precedência cronológica no pedido, perquirir sobre a efetiva representatividade.

E nem se alegue que se trataria de interferência estatal a ferir o princípio da autonomia sindical, pois o controle não estaria baseado em critérios discricionários, mas sim vinculados, nos moldes definidos objetivamente no art. 519 da CLT, recepcionado parcialmente pela Constituição Federal, através do método hermenêutico da interpretação conforme a Constituição (BARROSO, 2003, p. 189).

4. REFERÊNCIAS

- AROUCA, José Carlos. *O Sindicato em um mundo globalizado*. São Paulo: LTr, 2003.
- BACHOF, Otto. Trad. COSTA, José Manuel M. Cardoso da.

7. Mas, na tese desenvolvida por Flávia Piovesan, sendo de direitos humanos, ingressam com status de norma constitucional independentemente da votação em dois turnos e por três quintos dos votos (PIOVESAN, 2006, p. 78).

8. Art. 8º do Protocolo de São Salvador, que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 3.321 de 30.12.1999.

9. A alteração da constituição pode dar-se de duas formas: reforma (alteração formal do texto, através de revisão ou emenda) ou mutação (mudança informal, processo de interpretação) (EBERT, 2007, pp. 126-127).

10. Quando a exegese de um determinado dispositivo constitucional provoca uma alteração de sentido anteriormente impensada (EBERT, 2007, p. 142).

11. CLT, Art. 515. As associações profissionais deverão satisfazer os seguintes requisitos para serem reconhecidas como sindicatos:

a) reunião de um terço, no mínimo, de empresas legalmente constituídas, sob a forma individual ou de sociedade, se se tratar de associação de empregadores; ou de um terço dos que integrem a mesma categoria ou exerçam a mesma profissão liberal se se tratar

de associação de empregados ou de trabalhadores ou agentes autônomos ou de profissão liberal;

b) duração de 3 (três) anos para o mandato da diretoria;

c) exercício do cargo de presidente por brasileiro nato, e dos demais cargos de administração e representação por brasileiros.

Parágrafo único. O ministro do Trabalho, Indústria, e Comércio poderá, excepcionalmente, reconhecer como sindicato a associação cujo número de associados seja inferior ao terço a que se refere a alínea a.

CLT, Art. 519. A investidura sindical será conferida sempre à associação profissional mais representativa, a juízo do Ministro do Trabalho, constituindo elementos para essa apreciação, entre outros:

a) o número de associados;

b) os serviços sociais fundados e mantidos;

c) o valor do patrimônio.

12. Hoje, pela Portaria MET nº 343/2000, a concessão do registro é condicionada à realização de assembleia geral junto à categoria, precedida da publicação de edital em jornal de grande circulação, bem como a aprovação do estatuto social, que deverá conter os grupos profissionais ou empresariais representados e a base

territorial pretendida. Como se pode observar, requisitos para aferir a anterioridade no pedido de registro sindical para determinada categoria em determinada base territorial. Critério meramente cronológico, sem aferição dos elementos objetivos da representatividade.

Normas constitucionais inconstitucionais. Coimbra: Almedina, 1994.

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 853/RS, RELATOR: Min José Carlos Moreira Alves. Plenário, DJ: 10.5.1996.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical.* São Paulo: LTr, 2007.
- DWORKIN, Ronald. Trad. BOEIRA, Nelson. *Levando os direitos a sério.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *Sindicato mais representativo e mutação constitucional.* São Paulo: LTr, 2007.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição.* São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FIORAVANTE, Tamira Maira. *Sindicato, educação e liberdade.* São Paulo: LTr, 2008.
- FRANCO, Georgenor. *Liberdade sindical e direito de greve no direito comparado: lineamentos.* São Paulo: LTr, 1992.
- MASSONI, Túlio de Oliveira. *Representatividade sindical.* São Paulo: LTr, 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical.* São Paulo: Saraiva, 1989.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical.* São Paulo: LTr, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo: Saraiva, 2006.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* São Paulo: Malheiros, 2004).
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho.* São Paulo: LTr, 2000.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais.* São Paulo: Fundação Getúlio Vargas. Malheiros, 2006.

ART. 45, DA LEI 8.213/91: IN CLARIS NON CESSAT INTERPRETATIO!

Marcos André Campello

Advogado pós-graduado, especialista em Direito Público.

SUMÁRIO

1. Introdução: O Fator De Validade Ética Da Norma: A Isonomia; 2. A Busca Pelo Sentido E Alcance Do Art. 45 Da Lei 8.213/91; 2.1. Da Interpretação Gramatical: O Benefício É Um Direito Exclusivo Dos Aposentados Por Invalidez, Dado Que A Norma Alude Apenas A Esta Categoria De Segurados; 2.2. Da Interpretação Sistemática: O Adicional É Um Direito De Todos Os Segurados Que Se Encontrem Na Mesma Situação Fática, Em Homenagem Ao Princípio Da Isonomia; 2.3. Da Interpretação Teleológica: O Desiderato Da Norma É Cobrir O Risco Social Daqueles Segurados Que Se Encontrem Carentes Do Auxílio De Terceiros; 3. O Art. 45 Da Lei 8.213/91 Interpretado Pelo Inss: Só Os Segurados Aposentados Por Invalidez Têm Direito Ao Adicional; 4. O Art. 45 Da Lei 8.213/91 Interpretado Pela Justiça Federal De Pernambuco: “O Acréscimo De 25% No Benefício Previdenciário Só É Devido Aos Segurados Que Recebem Aposentadoria Por Invalidez E Que Necessitem De Acompanhamento Permanente De Outra Pessoa”; 5. Conclusão: A Norma Deve Ter O Sentido De Garantir O Adicional A Todos Os Segurados Que Necessitem Da Ajuda Permanente De Terceiros, Independentemente Da Espécie Do Benefício Titularizado, A Fim De Realizar A Isonomia E A Dignidade Da Pessoa Humana; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO: O FATOR DE VALIDADE ÉTICA DA NORMA: A ISONOMIA

O presente trabalho pretende demonstrar o equívoco ocorrido na criação do art. 45, da Lei 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social) que, por feito na técnica legislativa, resultou na posituação de uma norma cujo fator de discriminação não guarda correlação com os valores e objetivos constitucionais, importando em patente violação ao princípio da isonomia,

previsto no art. 5º, caput, da CF/88. A referida norma previdenciária, por conta do critério escolhido para distinguir os segurados, culminou por imputar-lhes uma desequiparação materialmente inconstitucional, cujos resultados de ordem prática se verificam no aspecto financeiro, já que, para uma mesma situação fática – a necessidade comprovada da ajuda permanente de terceiros para a realização dos atos cotidianos –, a aludida regra só beneficia aos aposentados por invalidez, negando a vantagem patrimonial – adicional de 25% – àqueles que titularizam espécie distinta de benefício previdenciário.

Portanto, o desiderato deste trabalho reside na tentativa de corrigir a injusta desequiparação perpetrada pela regra previdenciária, valendo-se para tanto da técnica da interpretação conforme sem redução de texto, de modo que, preservando a estrutura do texto legal, procuremos determinar o sentido e alcance interpretativo que guarde compatibilidade material vertical pela salvaguarda ao princípio da isonomia entre os segurados, servindo, assim, como suporte teórico para futuros atos jurídico-previdenciários que decidam por dar guarida ao pleito dos segurados, inconstitucionalmente, afastados daquele plus remuneratório.

A fim de atingir seu objetivo, esta pesquisa estará alicerçada em obras bibliográficas que perscrutem o problema tanto pelo prisma dogmático dos diversos métodos de interpretação normativa – a fim de apurar-se qual o método que guarda maior validade constitucional –, quanto pela configuração estimativo-dogmática do princípio da isonomia na atual Carta Política – qual o seu sentido e alcance na nossa Ordem Jurídica.

Por sua vez, no domínio da praxis, analisaremos decisões judiciais proferidas pelos magistrados do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Pernambuco nas ações previdenciárias que lhe foram submetidas pelos segurados que não são aposentados por invalidez, a fim de verificarmos como o Poder Judiciário reagiu, na prática, a uma arguição incidental de inconstitucionalidade por ofensa da norma ao princípio da igualdade, ou seja, se determinou a salvaguarda do princípio da isonomia por reconhecer o seu valor ético imperativo a imantar toda e qualquer norma jurídica, ou se simplesmente ignorou estas ponderações estimativas e realizou uma gélida subsunção.

2. A BUSCA PELO SENTIDO E ALCANCE DO ART. 45 DA LEI 8.213/91

2.1. DA INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL: O BENEFÍCIO É UM DIREITO EXCLUSIVO DOS APOSENTADOS POR INVALIDEZ, DADO QUE A NORMA ALUDE APENAS A ESTA CATEGORIA DE SEGURADOS

Dentre as várias possibilidades de que se socorre o aplicador do direito na busca pela extração do sentido e alcance normativo do texto legal analisado, tem-se a mais utilizada e a mais elementar – sendo, portanto, a menos recomendada! – que é a interpretação gramatical.

Nessa modalidade de interpretação, o labor consiste, justamente, em apreender o significado contido nos vocábulos existentes no texto jurídico e em sua estrutura sintática, sem preocupações de integração da norma ao sistema ou de apuração de sua finalidade social.

Pelo fato de ser o direito um instrumento normativo que reclama por segurança jurídica, tem-se que cada vez as normas jurídicas apresentam-se à sociedade numa roupagem formal e objetiva de um texto escrito, sendo realmente escassas, pelo menos na sociedade ocidental, as manifestações do jurídico em sua dimensão consuetudinária.

Sucedo, contudo, que o grande perigo dessa forma de interpretação reside, justamente, no fato de que as palavras, muitas vezes, possuem mais de uma acepção possível e, em face de outras do mesmo naipe, podem culminar por gerar sentidos e alcances para textos legais que em nada se coadunam com a Constituição Federal e cujo caminho inexorável será a declaração judicial de inconstitucionalidade material.

Embora seja o primeiro passo que o jurista dê na busca pelo sentido e alcance da norma, constata-se que é insuficiente, dado que ignora ser o direito uma realidade organizada sistemicamente, voltado a um fim específico e em constante dinamismo social. Assim, v.g., termos que em outrora possuíam significado bastante evidente, com o curso do tempo perdem esta característica, ad instar, da expressão mulher honesta usada pelo Código Penal de 1940.

Nessa ordem de raciocínio, percebe-se que ao se interpretar o art. 45 da Lei 8.213/91, extrai-se, por este ângulo de percepção, que a norma só concede o adicional previdenciário dos 25% (vinte e cinco por cento) se o segurado se enquadrar em duas circunstâncias concorrentes: a uma, ser aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social na espécie aposentadoria por invalidez; a duas, que esteja padecendo de moléstia física ou mental que o torne impossibilitado de realizar os atos do cotidiano. Esse é o resultado dessa visão estreita.

2.2. DA INTERPRETAÇÃO SISTÊMICA: O ADICIONAL É UM DIREITO DE TODOS OS SEGU-

RADOS QUE SE ENCONTREM NA MESMA SITUAÇÃO FÁTICA, EM HOMENAGEM AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Quando, porém, o aplicador do direito não se satisfaz tão somente com o resultado singelo obtido daquele método gramatical, mas, cômico do fato de ser o direito uma ciência e como tal estruturada em princípios que lhe dão encadeamento estrutural e lógico, procura encontrar o sentido e o alcance da norma através de uma percepção mais ampla, científica e rigorosa, “muda o ângulo do prisma” e passa a enfocar o texto sob uma perspectiva sistêmica.

A interpretação lógico-sistemática leva em consideração o sistema em que se insere o texto interpretando, visando estabelecer conexões lógico-jurídicas entre este e os demais elementos da própria lei em que está sendo veiculado, a respectiva seara dogmática e o ordenamento jurídico geral. Essa forma de apreciação do fenômeno jurídico sempre parte da premissa de que a ordem jurídica é una e coerente, além de propugnar que nenhum ato normativo deve ser interpretado isoladamente, mas no contexto em que se insere.

Nesse diapasão, trazemos à colação o magistério dos Professores Sylvio Motta e William Douglas (2002, p.21):

A interpretação sistêmica é aquela que busca harmonizar todo o sistema jurídico, de modo a acolher ou rejeitar uma determinada interpretação em virtude de coincidir ela ou não com o que se abstrai do conjunto do ordenamento jurídico geral ou do que trata da área em análise (ex. conjunto de tratamento dado ao direito do consumidor ou ao direito ambiental).

No texto legal que temos, sub examine, deve-se interpretar o art. 45 da Lei 8.213/91 tanto em face da Carta Magna quanto no contexto jurídico-previdenciário a fim de se extrair se a pretensão dos segurados que não são aposentados por invalidez, mas que padecem de enfermidades mentais e/ou físicas que os tornem necessitados da presença constante de outrem, merece acolhida da nossa ordem jurídica.

Assim, conclui-se que, sendo o princípio da isonomia o valor máximo do Estado Democrático de Direito instituído pela CF/88, perpassando todos os demais princípios e regras do ordenamento jurídico, dirigindo-lhes o sentido e o alcance, além do fato de que o elemento de discrimen colhido pela norma afigura-se incompatível com a desigualação perpetrada e destituído da razoabilidade exigida pelo STF, a interpretação sistêmica conduz-nos ao entendimento de que o adicional é devido independentemente da espécie de benefício titularizado pelo segurado, sendo condição suficiente a dependência já referida.

2.3. DA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA: O DESIDERATO DA NORMA É COBRIR O RISCO SO-

CIAL DAQUELES SEGURADOS QUE SE ENCONTREM CARENTES DO AUXÍLIO DE TERCEIROS

O direito, como se sabe, não é um fenômeno natural, antes é um dado essencialmente cultural, resultante da necessidade humana de ordenar as relações sociais a fim de estabelecer as condições indispensáveis para a existência e desenvolvimento do homem.

Não pertencendo, então, o direito à ordem do ser, mas a do dever-ser, inarredavelmente, surge a indagação: mas o direito deve-ser o quê? Qual o seu propósito? Eis a questão estimativa que alguns a ignoram e até a rejeitam – juspositivistas – e outros a exigem como conditio sine qua non de validade do direito – jusnaturalistas.

Em que pese o entendimento advogado por juspositivistas de escola, sustentamos que o direito não pode ser uma estrutura formal, um molde, que comporta qualquer conteúdo, sob pena de desvirtualização do mesmo para fins obscuros, tantas vezes verificado na história da humanidade. Ora, nem o Estado nem o Direito são um fim em si mesmos, ao contrário, devem mostrar-se em sintonia fina com os valores preferidos em dado momento histórico, sobretudo os concernentes à dignidade da pessoa humana, pois, em verdade, são instrumentos culturais criados para distribuir a justiça, fomentar o bem-comum e alcançar a paz social pretendida.

Nesta esteira de raciocínio é que surge o terceiro método de interpretação: o teleológico ou finalístico, cujo desiderato reside em buscar o fim social a que se destina a norma. Ora, se todo o direito tem uma finalidade, o papel do intérprete é identificar este propósito a fim de saber se há uma comunhão ou um divórcio axiológico com os fins estabelecidos pela CF/88.

A própria Carta da República é expressa ao prescrever os objetivos a serem buscados pelo novo estado brasileiro que se estabelecia a partir de 1988, tais como assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade, a fim de atingirmos uma sociedade livre, justa e solidária. Não se tratam, como arditosamente alguns defendem, de meras figuras de retórica, mas, muito pelo contrário, são balizas seguras para o aplicador do direito que se vê, reiteradamente, tendo que buscar aplicar as normas conforme os fins visados pela ordem constitucional.

Também por este prisma, somos levados a crer que a interpretação do art. 45 da Lei 8.213/91 que melhor atende aos fins constitucionais visados é a de que se deve privilegiar a dignidade da pessoa humana e a isonomia substantiva através de uma exegese que garanta o referido adicional a fim de cobrir o risco social decorrente dessa incapacidade.

3. O ART. 45 DA LEI 8.213/91 INTERPRETADO PELO INSS: SÓ OS SEGURADOS APOSENTADOS

POR INVALIDEZ TÊM DIREITO AO ADICIONAL

Como visto quando foi abordado o tema dos métodos interpretativos, mais especificamente o método gramatical ou filológico, temos que, embora seja o mais utilizado, é o menos eficaz para se extrair o sentido e alcance normativo dos textos legais.

Contudo, esta é a tese de defesa do Instituto Nacional do Seguro Social nas ações judiciais que lhe foram movidas perante Justiça Federal de Pernambuco, verbis:

Cuida-se de ação especial previdenciária em que a parte autora requer o acréscimo em sua pensão por morte do percentual de 25% previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez.

[...]

MÉRITO

O pedido formulado na exordial é totalmente descabido, não merecendo maiores divagações.

A pretensão da promovente não tem amparo legal, pois o acréscimo de 25% perseguido é devido apenas ao segurado aposentado por invalidez que necessite da ajuda permanente de outra pessoa, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.213/91.

[...]

Vê-se, portanto, que o acréscimo é devido ao segurado aposentado, e não ao beneficiário da pensão por morte.

Desse modo, o pedido não deve prosperar, devendo ser julgado improcedente.

Ora, logicamente insubsistente e juridicamente improcedente é a resistência injustificada oposta pelo INSS à pretensão da segurada para que lhe fosse concedido o adicional de 25% prescrito na Lei de Benefícios da Previdência Social.

Tratava-se, no caso sub judice, de uma senhora idosa, doente, manifestamente necessitando de auxílio de terceiros para realizar os atos mais singelos do cotidiano, mas que pelo fato de não titularizar um benefício previdenciário da espécie aposentadoria por invalidez viu o seu pleito negado na via administrativa e teve de se socorrer do seu direito constitucional de inafastabilidade da jurisdição para pleitear a ação do Judiciário.

Diante desta circunstância é de se indagar, será que o preceito isonômico foi realizado na referida demanda? Será que o INSS como autarquia estatal que é tinha/tem o direito de negar o objeto jurídico pretendido pela segurada sem que esta atitude esteja afrontando os princípios da isonomia, do interesse público e da moralidade administrativa? Será que a segurada não estaria se insurgindo, com razão, contra o critério desequiparador estabelecido na lei?

Há intérpretes que aconselham deva o aplicador do direito operacionalizar a aplicação da norma de modo a que a interpretação seja feita dentro dos limites e possibilidades da lei. Contudo, ousamos discordar desta visão

estritamente legalista, visto que pode haver situações nas quais o texto legal seja redigido de forma a não ensejar um leque de possibilidades interpretativas e bem assim os seus limites sejam, eventualmente, por demais reduzidos, inviabilizando, a toda prova, uma exegese de compatibilidade constitucional, onde a única alternativa será a declaração de inconstitucionalidade da norma aviltante. E é consabido, outrossim, que a moderna exegese constitucional pugna para se evite a todo custo proceder àquele tipo de sanção, em homenagem ao dogma da unidade do sistema e da busca pelo efeito integrador.

Entretanto, parece-nos que se os órgãos aplicadores do direito – Administração e Judiciário – não fizerem uma interpretação de cunho lógico-sistêmico ou teleológico, extrapolando, mesmo, dos parcos limites gramáticos em que a norma foi redigida, estará sendo perpetrada a defesa de uma lei manifestamente inconstitucional, prejudicando, assim, inúmeros segurados que se encontrem na mesma situação fática da que foi exposta naqueles autos. Ora, dentro do leque de princípios que divisa no texto constitucional, verifica-se os de conteúdo organizacional, que cuidam da forma de estado, tipo e sistema de governo, há, outrossim, os de cunho programático, cujo desiderato é estabelecer valores fins a serem buscados pelo poder constituído e, por derradeiro, há aqueles de feito protetivo e limitador dos poderes do Estado, ad instar, do princípio da isonomia.

É lugar-comum – e raramente refutado – atribuir-se a Aristóteles a paternidade intelectual pela definição da idéia de isonomia que ficou secularmente consagrado como o tratamento igual aos semelhantes e desigual aos dessemelhantes, na exata medida de suas desigualdades. Embora este seja um ponto de partida assaz importante para se verificar a existência de atendimento ou violação ao preceito isonômico numa dada relação jurídica, há determinados aspectos que o perfazem que são proficuamente analisados pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello em sua obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* (2007, p. 21-22):

Parece-nos que o reconhecimento das diferenças que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeiradiz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

[...]

Em suma, importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrangidos

no direito positivo constitucional. E isto se traduz na consonância ou dissonância dela com as finalidades reconhecidas como valiosas na Constituição.

Analisando, pois, a norma do art. 45 da Lei 8.213/91 em face do norte doutrinário, acima destacado, tem-se que, analiticamente, não se vislumbra que o legislador tenha sido feliz no elemento desequiparador eleito para fazer jus à percepção do adicional, tampouco se percebe uma correlação lógica abstrata entre o fator de discrimen e a disparidade de tratamento, além de que a norma não dá guarida aos interesses constitucionais. Ou seja, a realização da interpretação estritamente gramatical só conduz à sanção de inconstitucionalidade do cânone.

Como visto, para uma mesma situação de dependência entre segurados titulares de benefícios previdenciários diversos, terá direito ao plus previdenciário tão somente aquele que for titular de aposentado por invalidez. Logo, conclui-se que este foi, então, o critério de discrimen eleito pelo legislador. Mas será que o critério erigido é justificável perante a ordem constitucional? Francamente entendemos que não, pois falece razoabilidade ao traço diferencial, justamente, porque este não reside nem “na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes”, como propugna o citado publicista (MELLO, 2007, p.23).

Com efeito, a espécie de benefício securitário não é um elemento válido, porque não repousa nas pessoas, nem na coisa e muito menos na situação. “Em suma, é simplesmente ilógico, irracional, buscar em um elemento estranho a uma dada situação, alheio a ela, o fator de sua peculiarização” (MELLO, 2007, p. 35).

Por seu turno, “na correlação lógica entre o fator de diferenciação e a desequiparação está, para o jurista, a chave para se analisar a validade ou invalidade do discrimen levado a efeito. [...] Na hipótese de inexistência de correlação lógica entre ambos, tem-se violado o princípio da isonomia” (BELLO, 1996, p. 316).

Igualmente, defendemos que a norma interpretada também se ressentida da indigitada correlação lógica, porquanto se o que pretende a lei é, justamente, amparar, financeiramente, o segurado numa situação física e/ou mental periclitante, não faz sentido deferir-se o adicional a uns em detrimento de outros – ainda que na mesma situação fática – levando em conta, exclusivamente, a espécie de benefício previdenciário titularizado.

Cabe, por isso mesmo, quanto a esse aspecto, concluir: o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – poder ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma

adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia (MELLO, 2007, p. 38-39).

O derradeiro aspecto a considerar na análise da compatibilidade do art. 45 da Lei 8.213/91 é o pertinente à consonância da discriminação com os interesses albergados na Carta da República.

Em virtude da carga axiológica, teleológica e lógico-normativa de que são compostos os princípios constitucionais, in casu, o princípio da isonomia, tem-se que se afigura completamente inconstitucional a interpretação da norma conducente a um resultado de contradição explícita ou velada com aquele axioma constitucional. Ainda assim, resultará na mesma sanção o ato interpretativo que, diante de uma situação que favorecer mais de uma interpretação, cuida, justamente, por escolher o sentido que menos se coaduna com o princípio da isonomia, tanto em seu viés formal quanto em seu aspecto substantivo.

O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilas do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República) (ROCHA, 1996, p. 289).

Temos que a atual Constituição Federal prestigia com a garantia de cláusula pétrea (art. 60, §4º) além dos objetos jurídico-políticos prescritos nos incisos I a III, os direitos e garantias individuais, emprestando quanto a estes últimos, inclusive, o atributo da autoexecutoriedade (art. 5, §1º). Destacando-se, nestes, com proeminência substancial o valor da igualdade, juridicizado no princípio da isonomia e positivado no caput do art. 5º que, no atual estágio do constitucionalismo, avançou, na visão da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996, 294),

[...] de um conceito constitucional estático e negativo a um conceito democrático dinâmico e positivo, vale dizer, de um momento em que por ele apenas se proibia a desigualação jurídica a uma fase em que por ele se propicia a promoção da igualação jurídica.

Destarte, não é se apartando, escancaradamente, da defesa da dignidade da pessoa humana e da promoção do princípio da isonomia que o INSS estará velando pela CF/88, nem atendendo ao interesse público, pois é de interesse público a realização da justiça distributiva.

4. O ART. 45 DA LEI 8.213/91 INTERPRETADO PELA JUSTIÇA FEDERAL DE PERNAMBUCO: “O ACRÉSCIMO DE 25% NO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO SÓ É DEVIDO AOS SEGURADOS

QUE RECEBEM APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E QUE NECESSITEM DE ACOMPANHAMENTO PERMANENTE DE OUTRA PESSOA”

Antes de adentrarmos propriamente na conduta do Judiciário federal no presente tema, faz-se necessário tecermos alguns comentários sobre o papel dos princípios no ordenamento jurídico e a força obrigatória que lhes é deferida constitucionalmente.

Como ponto de partida, a fim de evitar confusões de ordem terminológica, cuidemos por expor o que pensamos sobre normas, princípios e regras. Defendemos, assim, a ideia de que norma jurídica é gênero, sendo espécies normativas as regras e os princípios. Norma jurídica, por sua vez, é espécie quando enquadrada frente às demais normas de conduta social, como as consuetudinárias, religiosas e morais. Feita esta especificação inicial, cabe realisar a distinção existente regras e princípios.

Regras são normas jurídicas destituídas de qualquer teor estimativo-teleológico, sem qualquer capacidade de amoldagem jurídica, vale dizer, quanto às regras, ou se aplicam, ou não se aplicam, v.g., o prazo para interpor recurso de apelação é de 15 dias contados da publicação da sentença – não há espaço para dúvidas razoáveis quanto ao seu conteúdo.

Princípios, por sua vez, são normas jurídicas que, ao contrário das regras, possuem maior elasticidade em seu conteúdo, sentido e alcance, pois, em verdade, trata-se de categorias axiológicas (valores) que foram positivadas, num dado momento histórico, pelo Estado, passando assim a receber a atribuição de princípios jurídicos, possuindo tanto função interpretativa quanto normativa. “Sendo a Constituição, marcadamente, um Estatuto jurídico do político, dá-se a penetração no plano jurídico de valores que se transformam em princípios” (CAMPOS, 1997, 178).

Advogando da mesma linha de pensamento temos que “os princípios assim como as regras integram o ordenamento jurídico. Mas, como idéias primordiais e nucleares de um sistema, estão em posição hierárquica superior a elas” (BELLO, 1996, p. 314), visto que, mercê de seu conteúdo, imprimem-lhes o sentido e alcance, configurando-se ilícita, ou quicá inconstitucional, qualquer subversão normativa a esse escalão hierárquico.

Há de se ressaltar que a norma jurídica comum distingue-se do princípio, posto que, este é paradigmático, não se pode revogá-lo como se fosse uma norma qualquer, isto porque o princípio tem um conteúdo valorativo social muito presente, de verdade sedimentada, cristalizada, aceita pela sociedade. Mudar o princípio significa que a sociedade passou a admitir outros valores, e essa adoção de outros valores não se dá como uma simples revogação legislativa da lei. O momento e o tempo em que acontecem as mudanças na sociedade processam-se diferentemente. (SILVA, Zélio, 1996, 86).

Essas considerações iniciais têm sua razão de ser pelo fato de, não raro, a doutrina e o Judiciário pátrio quedam-se receosos em aplicar os princípios. Vislumbra-se, mesmo, dificuldade em reconhecer os atributos de eficácia e eficiência aos princípios jurídicos, divisando-os mais como um enunciado descritivo e programático do que como uma categoria normativa dotada de conteúdo pleno, vigente e prescritivo.

A assertiva acima pode ser examinada pelos ex-certos, abaixo colacionados:

Assim, sob um parâmetro dogmático, mesmo reconhecendo o alto teor axiológico de que são dotados de uma maneira geral os princípios, podemos admitir que os mesmos devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas e por consequência, quando da sua aplicabilidade por parte dos operadores do direito (quer sejam legisladores, magistrados ou autoridades administrativas) [...] (FILHO, 1996, p. 156, grifo nosso).

Os princípios jurídicos devem servir como balizas seguras tanto na fase de elaboração da lei quanto na sua aplicação, pois a sua linguagem é prescritiva, são auto-executáveis, vale dizer, prescindem da interpositio legislatoris para que venham a ser dotados de carga normativa plena, pois, assim, estabeleceu a Constituição Cidadã, já se antecipando ao fato de que poderiam surgir arditos argumentos de que seriam os princípios dotados apenas de natureza programática.

Todavia, diversa e lamentável foi a postura do Judiciário Federal de Pernambuco ao enfrentar a questão que lhe fora submetida, quando, laconicamente, emitiu pronunciamento jurisdicional realizado com base numa interpretação gramatical e ignorou, em toda a sua latitude, o princípio constitucional da isonomia, in verbis:

SENTENÇA

[...]

O caso é de ação especial cível movida por pensionista do Regime Geral de Previdência Social contra o INSS, visando à concessão do acréscimo de 25% do benefício recebido, tendo em vista a alegada necessidade de acompanhamento permanente.

É o breve relato dos fatos. Segue fundamentação e decisão.

A parte autora requer, em suma, o acréscimo em sua pensão por morte do percentual de 25% previsto no art. 45 da Lei nº 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez.

O art. 45 da Lei n. 8.213/91 dispõe que:

“Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

[...]

Em que pese as alegações da parte autora, o acréscimo de 25% no benefício previdenciário só é devido aos segurados que recebem aposentadoria por invalidez e que necessitem de acompanhamento permanente de outra pessoa.

No caso dos autos, observo que a parte autora recebe pensão por morte, benefício no qual não é possível o acréscimo de 25%, tendo em vista que a disposição legal permite o acréscimo apenas no caso de aposentadoria por invalidez.

Sendo assim, ante a falta de previsão legal do acréscimo de 25% no caso de pensão por morte, é incabível o acréscimo pretendido.

Dispositivo

Isto posto, extingo o processo, com resolução do mérito, para julgar improcedente o pedido.

Registre-se, na parte da sentença ora destacada, que o órgão julgador se refere a eventuais bons argumentos esposados na defesa do segurado, mas que seriam insuficientes para fazer prosperar a pretensão autoral ante a suposta obviedade da norma, visto que esta seria clara e evidente. Ou seja, a interpretação gramatical, sem sombra de dúvidas, é a que se destaca na atividade intelectual produzida pelo juízo, demonstrando, na prática, que os métodos lógico-sistemático e teleológicos, que deveriam ser priorizados na aplicação da lei, justamente por conduzirem a uma melhor compreensão da norma dentro da ordem jurídica, não gozam de tanto prestígio como deveriam.

Por sua vez, no processo judicial levado a efeito perante Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, igualmente movido contra o INSS, destino mais ditoso não foi reservado para a pretensão do segurado, muito embora necessitasse comprovadamente do auxílio de terceiros e houvesse sido mantida as mesmas alegações jurídicas firmadas no processo anterior com idênticos requerimentos.

Contudo, neste processo, em específico, podemos lamentar profundamente o fato da magistrada presidente do feito não haver sequer determinado a citação do INSS para se defender na ação, demonstrando, inequivocamente, o seu entendimento de que se trataria de uma ação absurda, posto que atentaria contra uma literal disposição de lei. Eis o teor, in verbis:

SENTENÇA

Cuida-se de ação previdenciária ajuizada por beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição, com o propósito de concessão do acréscimo de 25% do valor do benefício, devido aos aposentados por invalidez que necessitam de assistência permanente.

Como é cediço, o requerido acréscimo, previsto no art. 45, da LB, pressupõe a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, para os segurados que tenham se aposentado por INVALIDEZ. Vejamos:

“Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

[...]

No caso concreto, o autor é aposentado por tempo de con-

tribuição. Assim, embora possa precisar da ajuda de terceiro para a realização de determinado ato em sua vida, o demandante não é aposentado por invalidez, como exige a lei.

À luz dessas considerações, julgo improcedente o pedido verificado na inicial, extinguindo o processo com resolução de mérito (art. 269, I, do CPC).

Note-se pela redação da parte destacada da sentença que o magistrado calca o seu juízo de improcedência no fato do segurado não ser aposentado por invalidez, muito embora precisasse de ajuda de terceiros, ou seja, realiza, tal qual o outro magistrado, uma interpretação eminentemente gramatical, não se dando ao trabalho de adentrar no verdadeiro mérito da demanda, a saber, se seria constitucional deferir-se o adicional tão somente para os aposentados por invalidez, sem que houvesse violação ao princípio da isonomia.

Desta experiência fática podemos afirmar, com pouca margem de erro, que, embora haja um consenso entre os operadores do Direito, magistrados, advogados, promotores, etc., sobre a importância inofidável de se realizar uma interpretação prioritariamente sistêmica e teleológica a fim de contextualizar a norma interpretanda dentro do ordenamento jurídico para bem ponderar os interesses eventualmente conflitantes, bem como aferir-se a real finalidade da norma, apurar-se o “para que ela foi criada?”, o que se viu, na prática, infelizmente foram decisões judiciais que preferiram realizar a mais simplória das interpretações possíveis: a gramatical, ou seja, o sentido que se extrai dos elementos vernaculares presentes no texto normativo. Assim, constatou-se, infelizmente, que como a norma impugnada mencionava “aposentado por invalidez”, os magistrados não se deram ao trabalho de realizar nenhum outro tipo de interpretação mais complexa – conquanto mais recomendável – sendo mais cômodo operar-se uma interpretação gramatical, e, se houver irresignação, que se recorra!

Não socorre em defesa dos argumentos expendidos pelo INSS e pelo Judiciário Federal a desculpa de que seriam formalistas, pois, como adverte Zélio Furtado (1996, 87-88), o formalismo é uma deficiência técnica que deve ser superada e não uma característica peculiar ao direito.

5. CONCLUSÃO: A NORMA DEVE TER O SENTIDO DE GARANTIR O ADICIONAL A TODOS OS SEGURADOS QUE NECESSITEM DA AJUDA PERMANENTE DE TERCEIROS, INDEPENDENTEMENTE DA ESPÉCIE DO BENEFÍCIO TITULARIZADO, A FIM DE REALIZAR A ISONOMIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Embora sempre tenhamos sido contemplados com a cláusula da isonomia em nossas Cartas Magnas, o fato é que as mesmas até o advento da novel Carta Política só prescreviam uma igualdade formal, ou seja, a igualdade

perante a lei, abstraindo-se por completo da “outra face da moeda”, isto é, a igualdade material, substancial, a igualdade da lei.

A igualdade formal, oriunda da concepção liberal forjada na Revolução Francesa, tinha o desiderato claro e específico de dar cabo às distinções decorrentes do direito consuetudinário medieval que estabelecia privilégios e limitações sócio-político-econômicas em virtude do estrato social ocupado pelo indivíduo.

Antes do Estado Social, que se iniciou pelas constituições mexicana de 1.917 e a de Weimer de 1.919, os direitos sociais fundamentais pertenciam à esfera dos direitos que o Estado proclamava, mas não efetivava.

Através deste novo constitucionalismo – que se afasta da concepção liberal burguesa de um estado mínimo – promotor de uma nova ordem política e social, a igualdade deixava de ser abstrata e formal para se transformar em igualdade feita pela lei, igualdade através da lei. Numa palavra, a igualdade passava a ser o cerne de todos os direitos fundamentais, quer os de primeira quer os de segunda geração.

