



**REVISTA
DA ESCOLA DA
MAGISTRATURA REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 6
Agosto de 2003

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal : 2ª Região. n. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2003 - volume 6, n. 1

Irregular.

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

Diretoria da EMARF

Diretora-Geral

Desembargadora Federal Julieta Lídia Lunz

Diretor da Revista

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Diretor de Estágios

Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa

Diretor de Relações Públicas

Desembargador Federal Francisco Pizzolante

Diretor de Pesquisa

Desembargador Federal Benedito Gonçalves

Presidente:

Desembargador Federal VALMIR PEÇANHA

Vice-Presidente:

Desembargador Federal FREDERICO GUEIROS

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal NEY FONSECA

Membros:

Desembargador Federal PAULO FREITAS BARATA
Desembargadora Federal JULIETA LÍDIA LUNZ
Desembargadora Federal TANIA HEINE
Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA
Desembargador Federal ARNALDO LIMA
Desembargador Federal CHALU BARBOSA
Desembargador Federal CARREIRA ALVIM
Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE
Desembargador Federal CASTRO AGUIAR
Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA
Desembargador Federal ROGÉRIO CARVALHO
Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO
Desembargador Federal RICARDO REGUEIRA
Desembargador Federal FERNANDO MARQUES
Desembargador Federal RALDÊNIO BONIFACIO COSTA
Desembargador Federal SERGIO FELTRIN CORRÊA
Desembargador Federal FRANCISCO PIZZOLANTE
Desembargador Federal BENEDITO GONÇALVES
Desembargador Federal IVAN ATHIÉ
Desembargador Federal ANDRÉ KOZLOWSKI
Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER
Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND
Desembargador Federal ANDRÉ FONTES

Sumário

AS SOCIEDADES COOPERATIVAS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

Julieta Lídia Lunz, Desembargadora Federal Diretora-Geral da EMARF 11

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, O ATO JURÍDICO PERFEITO E O DIREITO ADQUIRIDO

Julieta Lídia Lunz, Desembargadora Federal Diretora-Geral da EMARF 31

A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL DA ORDEM JURÍDICA

Alberto Nogueira – Desembargador Federal 79

RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL RETIDOS

J.E. Carreira Alvim, professor de Direito Processual Civil da PUC-Rio; juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) 89

NOTAS SOBRE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO NO DIREITO COMPARADO

André R. C. Fontes - Professor na Universidade do Rio de Janeiro – UNI-RIO 113

RUI, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER JUDICIÁRIO

Por José Eduardo Nobre Matta, Juiz Federal no Rio de Janeiro e Professor de Ciência Política e Direito Constitucional 125

ANISTIA, DIREITO ADQUIRIDO E IMORALIDADES

Eduardo André B.B. Fernandes, Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Volta Redonda 141

“EMPRESAS DE PAPEL”

Monique Calmon de Almeida Biolchini 157

EXECUÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS

Leonardo Greco 173

**CORRUPÇÃO FOI O TEMA CENTRAL DA REUNIÃO DA ONU SOBRE A
PREVENÇÃO DO CRIME**

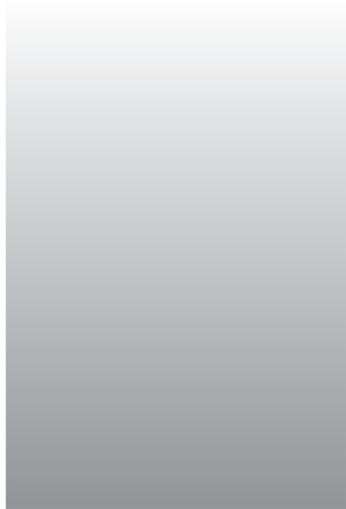
Damásio de Jesus (tradução) 209

MODELO DE JUSTIÇA PARA O SÉCULO XXI

*Pedro Scuro Neto, Ph.D. (Leeds), M.Soc.Sc. (Praga) Centro Talcott de
Justiça e Direito – São Paulo* 215

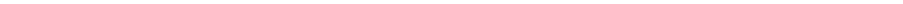
**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DISCIPLINA DA EFICÁCIA DAS
MEDIDAS PROVISÓRIAS NÃO CONVERTIDAS**

Edilson Pereira Nobre Júnior 233



REVISTA DA EMARF

VOLUME 6



AS SOCIEDADES COOPERATIVAS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

*Julieta Lídia Lunz, Desembargadora Federal Diretora-
Geral da EMARF*

SUMÁRIO

A COOPERATIVA E SUA ORIGEM: Delineamento da Matéria, Origem, Origem no Direito Comparado, No Brasil - O Cooperativismo de Produção. **A COOPERATIVA NO BRASIL:** O Cooperativismo no Brasil e sua Regência Atual, Sociedade Cooperativa e outras figuras, Atos Jurídicos e as Sociedades Cooperativas, Classificação das Cooperativas. **OS ATOS DAS COOPERATIVAS:** O Ato Cooperativo, Os Sujeitos de Negócio Cooperativo, As Sociedades Cooperativas - a Constituição e o Código Civil. **DISCIPLINA LEGAL:** A Lei que disciplina as Cooperativas, Dos Atos Constitutivos, Personalidade Jurídica, Os Cooperados. **A CONTRAPRESTAÇÃO:** A Contribuição ou Quota do Cooperado, Do Sistema Operacional, As Sobras e não Lucro, Da Responsabilidade dos Cooperados, Modos de Extinção das Cooperativas. **CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.**

A COOPERATIVA E SUA ORIGEM

1.1 – Delineamento da Matéria

A característica essencial das entidades cooperativas ressalta a pessoa do sócio ou cooperado em detrimento da finalidade econômica da mesma classe cooperativa. Desta forma as conseqüências da pessoalidade da participação cooperativa, torna-a uma sociedade especial pelo fato de figurar determinados membros no ato constitutivo da cooperativa. Assim, a especificidade da sociedade cooperativa em face à pessoalidade de seus membros distingue as cooperativas das sociedades em nome coletivo; das sociedades de responsabilidade limitada ou por ações e das sociedades de responsabilidade não limitada.

1.2 – Origem

Na estrutura primitiva dos Fenícios dos Gregos e dos Egípcios se registram as cooperativas sempre vinculadas ao poder público.¹

A transformação do Estado na era industrial propiciou a formação dos sindicatos como forma de agregação das categorias profissionais, a exemplo do que ocorreu com as corporações de ofício na Idade Média.

Na Inglaterra se deu o início do moderno cooperativismo em 1843; envolvendo os empregados das diversas indústrias têxteis. A finalidade da melhoria das condições econômicas exigia o armazenamento das sobras não negociadas, seja de gêneros perecíveis ou não. O armazenamento suscitou ações conjuntas visando a melhoria de sua rentabilidade. E tal ocorreu tanto com os gêneros de consumo destinados à alimentação até aos vestuários, e construção de moradias. Donde que a cooperativa passou a absorver a mão-de-obra dos desempregados ou subempregados.

Em Rochdale, distrito de Lancashire na Inglaterra surgiram os Pioneiros do Cooperativismo, em cujo estatuto se estruturou a primeira cooperativa de consumo e serviu de base para a doutrina cooperativista, a saber:

- Governo de sociedade com a escolha de seu dirigente por assembléia geral dos associados;
- voluntariedade de filiação ou negociação livre para ingresso dos cooperados;
- direito de voto igualitário;

¹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XLIX, Vol. 49, Ed. Revista dos Tribunais – pág. 429.

Dados Históricos. – Já os Fenícios, os Egípcios, os Gregos e os Romanos tinham, em suas estruturas primevas, a cooperativa. No Egito, resultava, quase sempre, de cumprimento de dever criado pelo poder público. Os Hebreus usavam cooperativas de seguros, quatro séculos antes de Cristo. Tudo isso não serve muito à explicação da natureza cooperativa, como espécie de sociedade contemporânea. No século XIX havia sociedades de consumo na França e na Inglaterra, onde se tentou a implantação nos séculos anteriores, com aparição de muitos defensores nos países europeus. Alguns nomes foram ligados à concepção do cooperativismo, solução do problema político-econômico do homem.

- distribuição dos frutos da cooperativa após o desconto das despesas de administração dos juros das quotas parte;
- pagamento de juro limitado ao capital;
- reserva de percentual de depreciação;
- reserva para o incremento de operação e para a educação profissional e básica; e
- contenção de operações financeiras por orçamento.²

1.3 – Origem no Direito Comparado

Assim da Inglaterra se originou o primeiro diploma legal regulando a cooperativa de Rochdale em 1852, como na Alemanha as cooperativas de crédito e consumo tiveram seu regulamento em 1867. E no mesmo ano na França foi editada a primeira lei sobre as cooperativas visando a regulamentação das sociedades de capital variado.

No Código da Suíça de 1881 foram definidas as cooperativas como reunião de pessoas, sem índole comercial e com destinação comum, econômica ou filantrópica. O Código de 1936 as definiu como sociedade civil de variados associados e de capital.

² MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo XLIX, Vol. 49, Ed. Revista dos Tribunais – pág. 430.

Na Alemanha, a cooperativa de crédito foi medida salutar para os que precisavam de forragens, fertilizantes, bois e aparelhos rurais. Eram duramente explorados pelos fornecedores. A isso ligado está o nome de FRIEDRICH WILHELM RAIFFEISEN, que fundou em 1872 o primeiro banco cooperativo regional. Em 1876, organizou o banco central nacional de agricultura. A difusão fora da Alemanha foi grande. Já HERMANN SCHULZE-DELITZSCH havia lançado, em 1847, a cooperativa de crédito para os artesãos e os pequenos comerciantes. Havia o elemento mutualístico e o elemento capitalístico, com a coerção aos empréstimos aos sócios, conforme quotas negociais pessoais (Geschäftsanteile der Mitglieder), que seriam restituíveis aos sócios se dissolvida a sociedade. O que prevaleceu, na Europa, foi a sociedade de estrutura especial, participação pessoal e permissão de regras jurídicas das sociedades capitalísticas. A França e a Bélgica apenas limitam as participações, mantêm o princípio do capital variável e permitem as ações.

1.4 - No Brasil - O Cooperativismo de Produção

A Constituição Brasileira de 1891 consagrou a liberdade de associação, o que propiciou o associativismo rural. Assim, no início o incremento da associação rural projetou o associativismo urbano com o aparecimento do cooperativismo de consumo em fins do século XIX, quando notam-se as Cooperativas dos Empregados da Cia Telefônica em São Paulo – Limeira; a Cooperativa Militar de Consumo e outras.

Apesar de serem programados na Carta de 1891, as cooperativas rurais surgem no Rio Grande do Sul em 1902 e em Minas Gerais em 1907. Na atualidade as cooperativas rurais expressam a maioria representativa do Cooperativismo Nacional no que pertine ao cooperativismo de produção.

No que diz com o cooperativismo de consumo – mais ou menos até a década de 1960 e em face ao início do processo inflacionário brasileiro, passam as cooperativas de consumo e de distribuição que até então caminhavam junto às de produção, passam à involução. Especial destaque merecendo o surgimento das redes de supermercados que aglutinaram os mercados de gêneros a granel e específico. Contribuiu em muito para o exaurimento das cooperativas de consumo, a eliminação dos incentivos e a incidência do ICM, além do obsolescimento das antigas mercearias, quanto ao escoamento da produção.

Com o desenvolvimento alcançado pela energia elétrica e a telefonia, surgiram as cooperativas de Eletrificação, de Telefonia rural, e de crédito rural. Por fim as cooperativas habitacionais no setor de desenvolvimento do ambiente rural. Já no ambiente urbano, as cooperativas habitacionais e as de transporte antecedem às atuais e exponenciam as Cooperativas de Serviços Médicos. Fundadas por Teodoro Amstad surgiram no Rio Grande as primeiras cooperativas sem capacidade jurídica civil, posto que sociedades de fato.

Em 1907 o Decreto nº 1.637 foram tais sociedades de fato reconhecidas simulando-as às sociedades anônimas onde os lucros eram distribuídos com base no capital dos sócios. Assim, equiparadas estavam às sociedades de capital, afastando-as das cooperativas de produtos e serviços.

As cooperativas comerciais passaram a coexistir com as cooperativas civis. O traço que as distinguiu e caracterizava devia-se a que as cooperativas

de capital operavam com as indústrias de transformação e distribuíam lucros proporcionais, enquanto as cooperativas operavam com seus sócios e não distribuíam lucros proporcionais ao capital.

A unificação da Previdência Social em 1967 e a posterior criação dos Sistemas Integrados de Saúde, são fatores que contribuíram para a expansão das Cooperativas de Saúde, especialmente com a finalidade de fomentar a atividade médica, além dos serviços complementares. Acresce ainda que, o atendimento médico exige a imprescindível complementariedade de exames laboratoriais e de diagnósticos ou investigação com emprego de aparelhos computadorizados e cada vez mais precisos.

A natural extensão do atendimento médico importa na criação das cooperativas seja de profissionais médicos bem assim dos mesmos profissionais que atuam empregando métodos e aparelhagem cada dia mais aperfeiçoados tecnologicamente. Neste contexto, tornando-se mesmo imprescindível ao exercício da medicina a investigação tecnológica para diagnósticos, mais se volta indispensável a agremiação ou sociedade cooperativa na área da saúde e na área de diagnósticos.

Dentro desta visão o Decreto nº 22.239 de 1932 vigorou até 1960 quando foi editado o Decreto-lei nº 59 que dentre outras definições se aplicou à Política Nacional do Cooperativismo.

Características do cooperativismo de 1960:

- adesão voluntária;
- capital social variável;
- indivisibilidade de quotas;
- voto singular;
- indivisibilidade do fundo de reserva;
- distribuição das sobras líquidas proporcionais à atividade do cooperado;
- criação do Conselho Nacional do Cooperativismo;
- relação econômica entre a cooperativa e seus associados sem o caráter de compra e venda.

2 – A COOPERATIVA NO BRASIL

2.1 - O Cooperativismo no Brasil e sua Regência Atual

Na atualidade a definição da Política Nacional de Cooperativismo define o regime jurídico das sociedades cooperativas a Lei nº 5.764/71, e o Código Civil atual.

2.2 – Sociedade Cooperativa e outras figuras

Preliminarmente há de se distinguir sociedade cooperativa e a cooperação na qual o ato de cooperação não se vincula a condição de sócio. Já as sociedades cooperativas tem regulação própria com a finalidade mutualista.

Ocorre ainda a distinção entre mutualidade e cooperativismo no qual existe o elemento lucro, com a característica de secundariedade. O lucro não pode ser eliminado do contexto societário, e quando tal ocorre, transmuda-se a sociedade em mutualidade.