Neste novo paradigma de Estado, “a liberdade não significa mais o direito de se fazer tudo o que uma quantidade mínima de leis não impede, mas, sim, o que uma grande quantidade de leis sociais e coletivas permite que se faça” (SANTOS, 2007, p. 15).

Analisando, hodiernamente, o princípio da isonomia pelo prisma que se dirige ao legislador, percebe-se que adquire o matiz da promoção da “igualdade na lei”; ao passo que, se divisarmos-lhe pelo ângulo dirigido à administração e ao judiciário transmuda-se em “igualdade perante a lei”. Como resultado desta dupla perspectiva temos que: a igualdade na lei deve alicerçar-se na razoabilidade da discriminação procedida pela lei. Sendo o discrimen carente daquele atributo lógico, afirma-se que há um indevido processo legal, e, ipso facto, estão os demais poderes, ao nosso ver, imunes de qualquer responsabilidade por negar vigência e/ou eficácia ao dispositivo impugnado, vez que é dever supremo de todos os Poderes do Estado zelar pela guarda da constituição e só aplicar a lei que lhe seja material e formalmente compatível.

Por mais que o argumento do INSS e os exarados nas sentenças tenham uma roupagem de legalidade, cumpre ficar atento para o fato de que devemos ter sempre presente que

[...] a premissa inicial é de que é incompatível com os sistemas jurídicos consagrados pelos povos cultos e civilizados a aplicação de um direito que mesmo aparentemente legal e de acordo com os preceitos constitucionais venha a acarretar em injustiça devido a uma evidente violação do princípio da igualdade. Efetivamente esta não é a vontade nem a intenção da lei. (FILHO, 1996, p.166).

Ora, na exata medida em que o Judiciário Federal de Pernambuco inclina-se por negar a concessão do

adicional previdenciário, calcando-se numa interpretação singela e canhestra, ignora, completamente, a percepção de que a seguridade social não pode ser dissociada do elenco dos direitos fundamentais, mormente quando se constata que no moderno direito constitucional a dignidade da pessoa humana é considerada como o vértice da atuação estatal, reconhecendo o ser humano como fundamento e fim do Estado.

Cada vez exsurge como uma verdade menos refutável que, se os princípios que expressam os direitos fundamentais, in casu, o da isonomia, não se encontrarem amparados judicialmente, nada impedirá a interpretação maquiavélica dos governantes de plantão – interessados, cada vez mais, em realizar os efêmeros programas de governo e, cada vez menos preocupados em fomentar programas de Estado – no sentido de concebê-los como simples figura de retórica, destituídos de força obrigatória positiva – ações afirmativas – e negativa – limite ao poder estatal.

É indubitável que o fator de discriminação utilizado pelo art. 45, da Lei 8.213/91, não tomou por esteio elementos residentes nos segurados nem se valeu de um *discrimen* logicamente pertinente que justificasse a diferença de regime jurídico e muito menos atendeu a uma finalidade constitucional.

Se o legislador ordinário houvesse manejado um elemento diferencial residente nas pessoas, ou seja, se houvesse distinguido entre aqueles segurados que carecem permanentemente da ajuda de terceiros e aqueles outros que podem realizar os atos do cotidiano, independentemente, haveria, por certo, criado uma norma garantindo a todos os segurados que, comprovadamente, estivessem naquela situação de debilidade física e/ou psíquica o adicional previdenciário de 25%.

Por outro lado, considerando que houvesse eleito como matriz do *discrimen* um elemento razoável para fazer jus à percepção do indigitado adicional, não haveria, por certo, escolhido a espécie de aposentadoria do segurado, mas sim a deficiência em si com seus conseqüências de danosidade e grau de dependência de terceiros.

Derradeiramente, se o fim visado pela norma tem que, necessariamente, coadunar-se com as pretensões da Carta Magna, bastaria um pequeno esforço intelectual para perceber que, desigualando os segurados, tal como foi feito, não se atingiriam os princípios fundamentais da CF/88, que servem de paradigma estimativo e teleológico para toda a Ordem Jurídica, a exemplo do Princípio da Solidariedade e da Justiça Social (art. 3º, I e III) e o mais importante que é o da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, parágrafo único).

À míngua da existência dos requisitos lógicos acima declinados na norma indigitada, donde resulta em sua patente incompatibilidade com o princípio da Isonomia, outra solução não se divisa, *prima facie*, que não seja declarar-se a inconstitucionalidade material da mesma.

Contudo, visando atribuir ao texto da norma

impugnada compatibilidade com a Constituição Federal é que a Suprema Corte, nas hipóteses em que não é possível suprimir da norma qualquer expressão que lhe devolva a constitucionalidade, vale-se da técnica da interpretação conforme a Constituição. Como leciona Alexandre de Moraes:

A finalidade, portanto, dessa regra interpretativa é possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional (MORAES, 2002, p. 46).

No caso em apreço, a busca pelo sentido da norma que guarde constitucionalidade, entendemos que, para não se declarar a sua incompatibilidade com o texto magno, vez que bem interpretado é uma norma veiculadora de real Justiça distributiva, deve-se proceder à interpretação conforme a Constituição sem redução de texto conferindo à norma indigitada o sentido de que o adicional de 25% será garantido a todos os aposentados e pensionistas que, comprovadamente, necessitem da ajuda permanente de terceiros para a realização dos atos cotidianos. Suspendendo-se, *ipso jure*, a eficácia de quaisquer outros sentidos existentes na norma, por não guardarem harmonia com o texto constitucional, exatamente por transgredirem, às escâncaras, o Princípio da Isonomia em sua dimensão substantiva.

Diante de todo o exposto, é que o operador do direito percebe o quanto se torna imperioso atentar para o fato de que *in claris non cessat interpretatio!*

REFERÊNCIAS

- BELLO, Raquel Discacciati. *O princípio da igualdade no concurso público*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n. 131, p. 313-320, jul./set. 1996.
- BORGES, José Souto Maior. *Significação do princípio da isonomia na constituição de 1988*. Revista da Esmape, Recife, v.2, n.3, p. 311-324, jan./mar. 1997.
- CAMPOS, Hélio Silvio Ourem. *Os princípios e o direito*. Revista da Esmape, v.2, n.3, p. 177-184, jan./mar. 1997.
- DOUGLAS, William e MOTTA, Sylvio. *Controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Editora Impettus, 2002.
- FILHO, José Viana Ulisses. *Anterioridade da lei tributária e o princípio da isonomia: reflexões críticas*. Revista da Esmape, Recife, ano 1, n. 1, p. 145-177, jun. 1996.
- HELVESLEY, José. *Isonomia constitucional: igualdade formal versus igualdade material*. Revista da Esmape – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (PE), Recife, n.7, p. 143-164, ago. 2004.
- JÚNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Seguridade social e cidadania (notas sobre a atuação do Poder Judiciário)*. Revista da Esmape – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (PE), Recife, n.7, p. 127-141, ago. 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do*

princípio da igualdade. São Paulo:Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

• ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n.131, p. 238-296, jul./set. 1996.

• SANTOS, Antônio Carlos Costa. *Cotas para negros na universidade*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 44, n. 173, p. 11-25, jan./mar. 2007.

• SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo.

• SILVA, Zélio Furtado da. *O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos*. Revista da Esmape, Recife, ano 1, n.2, p. 79-89, nov. 1996.

MOMENTOS DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Antonio Mota

Advogado militante. Mestre e Especialista em direito processual civil. Professor honorário da ESA-PE e da Faculdade Marista.

RESUMO

O presente trabalho objetiva estabelecer os momentos processuais em que a demanda é estabilizada no âmbito do direito pátrio, buscando sistematizá-la. Para tanto, previamente, apresentam-se as teorias que abordam a causa de pedir, bem como os modelos processuais de flexibilização quanto à possibilidade de modificação dos elementos que identificam uma demanda (partes, causa de pedir e pedido).

Palavras-chave: Estabilização da demanda, teorias da causa de pedir, modificação dos elementos da demanda.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. As estruturas processuais sob a perspectiva da rigidez e da flexibilidade; 2.1 A teoria da individualização da causa de pedir; 2.2 A teoria da substanciação da causa de pedir. A opção do direito pátrio; 2.3 Contornos gerais de uma estrutura processual rígida; 2.4 Contornos gerais de uma estrutura processual flexível; 3. Momentos da estabilização da demanda no processo civil brasileiro; 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica brasileira é assentada na dialética entre a tese, ofertada pelo autor, pela antítese de responsabilidade do réu, e, por fim, pela síntese a cargo do magistrado operada em sede de sentença.

Para a formação da síntese, na qualidade de pronunciamento judicial hábil a pacificar o litígio, optou o legislador por especificar um ou mais momentos sob o qual não é mais oportuno deduzir fatos e direitos.

Uma vez configurado o momento sob o qual as questões fáticas e jurídicas não devem ser mais apresentadas, objetivando com tal restrição formar a decisão judicial de mérito levando em conta um finito número de argumentos, tem-se a estabilização da demanda.

Assim, a estabilização da demanda¹ compreende a impossibilidade imposta ao autor de modificar os elementos da demanda² (partes, causa de pedir e pedido)³.

Por consequência, após a estabilização de demanda⁴, é vedado ao autor modificar as partes, enquanto elemento subjetivo, bem como a causa de pedir e o pedido, na qualidade de elementos objetivos.

A lição de Vicente Greco Filho⁵ acerca da estabilização da demanda, embora tenha utilizado a expressão estabilização do processo, refere-se à relação entre o instituto e o interesse público acerca da boa administração da justiça. A sua não realização geraria instabilidade na prestação jurisdicional, com consequências nas relações jurídicas em geral.

Assim, estabilizar a demanda compreende fixar um momento ou mais instantes sob o qual não será mais possível alterar ou adicionar partes, causa de pedir e pedido, o que guarda estreita ligação com a noção de preclusão.

A realização da preclusão opera a extinção de uma situação jurídica ativa, impossibilitando, portanto, a realização do

ato processual ou sua repetição. Comumente entende-se que as espécies de preclusão são⁶:

a) temporal, pertinente com o decurso do tempo;

b) lógica, caracterizada pela prática de ato incompatível com a vontade de realizá-lo; e c) consumativa, especificada pela prática do próprio ato que facultava à parte operar.

A divisão do processo em fases distintas compreende, intrinsecamente, a ideia de que uma vez realizada uma etapa passa-se para a imediatamente subsequente, impedido que um ato processual adstrito a uma fase já esgotada seja praticado – gerando preclusão. Assim, o procedimento sempre marcha para seu último ato, de cunho decisivo, evitando sua eternização⁷.

Além da preclusão, a estabilização da demanda relaciona-se estreitamente com o princípio da eventualidade, o qual assevera que é obrigação das partes (autor e réu) produzirem, em um momento único, as alegações e requerimentos que coadunam com a fase processual oportuna⁸.

O campo de incidência do princípio da eventualidade atinge as alegações, assim como os meios e os requerimentos de provas, não se esgotando na inicial e na resposta do réu, tese e antítese, mas, porém, renova-se em cada fase distinta do processo⁹.

Outro viés importante do princípio da eventualidade é a possibilidade concedida notadamente ao réu de apresentar razões mesmo que excludentes e incompatíveis, viabilizando, assim, que se, hipoteticamente, o magistrado não venha a acolher uma determinada, passe, então, para a análise da seguinte.

2. AS ESTRUTURAS PROCESSUAIS SOB A PERSPECTIVA DA RIGIDEZ E DA FLEXIBILIDADE.

Os limites atribuídos à estabilização da demanda são compreendidos de maneiras diversas nos países. Há sistemas processuais que adotam estruturas processuais rígidas, enquan-

to que outros disciplinam o tema de maneira mais flexível.

As teorias acerca da causa de pedir, a saber, individualização e substanciação coadunam com um ou outro modelo processual de rigidez. Necessário, pois, apresentá-las.

2.1 A TEORIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR

Para a teoria da individualização o conteúdo da causa de pedir seria determinado pela afirmação da parte autora acerca da relação jurídica que baseia seu pedido, desconsiderando, portanto, as alegações de fato e de direito¹¹.

Assim, no âmbito da teoria da individualização, a alteração dos fatos constitutivos, não importa em alteração da causa de pedir, desde que a relação jurídica mantenha-se inalterada¹².

2.2 A TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR: A OPÇÃO DO DIREITO PÁTRIO

A teoria da substanciação é caracterizada por estabelecer que o conteúdo da causa de pedir determina-se pelos fundamentos de fato e de direito que servem de base ao pedido, excluindo, porém, simples alegação da relação jurídica¹³.

Portanto, para a teoria da substanciação a demanda judicial deve ser integrada pelo delineamento dos fatos constitutivos de direito, o que importa na causa agendi remota. Já para a teoria da individualização, a seu turno, é imprescindível que o autor registre o direito ou a relação jurídica, caracterizando, assim, a causa agendi próxima¹⁴.

A doutrina brasileira é pródiga na constatação de que o Código de Processo Civil brasileiro adotou a teoria da substanciação, visto que exige mais do que a fundamentação jurídica ou exposição da relação jurídica, mas, sim, obriga o autor a registrar a descrição dos fatos sobre os quais o direito

6. DINAMARCO, Cândido Rangel. A nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 108.

7. “Reconhecendo-se o caráter sequencial dos atos procedimentais, pretende-se que o processo não esteja sujeito a retrocessos, e que após o seu início venha a cumprir todas as suas fases, desaguando em seu ato final, a sentença. Deve tomar-se ordenado e solícito o caminhar do processo, assegurando-se seu desenvolvimento sem contradições e repetições, e garantindo-se, também, a certeza quanto às situações processuais nele surgidas”. (LEONEL, Ricardo de Barros. Ob. Cit. São Paulo: Método, 2006, p. 121).

8. O princípio da eventualidade atinge autor e réu, já o princípio da concentração determina que o réu registre todas as suas razões em sede de contestação.

9. PROCESSO CIVIL – FINANCIAMENTO DE IMÓVEL – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL – PRESTAÇÃO COM BASE NO REAJUSTE SALARIAL DO MUTUÁRIO OCORRIDO NO MÊS DE ASSINATURA DO CONTRATO – PRETENDIDA NÃO INCIDÊNCIA – PEDIDO NO SENTIDO DE APLICAÇÃO DE RESOLUÇÃO DO BNH ULTERIOR – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NA CONTESTAÇÃO QUANTO A ESSE PONTO – SENTENÇA QUE RECONHECE O DIREITO DO MUTUÁRIO COM BASE EM ANTIGA RESOLUÇÃO – APELAÇÃO ATACANDO A VALIDADE DESSA RESOLUÇÃO POR NÃO MAIS VIGORAR – APELAÇÃO NÃO CONHECIDA PELA CORTE A QUO POR AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NA CONTESTAÇÃO – RECURSO ESPECIAL – ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 512 e 515, AMBOS DO CPC – INOCORRÊNCIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. – É dever das partes alegar, no momento próprio, toda a matéria de ataque e defesa, diante da utilidade que esse proceder irá produzir para o deslinde da controvérsia, sob pena de, deixando para outra oportunidade, ocorrer a preclusão. – “O princípio da eventualidade consiste em alegar a parte, de uma só vez, todos os meios de ataque e defesa como medida de previsão – in eventum para o caso de não dar resultado o primeiro. Isso significa, como acentua Millar, que as partes, nas fases apropriadas, devem apresentar, simultânea e não sucessivamente, todas as suas deduções, sejam ou não compatíveis entre si, e ainda que o pronunciamento sobre uma delas torne prescindível considerar as

1. Júnior Alexandre Moreira Pinto concebe a estabilização da demanda como: “...o momento em que apresentadas todas as alegações pelas partes, estas não podem mais ser modificadas, preparando processo para uma fase seguinte, da realização das provas, em que cada litigante se incumbirá de demonstrar a veracidade de suas alegações, seja o autor provando o fato constitutivo do seu direito, seja o réu provando o fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor”. (PINTO, Júnior Alexandre Moreira. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) Causa de pedir e pedido no processo civil. São Paulo: RT, 2002. p. 55).

2. A ação, sinteticamente, representa o direito de provocar a atividade jurisdicional, ante a sua inércia, já a demanda, pode ser tida como o direito de ação já exercido, registrado em sede de petição inicial, bem como o ato por intermédio do qual o provimento é pleiteado. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 168).

3. GUIBO, Antonio Rugero. Ob. Cit.. Disponível na internet via WWW. URL: <http://sapiencia.pucsp.br/>

tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1414. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2008.

4. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. INOCORRÊNCIA. ASSOCIAÇÃO. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO DOS ASSOCIADOS. ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA. 1. A questão referente ao julgamento extra petita surge somente na segunda decisão proferida pelo Juízo a quo, razão pela qual não se pode falar em preclusão do direito de recorrer. 2. A ação foi proposta com fundamento na representação processual, restrita ao rol de associados elencados na petição inicial. Nesse passo, não há como, depois de estabilizada a demanda, alterar seus lindes sem o consentimento da parte contrária. 3. O pleito de extinção do processo com julgamento de mérito dado o reconhecimento do direito material da recorrente pela parte contrária escapa aos limites deste recurso. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, 4.a T., AgRg no Ag 660814 / RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 05.09.2005, p. 423).

5. GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro, v.2. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59.

que baseia o pedido incide¹⁵.

Em consonância com essa concepção, tem-se o fundamentum actionis remotum, equivalente à causa de pedir remota, ou mediata, que diz respeito ao fato ocasionador do direito. Contrapõe-se à causa de pedir remota a causa petendi próxima, ou imediata – fundamentum actionis proximum – caracterizada pelos fundamentos jurídicos que baseiam a demanda.

No Brasil, portanto, a causa de pedir compreenderia o somatório do fundamentum actionis remotum e do fundamentum actionis proximum¹⁶.

Como consequência, a qualificação jurídica atribuída pelo autor¹⁷ não integra a causa de pedir. A invocação de dispositivos legais ou mesmo de qualquer outra fonte estão fora dos limites da causa petendi. Se o enquadramento das repercussões jurídicas do fato tenha sido erroneamente estabelecido, mesmo assim a parte pode se beneficiar da prestação jurisdicional.

Todavia, outra perspectiva deve também ser considerada. A adoção integral da teoria da substanciação colide frontalmente com os artigos 462¹⁸ e 474¹⁹, ambos do Código de Processo Civil. O primeiro artigo possibilita que o magistrado considere, mesmo que ex officio, fatos constitutivos que pertinem com o autor. O segundo artigo considera a título de efeito preclusivo da coisa julgada as alegações que o autor poderia ter produzido com relação à rejeição do pedido, porém não o fez²⁰.

A teoria da substanciação também não é compatível com o princípio da iura novit curia (o juiz conhece o direito), já que se a alteração da qualificação jurídica, como já sustentado, não importa em modificação da causa de pedir, dos dois pilares (fato e direito), formadores da causa petendi, verdadeiramente, apenas aquele individualizaria uma ação²¹. O direito seria “retirado” dos fatos pelo juiz, conforme o brocardo: da mihi factum, dado tibi jus²².

Portanto, é possível concluir que o Código de Processo Civil não adotou por completo a teoria da substanciação, mas sim também valeu-se da teoria da individualização, exigindo fato e direito, e não só um ou só outro²³.

2.3 CONTORNOS GERAIS DE UMA ESTRUTURA PROCESSUAL RÍGIDA

Uma estrutura processual rígida, conforme a lição de Junior Alexandre Moreira Pinto²⁴, caracteriza-se por fixação de limites temporais curtos para que autor e réu deduzam suas alegações.

Apresentando outra concepção, Antônio Rugero Guibo²⁵ defende que um modelo processual é considerado rígido quando há um momento predeterminado que a demanda encontre sua estabilização, tornando os objetos do processo inalteráveis.

A teoria da substanciação da causa de pedir, como já previamente detalhada, coaduna com as estruturas processuais rígidas, já que impõe um critério de preclusões, exigindo a exposição simultânea de todos os fatos constitutivos²⁶, impedindo, assim, que reiteradamente seja apresentada uma nova questão a ser julgada.

Considerando que o processo civil brasileiro adotou primordialmente, porém não exclusivamente, a teoria da substanciação para reger o conteúdo da causa de pedir, passou, assim, de imediato, a se inserir no contexto de uma estrutura processual rígida, vedando, assim, a livre apresentação de fatos e direitos, direcionando-as em favor de oportunidades processuais específicas, sem que, como regra, possam ser ultrapassadas, sob pena de preclusão.

2.4 CONTORNOS GERAIS DE UMA ESTRUTURA PROCESSUAL FLEXÍVEL

Se, sob a perspectiva da estabilização da demanda, uma estrutura processual rígida é identificada pela fixação de limites temporais curtos para que as partes produzam alegações, bem como pela fixação de um momento único para sua ocorrência, um modelo processual flexível é constatado justamente pela ausência desses mesmos caracteres.

A possibilidade de registrar novos fatos na demanda, retrocedendo nas fases procedimentais, caracteriza o mo-

delo processual de estrutura flexível. A teoria da substanciação da causa de pedir está para o modelo processual rígido, assim como a teoria da individualização está para o modelo processual flexível. Para tanto, deve ser lembrado que a teoria da individualização adota como cerne a afirmação da parte autora acerca da relação jurídica que baseou seu pedido, desconsiderando, portanto, as alegações de fato e de direito que integram a causa de pedir, facultando, assim, que os fatos constitutivos sofram modificação.

3. MOMENTOS DA ESTABILIZAÇÃO DA DEMANDA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como já sustentado, o direito processual civil adotou também a teoria da substanciação da causa de pedir, bem como um modelo rígido para fim de modificação dos elementos objetivos da demanda, a saber: causa de pedir e pedido.

Com efeito, como garantem os artigos 264²⁷ e 294²⁸ do Código de Processo Civil²⁹, a modificação do pedido ou causa de pedir pode ser realizada pelo autor antes da citação³⁰, enquanto momento de angularização da relação jurídica processual, sem que se seja necessário sequer ventilar a anuência da parte contrária.

Porém, uma vez feita a citação extingue a faculdade, antes exclusiva do autor, de, querendo, modificar os elementos objetivos da demanda, necessitando que seja oportunizado ao réu manifestar-se, podendo, inclusive, impedi-la. Se, porém, consentir classificar-se-á a alteração objetiva convencional³¹.

Se fosse, contudo, facultado ao autor alterar os elementos da demanda, mesmo já tendo sido realizada a citação, a defesa do réu, por certo, restaria prejudicada, já que o contraditório já foi ofertado e a resposta produzida considerou os pontos suscitados em sede de petição inicial e não eventuais questões desconhecidas e futuras.

Antes, todavia, de abordar o outro marco processual hábil a estabilização, qual seja: saneamento do processo, duas outras questões relacionadas ao tema merecem destaque. A primeira diz respeito ao litisconsórcio passivo, sem que todos os integrantes do polo passivo tenham sido citados e possibilidade de alteração dos elementos objetivos da demanda. A segunda, por sua vez, relaciona estabilização e revelia.

Ocorrendo a formação de um litisconsórcio passivo, isto é, um integrante do polo ativo e pluralidade de pessoas no âmbito do polo passivo, em que ao menos um dos réus foi ci-

tado, porém o(s) outro(s) ainda não, pergunta-se: seria possível modificar os elementos da demanda?

A modificação do pedido ou causa de pedir no contexto suscitado seria possível, mesmo sem a anuência dos réus já citados³², já que a totalidade das angularizações processuais ainda não foi aperfeiçoada. Portanto, nova citação para fim dos réus já citados deve ser realizada, oportunizando-os manifestação acerca dos inéditos pilares fáticos e jurídicos e/ou pedidos.

Outra questão que merece abordagem reside na possibilidade do autor poder modificar os elementos da demanda uma vez já constatada a revelia, o que demanda análise sob duas circunstâncias distintas.

A uma, o réu é tido como revel e ainda não interveio no processo, como prevê o artigo 321 do Código de Processo Civil³³, situação que denota a não possibilidade de modificação dos elementos objetivos da demanda³⁴, já que qualquer alteração necessita da oportunidade de manifestação do réu acerca do pleito. De fato, o revel deixou de responder a causa de pedir e pedidos específicos, novos elementos da demanda induzem nova citação.

A duas, o réu é revel, porém já interveio no processo, o que determina a necessidade de sua intimação para que se manifeste acerca da tentativa de modificação por parte do autor.

Em poucas e objetivas palavras, com arrimo no que já se sustentou, é possível garantir que: a) antes da citação do réu, é facultado ao autor modificar os elementos objetivos da demanda; b) depois da citação, é necessário que o réu seja beneficiado com concessão de oportunidade de manifestação, podendo, inclusive, impedi-la.

Portanto, ainda deve ser considerado o saneamento do processo, tido como termo final de alteração dos elementos objetivos da demanda, instante em que nem com formal e expressa concordância volitiva do réu adota o condão de conceder ao autor a desejada alteração, conforme regra extraída do artigo 264, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Outrossim, a estabilização em estudo atinge também as partes, na qualidade de elementos subjetivos da demanda, impossibilitando que após a citação as partes sejam substituídas, bem como terceiros sejam incluídos, proibindo, assim, a mera substituição voluntária.

Com efeito, a estabilização subjetiva da demanda, isto é, atinente às partes, atinge o status de efeito processual da cita-

15. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). Ob. Cit. São Paulo: RT, 2007, p. 129.

16. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ALEGAÇÃO DE LITISPENDÊNCIA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. CAUSAS DE PEDIR PRÓXIMAS DISTINTAS. Para que se configure a litispendência é necessária uma tripla coincidência: as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. A causa de pedir, próxima e remota (fundamentos de fato e de direito, respectivamente) deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas; por isso, se a causa de pedir remota é mesma, mas a causa de pedir próxima é diversa, não há litispendência. Recurso especial não conhecido. (STJ, 3.a T., REsp 625018/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 20.03.2006, p. 267).

17. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CAUSA DE PEDIR. ALTERAÇÃO APÓS O SANEAMENTO DO PROCESSO. NÃO OCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO DA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. POSSIBILIDADE. I - A qualificação jurídica dos fatos declinada pelo autor na petição inicial não integra a causa petendi, visto que compete ao julgador enquadrar o fato à norma pertinente ao caso. Precedentes. II - In casu, não ocorreu violação ao art. 264, parágrafo único, do CPC, pois alterou-se tão somente a qualificação jurídica dos fatos e não a causa de pedir. (STJ, 5.a T., REsp 807728/RJ, rel. Min. Felix Fischer, DJU 08.05.2006, p. 291).

18. Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz torná-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

19. Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas

as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

20. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. Jurisdição e competência. São Paulo: RT, 2007, p. 154.

21. GRECO, Leonardo. A teoria da ação no processo civil. São Paulo: Dialética, 2003, p. 56.

22. Elicio de Cresci Sobrinho, analisando sentido inverso, dentro da concepção do direito alemão, ventila que: “...o estado de coisas perdeu a força primitiva; numa ação declaratória, de existência ou inexistência de relação jurídica, esta fica perfeitamente individualizada pela afirmação do direito apresentada e dispensa qualquer outro fundamento sob fatos ou por meio destes. (SOBRINHO, Elicio de Cresci. Objeto litigioso no processo civil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2008, p. 62).

23. Nesse sentido: “Tudo isso está a demonstrar, portanto, que o Código de Processo Civil brasileiro não adotou, em sua integralidade, a teoria da substanciação, assumindo uma posição intermediária mercê da necessidade de o autor, na petição inicial, não somente narrar os fatos, mas igualmente indicar os fundamentos jurídicos do seu pedido”. (CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. Ob. Cit., São Paulo: RT, 2007, p. 155).

24. PINTO, Junior Alexandre Moreira. A causa petendi e o contraditório. São Paulo: RT, 2007, p. 107.

25. GUIBO, Antonio Rugero. Ob. Cit. Disponível na internet via WWW. URL: http://sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1414. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2008.

26. PINTO, Júnior Alexandre Moreira. Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) Ob. Cit.. São Paulo: RT, 2002, p. 64.

27. Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

28. Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa.

30. PROCESSUAL CIVIL – INOVAÇÃO DO PEDIDO APÓS A CONTESTAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. 1. Os confines de uma demanda são postos pelo pedido veiculado pela petição inicial, conforme se extrai da literalidade do art. 128 do CPC. 2. A matéria relativa a inconstitucionalidade da Lei n. 6.556/89 que majorou a alíquota de 17% para 18% foi introduzida no recurso de apelo, o que é defeso, nos termos do princípio da estabilização do processo, hospedado no art. 264 do CPC. Recurso Especial improvido. (STJ, 2.a T., REsp 852622 / SP, rel. Ministro Humberto Martins, DJU 10.10.2006 p. 301).

31. MARCATO, Antonio Carlos, In: Código de Processo Civil Interpretado. (coord.) São Paulo: Atlas,

2004, p. 756.

32. “Litisconsórcio passivo. Havendo mais de um réu, enquanto não realizadas todas as citações, a modificação do pedido ou da causa de pedir é possível, mesmo sem o consentimento dos réus já citados (JTACvSP 95/264). Convém anotar que, havendo a modificação, os réus já citados deverão sê-lo novamente, para que possam tomar conhecimento da modificação”. (NERY JUNIOR, Nelson. Código de processo civil comentado. 9 ed., São Paulo: RT, 2006, p.433).

33. Art. 321. Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido, ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de 15 (quinze) dias.

34. “Observe-se, em acréscimo, que sendo o réu revel, mostra-se inadmissível a alteração objetiva convencional, pela singela razão de que ele não será convocado a anuir à alteração, vedado ao autor, consequentemente, aproveitar-se da revelia para substituir ou modificar o pedido”. MARCATO, Antonio Carlos, In: Código de Processo Civil Interpretado. (coord.). São Paulo: Atlas, 2004, p. 756).

ção³⁵, a título de desdobramento de litigiosidade da coisa.

Contudo, a estabilização subjetiva da demanda sujeita-se também à regra contida no artigo 41, Código de Processo Civil³⁶, que permite a substituição³⁷ voluntária das partes nos casos expressos em lei.

Em regra, a substituição das partes, melhor compreendida como sucessão, é aceitável, porém, em respeito a estabilização subjetiva da demanda, em hipóteses estritamente definidas em lei³⁸.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil* V. 1. São Paulo: RT, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos, In: *Código de Processo Civil Interpretado*. MARCATO, Antonio Carlos (coord.), São Paulo: Atlas, 2004.
- CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____, *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v.2. 16 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRECO, Leonardo. *A teoria da ação no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2003.
- GUIBO, Antonio Rugero. Ob.Cit.. Disponível na internet via WWW. URL: http://sapiencia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1414. Arquivo capturado em 03 de janeiro de 2008.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Causa de pedir e pedido*. São Paulo: Método, 2006.
- MARCATO, Antonio Carlos, In: *Código de Processo Civil Interpretado*. (coord.), São Paulo: Atlas, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 9 ed., São Paulo: RT, 2006.
- PINTO, Júnior Alexandre Moreira. *A causa petendi e o contraditório*. São Paulo: RT, 2007.
- _____, *Sistemas rígidos e flexíveis: a questão da estabilização da demanda*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: RT, 2002.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.
- VIANNA, Juvêncio Vasconcelos. *A causa de pedir nas ações de execução*.

In: Causa de pedir e pedido no processo civil. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e. (Coord.) São Paulo: RT, 2002.

• SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Objeto litigioso no processo civil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO: A IMPRESCINDIBILIDADE DA MOTIVAÇÃO CONTRAPONDO-SE AO ATO MERAMENTE DISCRICIONÁRIO

Priscila Braz do Monte Vasconcelos dos Santos

Advogada. Graduada pelas Faculdades Integradas Barros Melo (AESO); pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Católica Dom Bosco – CPC Marcato (*latu senso*); Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior de Advocacia – Faculdade Joaquim Nabuco (*latu senso*). E-mail: priscilabm84@yahoo.com.br

princípios trazidos pela Constituição Federal. A evolução do posicionamento jurisprudencial, ainda não pacificado, demonstra que, não obstante a OJ 247 do TST em 2001, tais demandas continuam chegando ao TST em razão de várias turmas dos TRTs entenderem pela obrigatoriedade da motivação no ato. Desta feita, em julgado pelo TST em 2009 há uma nova tendência desta Corte em entender pela possibilidade de abusos, arbitrariedades e ilegalidades na dispensa sem a observância do princípio da motivação.

PALAVRAS-CHAVE: Dispensa. Empregado Público. Princípio da Motivação.

INTRODUÇÃO

Esse trabalho objetivará abordar a situação fática e jurídica dos empregados públicos que trabalham em sociedade de economia mista e empresas públicas; portanto, setores passíveis de exploração de atividade econômica do Estado, especificamente no que se refere à dispensa de tais funcionários sob a ótica da Lex Mater, legislações infraconstitucionais pertinentes, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que ensejam divergentes opiniões; por conseguinte, duas correntes acerca do tema.

Sendo assim, o trabalho buscará demonstrar, doutrinariamente e jurisprudencialmente, que o tema é complexo e que leva a uma análise hermenêutica profunda acerca dos princípios e normas norteadores do ordenamento jurídico pátrio que regem a Administração pública (bem peculiares) e os que regem o regime de emprego/trabalho exclusivamente privado, com suas diferenças primordiais, levando à reflexão acerca da real intenção do legislador constituinte e o sentido social das normas, conciliando ambos os regimes e normatização.

1. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Inicialmente, cabe frisar algumas linhas sobre o regime jurídico dos servidores públicos estabelecido pela Lex Mater com a redação conferida pela EC nº 19/98 ao

SUMÁRIO

Resumo. Introdução. Regime Jurídico dos Servidores da Administração Pública com a Constituição Federal de 1988. O Artigo 37 da Constituição Federal e os Princípios Norteadores da Administração Pública. Dispensa do Empregado Público Analisando Apenas a Conveniência e a Oportunidade. Necessidade de Obediência ao Princípio da Motivação na Dispensa do Empregado Público. Evolução Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo visa demonstrar as correntes doutrinárias que se formaram em torno do tema apresentado, ou seja, a de dispensa dos empregados públicos de empresas públicas e sociedades de economia mista sem necessidade de qualquer motivação e as que defendem que é necessária a motivação por ser um ato administrativo e a Administração Pública ter regras e princípios peculiares e específicos em defesa do interesse público. Assim, a que defende a obrigatoriedade de motivação no ato tem maior fundamentação legal e na doutrina, tendo mais coerência à luz das normas e

acepção técnica. Não se trata da substituição processual, modalidade de legitimidade extraordinária, mediante a qual, em caráter excepcional, alguém está autorizado a, em nome próprio postular em juízo direito alheio (art. 6º, fine). O legislador está-se referindo, na verdade, a sucessão processual, ou seja, alteração subjetiva da parte em razão de mudança verificada na relação jurídica material. O sucessor, quando autorizado a atuar no processo, entra em lugar do sucedido e continua defendendo o direito em nome próprio, pois passou a ocupar a posição de titular da suposta situação de vantagem estabelecida no plano juridido-material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, In: Código de Processo Civil Interpretado. MARCATO, Antonio Carlos (coord.), São Paulo: Atlas, 2004, p. 142).

38. São exemplos de hipóteses legais de sucessão processual, todos emanados do Código de Processo Civil: a) artigo 42, § 1º, ingresso do adquirente ou cessionário; b) artigos 65 a 68, terceiro nomeado, excluindo o réu nomeante.

35. É possível firmar que a estabilização subjetiva da demanda há de ser tida como efeito processual da citação, já a estabilização objetiva da demanda (causa de pedir e pedido) não pode obter a mesma classificação. A modificação da causa de pedir e pedido podem ser alteradas, com a anuência do réu, entre a citação e o saneamento do processo, depois deste momento nem com a concordância daquela pessoa. Assim, nessa circunstância, outros elementos diferentes da citação estabilizam definitivamente os elementos objetivos da demanda (manifestação do réu e saneamento do processo). De fato, a estabilização dos elementos objetivos da demanda pode ser tida como efeito processual do despacho saneador e não da citação, como ocorre com a estabilização subjetiva.

36. Art. 41. Só é permitida, no curso do processo, a substituição voluntária das partes nos casos expressos em lei.

37. José Roberto dos Santos Bedaque adverte que: “O termo substituição não é aqui utilizado em sua

Art. 39 caput, in verbis:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado pelos servidores designados pelos respectivos Poderes.

Desta feita, a alteração constitucional trouxe como faculdade à Administração direta, autárquica e fundacional da União, Estados, Municípios e do Distrito Federal de adotarem o regime celetista ou estatutário para os seus servidores, desde que atendida a exigência intrínseca ao Poder Público de previsão legal.

Salienta-se que a redação conferida ao artigo 39 pela EC nº 19/98 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade no ano 2000, ADIN nº 2.135/2000, esta que teve seu pedido liminar de suspensão da vigência do aludido artigo apreciado e julgado em 2007, tendo o STF decidido pela suspensão da vigência do dispositivo legal em comento por vício formal que eivou a norma, impedindo-a de produzir seus plenos efeitos no ordenamento jurídico, decisão esta ex nunc.

Tal vício formal, consistiu na violação à norma constitucional que disciplina o processo legislativo para a aprovação das emendas Constitucionais, insculpida, especialmente, no artigo 60, § 2º, da Lei Maior do Estado que estabelece a aprovação de uma emenda no regime bicameral, ou seja, aprovação pelas duas casas do Congresso Nacional.

Outro vício formal na elaboração da norma e que também serviu de fundamentação legal para a concessão da liminar pelo Supremo Tribunal Federal foi no tocante ao regimento interno da Câmara dos Deputados, que também teria sido transgredido, uma vez que na votação em segundo turno pela Câmara dos Deputados a sua respectiva comissão especial de redação teria colocado no § 2º a redação que havia sido aprovada para o lugar do caput, tendo sido rejeitada a proposta de alteração no primeiro turno de votação. Ressalta-se que tal procedimento equivocadamente também fere as determinações constitucionais atinentes ao processo legislativo, haja vista que tal alteração não obteve 3/5 dos votos em ambas as seções e em dois turnos.

Importantíssimo destacar que a Administração Pública direta, autárquica e fundacional já possui a Lei 9.962/2000, a qual prevê a possibilidade do regime de emprego público ou estatutário, devendo ambas as contratações observarem o princípio da legalidade, tendo o artigo 173, § 1º, II, da Carta Magna instituído que as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica adotarão o mesmo regime das empresas privadas.

Nesse diapasão, imprescindível a transcrição do art. 173, § 1º, II, da Constituição:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta

Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária ao imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços, dispondo sobre:

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Pela redação do artigo supracitado já se constata que ele coloca os entes da Administração Pública como entes diferenciados, haja vista serem parte do Poder Público e não fazer parte, diretamente, da iniciativa privada; desta feita, só poderá exercer atividade econômica nos casos autorizados expressamente por lei, uma vez que a Administração Pública só pode praticar atos permitidos ou determinados por lei.

Sendo assim, ante a diferenciação dos órgãos, atos e agentes da Administração Pública, não obstante tenha trazido o inciso II do art. 173 da Constituição Federal que é aplicado às empresas públicas e sociedades de economia mista o mesmo regime jurídico trabalhista das empresas privadas, este deve ser analisado e aplicado com a devida cautela, em estrita observância às demais normas e princípios basilares trazidos pela Carta Magna e que norteiam todos os atos da Administração Pública.

2. O ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No que se refere à Administração Pública, um dos artigos mais importantes da Constituição Federal é o artigo 37, que traz o que a Administração Pública direta e indireta deve obedecer; portanto, traz deveres inafastáveis e indisponíveis para qualquer ato emanado da Administração Pública, incluindo a direta, autárquica e fundacional.

Com base na redação conferida ao inciso II e ao § 9º constata-se que o empregado público celetista não possui todas as prerrogativas da iniciativa privada cujas relações de emprego são reguladas basicamente pela CLT, uma vez que para a contratação do empregado público é exigência constitucional a sua aprovação mediante concurso público e a sua remuneração mensal está limitada dentro do Poder Público, não sendo advinda do livre arbítrio do empregador e da vontade das partes externada no contrato de trabalho, como ocorre com aqueles empregados não vinculados à Administração Pública, conforme IX do referido artigo.

Desse modo, embora disponha o artigo 173, II da Lei Maior do Estado que os empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista se

sujeitam ao regime jurídico trabalhista das empresas privadas isso não é absoluto, o que fica claro com os dispositivos legais supra, trazidos a título ilustrativo. Além disso, o referido artigo busca assegurar a livre concorrência; portanto, deve-se ter cautela e buscar harmonizar a hermenêutica das normas e princípios.

Analisando os princípios de observância obrigatória elencados pelo art. 37 da Lex Mater, cabe explicar cada um conforme entendimento da doutrina, fazendo uma ponte para sua aplicação dentro do tema abordado com a inerência desses princípios em todo e qualquer ato administrativo, ciente de que a dispensa sem justa causa do empregado público celetista pela Administração Pública é um ato administrativo.

Em consonância com a doutrinadora trabalhista Alice Monteiro de Barros, a Carta Magna trouxe como princípios da Administração Pública a Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, princípios constantes também na Lei nº 9.784/99 que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública, trazendo também em seu art. 2º outros princípios, tais como: Finalidade, Motivação, Razoabilidade, Proporcionalidade, Ampla Defesa, Contraditório, Segurança Jurídica e Interesse Público. Tais princípios são decorrentes ou estão interligados aos princípios elencados pelo artigo 37 da Carta Magna.

Assim, em conformidade com Alice Monteiro de Barros, o princípio da Legalidade é específico do Estado de Direito, condicionando o administrador público ao que a lei determina ao contrário do particular, que pode fazer o que a lei não proíbe, conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello¹.

O princípio da Impessoalidade, segundo a referida doutrinadora, confunde-se com os princípios constitucionais da Legalidade ou Isonomia, devendo à Administração Pública atribuir igual tratamento aos administrados, impedindo as discriminações. Cabe frisar que quando se trata de interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade é a conciliação e equilíbrio entre os interesses envolvidos².

O princípio da Moralidade é a imposição legal de lisura, honestidade por parte dos entes, órgãos e agentes da Administração Pública na prática dos atos administrativos³ que além de, obrigatoriamente, obedecerem à legalidade, devem atender à moral, considerando que pode haver ato legal, mas imoral, ou seja, contrário ao interesse público.

O princípio da Publicidade é a transparência na

atuação administrativa, o que torna obrigatória a ciência formal dos administrados e um maior controle dos atos administrativos praticados com a conduta dos governantes⁴. Para que seja atendida a publicidade dos atos administrativos, estes devem ser publicados no Diário Oficial para ter eficácia.

O princípio da Eficiência exige ação rápida e precisa da Administração Pública para satisfazer as necessidades da sociedade⁵. O princípio da Eficiência está ligado à economicidade, ou seja, menor custo na prática do ato, tanto de tempo quanto de dinheiro.

Explica ainda Alice Monteiro de Barros na obra acima citada:

Ao lado desses princípios, há o da prevalência do interesse público sobre o interesse particular, designação jurídica utilizada para a preponderância de providências que atendam o interesse da coletividade em primeiro lugar⁶.

Cabe ressaltar o posicionamento do doutrinador de Direito Administrativo Diógenes Gasparini acerca do princípio da Motivação:

Os atos administrativos precisam ser motivados. Devem ser mencionadas para a prática do ato administrativo as razões de fato e de direito que levaram a Administração a proceder daquele modo. A motivação deve ser prévia ou contemporânea à prática do ato⁷.

A motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, consoante já decidiu o STF (RDP, 34:141). Hoje, com mais razão, essa afirmação é de todo pertinente, pois a Constituição Federal exige que até as decisões administrativas dos Tribunais sejam motivadas (art. 93, X)⁸.

Importante destacar ainda, na interpretação dos princípios norteadores da Administração Pública trazidos pelo artigo 37 da Constituição Federal, o entendimento do constitucionalista Alexandre de Moraes em sua obra Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, acerca do princípio da Moralidade e Impessoalidade nos atos emanados da Administração Pública:

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade justiça, pois a moralidade constitui, a partir da consti-

1. BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 416

2. BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit. p. 416

3. BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit. p. 416

4. BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit. p. 417

5. BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit. p. 417

6. BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit. p. 417

7. GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23

8. GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 23

tuição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública⁹.

Dessa forma, deve o Poder Judiciário ao exercer o controle jurisdicional, não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas sim, entender por legalidade ou legitimidade a conformação do ato não só com a lei, como também com a moral administrativa e o interesse coletivo¹⁰.

Pelo exposto, constata-se que a prática dos atos administrativos está vinculada ao atendimento do interesse coletivo e não ao particular do agente que investido em alguma função pública prática um ato dessa natureza. Assim, por óbvio, precisa externar-se para que os administrados possam tomar ciência, analisar e constatar que determinado ato foi em benefício da coletividade, ou seja, teve um interesse público atendido e não um interesse particular.

Impende trazer, ainda, a explicação do doutrinador Alexandre de Moraes sobre o princípio da Impessoalidade:

Importante inclusão feita pelo legislador constituinte, o princípio da impessoalidade encontra-se, por vezes, no mesmo campo de incidência dos princípios da igualdade e da legalidade, e não raramente é chamado de princípio da finalidade administrativa¹¹.

Consoante a legislação constitucional e infraconstitucional citada acima, bem como a doutrina, a motivação não é apenas um princípio/norma inerente à Administração Pública, mas é atributo dos atos administrativos, para que estes tenham plena validade e eficácia, não podendo ser desconsiderado na dispensa sem justa causa.

Cumprir frisar que ato administrativo, segundo a pacífica doutrina, é toda e qualquer manifestação de vontade externada no exercício de uma função administrativa, sendo indiferente por quem o ato é praticado, desde que seja decorrente de uma função administrativa, nos termos da lei, podendo, até mesmo, ser praticado por um particular, haja vista que a própria Lei Maior do Estado traz a possibilidade do Estado delegar a prática de determinados atos administrativos aos particulares, os investindo de função pública.

Por todo o aludido, constata-se que tanto a norma constitucional quanto a infraconstitucional não fazem diferenciação dentro da Administração Pública para dar margem interpretativa a uma exclusão da motivação na dispensa de empregado público quando esta for realizada por uma empresa pública ou uma sociedade de economia

mista, não havendo o que se falar em privilégio, ressalva ou exclusão trazida à Administração Pública que tenha nos seus quadros empregados públicos regidos pela CLT e não sejam, por exemplo, uma autarquia.

3. DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO ANALISANDO APENAS A CONVENIÊNCIA E A OPORTUNIDADE

Importante tecer algumas linhas acerca da corrente doutrinária na qual, nos últimos anos, vem o TST se inclinando, doutrina essa que traz argumentos muito frágeis e falhos em confrontação com a Carta Magna e a legislação infraconstitucional, em consonância com o que já foi explanado nos tópicos acima e será reforçado nos próximos.

A corrente ora tratada entende que seria legítima e válida a dispensa do empregado público de empresa pública e sociedade de economia mista sem qualquer motivação no ato por parte da Administração Pública, alegando que se trata de ato discricionário do administrador e, portanto, não caberia interferência ou julgamento do mérito do ato por parte do Judiciário.

O embasamento jurídico desta corrente é uma interpretação equivocada do artigo 173 da Constituição Federal que fala que aos empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista, por explorarem atividade econômica, estariam submetidos ao regime das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas.

Importante destacar ainda que, conforme julgados trazidos em tópico infra, o entendimento trazido pela jurisprudência que adota essa corrente não se coaduna com a hermenêutica plena que deveria ser feita para aplicação das normas, ou seja, não condiz com a real intenção do legislador constituinte, haja vista que argumenta ser possível a dispensa do empregado público sem motivação, apenas cabendo a avaliação da oportunidade e da conveniência por parte do administrador como se este fosse um empregador da iniciativa privada, em razão da Constituição não ter trazido, expressamente, a obrigatoriedade de motivação na dispensa, limitando-se a Carta Magna a exigir o ingresso por meio de concurso público de provas e títulos.

4. NECESSIDADE DE OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO NA DISPENSA DO EMPREGADO PÚBLICO

Após a exposição dos argumentos trazidos pela

corrente que defende a dispensa sem motivação, cumpre a explanação do porquê de tais argumentos serem equivocados e não atenderem às determinações constitucionais e infraconstitucionais, não estando em conformidade com a real intenção do legislador, contrariando normas e princípios basilares da Administração Pública e os direitos dos administrados, não atendendo, de fato, ao interesse público que deve ser a finalidade de todo ato praticado pela Administração Pública, faltando à referida dispensa os atributos inerentes e que conferem validade a todo ato administrativo, não deixando as empresas públicas e sociedades de economia mista de serem órgãos da Administração Pública apenas por explorarem atividade econômica, nos termos da lei.

Desta feita, quando o artigo 173, § 1º, II da Constituição Federal afirma que as empresas públicas e sociedades de economia mista se sujeitaram ao regime jurídico das empresas privadas quanto às obrigações e direitos trabalhistas, a hermenêutica harmonizada com o sistema, por tudo que já foi exposto, se mostra a de que o artigo se refere no que couber àquelas o regime trabalhista das empresas privadas, haja vista que se sobrepondo à redação literal da norma esta a obediência, indistinta, de todos os entes, agentes e órgãos da Administração Pública às normas insculpidas no art. 37 da "Lex Mater", dentre outros princípios trazidos na própria Lei Maior do Estado e legislação infraconstitucional.

Sendo assim, diante da obediência ao interesse público em detrimento de qualquer interesse particular, o atendimento à Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência de todo e qualquer ato da Administração Pública e as diferenciações expressas colocadas no texto Constitucional, tem-se que a ausência de motivação na dispensa do servidor público celetista que ingressou na função mediante concurso público é totalmente abusiva e ilegal, podendo encobrir, facilmente, interesses particulares abusivos e arbitrários.

Se a Constituição Federal quisesse dispensar as empresas públicas e sociedades de economia mista da obediência aos princípios dirigidos à Administração Pública teria feito de forma expressa no caput do artigo 37, mas, ao contrário disso, o incluiu expressamente, além de deixar expresso que o servidor celetista só poderia ingressar no serviço público mediante concurso público e teria seus subsídios limitados na forma da própria Constituição; portanto, a estes órgãos não é aplicado de forma absoluta o regime jurídico trabalhista das empresas de iniciativa privadas, sendo, portanto, apenas no que for compatível com o regime instituído na Constituição.

Dessa forma, o argumento de que a dispensa sem qualquer motivação dos servidores celetistas, ao livre arbítrio do administrador, seria plenamente válida diante da

ausência de ter a Carta Magna imposto tal obrigatoriedade expressamente, apenas tendo esta imposto o ingresso por concurso público é uma falácia, tendo em vista que a obrigatoriedade de motivação é decorrente dos princípios e normas expressamente trazidos pela Constituição Federal e é colocado de forma expressa na Lei 9.784/99.

Corroborando as alegações supra, importantíssimo trazer o entendimento da doutrinadora trabalhista Alice Monteiro de Barros:

Observa-se, entretanto, que os empregados de empresa pública ou sociedade de economia mista, ainda que concursados poderão ser dispensados imotivadamente, na forma da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SDI-I do TST. Ora, a dispensa imotivada do servidor empregado desprestigia o concurso público, meio colocado à disposição do Administrador Público para se obter moralidade e eficiência no serviço público. Se não bastasse, a motivação não dificulta o ato da dispensa, ao contrário, legítima-o¹².

No mesmo sentido, embora não se posicione expressamente em favor da corrente ora em comento, está Renato Saraiva em sua obra Direito do Trabalho para Concursos Públicos:

Os que defende a necessidade de motivação do ato de dispensa do empregado público pela Administração revelam que os princípios da impessoalidade e legalidade, previstos no Art. 37 da CF/1988, e da supremacia do interesse público, são aplicáveis a Administração em geral, nascendo na dispensa sem justa causa do servidor celetista a exigência mínima de uma motivação do ato administrativo¹³.

Os adeptos dessa corrente exigem ainda que tal ato se fundamente em motivo de interesse público existente, em atenção à teoria dos motivos determinantes, sob pena de nulidade¹⁴.

Os entendimentos doutrinários trazidos acima estão em plena consonância com a Constituição Federal e apontam a doutrina mais acertada, uma vez que a referida doutrina trabalhista, cumulada com os conceitos trazidos pelos doutrinadores constitucionalistas e do ramo do Direito Administrativo, demonstram qual o posicionamento que atende a real intenção do legislador constituinte, a saber: impedir as arbitrariedades, ilegalidades, abuso de poder e favorecimentos particulares em detrimento do interesse público no uso da máquina administrativa pelo administrador, acarretando prejuízos a garantias constitucionais e transgressão às normas e princípios norteadores do ordenamento jurídico e, em especial, basilares à prática de atos pela Administração Pública.

Importante frisar que em que pese o artigo 173

9. MORAIS, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 786/787

10. MORAIS, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 787

11. MORAIS, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 785

12. BARROS, Alice Monteiro de. Op. Cit. p. 523

da Constituição Federal dispor que as empresas públicas e sociedades de economia mista têm natureza jurídica de direito privado, regendo-se pelas regras de direito civil, não estão dispensadas de licitação para contratação de qualquer bem ou serviços. Outrossim, no que se refere à questão tributária, que pelo referido artigo as empresas públicas e sociedades de economia mista seguiriam, irrestritamente, ao aplicado às empresas privadas, estas gozarão de imunidade acaso prestem serviço exclusivo e irrenunciável, consoante entendimento do STF. Assim, fica claríssimo que a aplicação das regras aplicáveis às empresas privadas não é absoluta, devido às peculiaridades da Administração Pública.

Salienta-se ainda que o artigo 173 está disposto no Capítulo I do Título VII da Constituição Federal que trata dos Princípios Gerais da Ordem Econômica, trazendo em caráter excepcional o exercício pelo Estado em atividade lucrativa por intermédio das empresas públicas e sociedades de economia mista, visando assegurar o princípio da livre concorrência ao estabelecer que tais entidades da Administração Pública seriam regidas pelas regras de direito privado quanto aos direitos e obrigações cíveis, trabalhista e tributária, ou seja, o Estado buscou que tais entidades concorressem com os particulares sem benefícios para não prejudicar a economia.

Dessa forma, a dispensa do empregado público concursado sem motivação em nada se coaduna nem se apresenta necessária para garantir a livre concorrência, fazendo-se imprescindível o respeito ao princípio norteador da Administração Pública de motivação dos atos administrativos.

5. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

No presente tópico será abordada a evolução jurisprudencial na aplicação de ambas as correntes, demonstrando que o tema ainda é polêmico na jurisprudência e é objeto de muitas discussões levadas a mais alta Corte Trabalhista do País.

Inicialmente, tem-se que o TST, assim como a maioria dos TRTs pátrios, se inclinavam no sentido da impossibilidade de dispensa do servidor público celetista sem motivação. Nesse diapasão, destaca-se os seguintes posicionamentos jurisprudenciais:

Dispensa - Reintegração - Sociedade de Economia Mista. Motivação. requisito indispensável para a dispensa do servidor público. art. 37, ii, constituição federal de 1988. O juízo não pode analisar de maneira satisfatória a necessidade de dispensa do autor, em virtude da redução do quadro de pessoal, mesmo porque não há motivação neste sentido, prevalecendo, neste caso, a garantia contra a dispensa imotivada, pois do mesmo modo que a exigência de prestação

de concurso público pelo autor, a fundamentação da prática do ato administrativo visa a evitar o nepotismo outrora existente, porque se poderiam demitir empregados concursados para contratar posteriormente aqueles apadrinhados, mediante a realização de novos concursos onde fossem criadas novas oportunidades, onerando-se assim os cofres públicos desnecessariamente. (TRT 1; ro 01546/99; ro 01546/99; turma 5; dorj 19/0/2001)

Não obstante esse entendimento, as discussões levadas ao TST acerca do tema o levou a começar a entender de forma diversa e ensejou a edição da Orientação Jurisprudencial nº 247, em 29 de janeiro de 2001, in verbis:

OJ nº 247. Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade¹⁵.

Desse modo, vem o TST se posicionando da seguinte maneira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. EMPREGADO CELETISTA DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. Nos termos do item I da OJ 247 da SBDI-1 do TST, a despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. Decisão de Tribunal Regional do Trabalho nesse sentido, o que inviabiliza o processamento do recurso de revista, nos termos do § 4º do artigo 896 da CLT e da Súmula 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO CESSÃO DE EMPREGADO. INDEFERIMENTO DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA CESSÃO DE EMPREGADO. PARTICULARIDADES. Hipótese em que o reclamante, empregado de hospital público, foi cedido à Universidade Federal do Estado. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. EMPREGADO CELETISTA DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. Nos termos do item I da OJ 247 da SBDI-1 do TST, a despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. Decisão de Tribunal Regional do Trabalho nesse sentido, o que inviabiliza o processamento do recurso de revista, nos termos do § 4º do artigo 896 da CLT e da Súmula 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO CESSÃO DE EMPREGADO. INDEFERIMENTO DE CHAMAMENTO AO PROCESSO DA CESSÃO DE EMPREGADO. PARTICULARIDADES. Hipótese em que o reclamante, empregado de hospital público, foi cedido à Universidade Federal do Estado. (TST; AIRR e RR

- 79357/2003-900-04-00; DEJT - 18/12/2009)

Todavia, a referida Orientação Jurisprudencial não modificou de forma plena o entendimento dos juízes de primeira instância e de muitas Turmas dos TRTs pátrios, uma vez que muitos continuaram e continuam a decidir com base nos princípios e normas constitucionais, decretando a reintegração do empregado público celetista, demonstrando que a motivação é requisito de validade para a dispensa.

Ressalta-se que recentemente, em outubro de 2009, o TST apresentou mudança no seu posicionamento acerca da admissibilidade indistinta da dispensa do servidor público celetista das empresas públicas e sociedades de economia mista apenas com o julgamento de conveniência e oportunidade do administrador sem qualquer motivação e pronunciou-se no E-RR-443/2001-721-04-00.6, afastando a incidência da OJ nº 247 na interpretação que a mesma vinha tendo dentro da Corte Superior da Justiça do Trabalho.

A decisão foi proferida pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho SDI-I, reconhecendo a abusividade da despedida de um ex-empregado da Companhia Riograndense de Saneamento – Corsan, determinando a devolução dos autos à Sexta Turma do TST, alegando que a referida Turma havia interpretado erroneamente a OJ acima referida, constando a ilegalidade e abuso na dispensa.

O referido trabalhador alegou em sua reclamatória que sofreu abuso em sua dispensa após o período de experiência e requereu a sua reitteração, sendo o pleito julgado procedente em primeira instância e mantido pelo acórdão do TRT da 4ª Região que fundamentou a decisão argumentando que as sociedades de economia mista estão submetidas aos princípios norteadores da Administração Pública, o que, por conseguinte, traz como obrigatória a motivação na dispensa dos servidores públicos celetistas.

Verifica-se também, que o referido julgado teve peculiaridades probatórias, inclusive, perícia, a qual constatou que o parâmetro utilizado na avaliação de desempenho do referido empregado público teve como base cargo de maior responsabilidade, bem como, no caso em tela a avaliação foi realizada pelo pai do segundo colocado no concurso público para o exercício do mesmo cargo.

Em face disso, constata-se que houve um grande avanço no entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, corroborando a melhor doutrina e jurisprudência, entendendo que o ato do administrador pode estar eivado de abuso e arbitrariedades, possuindo interesses obscuros que são incompatíveis com a finalidade do interesse público, devendo este estar sempre motivado para que fique revestido de validade, não havendo razão para a Administração Pública resistir à exposição da motivação na prática de todo e qualquer ato, haja vista que externá-la demonstra a sua plena conformida-

de com o interesse público e, especificamente, legitima o ato administrativo da dispensa.

CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações feitas no presente trabalho, infere-se que o legislador constituinte não igualou por completo as empresas públicas e sociedades de economia mista às empresas da exclusiva iniciativa privada, nem poderia, visto que tais órgãos pertencem à Administração Pública e como tal não pode desprezar as normas e princípios que norteiam todo e qualquer ato emanado pela Administração Pública.

Em que pese a OJ nº 247 do TST, editada em 2001, a qual informa que tais entes públicos poderiam dispensar seus empregados sem motivação, o que não vinculou todas as decisões dos tribunais pátrios, ainda havendo bastante controvérsia levada até o TST por meio de Recurso de Revista, recentemente, em 2009, o TST apresentou uma mudança de posicionamento enquadrando-se com o posicionamento doutrinário mais coerente, em conformidade com a Constituição e a doutrina trabalhista, do Direito administrativo e Constitucional, ao afastar a incidência da OJ nº 247, revelando uma tendência a afastar definitivamente o entendimento de desnecessidade de qualquer motivação para a dispensa, haja vista que este pode ser um meio do administrador transgredir a lei em nome de seus interesses particulares e obscuros.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2007
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008
- CLT. 34. ed. São Paulo: Ltr, 2007
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003
- SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho série Concursos Públicos*. 6. ed. São Paulo: Método, 2007
- VADE MECUM. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- Dispensa Imotivada. Necessidade de Motivação. Disponível em: WWW.trt1.jus.br. Acesso em: 30 de março de 2010
- Dispensa Imotivada. Necessidade de Motivação. Disponível em: WWW.tst.jus.br. Acesso em: 30 de março de 2010

13. SARAIVA, Renato. *Direito do Trabalho série Concursos Públicos*. 6. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 309

14. *Direito do Trabalho série Concursos Públicos*. 6. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 309
15. CLT. 34. ed. São Paulo: Ltr, 2007. p. 722

A AMPLA DEFESA E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A legalidade contemporânea. Legitimação constitucional e democrática. Escassez de doutrina. Consequências para o contribuinte e a para a jurisdição.

Catarina Maria Pereira de Andrade

Advogada. Graduada pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

SUMÁRIO

I. Introdução; II. A respeito da vinculação do administrador ao princípio da legalidade; III. Da importância do princípio da motivação das decisões; IV. A respeito da atual atuação do contencioso administrativo brasileiro; V. Da interferência de aspectos político-sociais frente à possível solução; VI. Considerações finais; VII. Referências bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

A Lei 11.382/06 trouxe institutos inovadores para o processo de execução dos títulos extrajudiciais, reformando por completo o procedimento, tornando-o mais célere e efetivo.

No entanto, o referido diploma legal não é aplicável para cobrança do título executivo fiscal, melhor dizendo, a CDA – Certidão de Dívida Ativa. Esta é executada por procedimento especial em vista da Lei específica nº6.830/80, pois (conforme o princípio da especialidade) lei geral superveniente não derroga lei especial.

A CDA é título executivo sui generis, uma vez que não exige a bilateralidade de vontade para sua constituição; ou seja, ela é formada pela vontade unilateral do Estado. Essa é, sem dúvida, uma característica que se destaca quando se fala da CDA como título executivo.

Fazendo-se um paralelo, no lugar da bilate-

ralidade de vontade, podemos colocar o processo administrativo fazendo o papel dela na formação do título executivo fiscal. O contribuinte pode até não concordar com a obrigação tributária a ele atribuída, mas, ao menos, poderá influenciar na formação do título. No mínimo é isso que espera o contribuinte ao exercer o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo.

Porém, é fato comum depararmos-nos, ao final dos percalços de um processo administrativo, por maior diligência que se tenha dispensado aos seus formalismos e à defesa em si do direito, com uma decisão que muitas vezes sequer ultrapassa uma linha, decisão desprovida de motivação/fundamentação.

Muitas decisões limitam-se a elencar, como já se fizera por ocasião da motivação da penalidade, os dispositivos legais aplicáveis ao caso, como que desconsiderando todo o arsenal fático, legal e principiológico apresentado pelo administrado.

Configura-se, de fato, verdadeira inobservância ao devido processo legal, ou melhor, verdadeira lesão, passando como um trator por cima dessa garantia que é uma das primeiras consagradas na formação do Estado de Direito, e também a sua base.

II. A RESPEITO DA VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Com efeito, a Administração Pública, ao contrário dos particulares, só pode agir quando expressamente autorizada pela lei.

Contudo, apresentar esse raciocínio como argumento para legitimar a decisão que apenas elenca o dispositivo legal no qual o fato foi enquadrado, sem motivar, é puro silogismo baseado em entendimento equivocado do que venha a ser o princípio da legalidade. Explico.

A adequação jurídica da atividade administrativa, ao contrário do que entende a doutrina tradicional,

revela-se muito mais complexa que a noção simplista de legalidade estrita. A Administração Pública deve obediência à lei e ao Direito¹. Essa afirmação deve ser entendida como submissão a todo o ordenamento jurídico, das normas emanadas pela própria administração até a Constituição Federal. Essas normas não se resumem à literalidade da lei, mas abarcam também os princípios jurídicos, estejam ou não expressamente previstos. Portanto, o Direito, de um modo geral, e o Direito Administrativo, mais especificamente, devem ser interpretados sob sua melhor luz², de maneira a não se cair na incoerência, nem na prática de condutas que violem os direitos fundamentais.

A Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha³ já em 2001, dizia:

O império da lei não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito material, pois neste o que se adota é o Império da Justiça, sob cuja égide ainda se forma e se informa a ordem jurídica contemporânea. A legalidade não é cogitada, pois, senão com o significado de ser aquela que veicula a materialidade da Justiça concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações. A dimensão do Estado haverá que ser, pois, a desta Justiça realizadora do bem de todo o povo, da universalidade das pessoas que o compõem, mais, ainda, sem prejuízos graves ou fatais para toda a humanidade, pois não poucas vezes, agora, os interesses públicos não são apenas locais, mas transnacionais, como ocorre quando se cuida de meio ambiente, saúde e, especialmente, direitos humanos.

Na mesma linha de entendimento está o professor Carlos Ari Sunfeldt:

Mas o que o direito global parece pôr em xeque é o princípio da legalidade e a Separação dos Poderes, considerados por muitos a alma do direito administrativo. (...) Penso que não. A meu ver, o que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração ao direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo⁴.

Veja-se, então, qual não é consequência prática

também da inobservância dessa ordem jurídica em sentido amplo e dessa “ordem de justiça”, no caso de imposição de obrigações e penalidades pela Administração ao administrado (julgado do STF):

“Restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita. Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao substantive due process of Law” (RE 374.981, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/04/05).

É também com essa visão e sensibilidade que alguns defendem no contexto das relações do particular com a Administração, por exemplo, que os princípios constitucionais penais sejam aplicados ao direito administrativo sancionatório:

“Nesses termos que há de se entender que a jurisprudencialização da atuação do direito administrativo sancionador deve aproximar-se, naquilo que for possível, do processo penal, quando necessário à preservação dos ditames constitucionais. José Cerezo Mir, por exemplo, pondera que se faz necessário estender alguns princípios penais ao direito administrativo sancionatório, dada a ausência de distinção ontológica ou qualitativa entre os ilícitos penal e administrativo.⁵”

A aplicação obrigatória do princípio do devido processo legal ao Direito Administrativo é defendida por todos os países democráticos do mundo. E o Tribunal Constitucional espanhol entende que as formas exigidas no processo penal funcionam no procedimento administrativo sancionador, na medida necessária para preservar os valores essenciais que se encontram na base do direito a um processo equitativo (acórdãos 18/1981 e 181/1990), sem prejuízo da necessária adaptação à sua natureza particular (acórdãos 2/1987; 29/1989; 181/1990; 3/1999 e 276/2000)⁶.

Vê-se, portanto, que por diversas contextualizações e problemáticas, é uníssono o entendimento de

1. Essa afirmação, que outrora causaria espanto, de que pode haver Direito fora da lei, foi adotada expressamente pela Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), no seu art. 2º: “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito”. No mesmo sentido, a Lei Fundamental Alemã, de 23.05.49, estabelece no seu art. 20, § 3º: “O Poder Legislativo (die Gesetzgebung) está vinculado à ordem constitucional; os Poderes Executivo (die vollziehende Gewalt) e Judiciário (die Rechtsprechung) obedecem à Lei e ao Direito”. Da mesma forma dispõe a Constituição espanhola de 1978, no seu art. 103.1.

3. DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003, p. 331.

4. A ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha fala em princípio da juridicidade, explicando que em ambas as previsões constitucionais da legalidade, tem-se o princípio da juridicidade, muito mais abrangente que a legalidade. No artigo 5º, inciso II, consubstancia-se

em um direito, com base na liberdade dos indivíduos. No caput do artigo 37, temos um dever, com fundamento na ausência de liberdade da Administração Pública. Cf. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994, p. 81.

5. SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na Era do Direito Global. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. I, n. 2, maio de 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 25.07.2010.

6. MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. LIMITES E POSSIBILIDADES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA (IM)POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DO CONTRATO EM DECORRÊNCIA DE SUA SITUAÇÃO FISCAL IRREGULAR. Revista Virtual da AGU/Ano_VI_maio_2006.<http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VI_maio_2006/limites_raphaelmarques.pdf>. Acesso em 18abril2010

que, mais do que a lei em sentido estrito, o administrador está adstrito ao Direito. Em outras palavras, só o princípio da legalidade revestido de contornos democráticos e racionais é que legitima a atuação do administrador contemporâneo.

Mas a Administração brasileira não está adequada inteiramente à essa nova realidade. Continua tecnocrata, criando entraves desnecessários.

A Constituição Federal trouxe para o direito administrativo princípios até então inexistentes. Devemos deles nos servir.

III. DA IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Após um processo administrativo, o que se espera, de fato, é uma decisão fundamentada e motivada. O princípio da motivação das decisões, tanto judiciais como administrativas, está previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, no artigo 93, incisos IX e X, respectivamente. Mas também foi celebrado na Lei Geral do Processo Administrativo, Lei 9.784/99. Vejamos:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito; (...)

CAPÍTULO XII DA MOTIVAÇÃO

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Em exemplar lição acerca do dever de obediência ao princípio da motivação das decisões administrativas, o Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

O fundamento constitucional da obrigação de motivar – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste perceptivo, segundo o qual todo o poder

emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão à direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do porquê das ações de quem gere negócios que lhes digam respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas as leis⁷.

O princípio da motivação das decisões é considerado um dos mais importantes princípios da jurisdição. Sem motivação também não há o devido processo legal. A falta de motivação torna inócua a garantia ao devido processo legal, assim como inútil todo o processo.

A motivação da decisão permite ao particular não apenas avaliar se houve erro por parte do servidor, bem como se o próprio administrado não cumpriu determinado requisito, mas sobretudo saber sobre qual ponto se irá recorrer administrativamente, ou mesmo sobre o que irá propor ação judicial.

A importância da explicitação dos motivos da decisão também está na possibilidade de controle do subjetivismo do agente e atende à exigência da demonstração de boa-fé que deve presidir as relações da Administração Pública com os administrados.