Entretanto, nem todas as finalidades econômicas definem-se como lucrativas, entendida a lucratividade como divisão ou repartição do ativo capitalizado. De tal forma que o elemento mutualista e o elemento capitalista coexistem nas sociedades cooperativas, porém contidos pela destinação destes aos sócios ou cooperados, como salientado por Pontes de Miranda, *verbi*:

“Procurou-se distinguir da cooperativa de mutualidade pura a cooperativa em que há elemento de lucro, posto que secundário. Aquela seria associação; essa, sociedade. Verdade é, porém, que ambas são sociedades, pelo fim econômico, que é ineliminável. Se não há esse fim, há mutualidade sem que se caracterize a cooperativa estrito senso. Por outro lado, nem todos os fins econômicos são lucrativos, isto é, de divisão do ativo captado. Daí a sociedade cooperativa de seguros ser sociedade cooperativa, e não comercial. O elemento mutualístico é comum às sociedades cooperativas e às associações mútuas; o elemento capitalístico, que pode aparecer naquelas há de ser tal que não prepondere quanto ao elemento mutualístico, ou não exceda o que a lei considerou limite máximo. Se tal não ocorre, a sociedade é lucrativa, e não cooperativa. O fim econômico, nas sociedades cooperativas, é atingido diretamente pelos sócios, em seus contatos com a sociedade. O fim econômico, nas

sociedades lucrativas, é obtido com a repartição do que a sociedade percebeu de lucro. A diferença é sutil, porém sempre da máxima relevância.”

2.3 – Atos Jurídicos e as Sociedades Cooperativas

Os atos jurídicos praticados pelos associados e pelas cooperativas têm objeto lícito, forma prescrita ou não vedada em lei e a finalidade econômica ou não econômica.

A objetividade dos atos cooperados é social, não classificam-se como operação de comércio ou de mercado, de produto, mercadorias ou serviço.

A contrapartida da produção cooperativa dá-se com a entrega do ato cooperativo e resulta de ato cooperativo e institucional, e não de um contrato de compra e venda entre o associado ou cooperado e a cooperativa.

Na relação da cooperativa para com terceiros no que pertine aos não associados ou cooperados, ocorre verdadeiro contrato bilateral autorizado por lei, consoante dispõe na Lei nº 5.764/71. Entretanto tais negócios não descaracteriza a natureza da cooperativa para transmutá-la em cooperativa comercial.

Os contratos efetivados pelas cooperativas eliminam a intermediação, passando estes terceiros à condição de cooperados, porém isto não se procede com a finalidade de lucro e a eventual e mínima lucratividade não caracteriza a finalidade das sociedades cooperativas ante a margem econômica que se contém nos atos cooperados.

2.4 – Classificação das Cooperativas

Classificam-se as sociedades cooperativas quanto à qualidade ou qualificação de seus cooperados em:

- cooperativa de consumidores;
- de fornecedores ou alienantes;
- de trabalhadores ou profissionais liberais.

Classificam-se ainda quanto a sua finalidade ou a destinação profissional de seus integrantes profissionalmente considerados. Neste compasso os

elementos estritamente ressaltados dizem com a essencialidade do bom desempenho das sociedades cooperativas e daqueles que a ela se integram através da filiação.

O Decreto nº 22.239 que antecedeu à Lei nº 5.764/71 classifica as cooperativas em face as categorias profissionais, a saber:

- cooperativa de produção agrícola;
- cooperativa de produção industrial;
- cooperativa de trabalho;
- cooperativa de beneficiamento de produtos;
- cooperativa de compras em comum.

3. OS ATOS DAS COOPERATIVAS

3.1 – O Ato Cooperativo

A natureza institucional do ato cooperativo decorre dos estatutos da respectiva associação, afasta-se do ato cooperativo a natureza comercial ou da relação de mercado. Assim não se pode cogitar de compra e venda as mercadorias ou serviços entre o cooperado e a cooperativa à qual ele se associa, seja ela de índole rural ou urbana.

Entretanto, quando a cooperativa ou associação pactua com terceiros a ela não associados, está exercendo livremente negócio jurídico de índole econômica ou não econômica.

3.2 – Os Sujeitos de Negócio Cooperativo

Os sujeitos da relação cooperativa são exclusivamente os cooperados e a entidade que os integram, disto decorrendo efeitos de ordem fiscal, especialmente no que pertine ao imposto de renda.

Neste sentido a jurisprudência orienta-se quanto a que a realização de negócios com terceiros é hábil a gerar apuração do lucro não partilhado diretamente com os cooperados constitui disponibilidade econômico financeiro tributável da cooperativa. E aqui surge inquietante questão que

diz com a responsabilidade fiscal da cooperativa e dos seus entes cooperados. Surge o impasse da dupla responsabilidade a propiciar o “bis in idem”. Os Tribunais vêm tentando solucionar tal embate. Mas esta questão não é pertinente ao tema desta palestra.

É de todo conveniente salientar que a natureza jurídica da cooperativa não se altera ante a celebração de contrato que diga com sua participação em sociedade não cooperativa, quando isto não a afastar de seu objetivo principal. Assim a finalidade específica da cooperativa não a inibe de gerenciar seus objetivos complementares cujos resultados não sejam distribuídos diretamente a seus cooperados. Entretanto quando tais atos se repercutam ainda que indiretamente na finalidade da cooperativa, trata-se de ato cooperativo por assimilação. Ex: a aquisição de insumos para o aperfeiçoamento da produção ou prestação dos serviços.

3.3 – As Sociedades Cooperativas - a Constituição e o Código Civil

Certamente não se poderia abordar os aspectos civis de que se revestem as cooperativas, sem antes perquirir os aspectos constitucionais.

O art. 5º, XVIII, da Constituição de 1988 prevê que a criação das associações e das cooperativas não dependam de autorização, coerente com o parágrafo 2º da art. 174 que programa o estímulo ao cooperativismo e outras formas de associação.

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

.....

§ 2º. A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.”

De tal forma que a lei constitucional se põe em consonância com a antecedente Lei nº 5.764/71, a qual foi revogada tão-somente naquilo em que contraria o texto constitucional. O mesmo se podendo afirmar do teor dos artigos 1.093 a 1.096 do atual Código Civil.

“Art. 1.093. A sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente Capítulo, ressalvada a legislação especial.”

“Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:

I – variabilidade, ou dispensa do capital social;

II – concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;

III – limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;

IV – intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança;

V – quorum, para a assembleia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;

VI – direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;

VII – distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;

VIII – indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.”

“Art. 1.095. Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada.

§ 1º. É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações.

§ 2º. É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.”

“Art. 1.096. No que a lei for omissa, aplicam-se as disposições referentes à sociedade simples, resguardadas as características estabelecidas no art. 1.094.”

Neste contexto já não dependem de autorização estatal a constituição das sociedades cooperativas, cujos atos constitutivos são registrados levados ao Registro Civil e não mais à Junta Comercial.

Quanto ao registro no Registro Civil de pessoas jurídicas constitui inovação, a teor do art. 1.000, parágrafo único, do Código Civil atual, dada a natureza já agora econômica ou não das sociedades cooperativas.

“Art. 1000. A sociedade simples que instituir sucursal, filial ou agência na circunscrição de outro Registro Civil das Pessoas Jurídicas, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária.

Parágrafo único. Em qualquer caso, a constituição da sucursal, filial ou agência deverá ser averbada no Registro Civil da respectiva sede.”

Na Assembléia Continental de Organização das Cooperativas, realizada em novembro de 1988, na Colômbia, foi aprovada a lei Marco com vista à unificação da legislação cooperativa na América Latina, lastreada na Aliança Cooperativista Internacional que trouxe a inovação da criação da Junta Fiscalizadora das atividades econômica e social das cooperativas. Diante da Constituição de 1988 foi elaborado um projeto para regulamentar o cooperativismo brasileiro. Tal projeto pretende a criação de um Órgão Curador, estabelece a natureza da sociedade civil destituída de fins lucrativos para as cooperativas; o número mínimo de cooperados (vinte); o processo de inscrição de agentes e outras exigências.

4 – DISCIPLINA LEGAL

4.1 – A Lei que disciplina as Cooperativas

Como já antes salientado o Código Civil – art. 982, parágrafo único, art. 1.093 à 1.096 e a Lei nº 5.764/71 são os diplomas legais que disciplinam as sociedades cooperativas, posto que a Constituição Federal de 1988 somente alterou os aspectos formais quanto à dependência de autorização estatal e os órgãos fiscalizadores, para a constituição e o funcionamento das cooperativas. Enquanto que o novo Código Civil se reporta à lei ordinária, no caso a Lei nº 5.764/71, para aplicação de forma subsidiária.

Assim, a natureza civil de pessoa jurídica de direito privado se mantém, caracterizadas as sociedades cooperativas como pessoas jurídicas de índole civil que têm como objetivo a prestação de serviços a seus cooperados, com ou sem a finalidade econômica. Porém há de ser enfatizada a exclusão

da natureza de sociedade empresarial das cooperativas, a teor do artigo 982, parágrafo único. E a definição de empresado contido no artigo 966 do Código Civil não se aplica às cooperativas.

São as sociedades cooperativas constituídas no mínimo por vinte cooperados – Lei nº 5.764/71, facultada a admissão de pessoas jurídicas com idêntico objetivo. Assim, a cooperativa pode associar-se a outra de objetivos idênticos ou correlatos às atividades fins.

São as sociedades cooperativas reunidas em federação, se requer a reunião de no mínimo três sociedades, voltada a central ou federação à defesa dos interesses de todos seus filiados.

Surgem dentro desta ótica as centrais das federações para as quais convergem as cooperativas com diversos objetivos sociais e econômicos. Disto decorrem as Confederações de Cooperativas compostas ou integradas por no mínimo três federações e com o objetivo de orientar e coordenar as atividades de seus filiados, para que assim obtenham um planejamento, programação e objetivos quando o nível ou âmbito dos empreendimentos cooperativos ultrapassem a atuação das centrais cooperativas e das federações das cooperativas.

4.2 – Dos Atos Constitutivos

A constituição de uma cooperativa se procede com deliberação da Assembléia dos interessados em sua criação da qual se extrai a respectiva ata que é levada a registro no Registro Civil, a teor do parágrafo único do art. 1.000 do novo Código Civil. A Assembléia delibera a aprovação dos Estatutos, donde que na Ata este se contém ou dela pode ser extraído para fins de registro.

No Estatuto das Cooperativas se contém a forma de subscrição das quotas-parte do capital social e a intransferibilidade das quotas.

“Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:

I – variabilidade, ou dispensa do capital social;

II – concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;

III – limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar;

IV – intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança;

V – quorum, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado;

VI – direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;

VII – distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado;

VIII – indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.”

4.3 – Personalidade Jurídica

Com a formalização dos Estatutos dá-se o nascimento da sociedade, cuja transparência para o mundo jurídico se verifica com a inscrição na Junta Comercial ou no Registro Civil conforme tenha sido constituída antes ou depois do novo Código Civil. A aquisição de personalidade jurídica propicia a capacidade de agir da sociedade cooperativa que passa a atuar seja na prática de atos ou negócios jurídicos, consistentes na aquisição, seja na transferência de direitos, a teor do art. 985 do Código Civil na redação atual, *verbis*:

“Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150)”

4.4 – Os Cooperados

Todas as pessoas capazes de gerir sua pessoa e bens podem se associar às cooperativas profissionais vinculadas às suas atividades profissionais ou que tenham qualificações na área de atuação da respectiva cooperativa.

Assim, além da capacidade civil há de ter o associado ou cooperado uma afinidade profissional ou técnica vinculativa à atividade fim da cooperativa com sede no respectivo Município em que seja qualificado e domiciliado. Não podem vincular-se os cooperados à entidade não sediada no âmbito da área de atuação do cooperado. Ocorre, pois, uma delimitação territorial de atuação da sociedade cooperativa. E esta delimitação é estabelecida nos Estatutos que tem seu registro delimitado a circunscrição da zona de atuação da respectiva entidade cooperativa.

Este aspecto diz com a própria atividade, tanto da cooperativa quanto do associado ou cooperado que a ele se vincula. A extensão da área de atuação da cooperativa somente se procede com a alteração dos estatutos, vez que é a circunscrição territorial ou zona de atuação delimitada pelo Estatuto.

Requisito essencial para a admissão do cooperado diz com a vocação ou aptidão profissional ou técnica condizente com os objetivos da sociedade cooperativa.

Os cooperados voluntariamente tanto se vinculam quanto se demitem ou se afastam da sociedade cooperativa por atos regulares e desde que cumpridas as devidas formalidades, quais sejam requerimento com a exposição das causas que dizem com o afastamento do cooperado, e eventual prestação de contas.

Por parte da sociedade pode o sócio cooperado ser desligado temporariamente ou eliminado em ocorrendo os motivos seguintes:

- dissolução da cooperativa;
- morte do associado;
- incapacidade civil superveniente;
- abandono da atividade que mantinha a vinculação cooperativa;
- exclusão ou eliminação em face à prática de ato incompatível com os fins da entidade cooperativa.

5 - A CONTRAPRESTAÇÃO

5.1 - A Contribuição ou Quota do Cooperado

O capital da cooperativa é representado por quotas-parte não superior ao valor de um salário mínimo.

Nota-se que o salário mínimo pode ser substituído por outro fator flexível, isto visando manter atualizado o capital social da entidade. A Lei nº 5.764/71 prevê seja a subscrição da quota-parte proporcional à movimentação financeira dos produtos ou serviços operados pelas cooperativas.

No que diz respeito ao capital social há de se frisar que sendo a sociedade cooperativa, sociedade de pessoas e não sociedades de capital ou sociedade mista, a não integralização das quotas não impede o direito do associado ao voto único, ante a aplicação do princípio universal do cooperativismo, adotado pelo legislador ordinário no art. 1.094, inciso VI, do novo Código Civil, *verbis*:

“Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:

.....

VI – direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação;”

5.2 – Do Sistema Operacional

Para formação da sociedade cooperativa são praticados os atos cooperativos entre a sociedade e seus integrantes ou cooperados.

Tais atos não visam efeitos comerciais quanto à compra e venda de produtos e serviço e sim os objetivos sociais, constantes dos Estatutos da entidade, qual seja o proveito comum dos associados com ou sem objetivos econômicos.

Assim, afasta-se a finalidade econômica não é finalidade primeira da sociedade, vez que tal finalidade é a prestação de serviços aos associados, com as quais as cooperativas celebram contrato objetivando a prestação de serviços profissionais para a consecução de atividade econômica de proveito comum.

Desta definição se infere que o lucro visado pela cooperativa ou o eventual prejuízo que venha a suportar correspondem ao resultado obtido na exploração da atividade econômica.

A finalidade da cooperativa é o lucro para o cooperado e não para a entidade que a esta se associa. Entretanto com a nova ordem civil já não se

pode afirmar a unilateralidade desse lucro, a teor do art. 981, do Código Civil, *verbis*:

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

Entretanto o artigo 982, parágrafo único estabelece serem as cooperativas sociedades não empresariais, regendo-se pelos dispositivos que disciplinam as sociedades simples.

O resultado obtido com o produto do trabalho cooperado é abatido do percentual fixado no Estatuto e tal percentual corresponde às taxas de serviço ou de administração. A destinação deste percentual volta-se à contraprestação das despesas da sociedade cooperativa.

Com efeito às sociedades cooperativas é facultado ter por objetivo gêneros de operação e atividades na lavoura, na indústria, no comércio de mercadorias e serviços e quaisquer serviços de natureza civil ou mercantil tenha ou não fins econômicos.

Surge neste tópico a discussão quanto à finalidade econômica das cooperativas e a vedação à finalidade lucrativa das cooperativas contidas na Lei nº 5.764/71 e no artigo 53 do novo Código Civil.

E o impasse torna-se evidente quando se depara que o artigo 1.096 do Código Civil se reporta à aplicação das disposições referentes à sociedade simples, artigos 997 a 1.000 do mesmo Código Civil, para suprir as omissões contidas no capítulo específico destinado as “sociedades cooperativas”. E às sociedades cooperativas se afastam das sociedades empresariais de que tratam os artigos 1142 e seguintes.

Entretanto tal conflito é meramente aparente, vez que no artigo 981 e seguintes e no Capítulo Único do Título II que trata da sociedade torna expresso que:

“Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

Assim a finalidade econômica e não de cunho empresarial das sociedades cooperativas é taxativamente declarada pelo legislador ordinário, com o que não foram revogadas as disposições da Lei nº 5.764/71 que limitavam a finalidade lucrativa às cooperativas.

Com efeito a finalidade econômica e não empresarial das cooperativas, está expressa no artigo 982, parágrafo único, do Código Civil, *verbis*:

“Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.”

Efetivamente, a nova ordem civil trouxe para as sociedades cooperativas, a característica não empresarial e de índole econômica. Não mais ocorre o cerceamento da busca econômica na finalidade cooperativa, vez que ocorre atividade econômica, porém não se processam as trocas de mercadorias e a negociação de serviços e valores, com a finalidade de lucro, ante a definição do empresário, contida no art. 966, que por força legal não se confunde com os cooperados e associados da sociedade simples de cooperativa.

Pode-se mesmo afirmar que o novo Código Civil retomou o rumo do Decreto nº 22.239 cujo artigo 6º dispunha que:

“É permitido às cooperativas adotar por objeto qualquer gênero de operação ou de atividade na lavoura, na indústria, no comércio, no exercício das profissões e todos e quaisquer serviços de natureza civil ou mercantil podendo ser, ou não, lucrativo, contanto que não ofenda a lei, a moral e os bons costumes.”

5.3 – As Sobras e não Lucro

Não havendo óbice legal para que as sociedades cooperativas tenham finalidade econômica, disto decorre a “sobra” e não lucro, tanto que do percentual de administração sejam abatidos os prejuízos ou perdas.

Tais resultados ou sobras são rateados entre os cooperados na proporção das operações que efetuaram. De tal sorte que tanto que verificada a existência da “sobra” e “rateada” entre os cooperados, passam elas à disponibilidade econômica e financeira dos cooperados, afastada a incidência tributária sobre a sociedade cooperativa, vez que ela (a cooperativa) não retém as “sobras” e estas por sua vez destinam-se aos cooperados na proporção do capital ou quotas-parte por eles subscritas.

5.4 – Da Responsabilidade dos Cooperados

A responsabilidade dos sócios das cooperativas está vinculada às quotas-parte que possui do capital, bem assim pelo prejuízo das operações sociais proporcionais a tais quotas.

Entretanto, quando o associado ou cooperado assume a responsabilidade total está ele solidariamente vinculado às obrigações sociais da cooperativa até onde estas sejam integralizadas.

Dá-se pois na constituição da cooperativa, a dupla vinculação do cooperado, a limitada pela quota-parte para um e a responsabilidade ilimitada e solidária responsabilidade pelas obrigações sociais para outros.

E isto se infere do art. 1.095 e seus parágrafos do novo Código Civil, o que representa uma substancial alteração nas relações entre os cooperados ou sócios e as cooperativas, *verbis*:

“Art. 1.095. Na sociedade cooperativa, a responsabilidade dos sócios pode ser limitada ou ilimitada.

§ 1º. É limitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações.

§ 2º. É ilimitada a responsabilidade na cooperativa em que o sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais.”

Assim, na atual regulação legal as sociedades cooperativas aproximam-se das antecedentes sociedades por quotas, nas quais existiam sócios quotistas e responsáveis até onde alcançassem o valor de suas respectivas quotas. Além

dos sócios que respondiam pelos encargos sociais solidariamente e extraordinariamente com seu patrimônio. Entretanto a diferença da cooperativa e das demais sociedades, reside exatamente em que as cooperativas não exercem atividades empresariais, daí pautar a natureza das sociedades cooperativas os dispositivos que regem as sociedades simples.

5.5 – Modos de Extino das Cooperativas

Liquidao – através do processo de liquidao voluntária ou judicial se extingue a cooperativa, vez que não detendo a finalidade lucrativa a ela não se aplica a lei falimentar e sim o processo de dissoluo das sociedades, a teor do art. 1.102 do Código Civil atual, *verbis*:

“Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se  sua liquidao, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissoluo.

Parágrafo nico. O liquidante, que não seja administrador da sociedade, investir-se- nas funoes, averbada a sua nomeao no registro próprio.”

Ocorre com a liquidao judicial que a eventual existência de sobra não tem uma destinao específica, desde que extinto o Banco Nacional de Crédito Cooperativo S/A. Assim, a lacuna atual tem motivado a destinao do resultado positivo da liquidao para a Organizao das Cooperativas do Brasil.

6 – CONCLUSÃO

No momento atual em que a atividade estatal se afasta do dirigismo da iniciativa privada e mesmo desvincula-se dos negócios de índole privatística que vinha até então desenvolvendo, a expansão do cooperativismo presta-se para a aproximao dos fatores produtivos, distributivos e aperfeiçoamento dos métodos de produo e do escoamento desta mesma produo.

No plano dos serviços, quando a iniciativa privada se isola, perde tanto no fator de atualizao e reeducao do profissional ou cooperado, quanto

nos serviços ou destinação da atividade e da capacidade que detém o profissional. A faculdade associativa das cooperativas com objetivos complementares, tal como ocorre com a prestação de serviços médicos, aliada aos serviços de laboratório e de exames com aparelhos tecnologicamente avançados, propiciam um atendimento aperfeiçoado, vez que unem-se à capacitação do profissional da área médica à tecnologia, cujas conquistas vem dinamizando e revolucionando a própria medicina, enquanto arte. Associados o engenho humano e a tecnologia se obtém a contribuição para o aperfeiçoamento dos serviços postos à disposição da coletividade.

Não se há de impedir a associação de entidades cooperativas que logram associar à ciência da cura à tecnologia e o conhecimento científico. Todos com o objetivo não de lucro, mas da complementariedade da atividade dos cooperados os médicos e os cientistas da tecnologia.

7 – Bibliografia

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FALCÃO, Amílcar. *Fato Gerador da Obrigação Tributária*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLV*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, O ATO JURÍDICO PERFEITO E O DIREITO ADQUIRIDO

Julieta Lúdia Lunz, Desembargadora Federal Diretora-Geral da EMARF

SUMÁRIO:

Origem da Previdência Social. Previdência Social – O Fato Social e o Ato Jurídico. A Previdência Social e o objeto da Sociologia Jurídica. O Direito e as Relações Previdenciárias. A Previdência Social e a Solidariedade Social. O custo do seguro social. Sujeitos da Relação Previdenciária. Objeto e Conteúdo da Relação Previdenciária. Os antecedentes da reforma. A reforma e o direito adquirido. A aplicação da norma previdenciária e a ordem pública. Os benefícios securitários e a Jurisprudência do STF. Conclusão. Bibliografia.

I - ORIGEM DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social, a Assistência Social integram a Seguridade Social, refletindo o conjunto de medidas, princípios, normas e instituições do Poder Público com a finalidade de assegurar os direitos sociais, relativos à saúde, previdência e assistência social.

As medidas legais adotadas pelos Estados contemporâneos ocidentais, destinados à previsão e provisão das condições essenciais da vida dos governados, organizadas tais medidas em sistema integrado de seguro social e de prestação de serviços, custeado pela sociedade em geral e pelo Estado tem sua origem no Brasil na Constituição de 1824 que previa a instituição dos serviços públicos.

Já em 1891 a Constituição no Brasil estatua o plano previdenciário de aposentadoria para os funcionários públicos vitimados pela invalidez. Segue-se em 1923 a lei Eloy Chaves instituindo as caixas de aposentadoria e pensões para os ferroviários. A medida ou proteção previdenciária é estendida em 1930 às diversas categorias profissionais que passaram a regulamento do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tais como o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes e outros.

Tais órgãos previdenciários foram unificados em 1967 pelo Instituto Nacional da Previdência Social, transmudado em Instituto Nacional do Seguro Social.

No direito comparado a previdência social tem seu marco inicial em 1344 com os contratos de seguro marítimo. Já em 1601 na Inglaterra é instituída a contribuição social com destinação assistencial obrigatória, através do “Poor Relief Act”.

Com idêntica finalidade porém com o caráter obrigatório o seguro social foi adotado no Império de Austin, Hungria e Bélgica. Em 1883 foi instituído por Bismarck o seguro obrigatório voltado ao abrandamento das desigualdades sociais e a este seguiram-se em 1844 o seguro contra acidentes de trabalho e o seguro invalidez e de proteção à velhice em 1889 na mesma República da Alemanha.

Na Inglaterra em 1897 foi instituído o seguro contra acidentes no trabalho, seguido ao sistema de proteção à velhice em 1907. **Já em 1941 o Plano Beveridge traça as linhas do seguro social e serviços com idêntica finalidade de seguridade social, sendo apresentado ao Parlamento Britânico, e aprovado em novembro de 1942. Nos Estados Unidos em 1946 foi editado o Employment act. Em 1948 na Declaração Universal dos Direitos dos Homens inscreve a proteção previdenciária como direito fundamental.**

Como não podia deixar de ser, o seguro social apareceu no Brasil em época bem posterior à de seu início na Europa, tendo aqui sido introduzido no começo de seu período de grande expansão, isto é, após a primeira grande guerra mundial. Quando nos referimos a este fato histórico,

reportamo-nos apenas ao seguro social propriamente dito, isto é, ao seguro social já revestido de todas as características até agora estudadas. Isso porque, se fossemos alinhar como medidas de seguro social as providências destinadas ao amparo econômico de determinadas classes da sociedade, poderíamos recuar de muito no Brasil, pois datam do Império os montepios e montes de socorro criados em favor dos funcionários públicos e seus dependentes.

Incluindo-se, como é de rigor, o seguro de acidentes do trabalho entre as modalidades do seguro social, podemos remontar ao ano de 1919 como o de início da implantação do seguro social no Brasil, por ter sido promulgada, em 15 de janeiro desse ano, a primeira lei (de nº 3.724), que veio regular as indenizações cabíveis aos empregados quando sofressem danos físicos decorrentes do trabalho. Mas no que diz respeito ao seguro financiado pelos próprios interessados, aquele para cujo custeio concorrem em parte os empregados, só em princípios de 1923 é que plantamos o marco inicial, datando de 24 de janeiro a denominada “Lei Eloy Chaves”, que criou em cada Estrada de Ferro do país uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os respectivos trabalhadores. Não é destituído de interesse chamar a atenção para o fato de terem sido os empregados em estradas de ferro os primeiros contemplados em nosso país com uma lei de seguro social. Sendo uma das classes de trabalhadores mais unidas, e apresentando suas atividades riscos mais agravados que os de outras profissões, puseram-se eles em movimento com o fito de obterem um sistema de proteção que lhes pudesse compensar o desgaste físico prematuro decorrente de seus penosos trabalhos. Esse movimento encontrou eco no Congresso Nacional, onde o então deputado Eloy Chaves consubstanciou num projeto de lei as reivindicações daqueles trabalhadores, no qual, seguindo de perto os esquemas já em vigor nos países da Europa, propunha a criação de Caixas destinadas a conceder aposentadoria aos ferroviários e pensões às suas famílias. Esse projeto é que, convertido no Decreto Legislativo nº 4.682, marcou o nascimento do seguro social no Brasil.

A obrigatoriedade de criação de Caixas pelas empresas de navegação marítima e fluvial e de exploração de portos, se deu com o Decreto-lei nº 5109/26, promulgado para disciplinar o funcionamento das Caixas e submeter à jurisdição do Conselho Nacional do Trabalho.

Em 1930, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, com as atribuições de orientar e supervisionar o seguro social brasileiro incluído no regime das Caixas de Aposentadoria e Pensões, dos empregados em serviços de telefone, força, luz, bondes, telegrafia e radiotelegrafia.

O regime das Caixas foi estendido aos serviços de mineração em geral em dezembro de 1932, e a partir de 1933, a política expansionista do seguro social tomou maior incremento, promovendo-se, em vez da criação de pequenas caixas confinadas a empresas, a instalação de organismos de âmbito nacional, através dos quais se buscava amparar determinadas categorias de trabalhadores. Por força do que surgiram o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, criado em 29 de junho, pelo Decreto nº 22.872, o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes (Decreto nº 24.273, de 22 de maio); duas Caixas de Aposentadoria e Pensões: a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns de Café e a dos Operários Estivadores (Decretos nºs 24.274 e 24.275, de 22 de maio, respectivamente), e o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários (Decreto nº 24.615, de 9 de julho). Em 31 de dezembro de 1936, a Lei nº 367 criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários – IAPI.

A evolução do nosso seguro social chegou a evidenciar bem cedo que as duas Caixas de Aposentadoria e Pensões acima referidas eram, na realidade, dois institutos, e assim, em 1938, foram elas transformadas, respectivamente, no Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas e no Instituto de Aposentadoria e Pensões da Estiva (Decreto-lei nº 627, de 18-8-38). Este último, pelo Decreto-lei nº 7 720, de 9 de julho de 1945, foi, afinal, incorporado ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas.

Em 1938, igualmente, surgiu no cenário da previdência social do Brasil uma instituição que se dedica a gerir o seguro relativo aos funcionários públicos federais: o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado – IPASE, que se transformou ou foi absorvido pelo antigo Instituto Nacional de Previdência Social.