“Não se considera fundamentada uma decisão que diz apenas inexistir o direito pleiteado, ou que a pretensão do requerente não tem amparo legal. Tais ‘fundamentos’ são de tal generalidade que se prestam para justificar qualquer indeferimento, e por isso mesmo, a rigor, não se prestam para nada. A decisão que tenha fundamentação assim tão genérica não permite o exercício do direito de defesa por parte daquele a quem prejudica, que não tem como argumentar em sentido contrário. Tal decisão, portanto, é nula.

Não haverá possibilidade de aferir se o ato se conteve dentro da competência administrativa, dentro da razoabilidade, que deve nortear toda competência, caso não sejam explicitadas as razões condutoras do provimento emanado.”⁸

IV. A RESPEITO DA ATUAÇÃO ATUAL DO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO

Miguel Seabra Fagundes já ensinava: “Administrar é aplicar a lei de ofício.”⁹

Como já visto, esta é sem dúvida uma das expressões mais claras do entendimento tradicional de legalidade. Não obstante, tal visão é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o Direito seria apenas um

limite para o administrador.¹⁰ Não é um mero limite; é a base, a esteira na qual o administrador deve se pautar na sua atuação.

Mas a realidade mostra que a maioria das administrações públicas das várias localidades do Brasil ainda não está afinada com a tal concepção. Por isso Paulo Tadeu Rodrigues Rosa escreve:

“Alguns julgadores administrativos ainda não conseguiram se adaptar ao novo Texto Constitucional, e ao invés de julgarem com base nas provas, de forma objetiva e imparcial, e esse fato se deve muitas vezes a falta de formação jurídica, realizam um julgamento subjetivo fundamentado em suas convicções pessoais, que poderá levar ao abuso, a arbitrariedade, fato este que foi muito bem retrato por Eliezer Pereira Martins em sua obra ‘O Militar Vítima do Abuso de Autoridade.’”
(RODRIGUES ROSA, Paulo Tadeu. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS MILITARES. Especial para O NEÓFITO. Disponível em: <http://www.cesdim.org.br/temp.aspx?PaginaID=133>

Contudo, em sentido contrário, julgados do Tribunal de Contas da União exemplificam a Administração Pública EFICIENTE e lastreada pela Constituição e não apenas pela letra fria e restrita da lei:

1) *Decisão n. 215/99-Plenário; TC n. 930.039/1998-0 - Ao analisar a matéria, por meio da Decisão n. 215/99-Plenário, o egrégio Tribunal permitiu, em caráter normativo, que houvessem ruptura aos limites estabelecidos pela Lei n. 8.666/93, fugindo da legalidade estrita, desde que a alteração satisfizesse alguns requisitos, entendendo que, em casos excepcionais, era possível extrapolar os limites traçados pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93, conforme suas determinações. “O TCU ao firmar tal entendimento, teve em mira situações em que a observância estrita da lei colidisse com outros bens jurídicos, como os tutelados, por exemplo, pelo princípio da eficiência.”* Portanto, para aquela Corte de Contas, “em determinadas situações, sempre excepcionais, poderia o princípio da legalidade curvar-se (sempre parcialmente) a outros princípios como os da finalidade e razoabilidade.”

2) *Acórdão n. 159/03-Plenário; TC n. 006.821/2002-8 - No que se refere a esse caso, a Corte de Contas ao determinar a anulação da licitação com base no art. 48, inciso II, da Lei n. 8.666/93, fez valer o interesse da Administração Pública em obediência ao princípio da razoabilidade (não previsto na Constituição Federal, mas que norteia a administração pública por exigir que os atos não sejam apenas praticados com respeito às leis, mas*

que também contenham uma decisão razoável). Sempre devendo haver uma razoabilidade, adequação, proporcionalidade entre as causas que estão ditando o ato e as medidas que vão ser tomadas. Já o art. 49 da Lei n. 8.666/93 incorpora o conteúdo da Súmula 473 do STF (que autoriza a Administração a anular seus próprios atos, quando houver ilegalidades, ou revogá-los, por conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada a apreciação judicial). Além desses casos um outro é apresentado, mas com base no princípio da eficiência, objeto da Decisão n. 519/1999-Plenário; TC 003.897/1999-0.

No caso (1), podemos visualizar o uso da ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais, no caso, o princípio da eficiência, a fim de atender o conteúdo teleológico da lei, não expresso claramente em seu texto, mas facilmente perceptível.

No caso (2), diante de uma situação de colisão de princípios e direitos, o aplicador da lei buscou fundamento direto na constituição, não se detendo na lei em sentido estrito, decidindo graduar a intensidade dos direitos.

V. DA INTERFERÊNCIA POLÍTICO-SOCIAL FRENTE À POSSÍVEL SOLUÇÃO

Como se observou, inobstante a indiferença quase total da Administração Pública aos reclamos constitucionais, há lampejos de decisões que respeitam os direitos fundamentais e o princípio da motivação das decisões. Porém, a despeito da consciência cidadã trazida no bojo da doutrina que defende a adequação da atuação administrativa aos ditames constitucionais, alguns mais pragmáticos insistem em dizer que o problema não se resolverá com a priorização e aprimoramento da técnica, pois o problema tem fundo político-sociológico; mais especificamente “nas resistências privadas assentadas no Estado, movidas pelo funcionário público em demonstração de poderes que não tem.”¹¹

Diz um advogado do Mato Grosso num artigo extraído do web site da OAB Mato Grosso, ao falar sobre servidores públicos: “O mais difícil é fazê-lo reconhecer que o seu poder dever é o de atrelar-se a norma, em distanciamento ao seu subjetivismo. É a fragilidade da formação dos operadores de direito, que tem levado alguns a invocarem poderes que não tem, assentado num autoritarismo desmedido, em prejudicial ao interesse público na aplicação da norma.” Esse trecho desenha muito bem o fundo sociológico mencionado — inobstante superficialmente, visto que um estudo sociológico aprofundado da questão não é o objetivo central

7. ENTERRÍA, Eduardo García de. Curso de derecho administrativo. Volume II, 7ª edição. Madrid: Tecnos, 2000, p. 163. Em sentido idêntico, há a decisão do Conselho Constitucional Francês (Decision 155 DC de 30 de dezembro de 1982) e a decisão da Suprema Corte Americana (Atlas Roofing Co. v. Occupational Safety and Health Review ommission, 430 U.S. 442/1977).

8. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 199. p.70.

9. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Direito Administrativo. 2ª ed. rev. atual. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 46-47. p.143

10. FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.03

11. CRUZ, Danilo Nascimento. Princípio da legalidade administrativa. Uma visão pós-

positivista. Revista Jus Vigilantibus, quarta-feira, 2 de dezembro de 2009. Disponível em < http://jusvi.com/artigos/42911>. Acesso em : 26 jun 2010.

deste artigo.

Mas julguei assaz salutar essa intercalação. Esse é um obstáculo, que me abstenho de negar, mas o qual jamais estará alheio. Filosofias e ideologias políticas e sociais sempre estarão incutidas em qualquer tese das ciências humanas, que dirá na própria realidade social. Mas resta claro que se tem em mãos os instrumentos para uma reforma, uma revolução nessa prática a partir de todo o ilustrado acima. Que falta pouco, portanto, para se efetivar.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema de jurisdição do País é o sistema de jurisdição una. Portanto, como saída última sempre poderemos nos socorrer do Judiciário. O processo administrativo não faz coisa julgada, como na França ou Portugal. Não há, portanto, que se falar em "jurisdição administrativa".

A essa característica poder-se-ia atribuir o eventual descrédito concedido ao estudo do sistema do contencioso administrativo no Brasil. O processo administrativo, em regra, é uma verdadeira fase pré-judicial.

Saliente-se, porém, que a via administrativa facultada ao cidadão ante a inafastabilidade do Judiciário se encaixa no direito à ampla defesa. A lição da Prof^a. Lúcia Valle Figueiredo aponta a íntima relação entre motivação e ampla defesa: "Portanto, outro fundamento da necessidade expressa de motivação sedia-se no próprio inciso LV do artigo 5º. Não seria viável, de forma alguma, o contraditório e a possibilidade de ampla defesa se motivação não houvesse."¹²

Portanto, a própria Administração deveria enxergar que uma maior atenção ao aparelhamento dos órgãos administrativos julgadores e uma maior adequação ao Direito é o respeito àquela garantia fundamental constitucionalmente protegida. Além do que, uma atuação mais digna serviria também para o grande apelo de quase todas as contemporâneas reformas legislativas: o desafogamento do Judiciário.

O Estado que produz as leis, tão preocupado com essa questão, tem em mãos uma medida muito mais simples para resolver ou amenizar esse problema, no entanto não a usa.

Mas, além disso, em vista do grau de coação atribuído a uma execução fiscal, por exemplo, bem como as consequências acessórias a uma inscrição na CDA, vislumbra-se o quão devastador para o contri-

buinte-cidadão se torna a má prestação da jurisdição administrativa.

E o próprio STF já demonstrou ter essa consciência:

"Restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita. Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao substantive due process of Law" (RE 374.981, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/04/05).

Uma das soluções a curto prazo, ou ao alcance do administrado, é, ante a ocorrência de ausência de fundamentação nas decisões — seja de processos administrativos fiscais, seja de processos para concessão de benefício pela Previdência Social, por exemplo — a propositura de mandado de segurança, visto que o administrado possui constitucional e legalmente direito líquido e certo à fundamentação, ao motivo, ou seja, ao "porquê".¹³

Após a nova decisão fundamentada, substituindo a anterior iniciam-se os prazos para recursos e medidas judiciais.

Mas a solução macro virá por uma luta e conscientização que deve se imiscuir na própria Administração em prol do aperfeiçoamento da técnica e respeito ao Direito, fazendo jus ao título de Estado Democrático de Direito. É mais uma das múltiplas tarefas que a nossa Constituição de 1988 propôs a nós. Vamos a ela.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.
- MOURA, Demis Ricardo G. de. *Indeferimento administrativo de benefício: por quê?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2932>>
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo*. Volume II, 7ª edição. Madrid: Tecnos, 2000.
- MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *LIMITES E POSSIBILIDADES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRA-*

TIVA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA (IM)POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DO CONTRATADO EM DECORRÊNCIA DE SUA SITUAÇÃO FISCAL IRREGULAR. Revista Virtual da AGU/Ano_VI_maio_2006. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VI_maio_2006/limites_raphaelmarques.pdf>.

- SUNDFELD, Carlos Ari. *A administração pública na Era do Direito Global*. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, ano I, vol. I, n. 2, maio de 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>
- MOURA, Demis Ricardo G. de. *Indeferimento administrativo de benefício: por quê?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2932>>. Acesso em: 28 jul. 2010.
- CRUZ, Danilo Nascimento. *Princípio da legalidade administrativa. Uma visão pós-positivista*. Revista Jus Vigilantibus, Quarta-feira, 2 de dezembro de 2009. Disponível em <<http://jusvi.com/artigos/42911>>. Acesso em: 26jun2010.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros. 199.p.70.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito Administrativo*. 2ª ed. rev. atual. ampl. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 46-47.

12. RODRIGUES, Gilson. ARTIGO - PRERROGATIVAS - REFLEXÕES (por GILSON RODRIGUES - Advogado). 16/07/09. Disponível em: <http://www.oabms.org.br/noticias/lernoticia.php?noti_id=6369>. Acesso em: 26 jun 2010.

13. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. ESTADO DE DIREITO E DEVIDO PROCESSO LEGAL. Revista Diálogo Jurídico. Número 11. fev/2002. Salvador. Disponível em: <http://www.facape.br/>

ivan/constitucional/devido_processo_legal.pdf> Acesso em: 26 jun 2010.

MOURA, Demis Ricardo G. de. Indeferimento administrativo de benefício: por quê?. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2932>>. Acesso em: 28 jul. 2010.

(IN)APLICABILIDADE E (IN)VALIDIDADE LEGAL: HISTÓRIA DE UM ARGUMENTO JURÍDICO FRUSTRADO DIANTE DO CLAMOR POPULAR PELA LEI DA FICHA LIMPA

José Lourenço Torres Neto

Advogado, bacharel em Direito pela FMN em Recife/PE, participante do GP Retórica das Idéias Jurídicas do Brasil da PPG da UFPE sob orientação do Prof. Dr. João Maurício Adeodato.

SUMÁRIO

Introdução: Relevância de uma nova lei eleitoral – esperança. 1. Recente retrospecto histórico formulador da discussão legal. 2. Possibilidades de aplicação da lei no tempo e sua relação com a Lei da Ficha Limpa. Conclusão: Uma resposta afirmativa para o pleito de 2010.

RESUMO

Este artigo se propõe a investigar algumas poucas questões jurídicas sobre quais são as opções jurídico-doutrinárias de aplicação da lei no tempo, especificamente, para o caso da Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, qual a que melhor se aplicou para refutar o argumento que questionou a sua aplicação já para o pleito de 2010, o que é o processo eleitoral usado nos argumentos refutadores daquela dúvida e se o mesmo já havia de fato iniciado ao tempo da promulgação da nova lei, justificando, assim, a sua aplicação válida.

Palavras-chave: Direito eleitoral. Lei Complementar. Eleições 2010. Ficha Limpa.

INTRODUÇÃO: RELEVÂNCIA DE UMA NOVA LEI ELEITORAL – ESPERANÇA.

Corrupção, uma mazela que não tem cura, como muitos outros flagelos da humanidade e para a qual não

resta outra solução presente que não a supressão social de quem a abraça. Qualquer grau de tolerância é letal. Não existem efeitos colaterais benéficos nela, apesar das justificativas discursivas de quem a pratica, seja no campo privado como na esfera pública. Esta última parece oferecer efeitos nefastos amplificados, uma vez que viola ocultamente bens indisponíveis da população que, normalmente distraída, repousa na ingenuidade.

Num país que, apesar de sua grandeza e histórica dignidade, também é conhecido por seus escândalos de corrupção, “mensalão”, caixas dois, esquemas de compra de resultados nos tribunais e tantos outros escândalos envolvendo até as principais lideranças políticas do país, surgiu uma esperança, um forte aliado na luta pela ética e moralidade, a Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, lei que veio alterar a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, e que estabeleceu, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determinou outras providências. Essa LC 135/2010 ficará conhecida também como a Lei da Ficha Limpa.

O termo peculiar Ficha Limpa foi dado à nova lei em vista dela prever que candidatos que tiverem condenação criminal por órgão colegiado (tribunais), ainda que caiba recurso, ficarão impedidos de obter o registro de sua candidatura, pois serão considerados inelegíveis. Além disso, a lei, entre outras coisas, também alterou de três para oito anos o período que o candidato condenado ficará inelegível após o cumprimento da pena.

A lei é uma ação que pune criminosos políticos ou suspeitos e visa impedir que políticos nessas situações atuem ou participem de eleições para todas as esferas do poder. A intenção é preservar a moralidade e conservar a integridade da máquina pública, ou o que restou dela para que este se recomponha e se reintegre aos valores nacionais.

Destacando o aspecto punitivo, a alínea j do art. 1º, alínea esta inserida pela nova lei, considera inelegíveis os candidatos que

j) os que forem condenados, em decisão transita-

da em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010) (BRASIL, 2010a).

E, ainda, o inciso XIV do art. 22 da lei alterada reitera o teor punitivo atribuído pela nova lei:

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)(BRASIL, 1990).

O grande trunfo e esperança desta lei é que enfim ela parece que se constituirá num mecanismo que buscará punir os candidatos corruptos já que o atual sistema de CPIs vem se mostrando falho, uma vez que alguém que sendo acusado poderia escapar da punição caso abandonasse o cargo antes do inquérito ser aberto. Com o advento da lei da Ficha Limpa, o político ou candidato estando ou não em exercício do cargo será investigado e julgado. Com afastamento dos candidatos corruptos os eleitores poderão escolher líderes melhores e garantir que o erário seja respeitado.

1. RECENTE RETROSPECTO HISTÓRICO FORMULADOR DA DISCUSSÃO LEGAL

Como este artigo não pretende oferecer comentários sobre todos os temas possíveis dos dispositivos legais, o que seria pretensão demasiada, o recorte configurado delimita a discussão a uma questão de direito intertemporal: a referida lei, com todo o merecido louvor, poderia ser aplicada, e, portanto, ter validade a partir de sua publicação ao pleito eleitoral imediato, ou seja, in casu, quatro meses após sua promulgação, se virá a perguntar.

Antes de considerar possibilidades legais e doutrinárias, cabe levantar o retrospecto histórico que formulou a dúvida na pretensão de tentar frustrar a aplicação da LC 135/2010 já no pleito de 2010 e que, por fim, suscitou uma consulta sobre a questão

ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), esta julgada em 10 de junho de 2010.

A consulta (CTA nº 112026) foi proposta pelo senador Arthur Virgílio do Carmo Ribeiro Neto (PSDB-AM) e questionou se lei eleitoral que dispusesse sobre inelegibilidades e que tivesse a sua entrada em vigor antes do prazo de 5 de julho poderia ser efetivamente aplicada para as eleições gerais de 2010, repita-se, já que foi promulgada em junho do mesmo ano. A dúvida surgiu, evidentemente, sobre a exegese do artigo 16 da Constituição Federal (1988), segundo o qual

Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993) (BRASIL, 1988).

Tal redação, de que lei alteradora não se aplique em até um ano da data de sua vigência, é a base do princípio conhecido doutrinariamente como princípio da anualidade.

Por sua vez, o Ministério Público Eleitoral, por meio da sua representante, a Vice-Procuradora-Geral Eleitoral Dra. Sandra Verônica Cureau, destacou que o então projeto de lei surgiu de uma iniciativa popular e mobilizou a população brasileira ao reunir milhares de assinaturas. Isso demonstrou que o projeto está intimamente ligado à insatisfação popular e à vontade das pessoas de que se tenham, daqui pra frente, candidatos que os levem a crer e a confiar de que serão pessoas capazes de cumprir o mandato sem se envolver em escândalos.

Sandra Cureau sustentou ainda que a aplicação da lei nas eleições deste ano não coloca em risco a segurança jurídica porque as convenções partidárias ainda não ocorreram e, portanto, ainda não foi iniciado o processo eleitoral. Parâmetro que será ainda visto adiante. Assim, na ocasião do pedido de registro dos candidatos, as regras do jogo deverão estar claras e os candidatos deverão ser pessoas idôneas para ocuparem os cargos eletivos postulados (JUSBRASIL, 2010).

Por outro lado, o voto do relator da consulta, ministro Hamilton Carvalhido, observou que primeiramente seria necessário analisar a definição de processo eleitoral, ou seja, quando se dá o seu início e o seu final para então responder a consulta. Em sua opinião, o processo eleitoral não abarca todo o direito eleitoral, mas apenas o conjunto de atos necessários ao funcionamento das eleições por meio do sufrágio eleitoral.

Com esse entendimento, o ministro votou no sentido de que a Lei da Ficha Limpa não altera o processo eleitoral pelo fato de ter entrado em vigor antes do seu início e, portanto, não se enquadra no que prevê o artigo 16 da Constituição Federal já referido.

O ministro relator lembrou situação análoga há

20 anos em que o Tribunal Superior Eleitoral respondeu a Consulta nº 11173, feita pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sobre a aplicabilidade da Lei Complementar 64/90. O motivador daquela consulta foi porque essa lei determinou que os membros da OAB que pretendessem se candidatar a cargo eletivo deveriam se afastar de suas atividades nos quatro meses anteriores à eleição, sob pena de se tornarem inelegíveis. A OAB desejava saber se a lei valeria para aquele ano.

Na ocasião do julgamento, o Plenário do TSE decidiu que a lei complementar passou a vigorar na data de sua publicação tendo desde então aplicação imediata, uma vez que não alterou o processo eleitoral. O ministro também fez referência ao artigo 14, § 9º, da Constituição Federal, segundo o qual:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)(BRASIL, 1988).

O voto destacou precedentes, segundo os quais os princípios da moralidade e probidade devem ser preservados por meio da atividade jurisdicional em geral e, em particular, por meio da atuação dos órgãos da Justiça Eleitoral já que se trata de princípio que interessa máxima e diretamente a definição dos que podem concorrer a cargos eletivos. Ressaltou que a existência de eventuais condenações criminais constitui fator da maior relevância para a jurisdição eleitoral visto que avaliam se o postulante ao cargo legislativo reúne as condições legais exigidas.

A conclusão do voto foi a resposta afirmativa à consulta de que, sim, a lei tem aplicação nas eleições de 2010 (BRASIL, 2010c, p. 31). O voto do ministro relator Hamilton Carvalhido foi acompanhado pelos ministros Arnaldo Versiani, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Aldir Passarinho Junior, Marcelo Ribeiro e também pelo presidente da Corte, o ministro Ricardo Lewandowski (presidente).

O presidente da Corte também fez referência ao princípio da moralidade ao afirmar que esta lei homenageia a probidade e a moralidade administrativa, como princípios dos mais caros que representam a própria base do princípio republicano, no que tange às eleições e àqueles que pretendem se candidatar a cargos públicos.

O ministro Marcelo Ribeiro afirmou que seu voto, a favor da aplicação da Lei da Ficha Limpa já nas eleições de 2010, não tem origem em convicções pessoais, tendo adotado este posicionamento em prestí-

gio à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que entende não ser a lei de inelegibilidades alteradora do processo eleitoral, e, desta forma, optou por preservar a segurança jurídica.

O único a divergir foi o ministro Março Aurélio, que votou pelo não conhecimento da consulta. Para ele, o processo eleitoral já começou inclusive com convenção partidária já iniciada e, por isso, responder a consulta seria tratar de caso concreto, o que não era possível. Em outras palavras, o ministro destacou que, apesar de a lei complementar já ter entrado em vigor, não alcançaria a eleição que se avizinha, isso porque o processo eleitoral já estaria em pleno curso (JUSBRASIL, 2010, passim).

2. POSSIBILIDADES DE APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO E SUA RELAÇÃO COM A LEI DA FICHA LIMPA

Assim, depois deste breve retrospecto acerca da consulta formulada ao TSE, podemos voltar à discussão a que se propõe este artigo e responder algumas poucas questões jurídicas sobre opções de aplicação da lei; o que é o processo eleitoral e se já havia de fato iniciado ao tempo da promulgação da nova lei, sendo válida a sua aplicação.

A regra geral é que as leis sejam aplicadas tão logo entrem em vigor, isto é, não existindo um *vacatio legis* expresso, uma autoinferência de prazo, as normas devem entrar em vigor imediatamente. Contudo, existem outras possibilidades.

Por exemplo, em se tratando de direito orçamentário encontra-se o princípio da anualidade, que estabelece, falando de forma resumida, que as receitas e as despesas, correntes e de capital, devem ser previstas com base em planos e programas com duração de um ano. Na verdade, é bom observar a lição de Paulo de Barros Carvalho que disse:

Ainda remanesce o hábito de mencionar-se o princípio da anualidade, no lugar da anterioridade, o que, a bem de rigor, substancia erro vitando. Aquele primeiro (anualidade) não mais existe no direito positivo brasileiro, de tal sorte que uma lei instituidora ou majoradora de tributos pode ser aplicada no ano seguinte, a despeito de não haver específica autorização orçamentária. Para tanto, é suficiente que o diploma legislativo entre em vigor no tempo que antecede ao início do exercício financeiro em que se pretenda efetuar a cobrança da exação criada ou aumentada (CARVALHO, 1999, p. 155).

O princípio da anualidade orçamentária, ou melhor, anterioridade está relacionado ao princípio do orçamento-programa, o qual cria para a Administração a obrigação de planejar suas atividades e estabelecer metas e programas, em consonância com os objetivos do Poder Público de melhor organizar suas finanças e

prestar seus serviços com maior efetividade, para atingir seu fim maior, que é realização do interesse público (OLIVEIRA, 2006, passim).

São exemplos constitucionais da anualidade orçamentária os artigos 48, II, 165, III, §5º e 166, todos referentes aos orçamentos anuais e plurianuais que necessitam de aprovação antecipada, planejada, para vigirem no(s) ano(s) seguinte(s). Esse princípio foi invocado parcialmente na questão eleitoral atual, quando se questionou se não era o caso da lei promulgada num ano só deveria entrar em vigor no ano seguinte, in casu, no pleito seguinte. Em verdade, este é outro princípio.

Contudo, o artigo 16 da Constituição Federal ao se referir em “até um ano da data de sua vigência”, só por se referir a “ano”, não evoca o princípio da anualidade. Ao que parece, também não chama o princípio da anterioridade, como se verá. O princípio da anualidade orçamentária não se confunde com o princípio da anterioridade, este aplicável ao direito tributário.

Este último, ou seja, o princípio da anterioridade tributária, previsto expressamente na Constituição Federal, em seu art. 150, inciso III, alínea “b”, estabelece que a lei que cria ou aumenta tributos, salvo as exceções constitucionalmente previstas, deve ser publicada no ano anterior ao de início da cobrança do tributo a que se refere. Se uma lei que institui referido tributo for publicada no ano de 2009, apenas no ano de 2010 poderá a referida exação ser exigida dos contribuintes, salvo as exceções previstas na Carta Magna. Assim dispõe o verbo constitucional:

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

III - cobrar tributos:

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (BRASIL, 1988).

Porém, a fim de que o contribuinte não fosse “surpreendido” no primeiro dia de um novo ano com uma série de novos tributos, o constituinte também resolveu proporcionar alguma segurança tributária ao continuar o texto constitucional com a seguinte redação:

c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)(BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal Federal, por meio da ADIN 939, declarou que o princípio da anterioridade tributária é cláusula pétrea, intocável, pois consiste em garantia individual do contribuinte, confirmando, a Corte Maior, a existência de direitos e garantias de caráter individual dispersos no texto constitucional. Destaque-se que o princípio da anterioridade no direito tributário

está associado ao princípio da “não-surpresa tributária”, ou “anterioridade nonagesimal”, evitando, como dito, que os contribuintes sejam surpreendidos com as novas cobranças, sem terem tido tempo suficiente para melhor conhecer a nova legislação, e, em função dela, poderem programar-se, pois também o contribuinte, empresário ou não, necessita de planejamento para dar continuidade a suas atividades, empreendimentos, assim como para controle do orçamento familiar (OLIVEIRA, 2006, passim). Esta opção, a anterioridade, é a que mais se aproximou da questão eleitoral em tela, a qual seria uma “anterioridade anual” conforme o texto do art. 16, da Constituição Federal.

Porém, em termos eleitorais, o texto constitucional é específico ao condicionar essa “anterioridade anual” apenas às novas leis que alterassem o “processo eleitoral”. Por “processo eleitoral” se deve entender o processo que se inicia a partir da apresentação formal das candidaturas pelos partidos e o seu conseqüente registro. Conforme se pode ver da decisão do TSE, o entendimento majoritário foi de que nem o processo eleitoral havia se iniciado até a data do início da vigência da nova lei complementar 135, nem o texto da nova lei alterou a forma do processo eleitoral vigente, não incorrendo, portanto, em qualquer “anterioridade anual”, devendo passar a vigir imediatamente, como indica o próprio texto.

CONCLUSÃO: UMA RESPOSTA AFIRMATIVA PARA O PLEITO DE 2010.

Em resumo, o princípio da anterioridade só atingiria elementos do processo eleitoral, como os que alteram a apresentação e registro de candidatos. Uma nova lei como a Ficha Limpa, que delimita a ilegitimidade de candidatos, não passa, portanto, pela anualidade, mas têm sua validade configurada como imediata após a sua publicação, como foi percebido e recomendado pelo parecer do TSE sobre a questão.

Portanto, como oficialmente não havia sido iniciado o “processo eleitoral” para o pleito de 2010, embora alguns partidos ou coligações já tivessem iniciado suas discussões sobre que candidatos apresentarem, a efetiva apresentação destes e seu subseqüente registro só veio ocorrer em 10 de julho de 2010, último dia para os candidatos (BRASIL, 2010b, p. 15), escolhidos em convenção, requererem seus registros perante o Tribunal Superior Eleitoral e tribunais regionais eleitorais, até as 19 horas, caso os partidos políticos ou as coligações não os tenham requerido (Lei nº 9.504/97, art. 11, §4º); portanto, mais de um mês após a publicação da Lei Complementar nº 135 ocorrida em 4 de junho de 2010, não há o que falar sobre a incidência da restrição do art. 16 da CF sobre a referida Lei Complementar, o que efetivamente garante sua efetividade legal e frustra o argumento jurídico de sua inviabilidade e inaplicabilidade

para as eleições de 2010 como anteriormente exposto.

Assim, longe de ser uma mera euforia ou entusiasmo por parte das entidades civis que formaram o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE) e que moveram a ação de iniciativa popular que gerou o projeto de lei para a concretização da Lei Complementar 135/2010, espera-se, em adição, que as decisões dos tribunais superiores e a ação do Ministério Público consolidem a nova lei e, em breve, a partir dos resultados eleitorais do pleito de 2010, se possa vivenciar um novo tempo de ética no Brasil.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Constituição Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2010.
- BRASIL, Lei Complementar nº 64. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm>. Acesso em: 14 jul. 2010.
- BRASIL, Lei Complementar nº 135. 2010a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp135.htm>. Acesso em: 14 jul. 2010.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2010: instruções do TSE. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2010b.
- BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Diário da Justiça Eleitoral. Brasília, 18 jun. 2010c.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. Ed. Saraiva, 12a. ed, 1999.
- JUSBRASIL Notícias. Centro de Divulgação Assessoria de Imprensa e Comunicação Social do TSE. Brasília, 10 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2230840/tse-responde-afirmativamente-a-consulta-sobre-aplicabilidade-da-lc-135-nas-eleicoes-2010>>. Acesso em 14 jul. 2010.
- OLIVEIRA, Karol Teixeira de. *O princípio da anterioridade tributária e o princípio da anualidade orçamentária: uma análise comparativa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8176>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

TRIBUTAR, OU NÃO, O COMÉRCIO ELETRÔNICO, COM BASE NA ATUAL LEGISLAÇÃO FISCAL? EIS, APÓS VÁRIOS ANOS, A MESMA QUESTÃO!

Luiz Edmundo Celso Borba

Advogado militante (www.browne.adv.br), mestre e doutorando em Direito pela UFPE, professor de graduações em Direito, Faculdade Maurício de Nassau e Universo, nas disciplinas de direito empresarial, direito econômico e direito tributário; fundador e coordenador do Grupo de Estudos sobre o Sistema Tributário Nacional da FMN, e coordenador e professor das pós-graduações em Direito Tributário, Direito & Atividade Empresarial e Direito da Informática da Faculdade Maurício de Nassau, professor da Pós-Graduação em Direito Público da ASCES.

TENTANDO ENTENDER QUANDO SE DÁ O FATO GERADOR DE TRIBUTOS NA INTERNET: O INÍCIO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PARA OS INTERNAUTAS – CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS¹

O fato gerador, embora não seja a única, é a mais importante das bases existenciais da obrigação tributária. Para tanto, deverá estar adstrito, rigorosamente, aos ditames legais constantes na hipótese de in-

cidência, em obediência à estrita legalidade tributária, caso contrário não haverá como obrigar, passivamente, o contribuinte².

O Código Tributário Nacional conceitua e define o fato gerador nos seus artigos 114 a 118, e alguns dos citados artigos merecem, nesta oportunidade, atenção especial; entre eles o artigo 114, pois há a expressa e contumaz assertiva, edificante de uma segurança jurídica, no sentido de só haver subsunção quando o fato ocorrido preencher, sem “mais nem menos”, todos os elementos constantes na hipótese legal de incidência.³

Preceitua Ruy B. Nogueira: “Fato gerador do tributo é o conjunto dos pressupostos abstratos descritos na forma de direito material, de cuja concreta realização decorrem os efeitos jurídicos previstos”⁴.

É essa proteção e segurança jurídica que edificam no contribuinte a certeza de saber quanto e quais das suas atividades serão tributadas. É a possibilidade legal e inarredável de conhecer o quinhão com o qual contribuirá para a sociedade, através dos tributos.⁵

Assim, apenas quando ocorrer o fenômeno da subsunção do fato gerador, fruto da conduta do contribuinte, com a hipótese de incidência haverá o surgimento da obrigação tributária, que poderá ser afastada por qualquer das formas de exclusão previstas: quer pela Magna Carta (imunidade), ou pela legislação infraconstitucional (isenção, anistia, entre outras), atendo-se à regra geral dos artigos 175 a 182 do CTN.⁶

Vencida essa etapa preambular, lembro a necessária indicação do elemento subjetivo do fato gerador, a existência de dois polos na relação obrigacional tributária, onde o contribuinte é o sujeito passivo e o

1. Não almejo nem tenho a pretensão, no presente trabalho, de esgotar temas como: o fato gerador, ou interpretação jurídica, altamente complexos, diante da existência de inúmeras obras completas só sobre tais matérias, quando não cuidam, apenas, de parte destas. Destarte, intento trazer à baila alguns aspectos importantes para provocar discussões acerca deste tema, pois muito já se tem escrito a respeito, mas pouco se construiu, em termos de consenso na prática e na legislação, ainda!

2. CASSONE, Vitorio. *Direito Tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 128.

3. CASTRO, Aldemario Araújo. Os meios eletrônicos e a tributação. In: Jus Navigandi, 34, tex-

to obtido na página: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1822>>, coletado em: 10/08/2002.

4. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 142.

5. BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. In: *Revista dialética de Direito Tributário*. Vol. 22. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços. 1997. p. 24 a 29.

6. A famosa “regra matriz de incidência” do professor Paulo de Barros Carvalho, encontrada em sua doutrina, a exemplo do: *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Estado (repartido em União, estados-membros, Distrito-Federal e municípios) será o único sujeito ativo da obrigação tributária, por ser o titular de tal competência, obedecendo-se à estrita legalidade do artigo 150, I, da Carta Magna de 1988.

De acordo com o artigo 119 do CTN e nos artigos 153 a 156 da Constituição Federal de 1988, ficam delimitados os tributos sob a competência de cada um dos entes federativos e autônomos citados, onde a autonomia supraexposta é garantida, em sua maioria, pelas receitas tributárias, como preceituam os Artigos 3º, o 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, entre outros da mesma Carta Magna.

Importante salientar tais aspectos normativos, pois a tributação impelida aos meios eletrônico-digitais, conforme será tratado oportunamente, funda-se em uma analogia, já que a situação não teve, até então, adequado tratamento legal, permitindo ao operador do direito afirmar a inadequação da postura do fisco ao tributar atividades digitais e eletrônicas, entre elas o serviço de conexão prestado pelos provedores de acesso, os e-books, etc.⁷

Ressalte-se que quanto mais genérico e abrangente for o sentido e alcance da norma, com o fito de onerar o contribuinte, maiores e mais sérias serão as exigências para interpretar o comando normativo por seu turno, quanto mais específica e fechada for a descrição do fato gerador, maior será a segurança jurídica para o contribuinte e a tarefa interpretativa do hermenêuta.⁸

Contudo, o poder tributante não se preocupou em implementar tais eventos novos na legislação existente, apenas, de forma inapta, aumentou o alcance das antigas normas, consubstanciando-se num vilipêndio tremendo: o uso de analogia sobre as hipóteses de incidência existentes e a hodierna realidade, imprevista em sede legal, para não esperar os tramites legislativos normais, na sua ânsia arrecadatória.

Ives Gandra da Silva Martins é categórico ao tecer os seguintes comentários:

Admite-se, portanto, que quaisquer das atividades e transações, que hoje ocorrem no âmbito da Internet, não são tributáveis, no Brasil, pelos impostos ora conhecidos relativos à produção e à circulação, pela falta de expressa previsão legal, importando assim em hipótese de não-incidência tributária.