Em 1940, registra-se a criação, pelo Decreto-lei nº 2.478, de 5 de agosto, do Serviço de Alimentação da Previdência Social (SAPS), vinculado ao

I.A.P.I., que em aplicação de reservas, instalou um Serviço de Alimentação, o qual passou a funcionar em colaboração com as demais instituições de previdência social. Nesse regime de colaboração foi também instalado, mais tarde, o Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência da Previdência Social (S.A.M.D.U.), conforme Decreto nº 27.664, de 30 de dezembro de 1949.

No que diz respeito às Caixas, a política inicialmente seguida, de instalar-se uma por empresa, redundou em que elas proliferassem em número extraordinário, tendo o nosso país chegado a possuir mais de 180 organismos dessa espécie. Verificando-se, porém, que a grande maioria delas congregava pequenas massas de segurados, o que não permitia a sua existência em perfeitas condições de estabilidade econômica, vieram sendo fundidas em organismos maiores, que em geral tinham âmbito de ação regional, o que fez com que, antes ria sua fusão em uma Caixa única, ocorrida em 1954, o seu número estivesse reduzido a 25.

Já a multiplicidade das Caixas havia suscitado, no ano de 1931, pelo Decreto nº 20.465, de 1º de outubro, a necessidade de um regulamento único, com normas uniformes e padronizadas para as atividades de todas elas, igualando-se as taxas de contribuições os planos de benefícios e os métodos de administração. Esse regulamento foi em grande parte refundido pelo Decreto nº 26.778 de 14 do junho de 1949, que regulamentou a Lei nº 593, de 24 de setembro de 1948, a qual ampliou os benefícios concedidos pelas Caixas.

Com a criação sucessiva dos grandes institutos, aconteceu que para cada um foi sendo elaborada uma legislação especial, legislação que não guardou unidade de vez que, além de diferirem um pouco os desejos, reivindicações e condições de cada categoria profissional contemplada, a experiência indicava a conveniência de serem adotados métodos e princípios mais modernos nas leis posteriores. Tal trabalho de aperfeiçoamento de nossa legislação de seguro social culminou com a lei que criou o Instituto dos Industriários, determinando esta, pela primeira vez, que à instalação efetiva dos serviços precedessem os estudos necessários a uma perfeita organização técnica e administrativa do novo órgão.

O fato da classe trabalhadora estar vinculada às várias categorias profissionais abrangidas pela previdência social, a mudança de emprego,

acarretava a transferência obrigatória de um segurado de uma instituição para outra, criando desencontros assistenciais. O que redundou na unificação da Previdência Social em 1967.

Merecem citados, dentre a farta legislação que foi surgindo até a fase da unificação do seguro social no Brasil, os seguintes diplomas legais:

a) a Lei nº 1.162, de 22 de julho de 1950, que estabelece normas para a aposentadoria e pensão dos servidores das autarquias pertencentes ao patrimônio da União, e cujo regulamento foi aprovado pelo Decreto nº 28.798-A, de 26 de outubro de 1950;

b) a Lei nº 1.532, de 31 de dezembro de 1951, que restabelece entre os Institutos e Caixas de Aposentadoria e Pensões comunidade de serviços médicos para combate à tuberculose e outras moléstias nocivas à coletividade e cria o Conselho de Medicina da Previdência Social. Como veremos mais adiante, somente em 1955 foi regulamentada essa lei, e mesmo assim a vigência do regulamento durou pouco tempo;

c) em 6 de outubro de 1952, o Decreto nº 31.547 ampliou o plano de benefícios do I.A.P.I., instituindo para os segurados obrigatórios a “aposentadoria por velhice” e o “auxílio-maternidade”;

d) e em 23 de dezembro de 1952 o Decreto nº 31.984 dispôs que os seguros de acidentes do trabalho do pessoal de obras da União, dos presidiários e dos empregados de autarquias, sociedades de economia mista e empresas concessionárias de serviços públicos devem ser realizados obrigatoriamente nas instituições de previdência social.

II – PREVIDÊNCIA SOCIAL – O FATO SOCIAL E O ATO JURÍDICO

Para que se possa abordar o tema da natureza, do objeto e do conteúdo da relação jurídica de previdência social, é necessário que se proceda à consideração quanto ao ambiente social, político e jurídico em que se desenvolve o negócio ou ato jurídico negocial visado na relação da Previdência Social.

Do que decorre deva este estudo ser antecedido dos questionamentos quanto à ordem social e política brasileira e a ordem jurídica “lato sensu”, sua evolução e sua origem e os agentes responsáveis pela segurança dos valores sociais, nos quais se inclui a “Seguridade Social”, a teor do art. 194, *verbis*:

“ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;

V – equidade na forma de participação no custeio;

VI – diversidade da base de financiamento;

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

Assim, sob o aspecto constitucional os agentes da seguridade social – o Estado e a Sociedade – devem ser aqui analisados em face às relações dos indivíduos da sociedade e do Estado. A constituição de uma sociedade exige como elemento essencial para sua existência, a consensualidade de seus integrantes. Considerada a consensualidade como a mais eficiente forma de manifestação de solidariedade hábil para fazer de um grupo de indivíduos uma sociedade. Neste sentido a expressão solidariedade natural ou subjetiva e a solidariedade objetiva de que nos fala Émile Durkheim nomeando-as como a solidariedade mecânica solidariedade orgânica respectivamente.¹

¹ ARON, Raymond. As Etapas do Pensamento Sociológico. Ed. Martins Fontes. 4ª Edição. São Paulo, 1995 - págs. 297/298. Como se chega a esta condição da existência social que é o consenso? A esta pergunta fundamental Durkheim responde distinguindo duas formas de solidariedade: a solidariedade dita mecânica e a orgânica. A primeira é, para usar a expressão de Durkheim, uma solidariedade por semelhança. Quando esta forma de solidariedade domina uma sociedade, os indivíduos diferem pouco uns dos outros. Membros de uma mesma coletividade, eles se assemelham porque têm os mesmos sentimentos, os mesmos valores, reconhecem os mesmos objetos como sagrados. A sociedade tem coerência porque os indivíduos ainda não se diferenciaram. A forma oposta de solidariedade, a orgânica, é aquela em que o consenso, isto é, a unidade coerente da coletividade, resulta de uma diferenciação, ou se exprime por seu intermédio. Os indivíduos não se assemelham, são diferentes. E, de certo modo, são diferentes porque o consenso se realiza.

De tal forma que a origem da relação de previdência social sob o aspecto doutrinário se filia à Sociologia Jurídica ou Sociologia do Direito de que trata Geoges Gurvich, seguindo os passos de Émile Durkheim. Este último por sua vez identifica a sociedade baseada na solidariedade subjetivista, por ele denominada sociedade orgânica cuja finalidade é irmanar os integrantes de uma sociedade segmentária. A expressão sociedade securitária é utilizada para indicar um grupamento situado em determinado território, ainda que na sociedade orgânica possa coexistir a solidariedade (solidariedade) objetiva ou mecânica que serviu para possibilitar a divisão do trabalho. A referência à divisão do trabalho enquanto fenômeno derivado da relação de emprego, está vinculada à relação de previdência social, à formatação da ordem social, econômica e mesmo jurídica-política do ambiente social existente a partir da era industrial, e já em seu desdobramento final, e transição para a era da maior industrialização ou era tecnológica.

Com efeito, nota-se que a solidariedade que une os indivíduos de diferentes segmentos econômicos², aparentemente auto-suficientes é contraditória quando para sua subsistência se exige a materialização da solidariedade, mais precisamente a solidariedade objetiva, que Durkheim denomina solidariedade orgânica. Todavia, há de se compreender que não

² IHERING, Rudolf Von. A Finalidade do Direito. Tradução de José Antonio Faria Correa. Editora Rio, 1979 – págs. 113/114.

O contrato de troca tem por pressuposto a diversidade, ao passo que o contrato social, a identidade de objetivo. O resultado de ambos os contratos, do ponto de vista da movimentação na vida dos bens, consiste, lá, no fato de que dois valores (coisas, dinheiro, serviços) trocam de lugar um com o outro. O que alguém possuía antes do contrato (quer como na prestação de serviço, apenas potencialmente, quer como fruto ainda não rompido, na haste da energia pessoal), passa a ser possuído, após seu cumprimento, por outro. Na sociedade, a movimentação entre as pessoas e as coisas dela participantes são de natureza convergente, todas colimando o mesmo objetivo. O alvo e o caminho são idênticos, o lucro final é comum.

Ora, determinados fins há que suplantam os meios do indivíduo e reclamam inexoravelmente o esforço unido de muitos, de tal forma que resta fora de cogitação sua perseguição isolada. Em tais casos, a sociedade é a única forma praticável. Enquadram-se aí todos os objetivos que hoje constituem tarefa das comunidades políticas ou eclesásticas ou do estado. Em uma época em que isso não era o caso, aquele que desejasse persegui-los tinha de, necessariamente, buscar companheiros. Antes de esses fins (v.g.,

obstante a solidariedade que irmana um segmento ou grupo identificado profissionalmente, entre seus integrantes ocorre a natural competição, daí ser necessária a solidariedade orgânica para que se mantenham como órgãos, como grupamento, posto exigir a prevalência do social em face ao individual. Mais evoluída a noção de solidariedade de um grupamento social, mostra-se em seu desdobramento como coletiva conscientização a que se refere o citado autor:

“Sem dúvida, ela não tem como substrato um órgão único; é por definição difusa, ocupando toda a extensão da sociedade, mas nem por isso deixa de ter características específicas, que a tornam uma realidade distinta. Com efeito, ela é independente das condições particulares em que situam os indivíduos. Estes passam, ela fica. É a mesma no norte ou no sul, nas grandes e nas pequenas cidades, nas diferentes profissões. Por outro lado, não muda em cada geração, mas ao contrário liga as gerações que se sucedem. Portanto, não se confunde com as consciências particulares, embora se realize apenas nos indivíduos. É o tipo psíquico da sociedade, tipo que tem suas propriedades, condições de existência, seu modo de desenvolvimento, exatamente como os tipos individuais, embora de outra maneira.”³

Dentro desta explanação, a solidariedade subjetiva, antecede à solidariedade objetiva ou orgânica para a explicação dos fatores sociais que se exteriorizam coletivamente, notadamente na relação da previdência social.

segurança pública, construção de ruas, escolas, assistência aos pobres, emprego de pregadores, edificação de igrejas) passarem ao cuidado do estado ou da Igreja, em parte, eram perseguidos sob a forma de livre associação, coisa que ainda, debaixo de nossas vistas, ocorre entre os colonizadores da América do Norte. Para todos esses objetivos, cabe ao indivíduo somente a alternativa: ou a renúncia total a eles, ou sua perseguição através da união com muitos. Outros fins há, por outro lado, que, em virtude de sua natureza, podem ser perseguidos, como mostra a experiência, tanto por indivíduos quanto por sociedades, como e.g., negócios mercantis, empresas industriais. O motivo que faz com que o indivíduo busque companhia nesse sentido, reside no fato de lhe faltar alguma das exigências necessárias à empresa, falta que pode suprir com a assistência de outrem.

³ DURKHEIM E. De la division du travail social. Ed. Alcan – 7ª Ed. Paris, 1960 – pág 46.

Assim, a partir da solidariedade coletiva se compreende o indivíduo e as relações entre ele e a sociedade, como salienta o autor do livro “As Etapas do Pensamento Sociológico”⁴

A sociedade se estabelece entre os indivíduos que a integram como autêntica relação contratual e com a finalidade específica de compatibilização dos objetivos das células individuais, em face ao interesse social prevalente sobre o individual, moldando este ao interesse comum e social. De tal sorte que a finalidade da sociedade resulta da comunhão de interesses particularizados compatibilizados para a satisfação dos interesses sociais. Sendo expressiva a manifestação da solidariedade como base do direito cooperativo que tem por finalidade a reposição ou recomposição do equilíbrio social ante situações que tendam à desorganização social, nas quais se incluem aquelas que exigem a atuação da previdência social, para reparar ou minorar os riscos sociais.

III – A PREVIDÊNCIA SOCIAL E O OBJETO DA SOCIOLOGIA JURÍDICA

É identificando os fatos sociais que o Prof. Aurélio Wander Bastos⁵, citando Émile Durkheim, aborda o objeto da Sociologia Jurídica como

⁴ ARON, Raymond. *As Etapas do Pensamento Sociológico*. Ed. Martins Fontes. 4ª Edição. São Paulo, 1995 - págs. 302.

A resposta dada por Durkheim à questão metodológica é a seguinte: para estudar cientificamente um fenômeno social, é preciso estudá-lo objetivamente, isto é, do exterior, encontrando o meio pelo qual os estados de consciência não perceptíveis diretamente podem ser reconhecidos e compreendidos. Estes sintomas, ou expressões dos fenômenos de consciência são, em *De la Division du Travail Social*, os fenômenos jurídicos. De modo sugestivo, e talvez um pouco simplista, Durkheim caracteriza um dos tipos de solidariedade: o direito repressivo, que pune as faltas ou crimes, e o direito restitutivo, ou cooperativo, cuja essência não é a punição das violações das regras sociais, mas repor as coisas em ordem quando uma falta foi cometida, ou organizar a cooperação entre os indivíduos.

⁵ BASTOS, Aurélio Wander. *Introdução à Teoria do Direito*. Ed. Lumen Juris, 2000 - págs.187-188.

Durkheim afirma expressamente: “a natureza das sanções restitutivas é suficiente para demonstrar que nas sociedades onde predomina a solidariedade social (orgânica) o direito

fonte do direito. O citado autor conclui quanto à conceituação das relações jurídicas que para dimensioná-las é necessário isolar os aspectos jurídicos dos sociais e reconhecer e identificar as semelhanças entre os fatos sociais e as normas jurídicas, visando correlacioná-los⁶, como fatos externos ao homem, ainda que seja este seu objeto ou mesmo sujeito passivo. Com efeito, em se cogitando de seguridade social e previdência social, os fatos que dizem com os riscos sociais, sua preocupação e mesmo a reparação de seus danos e a capacidade econômica e financeira de toda a sociedade, tornam-se referenciais sociológicos com reflexos na Seguridade Social.

Os riscos sociais não são enumerados por tabelas, vez que refletem eles a exposição dos integrantes da coletividade às vicissitudes materiais; aquelas promovidas por agentes agressores ou gerados pela própria comunidade; os riscos decorrentes de fatos externos ao ambiente social, a exemplo das guerras exteriores e seus reflexos no país; alteração demográfica na qual se incluem o envelhecimento da população e o baixo índice de natalidade; as

é de índole diferente do predominante nas sociedades de solidariedade mecânica [...]. A sanção não é expropriatória, é uma regra de preparação. Não se infringe àquele que viola o Direito, ou que o desconhece, um sofrimento proporcional a seu delito, mas apenas o juiz, que é o agente de restabelecimento da harmonia, determina que se submeta às regras de reparação social. [...] Este direito representa uma papel semelhante ao do sistema nervoso no organismo e contribui para que as diferentes funções do corpo concorram harmonicamente “ para a manutenção de seu equilíbrio.