Por fim, recorde-se que, como se constatou, em precedência, a Internet, na sua atual configuração, surgiu a partir de 1989, sendo o desenvolvimento do comércio eletrônico mais recente, a partir de 1994, aproximadamente. O Constituinte de 1988, portanto, não conhecia a Internet, e nem o legislador ordinário poderia dispor sobre incidência de tributos desconhecida ou hipóteses de incidência inexistentes à época da instituição do tributo.⁹

Essa previsão legal necessária e, ainda, faltante serviria para definir onde acontece o fenômeno factual, denominado fato gerador, pois a legislação existente, não canso de estresir, não consente aos sujeitos da relação obrigacional tributária qualquer flúza ou segurança jurídica a este respeito.

Além do que: como, e com qual certeza, poder-se-á proclamar, em uma realidade virtual, onde aconteceu o fato econômico, a prática comercial, a prestação do serviço? O indivíduo, *verbi gratia*, negociador de um software pela internet, através de download, não poderá ser alcançado, ainda, por nenhum dos sujeitos ativos da obrigação tributária decorrente da prestação do serviço ou circulação da mercadoria, pois um dos elementos do fato gerador está na determinação do elemento espacial e isso, ainda, é inviável em negociações 100% virtuais!¹⁰

Primeiro, por não haver como determinar o local da operação, segundo pela inviabilidade técnica atual em fiscalizar tais operações comerciais eletrônico-digitais; e por fim pela expressa proibição constitucional incidente sobre a invasão da privacidade e/ou da intimidade do conteúdo de tais conversações, pois não se admite tal intromissão por parte do Estado; destarte, para saber quais das trocas de informações são mercantis, implicaria se dizer que o poder público haveria de conhecer todas elas, inclusive as privativas, sigilosas, pessoais, etc. um sério e inquebrantável entrave jurídico, com base na defesa constitucional destinada aos inalienáveis direitos e garantias fundamentais.

São problemas, como o citado acima, instigantes das investigações trilhadas por este autor desde o seu conclusivo mestrado em direito na UFPE, em 2005, trilhadas ainda hoje, pois pouco se foi feito, em bases sólidas, no Direito da Informática, em seus meandros fiscais, embora o comércio eletrônico esteja em franca expansão diante do progressivo aumento

de internautas no Brasil.¹¹

01. APENAS AS EXTENSIVAS INTERPRETAÇÕES SÓCIOECONÔMICAS PODEM TRAZER “A RESPOSTA”, ANTES DE NOVAS LEIS, PARA TRIBUTAR AS ATIVIDADES PRATICADAS NA WEB?

A maioria da doutrina defende, explicando que a minoria contrária é formada por argumentos e teorias provenientes de autoridades, membros do Estado¹², a necessidade de criação de novas leis aptas para dissipar conflitos oriundos de casos específicos como o aqui tratado (tributação eletrônico-digital do comércio eletrônico), errando quem assim não estiver interpretando, pois o Estado serve à comunidade e segue às leis que cria, em uma atitude preservativa da segurança jurídica, não se admitindo, reitero incansavelmente, a prática da analogia em matéria fiscal.¹³

As normas existentes não bastam para alcançar o contribuinte, uma vez que o princípio da estrita legalidade e da reserva legal, não estão sendo atendidos. Sobre a necessidade de confecção de normas novas, para atenderem aos clamores sociais, valho-me dos éditos de Niklas Luhmann ao se pronunciar sobre esse respeito:

Toda sociedade, conforme a sua própria complexidade, precisa prever um volume suficiente de diversidade de expectativas normativas e possibilita-la estruturalmente, por exemplo por meio de diferenciação de papéis. Sem forma é perfeitamente normal que projeções normativas conflitem umas com as outras, e que a norma de um torne-se o desapontamento do outro. A sociologia atual está plenamente capacitada para considerar como normas as contradições entre expectativas e até mesmo um grau tolerável de conflito declarado, reconhecendo isto e até mesmo como uma condição para a manutenção do sistema social em um ambiente demasiadamente complexo...

...Naturalmente, as expectativas, normativas não podem ser indefinidamente expostas a desapontamentos gerados estruturalmente, continuamente. Em termos gerais as expectativas normativas têm que ser direcionadas de forma a poderem ser bem-sucedidas...¹⁴

Luhmann, então, demonstra a necessidade de institucionalização de determinadas condutas pela norma, para se fundar uma necessária situação de segurança entre o cidadão e o Estado. Tal ação visa uma harmoniosa, ainda que no plano teórico, vida em coletividade. Para o direito tributário tal assertiva é de extrema propriedade, pois a estrita-legalidade e a tipicidade fechada são princípios norteadores do ordenamento, principalmente quando o patrimônio do cidadão é envolvido.¹⁵

O direito tributário, amparando-se na mais tradicional doutrina pátria¹⁶, só admite a incidência de uma interpretação analógica, diante de uma gravosa interferência patrimonial a ser gerada para o hipossuficiente contribuinte mas não para favorecer o Fisco. A crença e a fé no instrumento são pilares necessários para a ordem legal imposta. Oportunamente exprime Nelson Saldanha:

...sociologicamente, a estabilidade de uma ordem jurídica faz parte da vida regular das comunidades; e dentre as normas que regem as condutas em suas diversas formas, as jurídicas são um tipo especial mas inserido no conjunto...

...Quando os grupos adquirem uma idéia menos confusa da realidade “direito”, esta é a situação: o direito consta de regras que se impõem, ou de uma ordem que se monta, sobre o comportamento de todos...

...É inegável que, por trás destes quadros políticos ou destas estruturas, se acham contextos culturais, condições econômicas e mesmo tendências étnicas ou psico-sociais...¹⁷

O autor, com isso, demonstra a norma como um mecanismo essencial e indispensável para a harmonia social, e para tanto deve se adequar, transformando-se para atender as pretensões das comunidades, como são o comércio eletrônico e sua tributação.

Em igual direção marcha, Bottomore quando postula:

...creio, definir a mudança social como uma mudança na estrutura social (inclusive mudanças no tamanho da sociedade) ou em determinadas instituições sociais, ou nas relações entre as instituições. Seguindo as distinções propostas antes entre estrutura social e cultura,

7. Como já trabalhado, por mim, em outro texto publicado no segundo exemplar da Revista do Curso de Direito da FMN e disponibilizado na internet, no site FISCOSOFT, com o título: A Tributação, Eletrônico-Digital, levando-se em Conta o ICMS: Algumas Provocações Acerca do Fato Gerador e do Fundo de Comércio Virtual, com Base no Hodierno Estado de Conhecimento; no endereço: < http://www.fiscosoft.com.br/a/49rk/a-tributacao-eletronico-digital-levando-se-em-conta-o-icms-algumas-provacoes-acerca-do-fato-gerador-e-do-fundo-de-comercio-virtual-com-base-no-hodierno-estado-de-conhecimento-luiz-edmundo-cels>, coletado em: 29/07/2010.

8. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 144.

9. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tributação na Internet. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3031>, coletado em: 10/07/2002.

10. Vide meu texto mencionado na nota de rodapé de número 11; e: CEZAROTI, Guilherme. Breves considerações a respeito da incidência do ICMS nas operações realizadas via internet; in: SCOUERI, Luís Eduardo (Org.) Internet o direito na era virtual, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

11. O que se pode constatar, a título exemplificativo, não exaustivo, em: <http://ekom.com.br/blog/consumidores/numeros-e-fatos-do-comercio-eletronico>; e <http://www.tiinside.com.br/14/04/2010/comercio-eletronico-movel-movimentara-us-119-bi-em-2015-no-mundo/ti/176082/news.aspx>, ambos coletados em 29/07/2010.

12. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Tributação na Internet. In: Jus Navigandi, n. 57, disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3031>, coletado em: 10/08/2002.

13. BORGES, José Souto Maior. Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo. In: Revista dialética de Direito Tributário. Vol. 22. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços. 1997. p. 24 a 29.

14. LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I, traduzido por Gustavo Boyer. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1983. p. 77 e 78.

15. SCAFF, Fernando Facury. O estatuto mínimo do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.): Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

16. A exemplo dos textos dos professores: CARVALHO, Paulo de Barros. Regra matriz do ICM. Tese apresentada para a obtenção de Título de Livre Docente da Faculdade de Direito da PUC/SP, 1981, Inédito. p.170. apud: MELO, José Eduardo Soares de. ICMS Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 2003. p. 14; BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed. revista e atualizada por NOVELLI, Flávio Bauer. Rio de Janeiro, Forense, 1996; e HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. São Paulo: Atlas, 2002; entre outros editos de igual ou mais relevado peso.

17. SALDANHA, Nelson Nogueira: Sociologia do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. p. 150 a 157.

podemos então empregar a expressão ‘mudança cultural’ pás as variações dos fenômenos culturais, como o conhecimento, idéias, arte, doutrinas religiosas e morais, etc. Evidentemente, as mudanças sociais e culturais estão intimamente ligadas em muitos casos, como, por exemplo, o crescimento da ciência moderna tem estado associado às mudanças na estrutura econômica...¹⁸

Os retromencionados ensinamentos são de extrema oportunidade, pois a internet abrolha do desenvolvimento tecnológico propiciado pelo alargamento e aperfeiçoamento do conhecimento científico existente, de forma a transformar a vida social. Interessante, também, faz-se a assertiva de Bottomore, no sentido da economia impelir o crescimento científico, pois o comércio eletrônico-digital é a prova viva de tal tese, em que os valores pecuniários investidos em tal modalidade mercantil, aumentam de forma espantosa a cada ano, como já dito anteriormente neste artigo.

Havendo, inclusive, a perspectiva de, em poucos anos, o comércio virtual ou de produtos a ele ligados, tornar-se a tônica do mercado. Os cuidados legislativos deverão ser providenciados desde já para se tentar, com isso, evitar, ao máximo, conflitos sociais futuros, como a insegurança do próprio Estado na oportunidade de cobrança de seus créditos tributários.

A melhor prevenção, a meu ver, consubstanciando-me em toda a doutrina apresentada, seria com a elaboração de normas adequadas ao novo estado da arte humana e aos novos valores e anseios sociais, cuja mutação se apresenta cada vez mais rápida. Sonegar tais axiomas é propiciar o atraso, o retrocesso de todas as garantias constitucionais asseveradas entre os artigos 145 a 162, constitutivos dos direitos fundamentais dos contribuintes.¹⁹

Eva Maria Lakatos leciona a tal respeito:

...Nas relações sociais, um dos elementos importantes é a expectativa do comportamento dos outros componentes do grupo, isto é, a possibilidade de prever suas reações que, por sua vez, influenciarão nossas futuras ações. Tal possibilidade é essencial para a cooperação e a atuação grupal. A previsão, portanto, depende de um sistema de normas para o qual supõe-se que os componentes do grupo estejam orientados...

...O grupo, ao mesmo tempo que modela o comportamento de seus membros através das normas, também o restringe e disciplina por meio da pressão exercida em função das normas predominantes. Seria falso afirmar

que as normas são imutáveis...²⁰

Destarte, o esforço maior, como fruto da pesquisa sociológica efetuada, deverá ser pela procura de uma convivência humana, ainda mais, “harmoniosa”, pois ainda que ela soe, e seja, utópica, o homem tem o dever de tornar suas pretensões em realidade; afinal, o aperfeiçoamento necessita de esforços continuados e pretensiosos do encontro de uma “resposta eficiente”.²¹

O comércio eletrônico já é uma realidade e a movimentação das forças pecuniárias torna-se cada vez mais vultosa. Legislar tais fatos é conferir segurança ao próprio Estado e à sociedade, que não deseja, nem deve, suportar mais uma hermenêutica equivocada.

A inteligência se apresenta como a faculdade de compreender, de “ler dentro das coisas”, colhendo, nesta oportunidade, o necessário à ampliação da capacidade cognitiva, concedendo ao intelecto a habilidade de reter axiomas com o fito de os utilizar posteriormente na construção de uma lógica na qual se inserirá tal conhecimento. É interessante, pois por mais hábil que seja o intelecto humano, ele jamais se capacitará a pilotar uma nave espacial ou a programar uma máquina de lavar louças sem aprender, antes, esta “arte”, resolvendo situações cotidianas para um astronauta ou uma dona de casa, de igual maneira.

Conhecer as leis e os direitos e obrigações nela contidos não significa ser um mero memorizador ou um ventríloquo do seu conteúdo, mas sim compreender o contexto na qual se inserem, ou seja, seu alcance, verdadeiro significado e até mesmo plausibilidade.²²

A palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*, significando a ciência da interpretação das ideias e símbolos (inclusive as normas) através das palavras nelas contidas; utilizando-se de um conjunto de princípios gerais que o exegeta, jurídico, deve seguir para interpretar a lei face ao caso concreto. É hodiernamente tida como uma teoria ou filosofia da interpretação capaz de tornar compreensível o objeto de estudo mais do que sua simples aparência ou superficialidade. Neste sentido:

A palavra grega *hermeios* remete-nos para o deus *Hermes* que, segundo a mitologia grega, foi o descobridor da linguagem e da escrita. Assim, *Hermes* era tido como aquele que descobriu o objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e para o transmitir às outras pessoas. O deus *Hermes* era vinculado a uma função de transmutação, ou seja, transformava aquilo que a compreensão humana não alcançava em algo que esta compre-

18. BOTTOMORE, T. B.: Introdução à Sociologia. Traduzido por Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. p. 241.

19. SCAFF, Fernando Facury. O estatuto mínimo do contribuinte. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.): Direitos fundamentais do contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

20. LAKATOS, Eva Maria: Sociologia geral. São Paulo: Atlas, 3ª edição, 1980. P. 197 e 199.

21. HABERMAS, Jürgen, apud: ANDRADE, Cristiano José de: A Contribuição de Habermas

para a Hermenêutica Jussitça. In: Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, número: 06. São Paulo: 2002.

22. Só conhecendo o ordenamento e sua estrutura, poderá o hermeneuta saber sobre a inconstitucionalidade ou impossibilidade de uma pauta de conduta, frente ao choque da mesma com outra(s) norma(s) superior(es), que não a do texto constitucional. Onde, também, devem ser considerados e ponderados os princípios, axiomas maiores que as regras de conduta.

ensão conseguisse compreender.²³

Isto porque o jurista ocidental procura compreender a lei nas suas palavras, de forma a achar um caminho entre o texto e a realidade fática, mas sem criticar a lei. A interpretação se prende ao todo como uma perpetuação da antiga exegese, já a construção hermenêutica vai além, examinando a norma jurídica em uma estrutura conjuntural e científica.²⁴

O jurista, então, dota-se do poder de criticar e condenar uma conduta; mas será tal atitude a mais acertada? Em vez de explicar e entender, bem como sua origem, objetivos e aplicações práticas? Carlos Maximiliano²⁵ atesta que não, pois a crítica ora versada não deverá ser a da acepção literária e vocabular, em seu sentido mais técnico, por ser a hermenêutica fonte de princípios e instrumentos para cognição dos corretos axiomas normativos, atividade antecedente à interpretação, o que concordo.

É, portanto, plausível, dependendo do caso, a possibilidade do intérprete ultrapassar os limites da norma visando quebrar a rigidez lógica e gramatical²⁶, de forma a viabilizar o interesse social, prevalecente sobre qualquer mérito individual, ou até mesmo uma norma inadequada à concretização de tais anseios e valores.²⁷

As técnicas/artes/metodos hermenêuticos evoluem, de forma a tornar o aplicador do direito um transformador do próprio direito, adequando-o a novas realidades de forma a individualizar cada subsunção normativa, ofertando a variados casos a interpretação a eles cabíveis. A interpretação atual tem a norma como esteio, mas não se prende mais a ela de forma tão rígida que torne a interpretação numa tarefa mecânica, mesmo que esta não traduza o ideal de justiça colimado pelo Direito, formalizado pela representatividade social.

As críticas teóricas de um para o outro mostram o louvável intento de sempre perfectibilizar o direito e a sua atuação no seio social, diante do fortalecimento do Direito Privado e contenção das ações do Poder de Polícia do Estado, ao exercitar o Direito Público, em razão da aceitação do Estado de Direito.

Começa-se, com Dworkin, a criação de um modelo em que os princípios não estão adstritos a um ordenamento ou a uma teoria do direito, mas ao próprio direito, sendo universais e aplicáveis em todos os ordenamentos; portanto, utilizáveis para solucionar conflitos de um trato,

aparentemente, mais complicado para o intérprete.

Há uma dissociação entre a atividade hermenêutica do jurista e do historiador jurídico. Para ambos há uma certa expectativa de sentido imediato, ou seja, ninguém possui um acesso imediato ao objeto histórico capaz de proporcionar objetivamente seu valor posicional. O historiador deve realizar a mesma reflexão que orienta o jurista.²⁸

Por fim, para Gadamer, existe uma relação essencial entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica; entretanto, a hermenêutica ocupa uma posição dominante em virtude de não ser sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total – onde se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.²⁹

Assim, chegamos a um contrassenso? Pois como afirmar da existência de novos vieses interpretativos e se defender uma interpretação gramatical, no máximo sistemática (envolvendo a CF e as normas que a complementam, em posição hierárquica inferior)?

Essa vertente defendida pela maioria dos estudiosos em Direito da Informática, ou da informação, como preferem muitos, torna-se inaplicável em matéria tributária, diante de uma necessária rigidez, viabilizadora de segurança à propriedade privada dos indivíduos. Sim, pois é a prisão aos grilhões legais, tipologia e vinculabilidade tributária, que diminui o gigantesco poder estatal de interferência sobre a propriedade privada!³⁰

Sendo assim, não dá para querer aplicar, pura e simplesmente, as lições de Habermas³¹, quando edifica dois conceitos-chave para a sua teoria, a “razão comunicativa” e o “mundo-da-vida”, pois a razão se torna conhecida através de suas manifestações no cotidiano.

Mas, para alcançar tal intento, a filosofia de Habermas em relação ao cotidiano deveria ser atualizada, com embasamento científico nas teorias contemporâneas provenientes dos mais diversos ramos da ciência, entre elas a do Direito Tributário, atrelando-se aos conceitos filosóficos mais hodiernos, caso contrário haverá uma disparidade entre os axiomas envolvidos (fato e teoria); de forma ao que parece ser uma novidade maravilhosa, remete-nos a antigos abusos, travestidos de um “hipnotizante ineditismo”.

Muitos dos problemas envolvendo a interpretação dos fatos hauridos pela tecnologia da informação (hodierna) em matéria tributária baseiam-se na forçada aplicação de normas inaptas a estes acontecimentos novos, com a desculpa de que a sociedade precisa dos recursos fiscais a qualquer custo, valor não transparente em nossa

23. MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A Hermenêutica Jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino. In: Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=31>, coletado em: 09/11/2002.

24. MAXIMILIANO, Carlos: Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 40.

25. MAXIMILIANO, Carlos: Op. cit., p. 41.

26. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito - tradução de DUARTE, José Florentino, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

27. HABERMAS, Jürgen, apud: ANDRADE, Cristiano José de: A Contribuição de Habermas para a

Hermenêutica Jussitça. In: Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, número: 06. São Paulo: 2002.

28. GADAMER, Hans-George. Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 485-486.

29. SALDANHA, Nelson. Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar. 1998. p. 194 a 197.

30. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

31. HABERMAS, Jürgen, apud: ANDRADE, Cristiano José de: A Contribuição de Habermas para a Hermenêutica Jurídica. In: Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, número: 06. São Paulo: 2002.

Carta Magna de 1988.

O “mundo-da-vida”, segundo Habermas, mostra o agente não como uma pedra motriz do processo, ele mais parece com o produto das tradições e simbologismos nos quais está inserido; bem como, num segundo plano, em grupos solidários aos quais pertence, fruto de processos de socialização e aprendizagem, atrelando o homem moderno de maneira inarredável, como se dá com a arte informática e seus incríveis desdobramentos sociais, mas a rigidez da norma fiscal é uma conquista da sociedade frente ao Estado e este não pode se servir, da mesma forma, de tal teoria, caso contrário desmanchará sua classificação como Estado de Direito.³²

Os componentes do mundo-da-vida são os modelos culturais, as ordens legítimas e as estruturas de personalidade, que são sedimentações dos processos cognitivos de armazenagem do saber (cultura), no qual interpretações são extraídas em momentos de mútuo entendimento. É preciso arrecadar, até para se incentivar a inclusão digital, mas sempre se pautando pela lei, em seu caráter mais amplo.

A Hermenêutica, para Habermas, só tem aplicação na esfera de comunicação da linguagem natural; e qualquer coisa além disso seria um sistema linguístico monológico, artificial e fechado, onde a ciência hermenêutica se esvai. A crítica prepondera à hermenêutica, sendo universal por axiomatizar ideologias.

A realidade sócio-cultural deve ser a tônica para o aplicador do direito, embasado por um raciocínio jurídico, contrapondo-se à cultura local e daquele tempo, para se tornar uma ação aceitável, razoável e possível, em que a simples interpretação literal de nada valeria na maioria dos casos, excetuando aqueles que visam proteger o indivíduo, por exemplo, dos eventuais abusos ocasionados pelo exercício fiscal do poder de polícia, como se dá, infelizmente, de forma frequente, na prática tributária.

Há, com isso, a certeza do Estado estar utilizando uma interpretação inadequada e, com base errôneas, começa a se evidenciar ainda mais, quando a única justificativa para tal equívoco é a frágil assertiva de se defender a arrecadação tributária, ainda que os efeitos sejam extremamente danosos, como a quebra sistemática do ordenamento, da “fé” social nele; entre outros eventos negativos.³³

Neste caminho, o magistrado, “pretensão” conhecedor do direito, não possui, em regra, conhecimentos aprofundados sobre a arte informática, em nada “facilitando”, ao mesmo, interpretar e solucionar casos de uma maneira mais aproximada do que se pretende como correto, por ignorar aspectos tão importantes para o fato, banais a um estudioso de Tecnologia da Informação, mas um verdadeiro “bicho de sete cabeças” para a maioria dos julga-

dores e, também, dos demais operadores do direito.

As escolhas tomadas pelo Fisco Nacional vem revelando, salvo raras e louváveis exceções, um completo hiato no que diz respeito ao elemento “virtual” do cyber espaço, tornando improcedentes a maioria de suas pretensões fiscais, quase sempre hauridas por uma nefasta analogia, impossível de se legitimar, como não cansamos de reiterar aqui, como feito em outras oportunidades..

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A BUSCA POR NOVOS, E MAIS ACERTADOS, CAMINHOS.

O Estado haverá de escolher os caminhos pelo qual deverá trilhar suas atuações para com a sociedade, ou se porta como o mantenedor da ordem jurídica vigente, também lhe obedecendo; ou passa a aquilatar, cada vez mais, ações como as praticadas pelo Fisco e aquilatadas pelo Judiciário, mesmo que terminem por destruir toda a estrutura jurídica de um Estado, intitulado como democrático e de direito.

A sociedade não tolerará, por muito mais tempo, políticas não identificadas como públicas em sua essência e, por tais razões, destrutivas, ao invés de incentivadoras do crescimento do comércio eletrônico-digital e dos meios virtuais, futuro inegável das práticas mercantis/empresariais.

Não defendo, jamais, a não incidência tributária sobre o comércio eletrônico-digital, com exceção dos livros virtuais, imunizados pela Magna Carta de 1988, mas sim apregoo a necessidade da elaboração de normas próprias e adequadas para resolver tais problemas.

A tributação deverá ser aplicada, pois a internet tenderá a ser o meio mais utilizado para a prática da mercancia em alguns anos, movimentando mais recursos que agora; de forma a se tornar o principal local de vendas, virtual, prático, barato e seguro. E só continuará sendo assim se o Estado não continuar a entrar o seu avanço. Sim, pois o contribuinte necessitará de segurança e previsibilidade sobre suas posses e as responsabilidades dela decorrentes.

O fato gerador de qualquer espécie tributária incidente sobre essas práticas terá de se adequar ao ambiente virtual e as teorias que o fundamentam, para se comportar a possibilidade de determinação, entre outros problemas, do local da transação, após convenionada uma forma de resolver tal problema, ditado pelo princípio da territorialidade, regrado pela Magna Carta de 88 em seu artigo.

Uma boa solução, entre inúmeras possíveis, seria determinar o local da saída da mercadoria como o apropriado para se creditar como sujeito ativo da obrigação tributária, muito embora outras interpretações pudessem

ser dadas. A lei serviria para uniformizar as condutas, dar, reitero, segurança.

Considero a lei como a necessidade para uma sociedade conhecida como “massificada”, em que os interesses individuais vão dando lugar aos coletivos, de forma a atender a maioria, cada vez mais do que ao indivíduo. Tais transformações são necessárias em um mundo globalizado, onde os axiomas sociais modificam a cada dia mais intensamente.

Esquecer tal fato é sonegar toda a produção de conhecimento elaborada até hoje, reincidindo em erro, de forma a colocar o ser humano em uma estrada contrária à trilha para o desenvolvimento das relações intersubjetivas.

É essa a dura responsabilidade do aplicador do direito, que deve pautar sua existência em busca de saber jurídico e de conhecimento dos valores sociais, para que possa, então, dignificar as suas interpretações, tornando-as como críticas ao ordenamento posto, quando as normas não traduzirem anseios sociais, quer por decorrência do tempo e das inexoráveis transformações oriundas deste, ou quando as normas não se coadunem com os princípios e axiomas regentes do direito e das pretensões e valores gerais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AGUILAR, Fernando Herren. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2007
- BORBA, Luiz Edmundo Celso. *A Tributação, Eletrônico-Digital, levando-se em Conta o ICMS: Algumas Provocações Acerca do Fato Gerador e do Fundo de Comércio Virtual, com Base no Hodierno Estado de Conhecimento*; no endereço: < http://www.fiscosoft.com.br/a/49rk/a-tributacao-eletronico-digital-levando-se-em-conta-o-icms-algumas-provocacoes-acerca-do-fato-gerador-e-do-fundo-de-comercio-virtual-com-base-no-hodierno-estado-de-conhecimento-luiz-edmundo-celso>, coletado em: 29/07/2010.
- BORGES, José Souto Maior. *Princípio da segurança jurídica na criação e aplicação do tributo*. In: Revista dialética de Direito Tributário. Vol. 22. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços. 1997.
- BOTTOMORE, T. B.: *Introdução à Sociologia*. Traduzido por Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.
- CARVALHO, Paulo de Barros: *Regra matriz do ICM*. Tese apresentada para a obtenção de Título de Livre Docente da Faculdade de Direito da PUC/SP, 1981, Inédito. p.170. apud: MELO, José Eduardo Soares de. *ICMS Teoria e Prática*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 14; BALEEIRO, Aliomar: *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. revista e atualizada por NOVELLI, Flávio Bauer. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASSONE, Vitorio. *Direito Tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2004.
- CASTRO, Aldemario Araújo. *Os meios eletrônicos e a tributação*. In: Jus Navigandi, 34, texto obtido na página: <http://www1.jus-

com.br/doutrina/texto.asp?id=1822>, coletado em: 10/08/2002.

- CEZAROTI, Guilherme. *Breves considerações a respeito da incidência do ICMS nas operações realizadas via internet*; in: SCOURI, Luís Eduardo (Org.) *Internet o direito na era virtual*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GADAMER, Hans-George. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros
- HABERMAS, Jurgen, apud: ANDRADE, Cristiano José de: *A Contribuição de Habermas para a Hermenêutica Jurídica*. In: Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, número: 06. São Paulo: 2002.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito* - tradução de DUARTE, José Florentino, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- LAKATOS, Eva Maria: *Sociologia geral*. São Paulo: Atlas, 3ª edição, 1980.
- LUHMANN, Niklas: *Sociologia do Direito I*, traduzido por Gustavo Boyer. Rio de Janeiro: Edições tempo brasileiro, 1983.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tributação na Internet*. In: Jus Navigandi, n. 57, disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3031>, coletado em: 10/08/2002.
- MAXIMILIANO, Carlos: *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *A Hermenêutica Jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino*. In: Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=31, coletado em: 09/11/2002.
- NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.
- SCAFF, Fernando Facury. *O estatuto mínimo do contribuinte*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.): *Direitos fundamentais do contribuinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

32. Como lecionam: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005; ou AGUILAR, Fernando Herren. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2007; entre outros.

33. Conforme se depreende, por exemplo, de: NOGUEIRA, Alberto. *A reconstrução dos direitos humanos da tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ERRO DE TIPO: AUSÊNCIA DE DOLO TÍPICO (CAUSA DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE DOLOSA DA CONDUCTA)

Emerson Leônidas

Advogado criminalista e Conselheiro Federal.

SUMÁRIO

1. Erro; 2. Conceito e sua natureza; 3. Espécies de erro: classificação. Erro de tipo (precedente “erro de fato”: diferenciação). Erro de tipo sobre elementos essenciais: o erro vencível e invencível; Erro de tipo acidental; 4. Erro de proibição (precedente “erro de Direito”: diferenciação); 5. Modalidades particulares de erro; 5.1 Erro sobre o objeto, em relação à pessoa; 5.2 Erro sobre o processo causal; 5.3. A questão da aberratio iactus (ou “desvio do golpe”); 6. Bibliografia.

1. ERRO

O artigo 20 do atual e vigente Código Penal Brasileiro expressamente dispõe: “O erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em Lei”.

É imperativo enunciar, antes de adentrarmos no estudo do ensaio a que nos propomos, algumas considerações históricas da doutrina não muito distante, para explicar a desincorporação do dolo da consciência da ilicitude, quando deixou de ser objeto de consideração da culpabilidade, para tornar-se integrante da figura típica, o que se deu com a advento da Lei 7.209/84, que reformulou a Parte Geral do Código Penal Brasileiro.

Na antiga Parte Geral revogada, o dolo representava o vínculo intelectual (psicológico) e volitivo (material) entre o agente e o fato praticado, e encerrava em si a consciência da ilicitude, ou seja, a consciência, do agente enquanto ser humano apto e são em sua saúde mental, de que com suas ações, violando um tipo penal, não atendia a um dever que lhe era imposto pela ordem jurídica.

Ter consciência do ilícito praticado significava, segundo lição de Aníbal Bruno, “querer aquilo que não se deve querer, sabendo ou podendo saber que não se deve”¹.

O erro, portanto, segundo balizada doutrina da época, situava-se, enquanto ignorância ou falsa interpretação da realidade, sempre sobre o dolo, que era elemento integrante de realização no campo da culpabilidade. Assim, o agente poderia ser absolvido ou isento de pena se em razão de seu erro fosse excluído o elemento psicológico-normativo exigido para que sua conduta fosse tida como culpável. Chamava-se a isso “erro de fato”, do qual cuidaremos adiante.

Com a Reforma Penal de 1984, já aludida, e desincorporado o dolo da culpabilidade para ser inserido na estrutura do tipo penal, o erro não mais exclui o dolo enquanto elemento de formação do conceito de culpabilidade, por ser agora elemento integrativo do tipo do injusto penal.

Assim, ensina Gómez Benitez, “se o dolo é conhecimento (e volição) da realização de todos os elementos do tipo objetivo, deverá declarar-se a ausência de dolo, quando o agente desconhece todos ou alguns elementos do tipo objetivo”².

2. CONCEITO E SUA NATUREZA

Para bem conceituarmos, e entendermos, o que será o “erro de tipo”, ou o “erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal” como causa (causalidade) de “exclusão do dolo”, e que está encerrado no dispositivo penal em referência, devemos de estar atentos ao fato de que a doutrina atual preferiu, com a Reforma Penal de 1984, graças ao finalismo, um conceito mais restringido de dolo, entendido como “dolo natural”, divorciando-se dos conceitos da doutrina causalista clássica, que concebia o dolo como *dolus malus*, inserindo o dolo como elemento integrante do tipo e sua ausência causa de atipicidade e não exclusão da culpabilidade. Como adverte o Professor Cláudio Brandão, “o tema do erro envolve os conceitos de ação, tipo, antijuridicidade e culpabilidade” e, para este festejado jurista brasileiro, “em Direito Penal, erro significa tanto uma ausência de conhecimento sobre algum objeto quanto uma falsa representação do mesmo”³.

Este ensaio visa unicamente estudar, em uma abordagem restrita e sem a mínima remota pretensão de esgotar o assunto – até porque, de nossa ótica, tudo em Direito Penal é inesgotável⁴ –, a questão do erro sobre os elementos do tipo, embora, de rabeira, possamos, aqui, acolá, sofrer um leve escorregão para os conceitos de ação, da antijuridicidade e da culpabilidade, o que se acontecer será manifestação do inconsciente. Objetiva, ainda que em passant, abordar a discussão entre a equiparação ou distinção doutrinária, dos conceitos de “erro” e “ignorância” resgatando um pouco deste estudo e fazendo uma ponte entre eles, mas sempre com a visão voltada ao melhor entendimento, do leitor, sobre o chamado “erro sobre o elemento constitutivo do tipo penal”, ou simplesmente “erro de tipo”.

O erro de tipo, segundo hermenêutica da disposição legal, por óbvia lógica humana, só pode ocorrer diante da existência de um tipo legal objetivo e devidamente concebido, para que, sobre ele, repousando ação humana sem a vontade de realizá-lo, ou seja, sem o conhecimento de algum ou de alguns dos elementos do tipo de injusto, seja daí afastado o dolo, por sua natural ausência psicológica.

Em outras palavras, sustentam Zaffaroni e Pierengeli: “O erro de tipo é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva, falta ou é falso os conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo”⁵.

Notadamente, como acentua Puig, “se o dolo típico requer o conhecimento de que se realiza a situação prevista no tipo do injusto, o erro determinará sua ausência quando signifique o desconhecimento de algum ou de todos os elementos do tipo de injusto”⁶.

Na hipótese, a falta de dolo (consciência do atuar injusto), ou sua completa ausência, se traduz exatamente quando a ação humana, intelectual ou material, se realiza sem a vontade de realizar o tipo objetivo, fazendo desaparecer a sua finalidade típica. Não havendo o querer, não há dolo, e, portanto, a conduta é atípica. Aqui, nesse ponto, deixemos claro, pode haver uma tipicidade objetiva, a realização de uma conduta típica objetiva, mas não havendo consciência de que se está realizando essa conduta típica objetiva, não haverá tipicidade subjetiva, e o dolo estará excluído da ação.

O erro de tipo, portanto, como adverte o Prof. Cláudio Brandão, “é aquele que incide sobre os elementos descritos no tipo penal, quer sejam eles fáticos ou normativos”⁷.

3. ESPÉCIES DE “ERRO DE TIPO”: CLASSIFICAÇÃO

Já restou esclarecido que o erro de tipo é o fenômeno que afeta diretamente o dolo, no que diferencia-se do erro de proibição – do qual falaremos mais adiante –, que afeta a compreensão da antijuridicidade. No erro de tipo, como restou compreendido, o agente não sabe o que faz. Não se trata, repetimos, de realização do tipo objetivo, mas de não realização do tipo subjetivo (dolo).

A quem entenda, equivocadamente, como Puig, por exemplo, que o termo “erro de tipo” veio substituir na doutrina o emprego do antigo termo “erro de fato”, mas o equívoco é esclarecido pelo Prof. Brandão, quando ensina, citando com maestria Asúa⁸, que o antigo termo “versava apenas sobre as circunstâncias de fato do tipo legal”, ao passo que o atual termo empregado erro de tipo “incide sobre qualquer circunstância do mesmo, quer seja fática, quer seja normativa”, daí porque o erro de tipo, exatamente por compreender também circunstâncias normativas, atrai casos que já foram tratados como erro de direito (atual erro de proibição), sendo necessária sua classificação. No mesmo tom é o ensinamento de Zaffaroni e Pierengeli⁹.