Estas observações sobre Durkheim, como subsídios aos estudos sobre a relação Direito e sociedade, e a crítica que formulamos a Hans Kelsen, estariam incompletas se não adiantássemos que, paralelamente, foi aquele autor que contribuiu para a definição de algumas vertentes metodológicas importantes da Sociologia Jurídica. No seu livro *As Regras do Método Sociológico* afirma, com evidentes conseqüências sobre as nossas linhas de estudo: “Os fatos sociais devem ser tratados como coisas”, o que significa que “os fatos sociais são externos ao próprio homem”, o que caracterizando uma segunda regra, que tem sua própria dinâmica apreensível pela inteligência do homem, mas independente da primeira: conhecê-los (os fatos sociais) não significa submetê-los, mas reconhecê-los através da observação e da experiência, “avançando do exterior acessível até o invisível profundo”.

⁶ BASTOS, Aurélio Wander. *Introdução à Teoria do Direito*. Ed. Lumen Juris, 2000 - pág.189.

Conseqüentemente, a dimensionalização do fenômeno jurídico exige, especialmente, que o método nos permitia isolar o fenômeno social e reconhecer as suas próprias características e, ao mesmo tempo, isolar o fenômeno jurídico e reconhecer as suas

relações negociais informais; a evasão, a expansão e a contração de receitas. Enfim, os riscos sociais podem ser notados e até mesmo confundidos com seus fatos geradores, vez que a relação de interação é perfeita, aplicando-se o princípio da causalidade na identificação dos riscos a que estão expostos os cidadãos. E os riscos sociais são o objeto da Previdência oficial, e objeto do estudo da Sociologia Jurídica.

Com efeito, a Previdência Social atua preventivamente do que decorre que o direito previdenciário tem a característica preventiva, posto que suas regras são regras programadas de preparação. Visa o direito previdenciário a reparação do desgaste e danos que comprometem a harmonia social. Por certo que as normas de direito previdenciário tem por característica a reparação social, com a objetividade jurídica da manutenção do equilíbrio de todo o organismo do sistema social. E para o equilíbrio das relações entre direito e sociedade, os fatos sociais são considerados fatores externos ao homem, os quais devem ser identificados para que as normas preparatórias (previdenciárias) os submeta e restabeleça ou estabeleça a harmonia social.

Com efeito às desigualdades naturais dos seres humanos não se pode somar as desigualdades dos distribuídos recursos sob pena de pactuar a sociedade com o desequilíbrio social externo, posto que este sedimenta a própria convulsão social.

Por conseguinte os fatores distributivos desiguais, atribui às normas previdenciárias o objetivo de planificar a distribuição dos riscos sociais, com o que se amenizam as desigualdades, tornando-as suportáveis. Do que se tem como certo, serem as normas previdenciárias instrumentos necessários e hábeis ao enfrentamento das díspares situações que expõem

características e os seus próprios limites. Não basta, todavia, esta disponibilidade metodológica para isolar fenômenos dessemelhantes, mas é imprescindível e necessário que metodologicamente reconheçamos, senão as semelhanças entre os valores imanentes a determinados fatos sociais e determinadas normas, as suas interconexões e correlações. Isto significa que não podemos estudar cientificamente o Direito como norma pura, nem ao menos como puro fato social, mas como correlação entre o fato social nas suas diferentes manifestações (as relações sociais) e a ordem jurídica, como estrutura de normas entre si formalmente vinculadas, como pretendia Hans Kelsen.”

mais agudamente os menos favorecidos econômico-financeira e naturalmente aos riscos sociais.

Vale até mesmo se afirmar que as desigualdades se caracterizam como autênticos “riscos sociais”, a exemplo do que ocorre com os deficientes físicos, os quais a sociedade está obrigada a amparar através da Previdência Social e das normas de direito previdenciário.⁷

IV – O DIREITO E AS RELAÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

O conceito do Estado se reflete na organização política e administrativa, na governabilidade, no poder de coação e de dissuasão, na capacidade de disciplinar e fazer cumprir o ordenamento jurídico próprio. Enquanto considerado o Estado tal como gestor e representante dos interesses coletivos, a governabilidade se transpõe na harmonia da vida sócio-política, na

⁷ RAO, Vicente. O Ato Jurídico. Ed. Revista dos Tribunais. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1997 – pág. 214.

A ordem econômica contemporânea, caracterizada pelo progresso das ciências aplicadas e da técnica, com suas conseqüentes concentrações de capitais, a produção em massa dos bens de consumo e correlativos problemas do trabalho, bem assim o fenômeno das grandes aglomerações urbanas e, ainda, os abusos do mercado monetário criaram ou acentuaram situações de desigualdade condenadas pela justiça distributiva, por prejudiciais ao equilíbrio social. Daí a legislação especial que veio amparar, preventiva e repressivamente, a situação econômica dos consumidores, trabalhadores, locatários, devedores etc., vedando ou impondo limites a certas vantagens econômicas dos produtores, vendedores, patrões, locadores, credores etc. Mas, essas leis proibitivas ou restritivas nem sempre dizem respeito ao conflito entre os elementos volitivos e a declaração, isto é, nem sempre partem do pressuposto da existência de um contraste entre a vontade real e a vontade declarada nos casos de violação de seus preceitos: o conflito ou contraste se caracteriza, juridicamente, dentro da autonomia normal da vontade, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, ao passo que a acenada legislação protetora preestabelece limitações especiais a serem, necessariamente, observadas na celebração de determinados contratos, sob pena de invalidade das declarações de vontade que as infringem. Contudo, dentro dessa legislação especial, mesmo dentro das leis gerais dos contratos, limitativas da autonomia da vontade das partes, figuras jurídicas existem que se aproximam ou se inserem no quadro do mencionado conflito, como, p. ex., o velho instituto da lesão sensivelmente alterado pelo direito moderno, a ponto de constituir instituto novo e diverso.

segurança efetiva das relações jurídicas, no respeito mútuo dos cidadãos quanto à liberdade individual, à propriedade aos valores culturais, e principalmente na segurança quanto ao exercício desses direitos e cumprimento das obrigações respectivas nas quais se inclui as obrigações decorrentes da relação da previdência social. A organização política e administrativa somente pode ser vivenciada numa sociedade juridicamente estável e dotada de força e consenso suficientes para manter a ordem jurídica e a previdência interna, através de representantes investidos no poder por ela mesma, tal organização é o Estado que surgiu da exploração dos menos favorecidos⁸. A expressão estado é utilizada por Maquiavel para designar as espécies de “principados” e os modos de sua aquisição, isto no capítulo I de sua conhecida obra “O Príncipe”. Entretanto, a expressão – Estado – já era empregada para indicar a forma organizada em base territorial delimitada de um grupamento de humanos.⁹

A característica quanto a deter o Estado a força empregada a serviço da segurança dos direitos, na qual se contém a relação previdenciária, recebeu as críticas dos publicistas quanto à ordem em que surge, seja o estado ou o direito. Da criação, ou primazia da origem do Estado ou do direito, surge a discussão da interferência indevida do direito ou estado ou mesmo a deste sobre a ordem jurídica. Desta forma, o estado se torna um poder

⁸ PERRY, Marvin. *Civilização Ocidental, Uma História Concisa*. Tradução de Waltensir Dutra e Silvana Vieira. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 1999 - pág. 274.

Na Inglaterra, os senhores buscavam agressivamente todas as possibilidades de lucro resultantes da inflação dos preços agrícolas. Essa busca exigiu modificações de grande alcance na velha agricultura do feudo senhorial, mudanças conhecidas pelo nome de enclosure. O sistema de campo aberto estava relacionado com a subsistência da aldeia local e, como tal, impedia a agricultura em grande escala para um mercado distante. No sistema de campo aberto, as terras comuns não podiam ser destinadas à produção para venda. Além disso, a divisão da terra cultivável em faixas dificultava a prática de uma agricultura comercial lucrativa.

Os proprietários ingleses do século XVI desfecharam um duplo ataque contra o sistema de campo aberto, na tentativa de transformar suas terras em empresas comerciais voltadas para o mercado. Primeiro, privaram os camponeses arrendatários do uso das áreas comuns; em seguida, modificaram as condições do arrendamento, de enfiteuse para o arrendamento a prazo fixo. Enquanto a enfiteuse era legável e permanente, o arrendamento a prazo fixo, não. Quando ele terminava, o proprietário podia aumentar o arrendamento acima

absoluto, vez que concentra em suas mãos o monopólio da ordem jurídica que se volta submissa a ele. Sob este tema reúnem-se as correntes doutrinárias, a saber: teoria racionalista que refere a origem do estado a elementos lógicos em seu amplo aspecto; teoria do positivismo jurídico, para seus adeptos o estado tem sede nos princípios morais e jurídicos.

No desenvolvimento deste trabalho se procura vincular os fatos sociais como fonte das normas jurídicas e do direito, especialmente o direito previdenciário no qual se insere o estudo da relação da previdência social. Tem-se neste sentido que apreciar a conceituação das normas daqueles fatos originados, mais precisamente e na lição do professor Arion Romita:

“O conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social é aquilo que a Constituição de 1988 (art. 194) denomina seguridade social. A previdência social engloba, portanto, apenas um dos aspectos da seguridade social.”

Com efeito, a previdência social tem como origem a doutrina socialista de Saint Simon e a realidade social do início do século XIX quanto às aspirações da reorganização social decorrente do descontrole da era industrial, tendo o Estado tomado consciência do descontrole das atividades econômicas e da necessidade de sua regulamentação, em ordem de reduzir as desigualdades sociais e atendimento das reivindicações dos operários que constituíam e ainda hoje constituem os problemas sociais. No Brasil a previdência social oficial defere a seus vinculados os recursos necessários a

da capacidade de pagar do arrendatário. A restrição ao direito às terras comuns privou o arrendatário pobre das coisas de que ele mais precisava. Essas duas medidas dos proprietários forçaram os camponeses a deixar as terras do fendo ou trabalhar para o senhor como assalariados. Esse afastamento dos arrendatários facilitou a incorporação dos campos em unidades maiores e mais produtivas. Os proprietários podiam contratar trabalhadores a preços vis, devido ao crescimento da população e ao grande número de camponeses sem terra, em consequência do enclosure.

⁹ MACHIAVELLI. O Príncipe. Tradução de Lívio Xavier. Ediouro Publicações S/A. 35ª Edição – pág. 27.

sua manutenção, aplicando-se o princípio da essencialidade, como se pode aferir dos artigos 3º da Lei 8212/91 e art. 1º da Lei 8213/91 ¹⁰. De tal forma a promoção do essencial à manutenção do cidadão não afasta a complementação através da acessibilidade à seguridade privada, por quantos tenham a disponibilidade econômica e financeira.

Entretanto a provisão complementar não inibe a obrigação do Estado quanto à provisão da essencial previdência obrigatória.

A circunstância de serem os recursos ou benefícios previdenciários garantidores da essencialidade dos bens da vida, possibilitando a provisão complementar ou supletiva, propicia se conclua serem compatíveis três modalidades de relação previdenciária e social, a saber:

- previdência assegurada pelo Estado;
- previdência contratualmente pactuada;
- previdência complementar de determinados segmentos sociais, animados pela solidariedade segmentaria e de base contratual ou negocial.¹¹

¹⁰ Lei nº 8212/91. “Art. 3º A Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. Parágrafo único. A organização da Previdência Social obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

- a) universalidade de participação nos planos previdenciários, mediante contribuição;
- b) valor da renda mensal dos benefícios, substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado, não inferior ao do salário-mínimo;
- c) cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente;
- d) preservação do valor real dos benefícios;
- e) previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional.”

Lei nº 8213/91

“Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.”

¹¹ ROMITA, Sayão Arion. Revista da Previdência Social nº 248 – nov/2001.

Tais circunstâncias de ordem histórica justificam a coexistência de três estratos distintos na previdência social, atualmente: a) a previdência oficial, que garante aos beneficiários

V – A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A SOLIDARIEDADE SOCIAL

A Previdência Social tem como objetivo minimizar ou solucionar os problemas sociais decorrentes de fatores sociais produtivos e redistributivos, e se constitui como finalidade do Estado Democrático do Direito, a teor do art. 3º da Constituição Federal, no qual estão enumerados dentre os objetivos fundamentais da República Federal do Brasil a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais.

Já no artigo 6º do Capítulo II do Título I que estatui quanto aos Direitos Fundamentais enumeram-se como “Direitos Sociais”, o elenco das garantias profissionais e salariais de cunho preventivo e repositivo como se pode inferir dos seus trinta e seis incisos.¹²

Assim, a vista do texto constitucional, indaga-se quanto à natureza da relação de previdenciária ante esta se conter dentre os direitos garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil no elenco dos Direitos Sociais. Restaria o questionamento quanto à natureza constitucional dos Direitos Sociais. De “lege lata”, são direitos fundamentais na Constituição Federal assegurados e gozam de proteção do Estado, porém resultam de relações sociais às quais este último integra, posto que nele se consubstancia o substrato da vontade e dos anseios da sociedade, que se afirma no Estado Democrático de Direito.¹³

os meios indispensáveis de manutenção; b) a previdência por empresa, que, sem participação do Estado, concede benefícios complementares aos garantidos pela primeira, por intermédio de entidades fechadas; c) a previdência de iniciativa individual, proporcionada por entidades abertas, de feição mutualista, como os montepios, grêmios beneficentes, etc.

¹² Constituição Federal de 1988

“Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

¹³ Preâmbulo da Constituição Federal de outubro de 1988

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Com efeito, a sede constitucional dos direitos sociais acena para sua identificação como direito substantivo assegurado constitucionalmente. Todavia a questão permanece aberta, diante do que se pode conceituar como relação previdenciária e sua origem na solidariedade que une os integrantes da nação.

Na compreensão do texto constitucional do art. 194 se contém ser a seguridade social integrada pela ação dos Poderes Públicos e da sociedade. E a ação da sociedade é animada pela consciente atuação da solidariedade para com seus integrantes atingidos pelos infortúnios ou riscos sociais. Desta forma tem-se a solidariedade como fundamento ou viga mestra que sustenta e anima as relações sociais nas quais se integra a seguridade social. Em ordem de sua própria manutenção a sociedade se imbuí do sentimento de solidariedade que se efetiva em ações de cunho preventivo e reparatório ante os riscos a que toda a sociedade se expõe.