“Erro de fato” e “erro de tipo”, portanto, não são a mesma coisa. São conceitos que não se confundem, sendo incorreta a afirmação, de muitos juristas, de que a legislador de 84 pretendeu, no caso, uma mera substituição terminológica.

É que, como esclarecido, o conceito de “erro de tipo” supera o de “erro de fato”, exatamente por contê-lo em si.

Alberto Silva Franco diz que “o caput do artigo 20 do Código Penal estatui que o ‘erro de tipo’ deve incidir ‘sobre elemento constitutivo do tipo legal’, não explicitando se pode atingir também causas de aumento, qualificadoras ou agravantes que, embora não se traduzam em elementos essenciais do tipo básico, não deixam de constituir tipos derivados que influem na quantificação da sanção punitiva. O dolo deve necessariamente abrangê-las e, se isto é correto – como afirma o eminente autor – ‘o erro de tipo’ pode também incidir sobre tais elementos típicos”¹⁰.

Dito isto, o erro de tipo pode ser essencial: vencível (evitável) ou invencível (inevitável), e acidental.

Entendamos exatamente o porquê da necessidade de de classificação dos erros de tipo.

É que a disciplina normativa (art. 20 do CPB)

1. Bruno, Aníbal. *Direito Penal*, 4ª. Ed., Vol. II, p. 32, 1984
2. Benitez, Gómez. *Teoría Jurídica Del Delito*, 1984, p. 220.

3. Brandão, Cláudio. *Curso de Direito Penal. Parte Geral. Rio de Janeiro : Forense*, 2008, p.235.

4. Aliás, menciona o Prof. Cláudio Brandão, em sua obra citada neste ensaio inúmeras vezes, que a temática do erro é um dos problemas mais complexos e obscuros de todo o Direito Penal, residindo sua principal dificuldade em que a questão do erro não pode ser considerada, nem solucionada isoladamente, exatamente por relacionar-se estreitamente com os elementos fundamentais da doutrina do crime: ação, ilícito e culpa. (ver obra citada, p. 236)
5. Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. 1 – Parte Geral – Ed. Revista dos Tribunais*, 2008, p. 423
6. Puig, Santiago Mir. *Direito Penal: Fundamentos e Teoria do Delito*. Ed. Revista dos Tri-

bunais, 2007, p. 223
7. Obra citada, p. 244.
8. Obra citada, p.224
9. Obra citada, p. 244. Asúa, Luiz Jiménez. *Tratado de Derecho Penal*.
10. Obra citada, p. 428
11. Silva Franco, Alberto e Stoco, Rui. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 7ª. Edição, Vol. 1 – Parte Geral. Ed. Revista dos Tribunais, p.335.
12. Ob. Cit. P. 225
13. Obra citada, pp. 245 e 246.

quando fez incidir o erro sobre o elemento constitutivo do tipo legal do crime, de forma a excluir o dolo, permitiu que, na análise do fato (ação humana) fosse punido por crime culposo, o mesmo fato, resultante da mesma ação, se assim estivesse ou estiver previsto em Lei.

Não se confunda com a hipótese do erro de tipo accidental, pois este está previsto e devidamente disciplinado no artigo 20, § 3º. do CPB. Por não excluir o dolo, trataremos do assunto mais adiante.

Pois bem. No erro de tipo essencial, segundo Puig e Zaffaroni/Pierangeli, duas coisas podem suceder: que o erro seja vencível, ou que seja invencível. Vencível (inescusável ou evitável) é aquele erro que poderia ter sido evitado, caso o agente tomasse o devido cuidado de precaução, de vigilância, de observação, de diligência devida etc., podendo ser considerado um erro “imprudente”, por assim dizer. Do contrário, o erro invencível (escusável ou inevitável) é o erro de quem, embora empregando a diligência devida, não teria dele escapado, por qualquer meio ou modo, porque não tinha como prever ou evitar o resultado.

Cabe, aqui, uma observação. No Brasil, muitos crimes são punidos a título culposo, de forma que, não raro, algumas decisões têm desclassificado o delito doloso para culposo, como aconteceu recentemente em uma decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça, no último dia 4 de agosto, onde um rapaz, acusado de atropelar e dessa forma matar um ciclista, havia sido pronunciado para ser julgado pelo Tribunal do Júri. O STJ afastou a pronúncia, por entender que não ficara provado que agiu com dolo, mas remeteu o processo (por desclassificação) para julgamento do juiz singular, para apuração da responsabilidade criminal pelo crime culposo. Nesse caso, temos um exemplo típico de “erro vencível”, com previsão legal para o crime na modalidade culposa.

Na Espanha, segundo Puig, a imprudência não é punível na maioria dos crimes, de forma que o erro de tipo vencível naquele País quase sempre determina a impunidade¹².

No Brasil, como nos referimos, no caso de erro de tipo vencível ou evitável, a conduta dolosa, ou tipicidade dolosa, é eliminada, mas, se o fato estiver previsto como crime culposo e se estiverem presentes os seus pressupostos, responderá o agente pelo delito culposo, como é a parte final do artigo 20 do CPB.

O erro accidental, diferentemente, está disciplinado no parágrafo 3º do artigo 20 do CPB, que dispõe: “O erro quanto à pessoa quanto a qual é praticado o crime não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.”

Cuida-se de erro (atuar humano) que “não elide a adequação típica entre a representação mental do agente da realidade e o objeto faticamente agredido”, conforme nos ensina o Prof. Cláudio Brandão, dando por exemplo o fato de o agente, dirigindo sua vontade para matar A e, visando a executar a empreitada criminoso, vai à casa do mesmo, à noite, na hora em que ele, em regra, dorme. Sabendo, igualmente, que A dorme no primeiro quarto da casa, vai até a janela do referido quarto e atira contra um vulto que dorme na cama. Se, eventualmente, B dormia na cama de A, haverá um caso de erro de tipo accidental (error in personam)¹³.

4. ERRO DE PROIBIÇÃO

O erro de proibição “é o erro quanto ao caráter proibido do fato” e “é tido como a grande consequência da teoria finalista da ação”¹⁴.

Não se confunda, no “erro de proibição”, o desconhecimento da lei, pois a expressão “erro de proibição”, engloba a falta de consciência da antijuridicidade, não abrangendo o “erro de direito”, pois se erra quanto ao “caráter proibido do fato” e não sobre o “caráter proibido da Lei”. É, portanto, “erro sobre a antijuridicidade do comportamento” e não “erro por desconhecimento da Lei”.

Welzel, citado pelo Prof. Cláudio Brandão, exemplifica um caso de “erro de proibição”, narrando o fato de um estrangeiro, em cuja pátria a homossexualidade não é punida como crime (Suíça), estando na Alemanha executando atos homossexuais, não tem condições de compreender o caráter ilícito de sua ação¹⁵.

Nesse ponto, do qual não nos alongaremos por não ser o objeto do estudo, restaria dizer que a doutrina é quase unânime em requerer que, para a existência de um delito, é necessário que o agente saiba ou possa saber que o fato que praticou encontra-se proibido pela lei. Nas palavras de Puig “é preciso o conhecimento ou a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato”¹⁶.

A falta de tal conhecimento é exatamente o que caracteriza o erro de proibição, em justa contraposição ao “erro de tipo”.

5. MODALIDADES PARTICULARES DE ERRO

Algumas situações podem apresentarem-se como modalidades particulares de erro: o erro pode recair sobre o objeto, chamado de error in personam; ou sobre o processo causal, e, ainda, pode recair sobre a modalidade de aberratio ictus, também chamado “desvio do golpe”.

5.1. DO ERRO IN PERSONAM, OU SOBRE O OBJETO

Dispõe o parágrafo 3º do Código Penal Brasileiro que “o erro quanto à pessoa quanto a qual é praticado o crime não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime”.

Trata-se de uma modalidade de “erro de tipo” accidental em que não se afasta a tipicidade, por haver perfeita adequação entre a representação mental do agente, seu querer e o objeto (pessoa) agredida.

Nessa modalidade de erro, o dolo do tipo existe perfeitamente, e somente por erro do agente se atinge pessoa diversa da pretendida.

Pode ocorrer o “erro de tipo” accidental também em relação ao objeto material do crime. Se A pretende furtar a Bicicleta de B e acaba por furtar a bicicleta de C, esse erro, por ser mero acidente da conduta, não elide a adequação típica.

Observe-se que o “erro de tipo” accidental, como nos casos acima citados, o dolo não é excluído, isso porque tanto no caso do homicídio como no caso do furto os bens jurídicos estão tutelados por norma penal que, necessariamente, foi violada pela conduta do agente. O erro sobre o objeto, seja da pessoa mortalmente ferida, seja do objeto material do furto, em tal caso, é irrelevante, não afastando a adequação típica.

Wessels, em escólio autoritário, discorrendo sobre error in objecto vel persona, ou “erro sobre o objeto da ação” deixa claro que este só exclui o dolo do autor quando falta equivalência típica entre o objeto representado e o objeto faticamente agredido¹⁷.

Para o renomado jurista alemão, mesmo que os objetos da ação sejam tipicamente equivalentes, essa confusão é irrelevante para a punibilidade do autor.

Ou seja: o erro não tem significado algum sobre o motivo para o dolo do tipo, desde que se verifique que o que aconteceu objetivamente se identifique, em seus traços essenciais, com o que deveria acontecer no momento da execução do fato, segundo a representação mental do autor.

Assim, no caso de um homicídio, em que A atirou objetivando matar B, mas por erro na ação matou C, o resultado morte almejado corresponde, inteiramente, à representação de A.

A circunstância de A ter confundido C com B é irrelevante para afastar o dolo típico, já que os objetos agredidos são idênticos: o homem. No caso, há o que Wessels chama de “equivalência típica”.

De outra forma, se não há equivalência típica entre os objetos da ação, o autor responderá por seus atos não na

forma de dolo típico, mas por outra forma, seja por tentativa, seja por culpa negligente, dependendo da situação.

Anote-se o exemplo citado por Wessel, na obra mencionada, em outras palavras: A, querendo matar o cachorro de B, seu vizinho, dispara contra a casinha do cão, atingindo, porque o tomara pelo cão, o filho de B, que ali brincava. Nesse caso, os objetos do resultado lesivo da ação não se equivalem à representação de A, cujo dolo típico no caso de homicídio será afastado, já que o cão, tido como “coisa”, a quem A queria agredir, não é o mesmo que uma “pessoa”, no caso, C, filho de B. Nesse caso, A responderá a título culpável por homicídio em concurso material com o dano tentado.

Esclareça-se, de logo, que o erro in persona, ou sobre o objeto da ação, não se confunde com o “erro na execução”, que equivale a aberratio ictus, do qual nos ocuparemos adiante.

5.2. DO ERRO SOBRE O PROCESSO CAUSAL

Erro sobre o processo causal é aquele produzido por outro meio, diferentemente dos meios empregados ou do querer do agente. Nesse caso, duas coisas podem acontecer: a) que o desvio do processo causal exclua a possibilidade de imputação objetiva do resultado por romper-se a necessária relação de risco entre o objeto e a conduta, ou que o desvio não exclua a imputação objetiva.

Por exemplo: A, querendo matar B, lesiona o mesmo em local que viria sequer a sofrer risco de morte. B, entretanto, conduzido ao hospital, vem a se acidentar em razão de abalroamento da ambulância que o transportava, vindo a falecer por causa superveniente e independente. Nesse caso, a imputação objetiva final, ocorreu em face de erro no processo causal, mas que A não dera causa, não obstante quisesse, inicialmente, matar B. Responderá, tão somente, por tentativa.

5.3. A QUESTÃO DA ABERRATIO ICTUS OU “DESVIO DO GOLPE”

Trata-se apenas de erro na direção do ataque desferido ao objeto, que não afasta a adequação típica. Por exemplo. A, buscando eliminar B com disparo de arma de fogo, erra o alvo, vindo a acertar C, que falece em razão desse disparo. A responderá pelo homicídio de C.

Note-se que não há confundir-se aberratio ictus com o erro no processo causal, porque, naquela hipótese, o objeto atingido é o mesmo, enquanto que, na aberratio ictus, o objeto é distinto.

Alguns doutrinadores, como Rogério Greco, v.g., entendem ser “infeliz” a referência ao “erro na execução”

14. Brandão, Cláudio, obra citada, p.246

15. Idem, p. 247.

16. Obra citada, p. 433

17. Wessels, Johannes. Direito Penal, Parte Geral (Aspectos Fundamentais),1976, Ed. Sérgio Antônio Fabris Editor, Tradução de Juarez Tavares, p. 57.

18. Greco, Rogério. Curso de Direito Penal, Parte Geral, V.I, 8ª.ed., 2007, Ed. Impetus, p.616.

como hipótese de “erro de tipo accidental”, já que a palavra “erro”, no sentido que lhe é juridicamente empregada, não teria, na hipótese da aberratio ictus, o sentido de falso conhecimento da realidade, pois a agente conhece, exatamente, aquilo que está acontecendo, apenas não atinge ao fim visado, seja por um desvio no golpe, seja por atingir pessoa diversa da pretendida. Para o ilustre autor, “não há, tecnicamente, qualquer pensamento dissociado da realidade”, como sói acontecer nas hipóteses de erro¹⁸.

E, para fundamentar seu raciocínio, destaca o pensamento do jurista Cezar Roberto Bitencourt, in verbis:

“no erro de execução a pessoa visada é a própria, embora outra venha a ser atingida, involuntária ou acidentalmente. O agente dirige a conduta contra a vítima visada, o gesto criminoso é dirigido corretamente, mas a execução sai errada e a vontade criminosa vai concretizar-se em pessoa diferente. Não é o elemento psicológico da ação que é viciado – como ocorre no error in persona –, mas é a fase executória que não corresponde exatamente ao representado pelo agente, que tem clara percepção da realidade. O erro na aberratio surge não no processo de formação de vontade, mas no momento de sua exteriorização, da sua execução”¹⁹.

Wessels, por sua vez, esclarece, para não se confundir, que “os objetos de agressão e de lesão” na aberratio ictus “não são idênticos, mas diversos”. Neste, o erro de execução e o resultado lesivo acontece sobre um outro objeto e não sobre aquele que constitui o verdadeiro objetivo da agressão²⁰.

A intenção (dolus malus) querida pelo autor não estará presente no objeto diverso atingido por engano pela agressão e, neste caso, o autor responderá por suas ações a título culposos.

Estudioso do tema, o Professor Everardo da Cunha Luna, catedrático de Direito Penal da Faculdade de Direito do Recife, nos dá com perfeição o conceito de “aberratio ictus”²¹.

Para este, “a aberratio ictus consiste no erro de execução sobre a pessoa como sujeito passivo ou objeto material individualmente considerado.” Assim como Wessels, o mestre pernambucano defende que na situação de aberratio ictus “o objeto jurídico conserva sua identidade, não havendo nenhuma modificação no sujeito passivo como titular do bem jurídico ofendido”.

E exatamente por se tratar a aberratio ictus de erro de execução na pessoa, recebe o tratamento jurídico penal de erro in persona, ou, em outras palavras, opera-se

o que o Prof. Everardo chama de fungibilidade das pessoas, de modo que são conservadas, na pessoa atingida pelo erro, as qualidades e condições da pessoa visada²².

Interessante notar que entre os autores pesquisados para esse trabalho, apenas em Everardo Luna fomos encontrar algumas problemáticas específicas sobre a aberratio ictus, sendo estas: a) a aberratio ictus diante da legítima defesa própria; b) a aberratio ictus no crime único, ou monolesivo e, finalmente, c) a aberratio ictus duplos ou plurilesivos²³.

A nosso sentir, a hipótese contemplada na letra “a” é a que nos parece mais emblemática. Para o Prof. Everardo Cunha Luna, por se tratar de crime único, a aberratio ictus sempre conserva a natureza de crime, pelo que, “não tem cabimento a aplicação a ele das causas excludentes da antijuridicidade, reais ou putativas”. E diz esse eminente autor, exemplificando seu ponto de vista, que “se alguém, para defender-se de uma agressão de Paulo, fere a Pedro, não se pode afirmar que a pessoa de Pedro substitui a de Paulo para legitimar a defesa. Houve sem dúvida o ato de legítima defesa, mas defesa contra a agressão de Paulo simplesmente e não na pessoa de Pedro”.

Com ênfase que lhe é peculiar, conclui que admitir-se a hipótese de legítima defesa em tais situações seria “um absurdo” e sentencia: “O problema jurídico-penal da lesão corporal ou morte de Pedro” - na hipótese acima exemplificada – “não é problema da aberratio ictus.”

Mas como não ?

Estudemos o caso de modo inverso, sem a presença dos requisitos da legítima defesa própria. Será que alguém – que para facilitar a compreensão chamemos José –, atira em Paulo pretendendo matá-lo, e, por erro na execução do golpe atinge a Pedro, vindo este a falecer, responderá por crime duplo, de tentativa de homicídio em relação a Paulo e de homicídio em relação a Pedro? Ou será que diante de uma tentativa branca os meios seriam inidôneos para justificar a acusação de tentativa e só se justificaria a acusação sobre o homicídio único de que fora vítima Pedro, em relação ao ataque de José, mantendo-se a identidade do objeto jurídico do sujeito passivo da agressão pretendida, com isso operando-se a fungibilidade das pessoas e portanto a aberratio ictus?

Responder a tais indagações obriga de logo ao estudo das questões seguintes, sobre a aberratio ictus mono e plurissubjetiva, isto é, aquele erro de execução que resulta em um único crime, por ter sido atingida somente uma pessoa (crime único), ou quando pelo mesmo erro atingem-se duas ou mais pessoas (crime prurilesivo).

Segundo Everardo Luna, o fato de ser, a aberratio ictus prurilesiva, isso não lhe tira o caráter de crime único. Assim, haveria uma só ação e um só resultado constitutivo do crime. Os demais resultados serão considerados com circunstância de agravante especial de causas de aumento da sanção penal imposta, em consonância com a medida estabelecida no concurso de crimes, isto porque não só haveria uma só ação e um só resultado, embora que de múltiplas consequências, mas também pelo fato de que o elemento subjetivo do crime também é só um: o dolo.

Ora. Se o dolo, como elemento subjetivo do crime, permanece íntegro na aberratio ictus em relação ao objeto agredido, como admitir possa ele estar presente diante de uma situação real de legítima defesa própria, onde o bem defendido é juridicamente protegido.

Pelo óbvio, e mesmo sem a experiência do renomado jurista, dele ousamos discordar, pois foge à lógica humana que, se alguém está em defesa de um direito juridicamente protegido, e a sua ação é legítima e conforme a lei, não há como integralizar-se aí o dolo típico, elemento subjetivo da conceituação finalista do crime.

Não se pode pretender que uma causa legítima de excludente, que tornaria legítima uma ação, seja desprezada em sua existência, simplesmente porque o objeto de reação pretendido não fora a pessoa do agressor.

Nesse sentido, alinha-se a corrente majoritária na jurisprudência pátria, como anotado no tópico seguinte, muito embora haja decisões em contrário.

6. BIBLIOGRAFIA

- BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, Rio de Janeiro, Forense, 2008
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 4ª. Ed., Vol. II, p. 32, 1984
- BENITEZ, Gómez. *Teoria Jurídica Del Delito*. 1984, p. 220
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Parte Geral, São Paulo, 2000, Ed. Saraiva, P. 535.
- FRANCO, Alberto Silva e RUI, Stoco. *Código Penal e sua interpretação Jurisprudencial*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, V.I, 8ª.ed., 2007, Ed. Impetus, p.616.
- LUNA, Everardo Cunha. *Capítulos de Direito Penal*, ou, conforme trabalho publicado, sob o Título “ABERRATIO ICTUS”, na Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 1
- PUIG, Santiago Mir. *Direito Penal, Fundamentos e Teoria do Delito*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2007
- ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Geral. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2008
- WESSELS, Johannes. *Direito Penal*. Parte Geral (Aspectos Fundamentais), tradução de Juarez Tavares, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1976.

19. Bitencourt, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, parte Geral, São Paulo, 2000, Ed. Saraiva, P. 535.

20. Obra citada, p. 57/58

21. Everardo Cunha Luna, *Capítulos de Direito Penal*, p. 284 ou, conforme trabalho publicado, sob o Título “ABERRATIO ICTUS”, na Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 1

22. Obra citada, p. 285.

23. Idem, pp. 286 e 287.

DA RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES DENEGATÓRIAS DE LIMINARES *INAUDITA ALTERA PARTE*

Alexandre Henrique Tavares Saldanha

Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UFPE; Mestre em Direito Público pela UFPE; Professor de Direito Processual Civil e Coordenador do curso de Direito da AESO-Barros Melo; Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Boa Viagem; Professor da ESA-Ruy Antunes.

que as ondas de reformas no código de processo civil tenham criados situações em que tal regra é desrespeitada, arguindo-se para irrecorribilidade de determinadas manifestações judiciais, a praxe e a interpretação do sistema processual leva à possibilidade de interposição de recurso contra qualquer ato judicial com conteúdo decisório.

Assim como praxe e jurisprudência podem determinar que em situações para as quais não haveria previsão legal de recorribilidade poderá ser interposta a impugnação recursal, podem também criar situações inversas tornando irrecorribéis decisões potencialmente lesiva aos interesses das partes. Decisões estas que, ao menos segundo os princípios recursais e os melhores entendimentos teóricos, podem e devem ser objeto de recursos.

Um exemplo de criação decorrente de praxe e jurisprudência que nega recorribilidade a decisão judicial potencialmente lesiva é a frequente denegação de recurso para impugnar ato judicial que posterga para após contestação a manifestação do juízo sobre o pedido liminar de antecipação de tutela. É da própria natureza deste pedido a indicação de situação emergencial que requer providência jurisdicional imediata e, em assim sendo, não pode esperar todo o trâmite necessário para a realização da citação e o prazo para resposta do réu. Dessa forma, é adequado que a parte lesada pela postergação receba oportunidade de levar a discussão ao segundo grau. No entanto, não seguem esta linha de raciocínio os entendimentos jurisprudenciais, alegando que ainda não houve decisão a ser impugnada.

Evidente que nem toda situação em que se pleiteia a antecipação de tutela envolve real urgência, uma vez que tal instituto dá margem a diversas “aventuras” processuais e seus pressupostos nem sempre são respeitados pelos litigantes que a torto e a direito pedem de forma liminar. Mas, em algumas situações, a urgência existe de forma manifesta e a qualidade do interesse envolvido no litígio requer providências imediatas e possibilidades de rediscussão também imediatas.

2. DO PEDIDO DE DECISÃO LIMINAR ANTECIPATÓRIA

Objeto de desejo, alegria e tristeza do dia a dia da praxe judiciária, a decisão chamada de liminar é

também objeto incompreendido e às vezes desvirtuado pela prática processual. Nem sempre as partes interessadas conhecem bem os contornos dessa expressão de vários sentidos, mas, a despeito da má técnica e do desconhecimento, liminares são requeridas em quase todas as demandas cíveis atuais, sem que ao menos se faça uma especificação de qual exatamente decisão liminar está a se pedir.

Evidente que não somente as partes e seus procuradores são agentes de enganos relacionados com a teoria e prática das liminares, os juízes, aqui compreendidos em sentido lato como julgadores, também em diversas oportunidades se equivocam na determinação de efeitos de qual liminar especificamente está concedendo, e em especificar que está negando um requerimento liminar pretendido pela parte, o que prejudica o interesse do prejudicado em recorrer, impugnando a decisão denegatória.

O sistema processual pode entender ser preferível manter suas formas convencionais de tutela jurisdicional pelos modos do procedimento ordinário e ignorar necessárias intervenções jurisdicionais imediatas consequentes de situações emergenciais, dando respostas provavelmente tardias e inúteis às pretensões das partes e recaindo em casos de ineficácia da tutela jurisdicional, ou fazer a opção de dispor de medidas judiciais imediatas capazes de preservar não somente o direito ameaçado de dano como também a própria instrumentalidade do processo¹.

Entendendo ser impossível tutelar adequadamente todas as situações decorrentes da velocidade da vida moderna pelos moldes tradicionais do processo, o sistema processual seguiu a tendência de adotar medidas de caráter emergenciais adequadas para tutelar situações carentes de providências urgentes. Optando por oferecer proteção jurisdicional às situações emergenciais o sistema processual concede ao juiz a oportunidade de contentar-se apenas com a probabilidade de existência do direito, tornando em princípio desnecessária a convicção decorrente de investigação profunda e exauriente².

A constatação de que o sistema processual não poderia ficar preso aos padrões da ordinariedade procedimental e aos seus próprios dogmas, em detrimento de maior eficácia na tutela jurisdicional prestada, levou ao desenvolvimento das tutelas de urgência, especificamente a cautelar e a antecipatória de pretensão material. Processos cautelares e antecipações de tutela passam a ser vistos como a resposta dada pelo próprio sistema processual ao problema entre cognição exau-

riente e medidas emergenciais. Os primeiros surgindo como resposta teórica aos clamores de resposta emergencial, a segunda surgindo da própria aplicabilidade dos processos cautelares.

Entre tutela cautelar e antecipação de tutela há diversas diferenças, principalmente no que diz respeito às consequências de sua aplicação em demandas processuais. Ambas podem ser consideradas espécies de tutelas de urgência, mas os efeitos que produzem na relação processual, e nas pretensões das partes, são significativamente diferentes.

As medidas cautelares são destinadas a remediar uma situação emergencial tornando eficazes atos de proteção e segurança, no intuito de evitar lesões às esferas de interesses jurídicos das partes, agindo de forma adequada e suficiente com o objetivo de assegurar que na decisão final a pretensão material seja satisfeita³. Enfatizando que a natureza da medida cautelar é de representar segurança, medida de proteção, e não de satisfação imediata dos interesses das partes, “seu objetivo primordial consiste em garantir e assegurar a satisfação do bem da vida da ação principal”⁴.

É exatamente na questão da “satisfatividade” em que reside a diferença entre a tutela cautelar e a antecipação de tutela, pois naquela age-se em prol da segurança e da garantia de que a própria tutela jurisdicional terá eficácia no momento da decisão final, enquanto que a tutela antecipada antecipa a satisfação da pretensão, concedendo com base em provisoriedade e verossimilhança aquilo que a parte quer. A antecipação satisfaz o autor, pois este no momento em que a requer não pretende outra coisa senão aquilo que tem como objetivo da demanda, diferente de quando pede medida cautelar, uma vez que esta é destinada a garantir efetividade da jurisdição, fazendo referência a um resultado ou a outra tutela de direito material⁵.

A despeito desta diferença de efeitos, ambas possuem natureza de tutela de urgência, apesar da possibilidade de haver antecipação de tutela sem que haja necessariamente situação emergencial, no caso desta ser aplicada em decorrência de atos de improbidade processual por abuso de defesa. Assim, constata-se que os requisitos de verossimilhança e perigo de lesão na verdade são pressupostos tanto para uma medida cautelar quanto para uma antecipação de tutela. A verossimilhança é requisito em comum, pois ambas não esgotam as vias da cognição necessária para a decisão final, sendo assim consideradas medidas provisórias, ambas “são relacionadas com uma tutela final, e neste sentido podem ser ditas interinais, no sentido de que não aspiram a assumir a posição de tutela

SUMÁRIO

1. Introdução, 2. Do pedido de decisão liminar antecipatória, 3. Do contraditório perante a decisão liminar, 4. O recurso cabível contra decisão denegatória de liminar inaudita altera parte, 5. Considerações finais, 6. Referências.

RESUMO

Pedidos de decisões liminares são tão comuns quanto confusos, naquilo que diz respeito à natureza e eficácia desses provimentos judiciais. Dentre os diversos tipos de decisões liminares há aquelas que já tomam providências jurisdicionais sem ainda concretizar a exigência constitucional do contraditório. Tal técnica não as qualifica como inválida, tampouco como ato judicial irrecorribel, seja em hipóteses de concessão ou denegação de provimento. Diferentemente do que vem sendo visto em jurisprudências, há recurso adequado para situações na qual o juiz nega pedido de liminar imediata. Caso contrário, estará ocorrendo ofensa ao princípio da recorribilidade de quaisquer decisões judiciais.

1. INTRODUÇÃO

Tradicional lição do Direito Processual Civil afirma que para toda decisão judicial caberá uma forma de impugnação por meio de recurso adequado. Por mais

1. SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência), Vol. 3. São Paulo: Editora RT, 2000. Página 18.
2. Ibidem. Página 18.

3. ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2004. Página 04.
4. Ibidem. Página 04.
5. MARINONI, Luiz Guilherme. Processo Cautelar. São Paulo: Editora RT, 2008. Página 61.

satisfativa definitiva[...]”⁶

Nesta perspectiva, a diferença reside não no que pressupõe as tutelas, mas sim na adequação de uma delas para remediar a situação emergencial. Pode ser que a satisfação provisória da pretensão não satisfaça a necessidade de cautela, de segurança requerida na demanda processual. No entanto, por óbvio, há situações em que a antecipação do resultado pretendido representa a medida adequada para remediar o fato lesivo. Desta forma, o exame judicial é prospectivo e não retrospectivo para diferenciar uma decisão com natureza cautelar de uma antecipação de resultado, apesar do sistema processual exigir como pressuposto a presença de prova inequívoca.

No que diz respeito especificamente ao pedido de antecipação de tutela, esta não se confunde com o conceito de liminar, até porque a tutela antecipada pode ser concedida liminarmente ou não. “Por medida liminar deve-se entender medida concedida in limine litis, isto é, no início da lide sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária”⁷, ou seja, não é uma decisão propriamente dita, mas sim um adjetivo a que se atribui a uma forma de decidir. Decidir de forma liminar é tomar uma providência de natureza urgente, antes até da manifestação da parte ré, podendo recair em situação de antecipação ou de providência cautelar.

Assim, pela melhor técnica o pedido de liminar antecipatória consiste no requerimento feito ao juízo no intuito dele satisfazer imediatamente, porém de forma provisória, a pretensão do autor, sem ao menos aguardar a manifestação da parte contrária. Oportunidade na qual, caso seu pleito liminar seja negado, o requerente tem o direito constitucional de recorrer de tal decisão, sem que isto represente qualquer ofensa ao princípio do contraditório.

3. DO CONTRADITÓRIO PERANTE A DECISÃO LIMINAR

Conforme explanado, uma decisão liminar consiste numa decisão proferida mesmo antes da parte ré se manifestar. Consequentemente, uma liminar antecipatória é o pedido feito ao juízo para que a providência final seja antecipada, diante da circunstância de não haver tempo hábil para escutar a parte contrária. A concessão da liminar inaudita altera parte é justificável quando as circunstâncias levam à necessidade do juiz ficar convicto de que este adiantamento de resultado alcançará a segurança pretendida pela própria jurisdição, tomando providências

imediatas mesmo adiando o contraditório. Isso significa que haverá contraditório⁸, este somente será postergado para momento posterior ao da decisão já proferida.

Para a regularidade do litígio e plena satisfação do devido processo legal é necessário que haja contraditório, mas isso não significa dizer que este deverá ser sempre prévio a qualquer tomada de posição do órgão judicial. “Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove”⁹. Sendo assim, dada a oportunidade para a parte se manifestar no processo, nada impede que o juiz já tenha decidido de forma liminar, tomando alguma providência de natureza emergencial, devido às circunstâncias.

Após a concessão da decisão liminar, a parte que se sentiu lesada terá todas as oportunidades previstas no sistema processual para poder se manifestar e reagir contra a decisão proferida, efetivando desta forma o contraditório. Evidente que para plenitude do contraditório é imprescindível que a parte seja informado do ato processual, uma vez que esta exigência constitucional é teoricamente identificada pelo binômio informação e reação¹⁰. Porém, interpretar a exigência do contraditório como condição para tomada de decisões urgentes é pôr em risco a própria natureza da tutela de urgência. O órgão jurisdicional recebeu do sistema processual autorização para julgar mediante verossimilhança, no intuito de eximi-lo do dever de julgar apenas após plena ouvida das partes e análise de tudo que estas possam produzir no processo, e assim poder incorporar à tutela jurisdicional graus de efetividade das decisões¹¹.

Pode ser dito então que, dependendo das circunstâncias da demanda, o juiz está autorizado a decidir liminarmente, postergando o contraditório. Não haverá qualquer violação deste princípio constitucional, ocorrerá apenas seu adiamento para depois da medida de urgência¹².

Consequentemente, pode-se afirmar que o pedido liminar feito pelo autor é plenamente lícito e autorizado pelo sistema processual, possuindo ele o direito de requerer tutela emergencial antes da ouvida do réu. Sendo assim, a partir do momento em que o juiz posterga sua manifestação sobre o pleito liminar para após manifestação da parte ré, na verdade ele está negando um pedido por meio de decisão interlocutória.

4. O RECURSO CABÍVEL CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE

Mais do que um poder, é dever do juiz tomar quaisquer providências necessárias no sentido de resguardar os interesses das partes contra situações potencialmente lesivas, uma vez que sua decisão representa a vontade jurisdicional e todos os seus objetivos. É exatamente este poder-dever que o autoriza a decidir liminarmente, antecipando uma providência que só adviria ao final do processo, mesmo desprovida de qualquer efetividade.

Como visto, as decisões liminares não representam ofensa ao contraditório, pois a parte receberá oportunidade de manifestar-se e reagir contra a decisão, no entanto este momento será posterior ao da tomada de providência antecipatória. Assim, do mesmo modo que a parte que se sentiu lesada pela decisão liminar receberá oportunidade de manifestar sua resignação, a parte requerente da medida deve poder oferecer sua impugnação à decisão do juiz que nega o pleito liminar.

Sendo assim, pelos melhores entendimentos, quando a parte autora requer em sua inicial que seja concedida liminar antecipatória, ela o faz com a pretensão de que uma determinada medida judicial seja providenciada antes da ouvida da parte ré. Então, caso o órgão judicial postergue a análise do pedido liminar para depois da manifestação do réu, ele estará ao mesmo tempo negando um pedido por meio de decisão interlocutória absolutamente recorrível dentro dos parâmetros do sistema recursal. Conclusão esta que faz perceber a discordância entre a teoria e prática das liminares, pois a praxe vem consolidando a postura do juiz de adiar a análise do pedido liminar, sem que isto seja reconhecido como decisão recorrível.

Em sendo decisão interlocutória, a denegação de liminar inaudita altera parte poderá ser impugnada por via do Agravo de Instrumento, pois esta modalidade de agravo tutela adequadamente a necessidade de exame urgente inerente ao pedido de antecipação de tutela. O agravo em sua forma retida atende aos casos em que não há interesse em revisar de imediato a decisão impugnada, e, assim, com o objetivo de poupar tempo e despesas processuais, este recurso fica retido nos autos para ser conhecido na oportunidade do julgamento da apelação a ser eventualmente interposta¹³.

Atualmente a forma retida do agravo constitui a forma padrão de uso deste recurso¹⁴, sendo reservadas ao agravo de instrumentos situações excepcionais, incluindo aquelas em que as partes estejam sob risco de lesão grave e de difícil reparação.