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I – universalidade da cobertura e do atendimento;

II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;

V – equidade na forma de participação no custeio;

VI – diversidade da base de financiamento;

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

Em brilhante artigo sobre a previdência oficial e a previdência privada, leciona o Prof. Arion Romita que: *“Por ocasião dos estudos que conduziram à*

promulgação da Lei nº 6435, cogitou-se de implantar, no âmbito da previdência oficial, planos complementares, mesmo obrigatórios, para atender, mediante contribuição adicional, às necessidades dos segurados de mais elevado padrão de vida. Decidiu-se, porém, abandonar essa via: a previdência oficial deve restringir-se “à sua área específica, isto é, ao mínimo indispensável”. O que ultrapassar esse mínimo ficará a cargo da previdência privada não só no que diz respeito ao reforço das prestações previdenciárias como também no tocante à assistência médica diferenciada. Acima dos tetos previdenciários, os benefícios complementares devem ser cobertos pela iniciativa privada.”¹⁴

Do que acima se contém afirma-se o caráter integrativo da previdência social à seguridade social e partindo-se desta conceituação, a qual tem sede e fundamento angular no texto constitucional, questiona-se quanto ao alcance da expressão Seguridade Social, e o mínimo essencial que ela está obrigada a assegurar.

Com efeito, a expressão seguridade indica a substantivação do ato de assegurar, de garantir, de tornar efetivamente firme, inabalável, garantido, ao abrigo de qualquer ameaça, seguro e firme as condições de sobrevivência ante a ocorrência do dano social correspondente ao risco. Em outro contexto se pode entendê-la como o objeto de um contrato de seguro. Assim, a expressão seguridade pode ser entendida como substantivo ou como o agente ou o titular da garantia, e como objeto de um contrato de seguro ou da própria garantia. Tem-se por conseguinte que da duplicidade de entendimento dos conceitos decorrem substanciais diferenças jurídicas.¹⁵

¹⁴ ROMITA, Sayão Arion. Revista da Previdência Social nº 248 – nov/2001.

¹⁵ BASTOS, Aurélio Wander. Introdução à Teoria do Direito. Ed. Lumen Juris, 2000 - pág. 271. Metodologicamente, o sistema de interpretação poderia ser um simples movimento de comparação das normas entre si, que permitisse sintonizar o conteúdo das normas inferiores com as normas superiores na ordem jurídica. Da mesma forma, poder-se-ia admitir que o processo interpretativo estaria destinado a verificar se os procedimentos utilizados na elaboração e na promulgação de leis e sentenças estariam articulados com as predeterminações legais. Para Hermes Lima, o estabelecimento de uma hierarquia no ordenamento jurídico está ligado à existência da própria Constituição. Seguindo esta hierarquia: a Constituição, as leis orgânicas ou complementares, porque põem em execução preceitos constitucionais, leis ordinárias ou as leis comumente votadas pelo Legislativo. Para Hans Kelsen, a identificação da norma fundamental como pressuposto da

Por certo a seguridade, tal como a garantia da incolumidade individual, constitui direito substantivado no texto constitucional. Portanto é dever do Estado e da sociedade garantir a previdência e a assistência social, afastada qualquer conotação quanto ao aspecto negocial.

O dever do Estado não pode ser objeto de contrato de seguro, dado seu caráter de obrigatória assistência e proteção aos cidadãos. Assim, constituindo-se obrigação de prestar pelo Estado, jamais negociado há de ser. Do que se pode concluir o Dever inafastável do Estado quanto ao cumprimento e observação do direito social à Previdência Social de forma a prover dos recursos essenciais os atingidos pelo risco social.

Com efeito, a relação de previdência social decorre da norma constitucional que em razão de sua origem e natureza tem força própria. Na lei constitucional se contém o respeito à vida e aos direitos essenciais como lastro da sociedade. Donde que não revela a relação previdenciária um direito derivado e sim um direito coercitivamente oponível ao Estado enquanto garantidor das condições vitais da sociedade. E nestas vitais condições se inclui a segurança ou seguridade social, tanto quanto a segurança individual, a garantia das relações jurídicas e a garantia da propriedade e das condições dos cidadãos.

Invoca-se a doutrina preceptiva e de caráter objetivo quanto a que o dever fundamenta os atos jurídicos os negócios jurídicos, para doutrinariamente formar o entendimento de ter a seguridade social o caráter de direito substantivo próprio caracterizado pelo dever do Estado e jamais pelo querer, vez que consubstancia garantia constitucionalmente inscrita como Direito Fundamental. Abriga-se esta afirmação na concepção de Bulow, assinalada por Vicente Rao.¹⁶

Constituição concretamente determinada é que permite interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente posto como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas.”

¹⁶ RAO, Vicente. Ato Jurídico. Ed. Revista dos Tribunais. 4ª Edição. São Paulo, 1997 - págs. 51/52.

Segundo alguns autores, que não vêem no querer o fundamento dos atos jurídicos (ou “negócios jurídicos” segundo sua linguagem), o caráter preceptivo destes atos deve ser entendido através de sua objetividade.

Em qualquer das vertentes da relação de previdência social desdobra-se a complexidade de seu caráter dada a natureza constitucional e infraconstitucional em que se baseia, sendo defensáveis os argumentos dos que lhe atribuem o trato Jurídico negocial, com a ressalva não só de seu aspecto complexo, quanto ao caráter obrigatório, como acentua o emérito Prof. Romita na obra já citada:

“Tal relação apresenta as seguintes características: a) relação de duração ou trato sucessivo; b) unitária; c) onerosa; d) sinalagmática; e) aleatória; f) pública. É de trato sucessivo, porque perdura no tempo, não se exaure com uma única prestação. É unitária, porque o complexo de relação jurídicas surge ope legis, existindo entre tais relações uma interdependência orgânica, ou seja, uma identidade de fonte genética. É onerosa, porque as prestações previdenciárias são condicionadas ao pagamento das contribuições. É sinalagmática, porque no complexo de relações pode dividir-se o sinalagma genético: verificados os pressupostos legais, surgem simultaneamente a obrigação de pagar contribuições e o encargo de satisfazer a prestação previdenciária ao dar-se o evento. É aleatória, porque há para os sujeitos incerteza quanto às vantagens ou perdas, podendo falhar algumas das prestações. Finalmente, é pública, entre outras razões, porque as prestações estão a cargo da Administração Pública (indireta); o vínculo é obrigatório;

De acordo com a antiga concepção de Bülow (Das geständnisrecht) o negócio jurídico se caracteriza pelo dever e não pelo querer e, assim se qualificando como Sollenserklärung, consiste em um mandamento concreto reconhecido pelo direito, que lhe confere força vinculativa, de sorte que só neste sentido se define como meio concedido às partes para a produção de efeitos jurídicos, de conformidade com os seus interesses. Esse caráter mandamental e objetivo do negócio assume maior relevo nas noções que o consideram como ato produtor de normas jurídicas, ou normas privadas (Danz), ou normas subordinadas (Bierling).

De conformidade com a teoria preceptiva objetivista de Betti, a vontade, como fato interno e anteriormente determinada, esgota-se na declaração, que a absorve: assim considerada, confunde-se com a pessoa, da qual se não pode separar, ao passo que o preceito da autonomia privada, exatamente, por sua essência preceptiva e não psicológica, adquire vida exterior própria e destacada da pessoa de seu autor. Não se pode confundir, acrescenta o mesmo autor, a essência do negócio jurídico com a vontade, pois esta é, apenas, um elemento subjetivo daquele. Segundo Betti, o negócio jurídico não deve ser definido como declaração de vontade, mas como declaração preceptiva reguladora de relações privadas, ou melhor, como “ato mediante o qual o agente regula por si os seus interesses próprios nas relações com outrem, ato de economia privada a que o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social caracterizada por seu tipo respectivo”.

o inadimplemento das obrigações previstas pela legislação previdenciária pode acarretar sanções impostas pelo Poder Público, inclusive sanções de natureza penal; em suma, por que especifica uma atividade integrada nos fins do Estado.”

VI – O CUSTO DO SEGURO SOCIAL

A contribuição tríplice e igual e a situação da dívida acumulada da União criou para a União uma dificuldade insuperável. A impossibilidade material em que sempre se encontrou a União para contribuir nessa base igualitária, é atestada pelo vultoso débito para com as instituições de previdência social, o qual já se fazia notar desde 1961.

A propósito do déficit previdenciário da União, a Lei nº 3807 em capítulo especial, do qual os artigos 135 e 136 previam a consolidação da dívida da União na data da Lei e sua liquidação por meio da emissão, em nome do “Fundo Comum da Previdência Social”, de apólices da dívida pública federal, inalienáveis, que renderão juros de 5% ao ano e ficarão entregues à guarda do Departamento Nacional da Previdência Social. Cogitava, ainda, a Lei nº 3807 do integrado por verbas do orçamento da despesa do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

O custeio tríplice distribuído entre as entidades públicas (União, Estados e Municípios), empregadores e trabalhadores, importa em que a relação jurídica previdenciária corresponde ao sinalagma custo/benefício, como se infere do artigo 202 e seus §§ da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 202 (EC nº 20/98) - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho

dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 3º vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. § 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.”

Com a Emenda Constitucional antes referida se procedeu à revisão da definição da seguridade social com a instituição de um sistema previdenciário básico, paralelamente a um sistema complementar exclusivamente privado. E a partir do que nota-se a presença do custeio quádruplo, dado que aos três antes referidos se adita a Constituição de Fundos - art. 249 da Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 249. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adição aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos, integrados pelos recursos provenientes de contribuições e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desses fundos.”

Artigo incluído pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998

Nota-se a partir da Emenda Constitucional nº 20/98 “o fim da contribuição patronal para o financiamento do sistema, a instalação do regime de capitalização, a desconstitucionalização dos direitos sociais, o questionamento da generosidade de alguns benefícios definidos em 1988, além de sugestões para o equilíbrio atuarial do sistema e a uniformização dos benefícios, como a fixação de uma idade mínima para acesso às aposentadorias, a substituição do tempo de serviço pelo tempo de contribuição e o fim das aposentadorias especiais (Meio e Azevedo, 1998). A agenda da contra-reforma da Previdência Social nos anos 90 foi defendida, em sua integralidade, pelo Instituto Liberal, associações empresariais e elites técnicas, dentro e fora do Estado. Entretanto, mesmo com a redução relativa do poder de classe dos trabalhadores assalariados nos anos 90, despertou resistências importantes. Destacam-se a CUT, associações ligadas à previdência e ao serviço público, elites técnicas vinculadas à seguridade e entidades de aposentados, atestando as proposições que salientam o papel das clientelas na contenção das políticas de retração (Pierson, 1994). A agenda da contra-reforma dispôs, além disto, de pequena receptividade no Congresso, não tendo sido sequer plenamente incorporada à proposta de emenda constitucional apresentada pelo governo Fernando Henrique Cardoso. Não obstante, em pelo menos um aspecto fundamental - dentre aqueles que podem afetar o caráter público da previdência social brasileira - o movimento de contra-reforma logrou sucesso, com a abolição do disposto no parágrafo 7º do artigo 201 da Carta de 1988, que previa a instalação, pela previdência social, “de seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais”. A Emenda Número 20 elimina a referência a tal seguro complementar público, estabelecendo que *“o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar (Emenda Constitucional Número 20, artigo 202)”*, como ressalta Ignacio Godinho Delgado em artigo publicado na Revista de Direito Previdenciário.

Por certo que a Emenda Constitucional nº 20/98 marca a abertura na iniciativa privada para o ramo do “comércio” do seguro social no Brasil.

Com efeito apesar da Constituição de 1988 na pretensão de assistir a todos através do SUS, não logrou recursos suficientes, donde a transferência

para o setor privado dos encargos que até então eram assumidos pelo Estado. Com a ediao da Lei não 9656/99 o custo do seguro social em relaao a saúde foi transferido ou repartido com a iniciativa privada e a transferência desse aos próprios segurados, do que resulta a absorao da previdência pública pela previdência particular, ainda que se mantenha o texto constitucional quanto à obrigaao do Estado pela manutenao da Previdência oficial.

Com efeito, tanto a assistência quanto a previdência social já se mostram transformadas, seja com a abertura dos seguros de saúde complementar, seja com a constituiao dos fundos previdenciários a teor do art. 249 da Constituiao Federal com a redaao que lhe emprestou a Emenda no 20/98.¹⁷

Assim, indaga-se o que resta para que a Previdência Social seja reformada? Com efeito, a partir da constituiao dos fundos previdenciários, da complementaao da assistência e da previdência social, tanto pelos planos de complementaao de saúde, quanto pelos Fundos Previdenciários, cuja implementaao depende de lei regulamentar. Estaria, assim, fechado o ciclo da reforma, até porque, no paradigma da Seguridade Social, integrada pelos dois segmentos citados. Estaria, assim, completo o ritual reformista previdenciário, sem abordar neste momento, o custo e o devedor de tal reforma.

VII – SUJEITOS DA RELAAO PREVIDENCIÁRIA

Incumbindo ao Estado a efetividade das garantias constitucionais é assim este mesmo o sujeito principal da relaao previdenciária. Nota-se a expressão principal adunada a de sujeito e responsável direto pela consecuiao da previdência social, dado que à sociedade se deferem as garantias constitucionais ou liberdades públicas, ao mesmo tempo em que este mesmo Estado e esta

¹⁷ Constituiao Federal de 1988

“Art. 249 - Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento de proventos de aposentadoria e pensões concedidas aos respectivos servidores e seus dependentes, em adiao aos recursos dos respectivos tesouros, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão constituir fundos, integrados pelos recursos provenientes de contribuioes e por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administraao desses fundos.”

Artigo incluído pela Emenda Constitucional não 20 de 1998

mesma sociedade se vêem obrigados a previamente manterem as condições que assegurem a efetividade do que projeta o texto da lei maior.

Com efeito a previdência social enquanto prestação de segurança social contra os riscos naturais da provisão de bem essencial ao cidadão se inscreve dentre os objetivos permanentes da República Brasileira, e sua não prestação e sua ineficácia denota a falta de condições de governo, a ingovernabilidade de que tratam os publicistas.¹⁸ A presença do Estado como devedor da prestação securitária social caracteriza a relação estabelecida entre os segurados como relação jurídica de direito público, cujo objetivo volta-se à efetivação, à regularidade e a fiscalização do exercício da prestação previdenciária pelas entidades públicas vinculadas ao Ministério da Previdência e Integração Social, através de seus órgãos gestores e controladores, a teor dos dispositivos da Lei 8212/90.

VIII – OBJETO E CONTEÚDO DA RELAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

A seguridade social é um investimento de toda a sociedade com recursos próprios e compulsoriamente recolhidos dos contribuintes e beneficiários, pessoas físicas, pessoas jurídicas na condição de empregados e empregadores. Além do investimento do percentual recolhido nos concursos de prognósticos das casas lotéricas e da contribuição sobre

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editores. 11ª Ed., 2000 - págs. 528/529.