Conforme já analisado, uma decisão liminar pode

alternar conteúdo cautelar ou satisfativo de pretensão material, mas sempre será considerada instrumento inerente à tutela de urgência. Procedente ou não, o pedido liminar argumenta sempre pela presença de situação potencialmente lesiva carente de providência emergencial do poder judicial. Consequentemente, caso seja necessário re-discutir a questão do pleito liminar em segundo grau de jurisdição, o meio adequado será o agravo de instrumento, pois representa situação excepcional. Este recurso será cabível tanto contra as decisões interlocutórias que concede a liminar inaudita altera parte, quanto contra decisões que negam esta liminar¹⁵. A diferença entre as situações de concessão ou denegação é que na primeira o recurso poderá ser recebido com seu efeito suspensivo, e assim obstar a efetividade da decisão liminar, e na segunda hipótese o recurso poderá ser recebido com o chamado efeito ativo, oportunidade em que o tribunal poderá conceder a antecipação pretendida.¹⁶

A recorribilidade da decisão denegatória de decisão liminar, incluindo nesta categoria a que adia o julgamento para depois da contestação, é necessária para satisfação dos interesses da jurisdição, pois diante de situações emergenciais potencialmente lesivas é função do órgão judicial remediar a urgência com a tutela que melhor se adéque. Evidente que na praxe nem todas os casos levados à análise jurisdicional possuem real natureza de demandas de urgência, justificando assim não somente a denegação da liminar quanto o improvimento do próprio recurso eventualmente interposto. No entanto, a depender dos interesses envolvidos no processo, tanto a liminar quanto o efeito ativo do agravo de instrumento tornam-se instrumentos eficazes para a adequação da tutela jurisdicional destes interesses, como no caso dos processos onde são discutidas questões de relevância difusa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo visto, tanto uma medida cautelar quanto uma decisão antecipatória de direito material podem ser objeto de decisão liminar, pois esta significa uma decisão ao início do processo, independente do conteúdo dela.

Dentre as possibilidades de decidir ao início do processo, há aquela na qual a decisão é proferida sem a ouvida da parte contrária, quando a situação requer uma providência tão urgente que o lapso temporal necessário para citar a parte e aguardar sua manifestação pode acarretar em ineficácia da prestação jurisdicional.

Esta prática em hipótese alguma representa desrespeito aos padrões do contraditório no processo, uma vez que tal exigência é satisfeita pela informação adequada dos atos processuais às partes litigantes e pela oportu-

6. MARINONI, Luiz Guilherme. Processo Cautelar. São Paulo: Editora RT, 2008. Página 86.
7. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2008. Página 615.
8. MARINONI, Luiz Guilherme. Processo Cautelar. São Paulo: Editora RT, 2008. Página 129.
9. DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, Vol. 1. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002. Página 126.

10. Ibidem. Página 127.

11. SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência), Vol. 3. São Paulo: Editora RT, 2000. Página 19.

12. DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2008. Página 616.

13. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 5. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. Página 497.

14. MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo do Conhecimento. São Paulo: Ed.

RT, 2006. Página 547.

15. ORIONE NETO, Luiz. Processo Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2004. Página 218.

16. Ibidem. Página 218.

nidade de reação que ambas recebem. Sendo assim, uma decisão liminar não impede o contraditório, apenas o adia para após a realização da medida, sendo dada oportunidade para a parte contrária tanto apresentar sua contestação e assim impugnar a decisão ainda em primeiro grau, quanto para levar a discussão para o tribunal por via do agravo de instrumento, concretizando assim o contraditório.

Agravo este que por sua vez pode também ser utilizado pela parte autora caso seu pedido liminar seja negado, incluindo nesta oportunidade a denegação de liminar sem ouvida da parte contrária, já que esta representa legítima decisão interlocutória negada pelo órgão judicial. O agravo de instrumento torna-se a via recursal apropriada, pois esta modalidade de recurso leva diretamente ao tribunal a discussão sobre a tutela de urgência requerida, inclusive dando possibilidade do segundo grau conceder aquilo que fora negado pelo primeiro grau, mesmo sendo uma decisão liminar inaudita altera parte.

6. REFERÊNCIAS

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 5. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podium, 2008.
- DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 4. Salvador: Editora Jus Podium, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Vol. 1. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.
- ORIONE NETO. Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Sarai-va, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo Cautelar*. São Paulo: Editora RT, 2008.
- _____ *Manual do Processo do Conhecimento*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- ORIONE NETO. Luiz. *Processo Cautelar*. São Paulo: Sarai-va, 2004.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, Vol. 3. São Paulo: Editora RT, 2000.

TRT - 6ª REGIÃO - 1º TURMA

PROCESSO TRT Nº 0148800-93.2009.5.06.0023 (RO)

Órgão julgador: PRIMEIRA TURMA

Relatora: DESEMBARGADORA NISE PEDROSO LINS DE SOUSA

Recorrente: ALDENOR CARVALHO DE OLIVEIRA

Recorrida: COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU

Advogados: ALESSANDRA PATRÍCIA DE GUSMÃO PEREIRA E FÁBIO PORTO ESTEVES

Procedência: 23ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE – PE

EMENTA: REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. PRESCRIÇÃO.

A prescrição aplicável ao reenquadramento é a total, posto que decorre de ato único do empregador, alcançando o próprio direito de ação, e não apenas as parcelas, conforme entendimento adotado pelas Súmulas nos 275, inciso II, e 294, do Colendo Tribunal Superior do Trabalho. O início do prazo prescricional dá-se no instante em que vulnerado o direito do autor. Assim, considerando que o reenquadramento do Autor se deu em 2001, ou seja, há mais de 05 anos da propositura da ação que ocorreu em 08.04.2008, encontra-se a questão sob o cutelo prescricional, nos termos do art. 7º, inciso XXIX, da CF. Recurso ordinário improvido.

Cuida-se de recurso ordinário interposto por **ALDENOR CARVALHO DE OLIVEIRA**, de decisão proferida pelo MM. Juízo da 23ª Vara do Trabalho do Recife, às fls. 318/325, que, pronunciando a prescrição do direito de ação, extinguiu, com resolução do mérito, os pedidos formulados na reclamação trabalhista que move em face da **COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU**.

Em suas razões de recurso, às fls. 327/340, o autor insurge-se contra a prescrição declarada na sentença. Alega, para tanto, que o objeto da reclamação trabalhista não consiste em discutir o enquadramento funcional perpetrado pela reclamada, por ocasião da implantação do PCS/2001, mas, ao revés, busca o cumprimento de uma obrigação de fazer, de acordo com as regras constantes daquele PCS, partindo do enquadramento já consolidado. Sustenta tratar de hipótese de prestações sucessivas, e que as alterações unilaterais realizadas pela reclamada no PCS/2001, nos anos de 2005, 2006 e 2009, que ocasionaram uma republicação do PCS, implicam na mudança do marco prescricional. Defende que as diferenças salariais postuladas são resultantes de descumprimento de norma estabelecida em PCS, que, no caso concreto, tem natureza de cláusula contratual regulamentar, tornando-se lei entre as partes, devendo ser aplicada a parte final da Súmula nº 294 do C. TST. Cita doutrina e jurisprudência e pede o provimento do recurso, a fim de que seja afastada a prescrição e que seja determinado o retorno dos autos à Vara

de origem para que o juízo de primeiro grau profira novo julgamento da pretensão, como entender de direito, caso não se entenda por julgar, de logo, o feito, em razão da amplitude do efeito devolutivo do recurso (art. 515, §1º, do CPC), por se tratar de matéria de direito.

Contrarrazões apresentadas às fls. 343/352.

A espécie não exige intervenção obrigatória do Ministério Público do Trabalho (artigo 49 do Regimento Interno deste Sexto Regional).

É o relatório.

VOTO:

Pretende o recorrente ver afastada a prescrição pronunciada na sentença, de modo que seja apreciada a questão de fundo deduzida na reclamação trabalhista, que, segundo alega, não versa sobre reenquadramento funcional, mas em que sejam efetivadas as progressões funcionais de acordo com as regras e o enquadramento já consolidado por ocasião da implantação do PCS/2001.

Não vinga, entretanto, a pretensão.

Em que pese o reclamante afirme não se tratar de pretensão referente a reenquadramento funcional, é exatamente disso que cuida a ação proposta.

Com efeito, extrai-se das alegações constantes na exordial que o autor iniciou sua prestação de serviços perante a Rede Ferroviária Federal, em 26.11.1984, exer-

cendo a função de Agente Especial de Segurança (nível funcional 759) e que, posteriormente, veio a ser absorvido pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU.

Com o passar dos anos, através de concurso interno, exerceu outros cargos, na reclamada, vindo a efetivar-se, em 1999, como Assistente Controlador de Movimento, exercendo, na atualidade, a função de Controlador do Centro de Controle Operacional.

Na petição inicial consta, expressamente, que *“pela natureza e complexidade das atividades exercidas pelo Assistente Controlador de Movimento, de acordo com o quadro de Padrões, é certo que esta função se enquadra na descrição constante no Padrão “D”, contudo, ao elaborar o PCS-2001, a Reclamada incluiu o Assistente Controlador de Movimento no Padrão “A”, o que não se pode admitir”*

E ainda, *“já em meados de 2005, questionava-se a forma incorreta em que a empresa havia enquadrado o Reclamante no Padrão errado, pois este exercia atividades do Padrão ‘D’, porém a reclamada o enquadrado no Padrão ‘A’, conforme contracheque anexo”* (destaquei)

Ao final, após discorrer sobre o nível funcional em que deveria estar, não fosse o equívoco apontado, dentre outros títulos, pleiteou: a) por concessão de medida liminar para que fosse integrado ao nível funcional “58” (cinquenta e oito), “Padrão D”, passando a perceber salário base correspondente a esse nível salarial (...); b) que a empresa fosse condenada a pagar-lhe as diferenças salariais do padrão “A” para o padrão “D”, mais a diferença entre o nível 37 (trinta e sete) e o 58 (cinquenta e oito), com as repercussões legais, **a partir de janeiro de 2001, data da prática do ato ilícito**, e c) seja determinado, por sentença, a adequação do enquadramento do Reclamante no Padrão e Nível referidos.

Na contestação, a reclamada arguiu a prescrição do direito de ação, ao argumento de que ultrapassado o prazo de cinco anos, previsto no artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal. Aduziu, em suma, que o enquadramento do autor se deu em março de 2001, em razão de que o direito de ação estaria fulminado pelo cutelo prescricional, considerando que o ajuizamento da presente demanda somente se deu em data posterior ao marco final da prescrição, invocando, para tanto, o entendimento consubstanciado na Súmula nº 275, do Colendo TST.

Resolveu o juízo a quo acolher a arguição apresentada na defesa, pronunciando a prescrição do direito de ação, razão pela qual, com fulcro no disposto no art. 269, IV, do CPC, extinguiu o feito, com resolução do mérito.

Apesar de o reclamante asseverar, nas razões recursais, que não está questionando o enquadramento feito pela empresa mediante a implantação do PCS/2001, a petição inicial é bastante clara no sentido de que o objetivo da demanda é o reenquadramento no Plano de Cargos e Salários de 2001. Tanto assim o é que, conforme destacado linhas atrás, o reclamante aponta que *“já em meados*

de 2005, questionava-se a forma incorreta em que a empresa havia enquadrado o Reclamante no Padrão errado, pois este exercia atividades do Padrão ‘D’, porém a reclamada o enquadrado no Padrão ‘A’.

Como se não bastasse, ao final, requereu, expressamente, seu enquadramento em padrão diverso daquele perpetrado pela empresa, com as diferenças salariais decorrentes do reenquadramento, com efeitos a partir de janeiro de 2001, data da prática do ato ilícito.

Não há dúvida, portanto, que a real pretensão obreira consiste em obter o reenquadramento funcional, após a edição do Plano de Cargos e Salários implantado pela empresa em 2001

Feitas tais considerações acerca do objeto da pretensão, impende ser analisado se restaram consumados ou não os efeitos da prescrição a fulminar o direito de ação do reclamante.

E a conclusão que se chega converge com o posicionamento expendido na sentença impugnada, haja vista que, em se tratando de reenquadramento funcional, a prescrição aplicável é a total, posto que decorre de ato único do empregador, alcançando o próprio direito de ação, e não apenas as parcelas sucessivas, conforme entendimento consubstanciado nas Súmulas nos 275, inciso II e 294, do Colendo TST, verbis:

“Em se tratando de pedido de reenquadramento a prescrição é total, contada da data do enquadramento do empregado.”

“Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”.

No caso dos autos, a alteração contratual decorrente do reenquadramento funcional ocorreu em março de 2001, através da Resolução da Diretoria nº. 55/2001, às fls. 239/253, sendo esse o marco inicial da contagem do prazo prescricional, pois a partir de então é que houve a suposta lesão do direito vindicado. Entretanto, a reclamação trabalhista somente foi proposta em 09.11.2009, depois de passados mais de cinco anos do apontado ato lesivo, ocasião em que, indubitavelmente, revela-se consumada a prescrição da exigibilidade do direito tido por violado, nos termos do art. 7º, inciso XXIX, da CF.

Saliento, ao final, de modo a evitar arguições desnecessárias, que as alterações engendradas pela empresa, nos anos de 2005, 2006 e 2009, através de resoluções internas, não possuem o condão de alterar o marco inicial da prescrição, notadamente porque não atingiram o enquadramento funcional do autor, como a própria inicial revela.

Nada a reformar, portanto.
Prejudicadas as demais arguições recursais.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Recife, 02 de setembro de 2010.

NISE PEDROSO LINS DE SOUSA

Desembargadora relatora

RESPOSTA À ACUSAÇÃO - CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA xxxxxxxx VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO

Ref. Proc. nº xxxxxxxxxxxx

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, por intermédio de seu advogado infra-assinado, porque instado a apresentar

RESPOSTA À ACUSAÇÃO

que lhe foi formulada perante esse Juízo, vem fazê-lo, nos termos dos arts. 396 e 396 - A do CPP, expondo e requerendo o seguinte:

Em que pese o recebimento da denúncia aviada pelo MPF, por meio da qual se imputa ao suplicante supostas infrações ao art. 1º, I, III e IV, da Lei 8.137/90 (crime contra a ordem tributária), e ao art. 1º, VII, da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), o caso, não há negar, é de absolvição sumária do suplicante, com esteio no art. 397, III, do CPP, eis que atípicos os fatos ali agitados.

E as atipicidades aqui delatadas, diga-se de logo, são constatadas sem maiores esforços, sendo desnecessárias, para demonstrá-las, análises aprofundadas sobre as figuras delitivas lançadas na inicial acusatória.

1ª Acusação: Art. 1º, I, III e IV, da Lei 8.137/90 – Inocorrência de lançamento definitivo do crédito tributário / Consequente inexistência de materialidade do suposto crime contra a ordem tributária / Atipicidade do fato / Hipótese de absolvição sumária

Em primeiro lugar, como é de sabença trivial, conforme estabelece a Súmula Vinculante 24 do STF,

“não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

E, sendo assim, não resta dúvida de que a imputação feita ao suplicante de cometimento de crime contra a ordem tributária revela-se **inviável**, visto que **não houve a constituição definitiva do crédito tributário decorrente da pretensa sonegação fiscal ventilada na denúncia**, pelo que **não há falar em materialidade do suposto de-**

lito em comento e, por conseguinte, em fato típico.

Tanto não houve o lançamento do crédito tributário que, nos autos, não existe qualquer informação nesse sentido ou mesmo de que foi instaurado o competente procedimento administrativo junto à Receita Federal para se saber qual, efetivamente, seria o quantum devido em decorrência da suposta sonegação fiscal.

Inexistindo, portanto, materialidade do suposto crime contra a ordem tributária imputado ao suplicante (art. 1º, I, III e IV, da Lei 8.137/90), uma vez que sequer houve lançamento definitivo do suposto crédito tributário dele decorrente, resta flagrante a **ATIPICIDADE** do fato, revelando-se imperiosa, desenganadamente, a **ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA** do suplicante, que é o que se **REQUER**, de logo, com fins no art. 397, III, do CPP.

2ª Acusação: Art. 1º, VII, da Lei 9.613/98 – Impossibilidade de configuração do crime de lavagem de dinheiro, ante a inexistência de crime antecedente / Atipicidade do fato / Hipótese de absolvição sumária

Ao depois, há que se observar que, também no tocante à acusação de infração ao art. 1º, VII, da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), o caso é de **absolvição sumária** do suplicante, por manifesta **atipicidade** do fato.

Eis o aludido tipo penal:

“Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

(...)

VII - praticado por organização criminosa.

(...)

Pena: reclusão de três a dez anos e multa”.

Ora, conforme se apreende de uma simples leitura do referido dispositivo, e como bem leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI¹ acerca do delito em comento, **“o tipo penal promove a ligação indispensável da conduta de ocultação ou dissimulação de bens em geral à proveniência criminosa dos mesmos”**, ou, na dicção de LUIZ REGIS PRADO², **“é indispensável que esses bens, direitos ou valores sejam oriundos, direta ou indiretamente, da prática antecedente de um dos crimes consignados no rol fechado previsto pela Lei 9.613/1998”**.

Ocorre, todavia, que, por evidente, não se pode dizer que a mencionada circunstância ocorreu no presente caso.

Afinal, aqui, como visto, não há falar na ocorrência (indispensável) de crime antecedente e, por conseguinte, em **“proveniência criminosa”** de quaisquer bens, direitos ou valores, vez que **não existe, hoje, sequer materialidade do suposto crime contra a ordem tributária imputado ao suplicante (art. 1º, I, III e IV, da Lei 8.137/90).**

Desse modo, inexistindo quaisquer crimes **anteriores** e, por via de consequência, **“bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime”**, impossível se revela, no caso, a **configuração do crime de lavagem de dinheiro**, insculpido no art. 1º, VII, da Lei 9.613/98.

Ademais, não se pode olvidar que, segundo o MPF, os pretensos bens e valores objeto do suposto crime de lavagem de dinheiro seriam advindos de atividade de **“organização criminosa”**, já que indicou, na inicial acusatória, o inciso **VII**, do art. 1º, da Lei 9.613/98, como incidente no caso.

E, assim sendo, deve-se ter em conta que, segundo exortam ROBERTO DELMANTO, ROBERTO DELMANTO JR. e FÁBIO DELMANTO³,

“embora a Lei 9.034/95, em seu art. 1º, defina e regule ‘meios de prova e procedimento investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo’, a rigor não há, até hoje, uma definição legal de seja ‘organização criminosa’, o que, a nosso ver, torna inaplicável este inciso VII em face do postulado da taxatividade da lei penal (CP, art. 1º)”.

Dessa forma, seja por um motivo, seja por outro, de igual sorte se afigura imperiosa a **ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA** do suplicante com relação à imputação de infração ao art. 1º, VII, da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), por indistigável **ATIPICIDADE** do fato, que é o que se **REQUER** também aqui.

Preliminar – Nulidade ab initio da ação penal, ante a inépcia da denúncia

Agora, caso restem ultrapassados os pedidos de absolvição sumária acima formulados – o que não se acredita, verdadeiramente –, há que se observar que o processo em apreço está eivado de **vício substancial**, consistente na **inépcia da denúncia** por manifesta afronta à regra insculpida no art. 41 do CPP, pelo que, preliminarmente, argúi-se a **nulidade ab initio do processo**.

É que, no que atine ao suplicante, a **denúncia**

não descreveu o fato com todas as suas circunstâncias, como indispensável, **tampouco individualizou a sua conduta**, limitando-se a uma narrativa **genérica e amorfa**.

Realmente, a despeito de se ter imputado ao suplicante supostas práticas dos delitos desenhados no art. 1º, I, III e IV, da Lei 8.137/90 (crime contra a ordem tributária), e no art. 1º, VII, da Lei 9.613/98 (lavagem de dinheiro), o MP, na exordial, não descreveu quais teriam sido, **concretamente**, as condutas supostamente praticadas pelo suplicante que, por menor que fossem, seriam aptas a vestir os figurinos dos aludidos tipos penais.

Aliás, o caráter genérico de que se reveste a inicial acusatória resta patente na medida em que se observa que as “ações” delituosas ali (mal) delineadas são **genericamente** atribuídas ao **“GRUPO denunciado”**, e **NÃO a cada denunciado de per si**, já que, segundo o MPF, **“o GRUPO criminoso** emite notas fiscais falsas (...)”, **“o GRUPO**, via de regra, (...) ofertava e entregava quantias em espécie com o fito de evitar uma fiscalização mais detalhada (...)”, **“a vileza do GRUPO** não reside apenas na questão da burla do fisco estadual (...)”, **“o lucro financeiro do GRUPO** é tão grande (...)” que **“o GRUPO** já acumula riqueza vultuosa” etc.

Assim, sem indicar, **objetiva e concretamente**, uma conduta eventualmente praticada pelo suplicante apta a configurar os delitos que lhe foram imputados, bem como sem descrever o fato com todas as suas circunstâncias, a denúncia se esgota maculada pelo vício da **inépcia**, que, como se sabe, contamina o processo a partir do seu nascedouro.

Nesse sentido, é lapidar o acórdão da 6ª Turma do STJ proferido nos autos do HC 50.804/SP, com relatoria da Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (julg. em 11/11/08, DJe 01/12/08), assim ementado, verbis:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. 1. INÉPCIA DA DENÚNCIA. DESCRIÇÃO INSUFICIENTE DOS FATOS. NULIDADE ABSOLUTA. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO À AMPLA DEFESA FLAGRANTE. 2. CRIMES SOCIETÁRIOS. MERA QUALIDADE DE SÓCIO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. 3. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não tendo sido expostos os fatos imputados à paciente de forma suficiente, em atendimento aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, e causando flagrante prejuízo à ampla defesa, é se reconhecer a nulidade absoluta da denúncia. 2. Mesmo em se tratando de crimes societários, é indispensável a indicação de uma conduta que se ligue minimamente ao resultado, não bastando a referência à condição de sócio, sob pena de responsabilização de caráter objetivo.

1. NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 419.

2. PRADO, Luiz Regis. Direito penal econômico. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 412.

3. DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fábio. Leis penais especiais comentadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 558.

3. Ordem concedida para anular o processo, desde a denúncia, dando oportunidade para que outra seja proferida, com a adequada exposição do fato”.

No mesmo diapasão, a 5ª turma do STJ, ao julgar o RHC nº 19.219 - RJ, com relatoria do Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, decidiu, verbis:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS . TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MATERIALIDADE E AUTORIA. TIPICIDADE (FORMAL, NORMATIVA E SUBJETIVA). TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO TIPO. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. **DENÚNCIA INEPTA**. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. INADMISSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Nos crimes societários, embora não se exija a descrição minuciosa da conduta de cada acusado, **é necessário que haja a narrativa dos fatos delituosos, de sua suposta autoria, do vínculo de causalidade e do nexo de imputação, de maneira a permitir o exercício da ampla defesa.**

3. Não há confundir narrativa genérica da conduta com imputação de responsabilidade penal objetiva.

4. **Cabe ao órgão acusador, em sua peça inicial, a demonstração do vínculo, ainda que mínimo, entre o risco causado ao objeto penalmente tutelado e a conduta efetiva do denunciado na condição de sócio da empresa para que se possa dar início a ação penal com o recebimento da denúncia.**

5. Recurso provido para, reconhecendo a inépcia da denúncia, anular a ação penal em relação ao paciente, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia em que haja a descrição mínima da sua efetiva participação”.

E, na mesma esteira, este outro julgado também da 5ª Turma do STJ, lavrado nos autos do HC 62.330 - SP, relatado pelo MIN. GILSON DIPP, verbis:

“CRIMINAL. HC. DISPENSA DE LICITAÇÃO. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. **INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME SOCIETÁRIO. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DA PACIENTE COM OS FATOS DELITIVOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA.**

I. Hipótese em que a paciente foi denunciada pela suposta prática de crime previsto na Lei de Licitações porque a empresa da qual seria sócia teria celebrado contrato com o Poder Público para a execução de obra sem a prévia observância do procedimento licitatório.

II. O entendimento desta Corte – no sentido de que, nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente –, **não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre os denunciados e a empreitada criminosa a eles imputada.**

III. O simples fato de ser sócio ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva.

IV. O contrato firmado pela empresa da qual a acusada seria sócia com a autarquia municipal, o qual seria a circunstância que, segundo a denúncia, caracterizaria a participação da paciente na empreitada supostamente criminosa, teria sido assinado por outro co-réu.

V. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia.

VI. Precedentes do STF e do STJ.

VII. Deve ser determinado o trancamento da ação penal instaurada contra a paciente.

VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator”.

De se ver, e como cediço, quando há pluralidade de acusados, como no caso, a regra para a feitura da proposta acusatória consiste em **individualizar a ação de cada agente**, sob pena de **inépcia** e consequente **nullidade** do feito por cerceamento de defesa, já que o réu se defende dos **fatos** que lhe foram imputados, e não do artigo de lei eleito na inicial.

Assim, constatado o vício da inicial, argúi-se a **nullidade ab initio da ação penal**, ante a **inépcia da denúncia**, por violar, data venia, a regra insculpida no art. 41 do CPP, pelo que **REQUER** seja o processo declarado **nulo** desde aquele ponto.

Requerimento de oitiva de testemunhas

De resto, considerando a remotíssima possibilidade de restarem ultrapassados os pedidos de absolvição sumária formulados, bem como a preliminar agitada – o que não se acredita, registre-se –, **REQUER-SE** sejam inquiridas as testemunhas indicadas no rol abaixo, as quais deverão ser intimadas na forma da lei:

- 1 – xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx;
- 2 – xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx;
- 3 – xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Nestes Termos,
Pede Deferimento.

Recife, 06 de setembro de 2010.

CARLOS BARROS
OAB/PE 24.468

CONTESTAÇÃO - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE

EXMO. SR. DR. JUIZ DA xxxxxxxx VARA DO TRABALHO DE RECIFE/PE.

Processo nº. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

NOME DA RECLAMADA, nos autos da RECLAMAÇÃO TRABALHISTA contra ela ajuizada por NOME DOS RECLAMANTES, em curso nesse MM. Juízo, vem apresentar sua resposta sob a forma de CONTESTAÇÃO, pelos motivos de fato e de direito a seguir deduzidos.

PRELIMINARMENTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

Como é cediço, para os trabalhadores urbanos a ação/reclamação quanto aos créditos decorrentes da relação de trabalho prescreve em 05 (cinco) anos, de acordo com o preceito insculpido no inciso XXIX, art. 7º da Lei Maior.

Diante disso, os títulos vindicados pelos Reclamantes que sejam anteriores ao quinquênio que antecedeu o ajuizamento da presente ação, encontram-se fulminados pelo cutelo prescricional. É o que requer.

DA BASE DE CÁLCULO:

A VERDADE DOS FATOS E DO DIREITO

Na verdade, passará a Reclamada a discorrer a realidade dos fatos, a fim de demonstrar que não cometeu qualquer atitude ilícita ou injusta, tendo agido nos estritos limites do direito, com respaldo na legislação pátria vigente.

Reporta-se o reclamante à necessidade de “modificação na metodologia de cálculo do adicional de periculosidade”, para que a base de cálculo passe a ser não apenas do salário-base, mas, tendo incidência sobre as férias mais 1/3, 13º salário, FGTS, repouso semanal remunerado, gratificação anual, gratificação de função, abono ACT, gratificação de férias, horas extras, FGTS e repouso semanal remunerado.

Ocorre que, in casu, a empresa já utiliza como base de cálculo do adicional de periculosidade, não apenas o salário-base dos funcionários, conforme preconiza o artigo 193 da Norma Consolidada, mas, realiza o pagamento do referido adicional na forma pleiteada na inicial, conforme abaixo explicitado.

O cálculo do adicional de periculosidade é realizado levando-se em consideração o salário nominal do nível efetivo do funcionário mais o valor do VNPI passivo e mais o percentual de 30% (trinta por cento) referente ao adicional de periculosidade em tela, de

acordo com o disposto na cláusula 3 do Dissídio Coletivo nº TST-DC-212102/2009-000-00-00-8, com validade para o biênio 2009/2010, e cláusulas dos demais acordos coletivos de trabalho celebrados entre o sindicato da categoria e a empresa, conforme se verifica com a documentação que se acosta, in textus:

“CLÁUSULA 3 – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

A EMPRESA pagará mo adicional de 30% (trinta por cento) sobre os salários nominais (salário do nível efetivo e VNPI passivo) periculosidade ao Assistente Operacional – ASO, Assistente Condutor ASC e ao Assistente Controlador de Movimento – ASM, enquadrados no PCS 2001 e às correspondentes classes no PCS 90, desde que exerçam atividades ou operações sujeitas ao risco, mediante prévia expedição de aludo, segundo as normas do Ministério do Trabalho.

PARÁGRAFO ÚNICO: *Aos empregados pertencentes aos demais cargos e que exerçam atividades ou operações sujeitas ao risco é igualmente indispensável a expedição prévia de laudo nos termos da lei.”*

Verifica-se, também, com clareza solar, que outros Acordos Coletivos de Trabalho celebrados pela empresa ora contestante, consagravam a forma de pagamento acima explicitado, como por exemplo **o disposto na cláusula 4 do Acordo Coletivo de trabalho biênio 2007/2009.**

Senão vejamos:

“CLÁUSULA 4 – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.

A EMPRESA pagará o adicional de periculosidade de 30% (trinta por cento) sobre os salários nominais (salário do nível efetivo e VNPI passivo) ao Assistente Operacional – ASO, Assistente Condutor ASC e ao Assistente Controlador de Movimento – ASM, enquadrados no PCS 2001 e às correspondentes classes no PCS 90, bem como aos demais empregados que exerçam atividades ou operações sujeitas ao risco, mediante prévia expedição de aludo, segundo as normas do Ministério do Trabalho, mediante prévia expedição de laudo técnico, nos termos da lei.”

Por sua vez, a **cláusula 3 do Dissídio Coletivo nº TST-DC-172.842/2006-000-00-007, que vigorou no biênio 2006/2007**, assim como o Acordo Coletivo de Trabalho para o período bienal de 2005/2006, também previa na sua cláusula 3, com redação idêntica, a mesma forma de pagamento do adicional de periculo-

cidade, objeto da presente demanda.

Por conseguinte, conforme se verifica com a simples leitura da cláusula transcrita, para efeito de base de cálculo, o adicional de periculosidade compõe as rubricas de pagamento do salário hora, incidindo dessa forma, também para o cálculo do 13º salário e férias.

Em sendo assim, a partir do momento que o adicional supracitado passa a compor o salário hora do funcionário, todos os outros títulos sofrem incidência: o FGTS, férias e suas repercussões (abono pecuniário de férias, adiantamento de férias e gratificação de férias), 13º salário; cálculos das horas extras, do adicional noturno, etc.

Ora Vossa Excelência, é de clareza solar que a empresa, ora reclamada, cumpre as determinações contidas no dissídio coletivo acima citado, não havendo, em hipótese alguma, razões para a insatisfação do reclamante.

Ocorre que o reclamante numa vã tentativa de induzir o Juízo ao erro, propõe reclamação trabalhista cujo objeto está sendo inteiramente cumprido pela reclamada, tratando-se, por conseguinte, uma aventura jurídica com o claro intuito de enriquecimento ilícito, pois pretende locupletar-se do Erário, o que, data vênica, deverá ser inteiramente rechaçado por esta Justiça Especializada.

Portanto, no caso sob comento, não existe um só ato praticado pela Reclamada que possa levar a pecha de ilícito, pelo contrário, todos os atos por ela praticados revestiram-se da mais perfeita legalidade e apenas serviram para assegurar o interesse público.

Todas as questões que envolveram tal fato foram realizadas em respeito ao erário público, em restrita obediência ao princípio do Direito Público da motivação do ato.

Imprescindível salientar que todo o procedimento utilizado pela Reclamada revestiu-se da mais perfeita legalidade, atendendo todos os princípios constitucionais e administrativos, em restrita obediência a lei e ao dissídio coletivo da categoria.

Em sendo assim, improcedem os pleitos contidos na alínea “b”.

Quanto ao pleito ínsito na alínea “c” da peça atriada, por ser pedido acessório segue a mesma sorte do principal conforme estatui o art. 62 do vigente Código Civil, motivo pelo qual improcede.

DAS CONVENÇÕES COLETIVAS E DO ACORDO COLETIVO

No que diz respeito à Convenção Coletiva de Trabalho, firmado entre os Sindicatos patronal e dos empregados, obedecendo a base territorial do reclamante tem havido o entendimento jurisprudencial, que afirma que o estabelecido na CCT é prática do princípio da autonomia coletiva privada, válida nos termos do art. 7º, XXVI da Magna Carta.

“Acordo Coletivo - Autonomia privada coletiva. A prevalência de composição espontânea das partes, in casu, do acordo coletivo, é prática do princípio da autonomia pri-

vada coletiva, longamente perseguida pelas categorias trabalhadoras e hoje a nível constitucional - art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal.” Ac. TST 5ª T. RR 130365/94, Rel. Min. Armando de Brito.

A Constituição Federal em seu art. 7º, XXVI trouxe a nosso ordenamento jurídico o princípio da autonomia coletiva da vontade, ou seja, trouxe a possibilidade de negociação entre as partes interessadas na relação do trabalho para que fixem normas de trabalho.

Anexa os Dissídios Coletivos da Categoria dos reclamantes impugnando qualquer outro juntado, vez que estes são os únicos devendo ser observado seu local de contratação uma vez que a reclamada detém superintendências regionais em diversas unidades da

“Eficácia territorial de normas coletivas - O direito positivo brasileiro adota o sistema de estruturação sindical baseado no “paralelismo simétrico” (Magano) ou “bifrontalidade sindical” (Catharino), isto é de correspondência entre categoria econômica e profissional. Sucede que esta se forma a partir da similitude de condições de vida decorrente do trabalho na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas (CLT, art. 511, parágrafo segundo). Logo, o que fixa a correspondência é a atividade econômica. Por isso, salvo adesão voluntária a normas coletivas de outra região, o empregador só estará obrigado pelas decisões ou acordos normativos que celebre no âmbito da base territorial de sua categoria, ainda que venha a exercer atividade fora dessa circunscrição” TRT 2ª Região. PROCESSO Nº: 02980343743 ANO: 1998 TURMA: 01 - ACÓRDÃO Nº: 02990301911 - DATA DE PUBLICAÇÃO: 29/06/1999 - RELATOR(A): LUIZ CARLOS GOMES GODOI REVISOR(A): EDUARDO DE AZEVEDO SILVA, grifamos.

Vejamos o posicionamento da 5ª Turma do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região:

“Acordo Coletivo. Validade. Ganha importância o Acordo Coletivo na medida em que permite ao empregado influir nas condições de trabalho, tornando-as bilaterais; atenua o choque social e reforça a solidariedade do operariado; é fonte de direito e não tem inconvenientes da lentidão legislativa, experimentando medidas que poderão tornar-se, no futuro, normas gerais; é uma tentativa nobre de reabilitar a dignidade humana, aviltada pelo individualismo jurídico. Negar esse direito é retroagir no tempo, é impedir o progresso das instituições destinadas a valorizá-las. Por esse fundamentos, por entender plenamente válidos os Acordos Coletivos citados, que tiveram vigência a partir de 01.05.96, excludo da condenação as horas extras e seus reflexos.” (TRT/15ª Região - 5ª T. - 37744/01 - ROS - 8 - Ac. 1497/02 - Rel. Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri - DOE 16.05.02 - p. 39)

DA BASE DE CÁLCULO – CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS E LEGAIS:

Entretanto, apesar do acima exposto, mesmo considerando-se que a reclamada não esteja cumprido integralmente as normas contidas no dissídio coletivo da categoria, passa-se a tecer comentários acerca das disposições legais, doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria.