O problema dos direitos humanos fundamentais neste século, sobretudo na sociedade brasileira, não deve ficar desmembrado de uma teoria da crise política, cuja análise se faz imprescindível para podermos sondar o alcance e extensão das dificuldades que agora o País atravessa.

Com efeito, a crise política de uma Nação pode percorrer três distintos graus nesta escala: em primeiro lugar é crise do Executivo, que normalmente chega ao seu termo quando se muda a chefia de governo ou advém, de maneira bem sucedida, uma nova política; a seguir, crise constitucional – de solução ainda possível – mediante uma Emenda à Constituição ou, nos casos mais graves e excepcionais, por via da reforma total ou da promulgação doutra lei maior; enfim, se converte ela em crise constituinte, a de terceiro e derradeiro grau, quando deixa de ser tão-somente a crise de um Governo ou de uma Constituição para se transformar em crise das instituições ou da Sociedade mesma, em seus últimos fundamentos.

movimentação financeira. Assim a canalização de receitas previdenciárias tem por objetivo o provimento das carências financeiras, assistenciais, medicas e hospitalares que aos infortúnios e riscos da vida social e laboral estão expostos os contribuintes e cidadãos. O objeto da relaao previdenciária volta-se ao amparo dos sujeitos da relaao previdenciária afetados pelos danos materiais e à saúde a que são expostos e geradores das seguintes reposioes ou recomposioes previdenciárias:

- cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- proteao à maternidade, especialmente à gestante;
- proteao ao trabalhador em situaao de desemprego involuntário;
- salario-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no  2o.¹⁹

Além dessas reposioes, outros benefícios como previsto na Constituiao Federal, artigos 201 a 204, cuja regulamentao se contem na Lei 8213/90, tais os planos de benefícios de prestaao continuada.

¹⁹ Constituiao Federal de 1988

“Art. 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiaao obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteao à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteao ao trabalhador em situaao de desemprego involuntário;
- IV - salario-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no  2o.

 1o a vedada a adoao de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condioes especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

 2o Nenhum benefício que substitua o salario de contribuao ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salario mínimo.

 3o Todos os salarios de contribuao considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

Com efeito, a organização da Previdência Social tem sede constitucional e infraconstitucional, vez que não são auto-aplicáveis os dispositivos da Lei Maior. De tal sorte que está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

O conteúdo da relação de previdência social, mais especificamente a reposição do patrimônio material e subjetivo do contribuinte, ou “a cobertura dos riscos sociais” são alcançados com o financiamento da sociedade, seja em face ao deveres impostos pela solidariedade que os integra, seja em face à compulsória condição de contribuintes da Previdência Social, cuja receita é recolhida do percentual incidente sobre a folha de salários na modalidade de contribuições sociais vertidas pelos segmentos:

- dos empresários sobre a folha de salários pagos;
- dos trabalhadores avulsos vinculados à Previdência Social;
- do percentual das receitas de concursos de prognósticos;
- das receitas oriundas da contribuição provisória sobre movimentação financeira.

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Assim, o contéudo ou substância da relaao de previdência social pode ser enunciado tendo em vista a organizaao, o fomento e o objetivo. De tal forma a relaao de previdência social possui caráter de direito público, a filiaao obrigatória em face à finalidade de suprir os riscos a que todos os cidadãos se expõem. Além da obrigatoriedade do fomento das receitas, dada a natureza compulsória de seu recolhimento, através das contribuioes sociais antes referidas. Quanto ao objetivo, já antes foi referido, porém conveniente se repisar ser o contéudo da relaao de previdência social consubstanciado nas contribuioes e demais receitas a ela vinculadas, destinadas ao suprimento ou cobertura dos riscos sociais.

Quanto aos riscos sociais objetivados pela relaao de previdência social não têm eles uma limitaao temporal uma vez que destina-se a relaao de previdência social a suprir aqueles riscos já materializados em danos à saúde ou à vida do segurado; destina-se a relaao de previdência social aos riscos futuros do segurado, a exemplo da aposentadoria por doença ou por idade. Além dos riscos atuais a exemplo dos riscos acidentários no trabalho ou no percurso ou trânsito para o trabalho.

§ 9o Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuiao na administraao pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salario para efeito de contribuiao previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

Art. 202 - O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relaao ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituiao de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.”

§ 1o A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informaoes relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2o As contribuioes do empregador, os benefícios e as condioes contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceao dos benefícios concedidos, não integram a remuneraao dos participantes, nos termos da lei.

Há de ser assinalado que este estudo aborda a relação de previdência social obrigatória a que se refere o art. 193 da Constituição Federal²⁰ que tem por base a ordem social sob a primazia do trabalho e objetivar o bem estar e a justiça social. Por certo que a previdência social integra a Seguridade Social compreendida como o somatório das ações governamentais e da sociedade. Do que se pode evidenciar que paralelamente suprem-se os riscos sociais através tanto da previdência oficial e obrigatória e de sua complementação, sem que esta afaste o caráter essencial daquela provida pelo Estado.

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Seção IV

DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Art. 203 - A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 204 - As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

IX – OS ANTECEDENTES DA REFORMA

Efetivamente, toda a reforma tem como finalidade o aperfeiçoamento da situação antecedente, porém para que tal ocorra é mesmo até questionável a eficácia da reforma. Assim, a melhoria do sistema previdenciário, carece mais de saneamento da atual conjuntura do sistema do que mesmo de sua reforma. Com efeito, os dados conjunturais e estatísticos indicam ser a Previdência Social, alvo fácil e constante de fraudes bilionárias, que sangram as receitas, ao mesmo tempo em que perpetuam despesas fantasmagóricas.

De tal sorte abala-se o lastro financeiro do sistema duplamente, desde da sonegação das contribuições e encargos sociais, até a fraude no pagamento dos benefícios em valores altíssimos e por tempo indeterminado.

Nota-se, pois, que o sistema previdenciário, por mais que se procedam as reformas e sejam elas implementadas, com ou sem a restrição dos direitos adquiridos ou aquele na expectativa deste, não pode ser encarada com seriedade ante a escancarada sangria dos cofres da Previdência Social, em face à prática de atos ilícitos.

Enquanto não se estancarem as fraudes previdenciárias, não ocorrerá a distribuição equânime dos benefícios, vez que concorrem para a falência do sistema previdenciário as causas seguintes:

a) excesso de encargos que oneram o empresariado e o empregado, vez que a estes são os encargos repassados na forma de salário negativo ou peso salarial. Em conseqüência tem-se o salário mínimo aviltante, bem assim a evasão dos recolhimentos. E tal evasão dá-se sob múltiplas formas, desde o trabalho informal à sonegação fiscal.

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.”

²⁰ Constituição Federal de 1988

“Art. 193 – A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

b) improbidade da administração, que mantém em silêncio eloquente dos pagamentos milionários que se procedem com a participação efetiva dos responsáveis pelas receitas previdenciárias.

É inconcebível que a reiteração das fraudes sem a efetiva participação do servidor previdenciário, em qualquer nível de sua atuação, até os escalões superiores.

c) a falta de controle quanto as verbas previdenciárias não se pode cogitar de reforma previdenciária, quando não se tem meios hábeis para aferir a regularidade da situação previdenciária do segurado, a comprovação dos recolhimentos, a existência do próprio segurado, circunstâncias elementares para qualquer implementação de assistência ou previdência social. E não se diga serem impossíveis tais medidas, dado que o cadastro geral de contribuintes se mostra eficaz, donde que seu precedente afasta a increpação da impossibilidade.

Outra questão vem ao encontro do necessário saneamento, vez que se é impossível no atual sistema o controle das despesas e sua regularidade, tal impossibilidade persistirá em qualquer regime previdenciário almejado com reforma da Previdência Social.

d) a falta de responsabilidade do representante do fisco quanto ao desvio dos recursos destinados à Previdência sem cogitar-se de finalidade prioritária ou não, vez que o desvio das receitas previdenciárias, atinge o segurado, em seu direito fundamental, ao benefício por ele próprio gerado e mal gerenciado pelo Poder Público. Assim, a gestão fraudulenta e aquela que afasta a destinação da receita previdenciária se equivalem.

e) ausência de adoção de políticas fiscais que supram a verdadeira e apurada insuficiência de receitas previdenciárias com o que se lograria a obtenção de recursos e mesmo reservas, custeadas por impostos gerais e diretos.

f) gerenciamento dos recursos destinados aos programas previdenciários voltado ao equilíbrio atuarial e à uniformização dos benefícios, com a participação do Governo, do empresariado e dos destinatários da previdência, o assalariado em geral, neste compreendido o servidor público.

Tal gerenciamento participativo no sistema previdenciário, acentua o princípio da solidariedade em que se baseia, ao tempo em que a presença

dos trabalhadores na política gerencial garante o investimento produtivo do fundo de reserva previdenciária, contribuindo para que se mantenha o equilíbrio demográfico. A participação de todos os interessados, impede a quebra da dinâmica demográfica, ou seja, que ocorra o “boom” expansionista dos fundos e logo a seguir ocorra a retirada ou aposentadoria dos participantes que recolhem seus recursos, sem o compromisso com o fomento dos quadros previdenciários.

A dinâmica demográfica atua qual o movimento do moinho. Às retiradas ou aposentadorias há de corresponder o ingresso de novos participantes no sistema de capitalização, impedindo que se tornem os fundos previdenciários sistemas de meras repartições.

Do que foi apreciado, a reforma da previdência há de anteceder à moralização da administração da Previdência Social e tanto que isto se faça, em uma etapa posterior, verificando ainda assim a presença dos desequilíbrios, retoma-se a discussão acerca da reforma previdenciária, já delineada na Emenda Constitucional nº 20/1998.

X – A REFORMA E O DIREITO ADQUIRIDO

Por certo que à questão reformista se liga o primado constitucional do respeito ao direito adquirido daqueles que estejam na condição de beneficiários de proventos ou que já hajam adquirido o direito a estes proventos.²¹

²¹ DELGADO, Ignacio Godinho. Revista de Previdência Social. LTr Editora, São Paulo, 2001, Número 246, pp 307-320.

Iniciada sob o governo Collor de Mello, a NPE teve continuidade nos governos de Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso. Os esforços para realização de reformas estruturais orientadas para o mercado e a fixação da âncora cambial no dólar, para sustentação do Real, foram as características centrais do primeiro governo de Cardoso. Dentre as reformas estruturais, a tributária e a contra-reforma da previdência, conforme a formulação de Marcus Melo e Sérgio Azevedo, associavam-se aos propósitos de contenção do déficit público, de geração de fundos para o investimento e à expectativa de elevação da competitividade das empresas brasileiras numa economia aberta (Melo e Azevedo, 1998). A fixação da âncora cambial no dólar, por seu turno – principal instrumento para controle da inflação sob o Plano Real – vinculava-se também a este

No contexto das garantias constitucionais se inscrevem os direitos adquiridos, a situação jurídica perfeita e acabada e a coisa julgada. Assim, o processo legislativo da Emenda Constitucional não pode retroagir para alcançar qualquer das situações antes referidas, em ordem do respeito a direito albergado em cláusula pétreia.

A questão desdobra-se na competência não deferida ao legislador derivado e através da Emenda Constitucional para alterar cláusula fechada do contrato social refletido na Constituição. Donde que o legislador constituinte está adstrito ou contido pelo respeito às situações consolidadas. Já num segundo desdobramento, tem-se a propósito o conteúdo da ADIn 493/DF – 4/9/92, sendo relator o Ministro Moreira Alves, para quem:

“Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado.

O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção

último objetivo, ao acentuar a exposição das empresas à concorrência dos importados, que se iniciara com a abertura comercial inaugurada por Collor.

A reforma tributária esbarrou em resistências poderosas, dado o temor de perda de arrecadação por parte dos estados e da União, raiz de sua permanente protelação (Melo e Azevedo, 1998). As disputas em torno da previdência social resultaram na Emenda Constitucional Número 20, de 1998, que não contemplou, entretanto, toda a agenda da contra-reforma proposta desde o início da década. Esta, conforme Marcus Melo e Sérgio Azevedo, envolvia a revisão da noção de seguridade social, a redefinição do mix público-privado – com a criação de um sistema previdenciário básico, ao lado de um sistema complementar exclusivamente privado –, o fim da contribuição patronal para o financiamento do sistema, a instalação do regime de capitalização, a desconstitucionalização dos direitos sociais, o questionamento da generosidade de alguns benefícios definidos em 1988, além de sugestões para o equilíbrio atuarial do sistema e a uniformização dos benefícios, como a fixação de uma idade mínima para acesso às aposentadorias, a substituição do tempo de serviço pelo tempo de contribuição e o fim das aposentadorias especiais (Melo e Azevedo, 1998).

A agenda da contra-reforma da Previdência Social nos anos 90 foi defendida, em sua integralidade, pelo Instituto Liberal, associações empresariais e elites técnicas, dentro e fora do Estado. Entretanto, mesmo com a redução relativa do poder de classe dos

entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF.”

“Dá-se a retroatividade máxíma (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao “statu quo ante”), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados... A retroatividade é média quando a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico, verificados antes dela... Enfim a retroatividade é mínima (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor.”

“Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos - apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal - de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificações na causa, o que é vedado constitucionalmente.”

trabalhadores assalariados nos anos 90, despertou resistências importantes. Destacam-se a CUT, associações ligadas à previdência e ao serviço público, elites técnicas vinculadas à seguridade e entidades de aposentados, atestando as proposições que salientam o papel das clientelas na contenção das políticas de retração (Pierson, 1994). A agenda da contra-reforma dispôs, além disto, de pequena receptividade no Congresso, não tendo sido sequer plenamente incorporada à proposta de emenda constitucional apresentada pelo governo Fernando Henrique Cardoso. Não obstante, em pelo menos um aspecto fundamental – dentre aqueles que podem afetar o caráter público da previdência social brasileira – o movimento de contra-reforma logrou sucesso, com a abolição do disposto no parágrafo 7º do artigo 201 da Carta de 1988, que previa a instalação, pela previdência social, “de seguro coletivo, de caráter complementar e facultativo, custeado por contribuições adicionais”. A Emenda Número 20 elimina a referência a tal seguro complementar público, estabelecendo que o regime de previdência privada, de caráter complementar, e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar (Emenda Constitucional Número 20, artigo 202).

Resta por inteiro a questão do direito adquirido e sua definição jurídica e política, a teor do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, e seu parágrafo 2º, *verbis*:

“Art. 6º. A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

.....

§ 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem.”

No contexto da definição contida na lei civil, os servidores que integram a administração direta ou indireta, seriam titulares do direito à aposentação nos termos do que se contém no artigo 40 e seus parágrafos e incisos da Constituição Federal,²² ainda que não hajam implementado o tempo para passarem à inativação.