O preceito contido no art. 193, § 1º da CLT, determina o seguinte:

“Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.

§ 1º O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.”

Deve ser observado que o pleito do demandante, não possui qualquer fundamentação jurídica visto que o adicional de periculosidade incide exclusivamente sobre o salário base do obreiro, como têm decidido nossos tribunais, o que se demonstra através dos ares- tos abaixo transcritos:

A questão inclusive foi objeto de estudo pela Revista LTr (65-11), especializada em Direito do Trabalho, publicada na edição de novembro/2001, pág. 1366, in verbis:

“I – INTEGRAÇÃO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE NA BASE DE CÁLCULO NAS HORAS DE SOBREVISO E NAS HORAS EXTRAS

A 5ª Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, em Acórdão de 18.4.01, relatado pelo Ministro Rider de Brito e que se encontra publicado neste número da revista, por unanimidade, decidiu sobre o tema referenciado de forma a negar mencionada integração do adicional de periculosidade na base de cálculo das horas de sobreaviso e das horas extras.

Na tentativa de reverter o julgamento proferido pelo egrégio TRT da 4ª Região que deu provimento ao recurso da reclamada para absolvê-la da condenação de integrar o adicional de periculosidade sobre horas de sobreaviso e de horas extras, foi interposto o competente Recurso de Revista para o Tribunal Superior do Trabalho, o qual foi conhecido e, no mérito, negado provimento.

Quanto ao sobreaviso não há falar na integração pretendida, eis que o empregado nessa situação não se expõe às condições perigosas ensejadoras do pagamento

do adicional respectivo.”

Pede vênica a Reclamada para transcrever a Ementa do acórdão da lavra do C. TST, que trata da matéria, fulminando de logo a pretensão do Autor, in verbis:

“Integração do adicional de periculosidade na base de cálculo das horas extras. Impossibilidade. O art. 457, § 1º da CLT, ainda que exemplificativamente, menciona parcelas que integram o salário, não elencando dentre elas qualquer dos adicionais compulsórios. E isso porque, ainda que se considere o adicional de periculosidade (assim como os demais adicionais compulsórios) parcela de natureza salarial, esta não integra o salário-base para fins de incidência de outros adicionais, sob pena de propiciar a alteração indireta do valor do salário-hora, com a nefasta incidência de adicional sobre adicional. Recurso de revista conhecido e desprovido.” (Acórdão unânime da 5ª Turma do TST – RR – 508.287/1998 – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 1 de 14.05.2001, pág. 1.210)“

EMENTA: Adicional de periculosidade. O adicional de periculosidade incide, apenas, sobre o salário básico, e não sobre este acrescido de outros adicionais, devendo as demais parcelas de natureza salarial ser excluídas do cálculo do referido adicional.

“Recurso de revista. Adicional de periculosidade. Base de cálculo. A Constituição da República de 1988 não inovou com relação à base de cálculo do adicional de periculosidade, permanecendo o salário básico do obreiro, sem nenhum acréscimo de adicionais. Recurso de revista conhecido e provido. Ac. (unânime) TST 4ª T (RR 253007/1996.4), Rel. Min. Wagner Pimenta, DJU 26/06/98, p. 328.” (in Dicionário de Decisões Trabalhistas, B. Calheiros Bomfim, Silvério dos Santos e Cristina Kaway Stamato, 29ª edição, Edições Trabalhistas, pág. 41) (grifos nossos)

“O que o Enunciado nº 191 sustenta é que o adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre outros adicionais – mas não que a paga destes outros adicionais não seja considerada a periculosidade. Adotar tal tese implicaria em recusar ao trabalhador que desenvolve sua atividade em condição perigosa o direito a receber a paga correspondente quando da prorrogação de suas jornadas, o que não se pode tolerar. Ac. TRT 1ª Reg. 6ª T (RO 4234/96), Relª. (designada) Juíza Doris Castro Neves, DO/RJ 24/06/98, p. 175.” (in op. cit. pág. 42) (grifos nossos)

“O adicional de periculosidade incide, apenas, sobre o salário básico, e não sobre este acrescido de outros adicionais (TST, RR 133.931/94.9, Valdir Righetto, Ac. 2ª T. 939/97).

ORIGEM TRIBUNAL: TST DECISÃO: 03 04 2002
PROC: RR NUM: 516382 ANO: 1998 REGIÃO: 01 RECURSO DE REVISTA TURMA: 03

ÓRGÃO JULGADOR - TERCEIRA TURMA FONTE DJ DATA: 26-04-2002

PARTES

RECORRENTE: LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A. RECORRIDO: CLÁUDIO LUIZ BASTASINI.

RELATORA MINISTRA MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI

EMENTA ADICIONAL DE PERICULOSIDADE - INCI-DÊNCIA SOBRE SALÁRIO-BASE. A controvérsia cinge-se à fixação da base de cálculo do adicional de periculosidade, se o salário-base ou este acrescido das horas extras. Este Tribunal já firmou jurisprudência, consubstanciada no Enunciado nº 191, no sentido de que o adicional de periculosidade incide, apenas, sobre o salário básico, e não sobre este acrescido de outros adicionais, ou seja, as demais parcelas de natureza salarial são excluídas do cálculo do aludido adicional (Precedentes: ERR 476885/98, DJ 10-11-2000, Rel. Min. Moura França; ERR 156955/95, DJ 9-10-98, Rel. Min. Rider de Brito). O artigo 193, § 1º, da CLT, dirime a questão. Recurso conhecido e provido.

É importante salientar ainda que a presente matéria já encontra-se inclusive sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho, através da súmula nº 191, in verbis:

“191 Periculosidade. Adicional

O adicional de periculosidade incide, apenas, sobre o salário básico, e não sobre este acrescido de outros adicionais. Em relação aos eletricitários, o cálculo do adicional de periculosidade deverá ser efetuado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.” (grifos nossos)

A doutrina também já se pronunciou a respeito da questão nesse mesmo sentido, é o que se infere das lições do mestre Arnaldo Sussekind, logo adiante:

“O adicional de periculosidade corresponde a 30% do salário do empregado, excluídas as parcelas referentes a gratificação, prêmios ou participação nos lucros da empresa (§ 1º do art. 193).” (Instituições de Direito do Trabalho – Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão, Segadas Viana e Lima Teixeira, ed. LTr, 18ª edição, pág. 932)

Comentando o art. 193 da CLT, o mestre Valentin Carrion também discorre no mesmo sentido:

“Adicional de periculosidade. Para inflamáveis e explosivos é de 30% sobre o salário básico, excluídas as gratificações, prêmios ou participação nos lucros da empresa.” (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, ed. Saraiva, 26ª edição, pág. 174)

Demonstra-se de tal maneira, que a pretensão do Reclamante não tem como prosperar, visto que desprovi-

da de qualquer amparo jurídico ou legal que a sustente.

A TÍTULO DE REFORÇO, URGE MENCIONAR QUE O RECLAMANTE NÃO SE ENQUADRA NA CATEGORIA DE ELETRICITÁRIO, E SIM DE METROVIÁRIO.

Os adicionais salariais não têm caráter principal e sim suplementar sobre o salário básico recebido pelo obreiro, não devendo, isto posto, ser contabilizados com base na remuneração total do trabalhador, e sim, tão somente, no salário básico a que complementam. Sendo este o entendimento do ilustre Professor Mauricio Godinho Delgado.

“Tais parcelas salariais terão sempre caráter suplementar com respeito à parcela salarial principal recebida pelo empregado, jamais assumindo posição central na remuneração obreira; devendo, portanto, ser calculadas em porcentagem sobre esta parcela salarial principal.” (Delgado, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Ed. LTR. São Paulo. 1ª ed. 3ª tiragem. 2002. pag. 714).

Percebe-se claramente indevida a reinvidicação do Reclamante, posto que o adicional de periculosidade jamais poderia incidir sobre todas as parcelas remuneratórias, quer pela natureza do adicional salarial, que pelo entendimento vinculante adotado pelo Superior Tribunal Trabalhista pátrio.

Ademais, compete ao Reclamante o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito. Segundo Lopes da Costa o “fato constitutivo é o fato capaz de produzir o direito que a parte pleiteia; geralmente é formado por vários elementos; desse complexo é que surge o direito.”

Em face disso, não havendo prova nos autos das alegações do Reclamante, a condenação viria a contrariar o disposto no artigo 818 do diploma celetista.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NA BASE DE 15% -

São incabíveis os honorários advocatícios ao patrono do Sindicato Autor, mesmo na remota e improvável hipótese de serem julgados procedentes os pedidos formulados em sua exordial, exatamente por não estarem preenchidos os requisitos capitulados no art. 14 da Lei nº. 5.584/70, visto que todos os substituídos percebem remuneração mensal superior ao dobro do salário mínimo legal. Incidíveis os Enunciados nºs. 219 e 329 do TST.

Cumpra lembrar, ainda, que o Colendo STF suspenheu a eficácia do disposto no inciso I do art. 1º. da Lei nº. 8.906/94 no tocante à Justiça do Trabalho, em razão do jus postulandi que é conferido ao Reclamante nas ações aí ajuizadas (ADIN 1.127-8-DF, rel. Min. Paulo Brossard, DJU 14.01.94, Seção I, p. 27.596).

DAS INCIDÊNCIAS LEGAIS

Na improvável hipótese de ser julgado procedente o pedido formulado pelo Reclamante, o que se admite ad argumentandum tantum, requer seja determinada à incidência dos descontos atinentes à Previdência Social e ao Imposto de Renda, a teor dos Provimentos nºs. 01/96 e 01/97 da Corregedoria Geral do Trabalho.

COMPENSAÇÃO

Ainda na hipótese de acolhimento dos pedidos formulados pela Reclamante – hipótese essa admitida a guisa de argumentação – requer seja deferida a compensação e a dedução dos valores pagos a idêntico título.

CONCLUSÃO

Com essas considerações, requer a RECLAMADA sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial em face dos elementos de fato e de direito trazidos a lume.

Pede deferimento.

Recife, 26 de julho de 2010.

JOSÉ PANDOLFI NETO
OAB/PE 16.470

FÁBIO PORTO ESTEVES
OAB/PE 16.433

PARECER - ADOÇÃO POR CASAL HOMOSSEXUAL

Processo n. XXX (em apenso aos de n. YYY e ZZZ)

Adoção através de cadastro

Requerentes: Requerente I e Requerente II

Crianças: Criança I e Criança II

RELATÓRIO:

Trata-se de pedido de adoção através de cadastro promovido inicialmente por REQUERENTE I, devidamente qualificado às fls. 02, inscrito no cadastro de pretendentes à adoção através do processo n. ---, de acordo com a sentença de n. ---/2007 (fls. 27).

Quando da realização do estudo sócio-familiar na Comarca de ---(outro estado), o requerente declarou-se homossexual e afirmou que há mais de uma década convive com REQUERENTE II (fls. 13/17 do processo n. ---). Apesar destas informações, o pretendente foi inscrito na Comarca do Recife, a exemplo do que ocorreu na de ---, como divorciado, portanto foi excluído, na oportunidade, o seu companheiro REQUERENTE II para fins de adoção através de cadastro (fls. 30 do processo n. ---).

Convocado, o REQUERENTE I recebe no dia --- de março de 2007 as crianças CRIANÇA I (nascida no dia ---, 5 anos de idade) e CRIANÇA II (nascida no dia ---, com 7 anos de idade), aptas a adoção conforme sentença proferida nos autos do processo n. ---- que decretou a perda do poder familiar dos seus genitores (fls. 207/209).

O relatório de convivência é elaborado por equipe psicossocial da Comarca de --- (outro estado) o qual constata que o REQUERENTE II integra a família que recebeu as crianças, destacando que:

“Para ambos a questão da relação homoafetiva é algo que lidam com tranquilidade, inclusive demonstrando maturidade emocional no que concerne aos preconceitos que algumas vezes percebem ainda existir na sociedade xxx.” (fls. 23).

O relatório psicossocial em cumprimento ao disposto no art. 167 da Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, é de 10 de maio de 2007.

Quando da oitiva dos requerentes em juízo, em audiência realizada no dia 03 de dezembro de 2007 nesta

Comarca do Recife, o REQUERENTE I reiterou o seu desejo de adoção, informando que a família extensa – familiares residentes no --- (outro estado) – já conhecem as adotandas, bem como que “não houve qualquer dificuldade na adaptação” (fls. 30), e que “na escola as crianças colegas das meninas já reconhecem que existem dois pais; que REQUERENTE II também deseja requerer a adoção de CRIANÇA I E CRIANÇA II; que não fez cadastramento no juizado de --- (outro estado) porque foi informado que só podia ser unilateral” (fls. 30).

Na mesma audiência o REQUERENTE II manifesta o interesse de ingressar com o pedido de adoção aditando, conseqüentemente, a exordial. O pedido é deferido sem que se tenha tecido qualquer consideração acerca da possibilidade jurídica do pedido, apesar da polêmica que reveste o tema (fls. 30/31). A documentação pessoal do adotante REQUERENTE II é acostada às fls. 37/42.

A partir de uma entrevista realizada no dia 20 de dezembro de 2007 apenas com o REQUERENTE II, a psicóloga do Núcleo de Adoção e Estudos da Família, NEAF, integrante da 2.a Vara da Infância e da Juventude do Recife, elabora o relatório de fls. 44/52 e conclui de forma favorável ao pleito, destacando:

“A Psicanálise nos ensinou que a família não é um grupo natural e sim um grupo cultural, ela é uma estrutura psíquica, onde as funções exercidas por seus membros não dizem respeito a questão de gênero e sim ao desejo dirigido a criança e à possibilidade de fazê-la sujeito diferenciado, ou seja não alienado das expectativas e imposições das figuras representativas nesta constituição familiar.” (fls. 50).

Com a apresentação do relatório os autos seguem com vista para o Ministério Público.

PARECER:

Concluído o relatório acima, iniciamos as conside-

rações acerca dos aspectos jurídicos. De logo enfatizamos que a modalidade de adoção através de cadastro constitui-se uma das mais festejadas pelos que atuam na área da criança e do adolescente em razão de beneficiar um segmento desta população que se encontra privada do direito fundamental à convivência familiar, em geral mantidas em abrigos governamentais ou não-governamentais tendo em vista o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar por parte dos seus genitores e o abandono da família extensa. Este foi o caso de CRIANÇA I e CRIANÇA II, crianças que foram abrigadas no --- desde julho de 2005, estando aptas à adoção após o trânsito em julgado da decisão que decretou a perda do poder familiar dos seus genitores (inteligência dos arts. 45, § 1.o. e 50 do Estatuto e art. 1.621, § 1.o. do Código Civil).

O primeiro requerente, REQUERENTE I considerado habilitado para fins de adoção (art. 50 e seus parágrafos do Estatuto), foi incluído em cadastro no início do ano de 2007 e, após consulta aos sistema INFOADOTE, selecionado para a adoção das irmãs, o que atende ao preceito contido no art. 92, V do Estatuto (não-desmembramento de grupo de irmãos). Tudo regular, portanto.

Com relação à adoção propriamente dita, observamos que o estágio de convivência respeitou o disposto no art. 46, § 1.o. do Estatuto, já estando as crianças na companhia dos requerentes por tempo mais que suficiente, sendo imperiosa uma definição jurídica do caso.

No que concerne aos estudos técnicos realizados, destacamos que, apesar da boa qualidade das considerações teóricas do relatório apresentado pela Comarca do Recife, o mesmo restringiu-se a uma única entrevista com o segundo requerente e é subscrito apenas por profissional de psicologia, embora integre a equipe profissionais de Serviço Social. O Diploma Estatutário ao tratar dos procedimentos a serem seguidos quando da colocação em família substituta estabelece que:

“Art. 167 – A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes ou do Ministério Público, determinará a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória, bem como, no caso de adoção, sobre o estágio de convivência.

Art. 168 – Apresentado o relatório social ou o laudo pericial, e ouvida, sempre que possível, a criança ou o adolescente, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de cinco dias, decidindo a autoridade judiciária em igual prazo.” (Grifei).

Todavia, entendemos que a exigência foi suprida pelo estudo realizado na Comarca de --- (outro estado) elaborado por Assistente Social e Psicóloga (fls. 22/24), com base em “visitas domiciliares, entrevistas e observações in loco” que, na oportunidade, já se antecipava contemplando o segundo requerente como integrante da família e

a sua relação com as crianças I e II, concluindo de forma favorável à pretensão restando cumpridas as exigências procedimentais, bem como comprovando o atendimento ao preceito contido no art. 43 do Estatuto pelo qual “A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Passemos à análise da possibilidade jurídica do pedido, tradicionalmente compreendida como uma das condições da ação pela qual se verifica a existência ou não de vedação legal ao pedido formulado. Diante da inegável polêmica que reveste o tema da adoção por casal homossexual, defendemos que caberia algumas considerações acerca do pedido em caráter preliminar, sem antecipação do julgamento do mérito. Todavia, a omissão não acarretou prejuízo aos envolvidos. Prosseguindo com a nossa análise nos debruçamos com as considerações que se seguem.

A Constituição da República, CR/88 ao dispor acerca da adoção estabelece:

“Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Omissis

§ 5.o. A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6.o. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

Ou seja, o direito à convivência familiar é direito fundamental – portanto erga omnes, universais, possuem eficácia imediata e abrange um mínimo existencial – da criança e do adolescente; sendo vedada qualquer discriminação entre as modalidades de filiação – seja genética ou não –; cabendo ao Poder Público a responsabilidade de assistir a adoção.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata do tema nos seus arts. 39 usque 52, estando os procedimentos disciplinados nos arts. 152 usque 170. Refere-se a “cônjuges ou concubinos” (arts. 41, § 1.o. e 42, § 2.o.); “divorciados e judicialmente separados” (art. 42, § 4.o.), não restringindo o deferimento da adoção a formas específicas de entidades familiares, mas estabelecendo como requisitos que: o adotante deve ser maior de 21 anos (art. 42, caput); não ser ascendente ou irmão do adotando (art. 42, § 1.o.); ser 16 anos mais velho do que o adotando (art. 42, § 3.o.); em caso de tutor ou curador é vedado a adoção enquanto não saldar o seu alcance ou der conta da sua

administração (art. 44).

Alguns destes requisitos foram alterados com a Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, conhecida como novo Código Civil, que dispõe sobre adoção nos arts. 1.618 a 1.629 e estabelece as seguintes exigências: a idade mínima do adotante é reduzida para 18 anos, a ser cumprida por pelo menos um dos cônjuges ou companheiros (art. 1.618 e seu parágrafo único); mantém a diferença de idade entre adotante e adotando em 16 anos (art. 1.619); veda a adoção por tutor ou curador que não tenha dado conta de sua administração e saldado o seu débito (art. 1.620).

Todos estes requisitos, seja do Estatuto seja do Código Civil, foram atendidos pelos adotantes. Todavia, a Lei n. 10.406/2002 não prevê a possibilidade de adoção por casal homossexual (ou homoafetivo):

“Art. 1.622 – Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”.(Grifei).

A união estável, por sua vez, é conceituada no artigo 1.723:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.(Grifei).

A Constituição da República considera, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (art. 226, § 3.o.), ao lado da família monoparental (§ 4.o.) e daquela constituída a partir do casamento civil. Indaga-se, contudo, se estas modalidades de entidades familiares são as únicas admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em sendo negativa a resposta, a questão a ser enfrentada volta-se à restrição do Código Civil.

Na perspectiva doutrinária é forte a posição que rejeita a teoria da norma geral exclusiva. Destaco entre os estudiosos do tema Paulo Lôbo¹ que apresenta os seguintes argumentos:

“A ausência de lei que regulamente essas uniões não é impedimento para a sua existência, porque as normas do art. 226 são auto-aplicáveis, independentemente de regulamentação. Por outro lado, entendemos que não há necessidade de equipará-las à união estável, que é entidade familiar completamente distinta. As uniões homossexuais são constitucionalmente protegidas enquanto tais, com sua

natureza própria”.

A união homossexual constitui-se entidade familiar desde que apresente como características: afetividade, estabilidade e ostensibilidade, também é o que nos ensina Paulo Lôbo². Do que dos autos constam estes elementos característicos em relação a REQUERENTE I E REQUERENTE II estão presentes.

Agasalhando, como ora o fazemos, a posição segundo a qual a norma contida no art. 226 da Constituição da República é uma norma de inclusão, passemos à análise dos dispositivos do Código Civil. É cediço que as normas podem se constituir de regras e de princípios, enquanto que os primeiros exigem, permitem ou proíbem algo de forma definitiva, os princípios são mandados de otimização de um direito ou bem jurídico³. A vida real é complexa e dinâmica, não há como o Direito prever todos os fatos e situações, em resposta à natural incompletude do desenho normativo tradicional busca-se na Constituição e nos seus princípios os valores fundantes da sociedade. É a alternativa que ora utilizamos em resposta aos dispositivos do Código Civil supramencionados.

Para considerar a viabilidade jurídica do pedido recorreremos primeiramente ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.o., III da CR/88), pelo qual todos devemos não apenas reconhecer e proteger a dignidade existente – uma vez que é dado natural e cultural, inerente e irrenunciável de todo o ser humano - como promovê-la, criando as condições para que as necessidades existências básicas do indivíduo se realizem, o que só será possível a partir de um modelo inclusivo.

Tendo em vista que a família enquanto um valor deve ser considerado – a par das suas funções sociais-pela sua contribuição para a felicidade, promoção e realização pessoal dos seus integrantes⁴, a consideração deste princípio ganha relevo na apreciação do presente pedido. É a família baseada no afeto, na compreensão, no cuidado e na solidariedade que se deve promover.

Acerca da solidariedade, vista neste parecer não mais como um sentimento ou fato social, mas como princípio constitucional (art. 3.o., I e III da CR/88), recorreremos a Maria Celina Bodin de Moraes⁵ que o inclui – juntamente com o da igualdade, liberdade e integridade física e moral – dentre os princípios que fornecem o substrato material da dignidade da pessoa humana. Baseamo-nos, portanto, nestes princípios, na defesa de uma sociedade solidária, promotora do bem de todos, sem preconceitos ou discriminação de qualquer ordem, inclusive a sexual, que tenha a todos como iguais perante a lei, sendo inviolável

ção internacional: em defesa do mito de Réia no combate a Cronos, devorador da infância. 2007. 237f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas/FDR, Universidade Federal de Pernambuco, 2007, p.49.
5. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 105-147.

este direito (art. 5.o. da CR/88). A igualdade não deve se dar apenas na consideração de todos como iguais, mas na construção de uma cultura de iguais que passa pelos Poderes Públicos, pela sociedade e nela se inclui em especial a escola que, segundo os autos, mostra-se preparada e disposta a promover este direito que é de REQUERENTE I e II e CRIANÇA I e II, pois estas são também sujeito de direitos e prioridade absoluta (art. 227 da CR/88).

Considerando tal status (sujeito de direitos), o ideal seria que as adotandas fossem também ouvidas, pois, apesar desta obrigatoriedade ocorrer apenas para os que já alcançaram 12 anos de idade, (art. 45, § 2.o. do Estatuto exige o consentimento do adotando), a sua oitiva deve acontecer sempre que possível (arts. 28, § 1.o. e 168 do Estatuto), lembrando que a criança II nasceu em --- de 2001. Entretanto, observo que elas foram ouvidas pela equipe psicossocial da Comarca de --- (outro estado), estando atendida a exigência legal, não justificando o adiamento da decisão de mérito para pugnar pela realização de audiência com este objetivo.

Retomando à consideração do pleito com enfoque nas limitações do Código Civil (apesar de ser de 2002 o início do Projeto é de 1975), e a busca de sua superação pela norma hierarquicamente superior capaz de viabilizar uma releitura crítica dos estatutos do Direito Privado, qual seja, a Constituição, passamos a um outro aspecto da nossa análise. Diante da vagueza, imprecisão, e porosidade dos princípios como interpretá-los e aplicá-los? ou de outra forma: qual o limite ao poder normativo do juiz em um Estado Democrático de Direito. Esta é uma questão que sempre nos preocupou quando antecipávamos uma reflexão sobre o tema.

Em sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen ao estudar a interpretação considerava “O Direito a aplicar como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação”⁶, conforme trecho abaixo destacado:

“Em todos estes casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades á aplicação jurídica. - Omissis – O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.

A norma superior é, no caso em apreço, a moldura determinante. Se a norma infraconstitucional oferece várias possibilidades (interesse superior da criança, motivos legítimos, reais vantagens para o adotando, a afetividade, as peculiaridades do caso, entre outras expressões) caberá ao aplicador do Direito fazer a sua escolha, sendo este um ato de vontade e razão para o qual também conflui aspec-

6. KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 390.

tos subjetivos (sentimentos, religiosidade, ideologias).

Esta moldura dever ter a fluidez necessária para acompanhar a evolução social em um Estado laico que fez esta escolha como modelo civilizatório. A complexidade do mundo real exige uma dinâmica que se opõe a um determinismo de sentido absoluto em nome de uma suposta e ilusória “segurança jurídica”.

Em breve consulta ao site da Câmara dos Deputados utilizando como argumento de pesquisa a palavra “homossexual” acessamos 41 itens de Projetos de Lei e Outras Proposições, uma das mais antigas é o PL – 1151/1995 da Deputada Marta Suplicy (PT/SP), que disciplina a união civil ente pessoas do mesmo sexo, apresentado no dia 26/10/1995 e que ainda não alcançou o seu desiderato. O mais recente é o PL 3323/2008 de autoria do Deputado Walter Brito Neto (PRB/PB) que propõe a expressa vedação da adoção “por casal do mesmo sexo”.

Até mesmo o Projeto da Lei Nacional de Adoção (PL 6.222/2005) já recebeu um Substitutivo com posição antagônica ao Relatório inicial com relação ao tema. No primeiro, acerca da Emenda apresentada pela Deputada Laura Carneiro que objetiva contemplar a adoção conjunta por casal homoafetivo, a Relatora, Deputada Tetê Bezerra, considerou que a Emenda “embora seja injurídica, pois nosso sistema jurídico não contempla igual tratamento a pessoas casadas ou que vivam em união estável a pessoas em união homoafetiva. Tais direitos, antes de serem incluídos na legislação específica sobre adoção necessitam de apreciação legal no Código Civil, modificando o sistema atual. A Emenda está redigida de açodo com a boa técnica legislativa”. Quando do voto: “pela constitucionalidade, injuridicidade e boa técnica legislativa”.

Em dezembro de 2006 é apresentado um Substitutivo (SBT – 1) que, de forma expressa, admite a adoção por casal homoafetivo desde que “haja comprovação de estabilidade da convivência”. Uma outra importante iniciativa legislativa é o Estatuto das Famílias, que reconhece e protege a união homoafetiva.

O Poder Judiciário também avança com a questão, do qual destaco decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, vazada nos seguintes termos:

“APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO.CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus

1. LÔBO, Paulo. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008, p.68.
2. LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus calusus. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 12, 2002.
3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1177-1178.
4. QUEIROZ, Laise Tarcila Rosa. A garantia do direito à convivência familiar através da ado-

cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. NEGARAM PROVI-MENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível n. 70013801592, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Presidente Desa. Maria Berenice Dias).

No STJ a união homossexual foi apreciada tão-somente no que concerne aos seus reflexos previdenciários e patrimoniais. Todavia, encontra-se em tramitação junto à 4.a Turma Recurso Especial (n. 820475) oriundo da Comarca de São Gonçalo, Rio de Janeiro, no qual um casal formado por um brasileiro e um canadense busca o reconhecimento da união estável para fins de obtenção de visto permanente no Brasil para este último. A votação encontra-se empatada, para uma corrente só há impossibilidade jurídica do pedido quando existe expressa proibição legal; para a outra a Constituição, de forma inequívoca, considera a união estável aquela existente entre o homem e a mulher.

Ou seja, o Estado, em sentido amplo, não pode mais ficar inerte aos reclamos de uma realidade que apresenta novas formas de configurações familiares, ele é clamado a se posicionar.

Pelos argumentos explanados e com base nos princípios constitucionais e demais dispositivos legais acima expostos, considerando que o caso exige uma apreciação amparada em uma racionalidade que possibilite o olhar para o presente e o futuro de um mundo plural que se transforma e reclama uma nova postura do Direito, Direito este que também se realiza e recria quando aplicado ao caso concreto, apoiado na Constituição que exerce o papel de centro reunificador, opinamos favoravelmente ao pedido de adoção através de cadastro formulado por REQUERENTE I e REQUERENTE II em favor das crianças CRIANÇA I e CRIANÇA II.

Para fins de registro civil, deve-se constar, conforme disposto no art. 47 e seus parágrafos do Estatuto, o nome dos requerentes como pais, conferindo-se às adotadas o nome de família destes (cabendo aos adotantes informar a ordem de lançamento do patronímico), bem como o dos seus ascendentes na condição de avós.

Eis o parecer.

Recife, 20 de junho de 2008.

LAÍSE TARCILA ROSA DE QUEIROZ
Promotora de Justiça

PROGRAMAÇÃO DE CURSOS OUTUBRO E NOVEMBRO/2010

Informações: Rua do Imperador, 307 - 1º andar - Santo Antônio
Fone: 81.3224.7282 - e-mail: secretariaesa@smartsat.com.br

“INQUÉRITO POLICIAL”

Datas: 14, 20, 28/out - 04/nov | **Horário:** 14h às 17h

Local: ESA-PE | **Carga horária:** 12h/aula

• Professora: **JÉSSICA JAPIASSU** - Delegada de Polícia Civil e Mestre em Direito pela UFPE.

Taxa de inscrição: R\$ 50,00 (advogados adimplentes e estudantes)
R\$ 60,00 (demais casos).

“ORATÓRIA”

1º - TURMA: Datas: 18, 19, 20, 21, 22/out - **TARDE:** 14h às 16h30

2º - TURMA: Datas: 25, 26, 27, 28, 29/out - **TARDE:** 14h às 16h30

3º - TURMA: Datas: 25, 26, 27, 28, 29/out - **NOITE:** 18h30 às 21h

Local: ESA/PE | **Carga horária:** 20h/aula

• Professor: **BRENO AGUIAR** - Advogado, Administrador de Empresas, Empresário, Pós-graduado em gerenciamento de pessoas, Professor da FUNESO (Pós-graduação), Mestrando em Psicologia Organizacional - RH, Instrutor do SENAC e Instrutor Nacional do SEBRAE.

• Professor: **BRUNO AGUIAR** - Advogado, Empresário, Professor da Faculdade Souza Leão, Mestrando em Psicologia Organizacional - RH e Instrutor do SENAC.

Taxa de inscrição: R\$ 60,00 (advogados adimplentes e estudantes)
R\$ 70,00 (demais casos).

* Inscrições na ESA, serão 20 vagas para cada turma.

“NOÇÕES DE CÁLCULOS E REVISÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS”

Datas: 19 e 22/out | **Horário:** 18h30 às 21h

Local: ESA-PE | **Carga horária:** 8h/aula

• Professor: **RENATO TORRES** - Pós-graduando em Direito Previdenciário pela LFG e Defensor Público Federal.

Taxa de inscrição: R\$ 30,00 (advogados adimplentes e estudantes)
R\$ 40,00 (demais casos).

“LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”

Datas: 03, 04, 05, 06/nov | **Horário:** 18h30 às 22h

Local: ESA-PE | **Carga horária:** 16h/aula

• Professor: **EDUARDO DOS SANTOS GUIMARÃES** - Mestre em Administração Pública (FJV/RJ) e Bacharel em Informática e Tecnologia da Informação UERJ.

Investimento: R\$ 320,00 1+1 (cheques pós-datados).

“A INDETERMINAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: PISTAS PARA O PROBLEMA DA RELAÇÃO ENTRE O LEGISLADOR E O JUIZ NO DOMÍNIO DOS DIREITOS

A PRESTAÇÕES”

Datas: 03, 11, 17/nov | **Horário:** 18h30 às 21h

Local: ESA-PE | **Carga horária:** 12h/aula

• Professora: **ANA FABIOLA DE FERREIRA** - Especialista em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco, Defensora Pública Federal.

Taxa de inscrição: R\$ 50,00 (advogados adimplentes e estudantes)
R\$ 60,00 (demais casos).

“CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA - ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS”

Datas: 04, 09, 11, 16, 18, 23, 25, 30/nov | **Horário:** 18h30 às 21h

Local: ESA-PE | **Carga horária:** 32h/aula

• Professor: **CARLOS BARROS** - Advogado Criminalista, professor de Processo Penal da AESO e da Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da FJN/ESA-PE e Coordenador do Núcleo de Processo Penal da Escola Superior de Advocacia da OAB/PE.

• Professor: **ANDRÉ GOUVEIA** - Advogado Criminalista, Professor de Direito Penal e Processual Penal na faculdade Boa Viagem - FBV e Faculdade Joaquim Nabuco - FJN, Professor de Crimes Contra Ordem Tributária na ESAF e professor em cursos de Pós-Graduação em Direito.

Taxa de inscrição: R\$ 100,00 (advogados adimplentes e estudantes)
R\$ 115,00 (demais casos).

“CONTRATOS BANCÁRIOS E AÇÕES JUDICIAIS NA PRÁTICA”

Datas: 08, 16, 22, 29/nov | **Horário:** 19h às 21h

Local: ESA-PE | **Carga horária:** 12h/aula

• Professor: **RICARDO KALIL** - Advogado, Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco - ESMape.

Taxa de inscrição: R\$ 50,00 (advogados adimplentes e estudantes)
R\$ 60,00 (demais casos).

“DIREITOS HUMANOS”

Datas: 09, 11, 16, 18/nov | **Horário:** 9h às 12h

Local: ESA-PE | **Carga horária:** 16h/aula

• Professora: **LIANA CIRNE LINS** - Professora Adjunta da UFPE, Doutora em Direito pela UFPE, Mestre em Direito pela UFSC, Diretora da SAPERE AUDE, Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB-PE.

Taxa de inscrição: R\$ 50,00 (advogados adimplentes e estudantes)
R\$ 60,00 (demais casos).

Faça sua pré-inscrição pelo site www.oabpe.org.br e receba o boleto para pagamento no seu e-mail.





mesa+

ADVOGADO TEM
QUE TER UM POUCO
DE JORNALISTA:

NÃO PODE SER O ÚLTIMO A SABER.

Participe do debate sobre as mudanças
no Código do Processo Civil, que está
em tramitação no Congresso Nacional.

Congresso:

“PROJETO DO NOVO CPC EM DEBATE”

De 2 a 3 de dezembro, no auditório do Fórum Rodolfo Aureliano.

Investimento: R\$ 150,00 para o público em geral.
R\$ 100,00 para advogados adimplentes com a OAB e estudantes.

PALESTRANTES

Cássio Scarpinella Bueno
Eduardo Talamini
Heitor Sica
José Rogério Cruz e Tucci
Fredie Didier Júnior
Benito Herculano Duarte Neto
Leonardo Carneiro da Cunha

Frederico Neves
Lúcio Grassi Gouveia
Jones Figueiredo Alves
Carlos Eduardo Vasconcelos
Ricardo Paes Barreto
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Roberto Pinheiro Campos Gouveia Filho

CARGA HORÁRIA: 22h/aula

COORDENAÇÃO GERAL: Ronnie Preuss Duarte

APOIO



Informações: (81) 3224.7282 ou no
e-mail: secretariaesa@smartsat.com.br
www.oabpe.org.br