²² Constituição Federal de 1988

“Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º – Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma do § 3º:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições:

a) 60 (sessenta) anos de idade e 35 (trinta e cinco), de contribuição, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) de contribuição, se mulher;

b) 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Assim, ocorre um conflito intercontextual de normas, vez que a aplicação imediata dos preceitos de ordem pública que vincularem reformas não se confundem com sua aplicação retroativa.

Para a equação do conflito entre a aplicação da lei da Reforma Previdenciária e dos direitos adquiridos devem ser ponderados os interesses em causa, ou seja, o direito de quantos implementaram as condições para o recolhimento dos benefícios sob a égide do sistema reformado, e a aplicação imediata da lei de ordem pública que promova a reestruturação dos modos de aquisição e mesmo ao teor dos direitos previdenciários. Por certo que o direito à previdência social, constitucionalmente amparado, está vinculado à personalidade e mesmo à própria subsistência do cidadão diante dos riscos

§ 2º – Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º – Os proventos de aposentadoria, por ocasião de sua concessão, serão calculados com base na remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

§ 4º – É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

§ 5º – Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em 5 (cinco) anos, em relação ao disposto no § 1º, III, a, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 6º – Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.

§ 7º – Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

§ 8º – Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

sociais, do que se evidencia que há lhe de conferir maior valor ponderado. Surge neste tópico a necessidade de abordar a natureza essencialista do direito à cobertura dos riscos sociais, vez que se assentou sobre o núcleo da comunhão e solidariedade social. São direitos que não se podem negociar ou renunciar, são os direitos que dizem com a manutenção da dignidade do cidadão.²³

NATUREZA DO DIREITO AOS PROVENTOS

O direito do previdenciário em geral à assistência e à previdência social, nasce e se aperfeiçoa tanto que substantivado no texto constitucional. Nota-se, pois que o direito do segurado previdenciário é assim, direito pessoal e essencial à conservação de vida ante os riscos naturais ou artificiais a que se

§ 9º – O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

§ 10 – A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

§ 11 – Aplica-se o limite fixado no art. 37, XI, à soma total dos proventos de inatividade, inclusive quando decorrentes da acumulação de cargos ou empregos públicos, bem como de outras atividades sujeitas a contribuição para o regime geral de previdência social, e ao montante resultante da adição de proventos de inatividade com remuneração de cargo acumulável na forma desta Constituição, cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, e de cargo eletivo.

§ 12 – Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

§ 13 – Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

§ 14 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15 – Observado o disposto no art. 202, lei complementar disporá sobre as normas gerais para a instituição de regime de previdência complementar pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para atender aos seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

expõem quantos em sociedade se organizem e contra obrigação se mantêm.

O contingenciamento no tempo do direito aos proventos os quais se subordinam a termo, vez que a aposentadoria é devida em face do tempo de prestação laboral ou em face a acontecimentos pretéritos e acidentais que impedem tal prestação. Porém, condicionados ao tempo ou termo, nem por isso afasta a aquisição e constituição do direito, a teor do artigo 131 do Código Civil, *verbis*:

“O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

Neste contexto de interpretação quanto ao direito adquirido à previdência social no especial enfoque dos proventos, a lei civil é clara no sentido de resguardar a aquisição e constituição dos direitos que diferidos no tempo, nem por isso se lhe afasta a característica de direito adquirido.²⁴

Considerados os reflexos de tais conceituações tem-se que o ato jurídico constitucional, assim considerado aqueles que emanam do Estado por seus agentes para a criação, modificação, transformação ou extinção de direitos, são atos de natureza específica, posto que através delas se organiza

§ 16 – Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.”

Redação dada ao artigo pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998.

²³ RAO, Vicente. O Ato Jurídico. Ed. Revista dos Tribunais. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1997 – pág. 228.

Em se tratando de direitos pessoais puros, como os da personalidade, os de estado, os de capacidade e os de família, o direito, em caso de conflito, confere maior intensidade, isto é, maior eficácia aos elementos volitivos do que às declarações objetivamente consideradas. Assim sucede porque tais direitos ou são essenciais e inerentes à pessoa humana, ou advêm de vínculos de sangue ou de vínculos civis que da família fazem o núcleo básico da comunhão social, sendo uns e outros insuscetíveis de alienação, ou transmissão e, em regra, de renúncia. São direitos que, em sua mor parte, nascem, vivem e perecem exclusivamente, dentro da esfera jurídica das pessoas que vinculam.

²⁴ RAO, Vicente. O Ato Jurídico. Ed. Revista dos Tribunais. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1997 – pág. 311.

Nosso Código Civil define o termo inicial ao dispor que o mesmo suspende o exercício mas não a aquisição do direito. O direito sujeito a termo inicial direito é já constituído e

juridicamente a nação que o próprio ato jurídico constitucional cria e institui.

Assim, a Constituição, enquanto refletir o ato jurídico constitucional no qual o estado se compromete e obriga a prestação previdenciária, consolidada e perfeita, tem em seu próprio contexto o impedimento que afasta a reforma do sistema com a afronta dos direitos pelos previdenciários, posto que tais direitos foram substantivados pelo próprio ato constitucional, inspirado na lei fundamental que impõe o resguardo dos direitos adquiridos que amparam a dignidade e subsistência dos cidadãos.

Ocorre assim, que tanto os servidores que já implementaram as condições quanto aqueles que se apresentam distantes do termo, a rigor possuem direito adquirido à aposentadoria estatutária.

XI – A APLICAÇÃO DA NORMA PREVIDENCIÁRIA E A ORDEM PÚBLICA

Por certo que abordados os direitos adquiridos dos previdenciários, devem ser sopesadas as características das normas que procederam à reforma, as quais têm a índole de ordem pública e portanto em princípio de aplicação imediata.

Toda a celeuma pode em princípio conter uma dificuldade meramente aparente, vez que não se há de confundir aplicação imediata com aplicação retroativa. Como antes frisado a dificuldade se depara ante a conceituação dos direitos previdenciários, vez que tendo como objetividade assegurar as condições essenciais e vitais de seus detentores, consideram-se aperfeiçoados e adquiridos tanto que substantivados na Lei Maior. Outro aspecto diz

adquirido, cujo exercício, apenas o exercício, depende da verificação de um momento futuro, daí resultando, além de outras, estas duas conseqüências enunciadas pelo art. 124 do Código Civil: a) o titular desse direito pode praticar todos os atos tendentes à sua conservação, e b) não pode ser prejudicado por qualquer ato de disposição acaso praticado medio tempore por quem o mesmo direito lhe transmitiu, devendo entender-se por ato de dispositivo quer a alienação, quer a constituição de ônus reais e, segundo a melhor doutrina, até mesmo a vinculação obrigacional por tempo excedente do vencimento do termo.

ainda que voltados os direitos previdenciários à manutenção das condições essenciais do cidadão ante o risco social, possuem carga e força ponderavelmente superior de princípio e garantia constitucional, superior em número e grau ao princípio que empresta às leis de ordem pública sua aplicação imediata.

Assim, visando solucionar o impasse surgem graduações quanto à aplicação da lei de ordem pública às quais caracterizam a objetividade jurídica do direito previdenciário como subordinado à condição, e não a termo como antes assinalado.

Dentro desta concepção quanto a que se previdência social está subordinada à condição, surgem as opções quanto à retroatividade mitigada e a irretroatividade da lei da ordem pública, seja para alcançar a eficácia do ato jurídico sujeito à condição resolutiva ou condição suspensiva não operariam salvo estipulação entre as partes.²⁵

Para os autores que entendem serem os direitos previdenciários sujeitos à condição suspensiva, seriam tais efeitos irretroativos, donde comportar-se a

²⁵ RAO, Vicente. *O Ato Jurídico*. Ed. Revista dos Tribunais. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1997 – pág. 298.

Huc, comentando o art. 1.179 do Código Civil francês, diz que, segundo a doutrina romana pura, os direitos e obrigações resultantes do ato condicional somente nascem com o implemento da condição, mas visando a corrigir o rigor dessa doutrina, haviam os juristas admitido a retroatividade da condição para considerar os efeitos do ato condicional como iniciados no dia em que este houvesse sido constituído — isto, bem entendido, após o irnplemento da condição. Semelhante resultado, conforme à vontade provável das partes, foi consagrado, acrescenta o autor, pelo direito moderno. E opondo-se à opinião de Demolombe, que considera a retroatividade da condição verificada como consequência necessária da obrigação condicional, Huc apenas vê, na regra da retroatividade, “un simple correctif qui, d’ailleurs, n’a rien de nécessaire”,

²⁶ RAO, Vicente. *O Ato Jurídico*. Ed. Revista dos Tribunais. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1997 – pág. 295.

Não é pacificamente aceita pela doutrina a regra da retroatividade das condições. Nem é admitida pela totalidade dos sistemas legislativos.

De fato, o Código Civil alemão dispõe que a eficácia do ato jurídico sujeito a condição suspensiva começa ao ser esta realizada e a do ato jurídico subordinado a condição resolutiva cessa no momento em que a condição se verifica, momento a partir do qual se restabelece o estado de direito anterior (art. 158); quando, porém, segundo o conteúdo

aplicação das normas que os modificassem, vez que a condição resolutiva atua *ex nunc*, especialmente quando se tratar de obrigação de trato sucessivo, continuado e periódico.²⁶

Resta neste tópico considerar os atos jurídicos condicionais ao direito público interno e neste contexto é fato que contrariamente ao que ocorre no direito privado, são inúmeros os atos condicionais na sede do direito público na qual se legitimam tanto que a lei admita a adoção de atos subordinados à condição resolutiva.²⁷

XII – OS BENEFÍCIOS SECURITÁRIOS E A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Neste trabalho há de ser consignada a jurisprudência emanada do Supremo Tribunal Federal, quanto à efetividade da previdência social quanto aos riscos que os segurados suportam, a saber:

do ato jurídico, as conseqüências do implemento devem reportar-se a uma época anterior, cumpre às partes, ao se realizar a condição, fornecer, umas às outras, aquilo que teriam obtido se tais conseqüências se houvessem realizado na época anterior indicada (art. 159). De conformidade com esses preceitos, portanto, o implemento das condições, suspensivas ou resolutivas, em regra não opera retroativamente, podendo, no entanto, produzir este efeito se assim as partes houverem imposto ou ajustado (Enneccerus, *Trat.*, v. I, t. II, §§ 185 e 187).

²⁷ RAO, Vicente. *O Ato Jurídico*. Ed. Revista dos Tribunais. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1997 – pág. 306.

Renato Alessi (*Dir. Amm.*, Milão, 1949 v. I/262 e ss.) que também invoca o citado estudo de Lucifredi, nos provimentos administrativos distingue, paralelamente aos atos jurídicos de direito privado, um conteúdo necessário (ou elemento essencial), um conteúdo implícito (elemento natural) e um conteúdo facultativo (ou elemento accidental), resultando este último das disposições ulteriores que a vontade da Administração pode introduzir nos provimentos para lhes determinar, de modo diverso, os respectivos efeitos. Também Alessi admite que mesmo no silêncio da lei possam os provimentos administrativos ser submetidos a condições, por serem determinações volitivas. É incisiva a opinião deste autor quando diz que esse conteúdo facultativo se traduz nos elementos accidentais do provimento “del tutto corrispondenti a quelli che sono gli elementi accidentali del negozio giuridico, i quali possono essere definiti come tutte quelle disposizioni che l’amministrazione inserisce nel provvedimento onde ottenere che gli effetti dello stesso siano più limitati o più estesi di quelli normali propri del tipo di provvedimento di cui trattasi”.

“Direito Adquirido e Aposentadoria

Aplica-se à aposentadoria previdenciária a Súmula 359 (texto revisado): “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”. Com esse entendimento, a Turma, por ofensa ao princípio do direito adquirido (CF, art. 5º, XXXV), deu provimento a recurso extraordinário para garantir ao segurado o direito a perceber os seus proventos de acordo com a legislação da época em que preencheria os pressupostos legais para a aposentadoria, cassando o acórdão do TRF da 4ª Região que considerara aplicável a legislação do momento do requerimento administrativo. Precedente citado: ERE 72.509-PR (RTJ 64/408).”

RE n.º 243.415-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 14/12/1999.

“Fornecimento de Medicamento pelo Estado

Considerando que o acórdão recorrido baseara-se na interpretação de normas locais, a Turma manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que reconheceu a obrigação de o mesmo Estado fornecer, de forma gratuita, medicamentos fabricados exclusivamente nos Estados Unidos da América e na Suíça, para menor impúbere, portador de doença rara.”

RE n.º 195.192-RS, rel. Min. Marco Aurélio, 22/2/2000.

“Previdência social. Correção dos benefícios com base no salário mínimo.

Até a promulgação da atual Constituição, o acórdão recorrido mandou aplicar, com o entendimento que lhe deu, o critério da súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que se funda na legislação infraconstitucional, não havendo o prequestionamento de questão constitucional a esse respeito. Já no período que vai da promulgação da Carta Magna até o sétimo mês após a sua vigência, a revisão em causa vinculada ao salário mínimo viola o disposto nos artigos 7º, IV, da Constituição e 58 do ADCT (quanto a este, se só determinou esse critério de revisão a partir do sétimo mês após a promulgação da

Constituição, é porque a partir desta até esse sétimo mês tal critério não é admitido por ele). Segue-se o período que vai do sétimo mês depois da promulgação da Carta Magna até a implantação do plano de custeio e benefícios que ocorreu com a entrada em vigor da Lei 8.213/91, no qual a correção dos benefícios com base no salário mínimo decorre da aplicação do artigo 58 do ADCT. A partir, porém, da vigência da referida Lei, esse critério de correção vinculada ao salário mínimo ofende o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição e no artigo 58 do ADCT. Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido.”

RE nº 258.489-4, rel. Min. Moreira Alves.

“Aposentadoria de Professor e Orientador

Para efeito de aposentadoria voluntária com proventos integrais de professora e professor, respectivamente, aos 25 e 30 anos de efetivo exercício em funções de magistério (CF, art. 40, III, b, na redação primitiva), considera-se o tempo de serviço exercido como especialista em educação e orientador educacional, pois tais atividades se incluem nas funções de magistério. Com base nesse entendimento, a Turma manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal que reconheceu em favor da recorrida - professora por formação que por mais de 25 anos exercera as funções de especialista em educação e de orientadora educacional - o direito à aposentadoria especial.”

“Benefício previdenciário: revisão do art. 58 do ADCT: equivalência com salário mínimo. Para fins da equivalência prevista no art. 58 do ADCT, deve ser considerado o salário mínimo vigente na data da concessão do benefício, isto é, o salário mínimo vigente no mês do pagamento da primeira parcela do benefício, e não o que estava em vigor no mês do último salário de contribuição (v.g. RREE 181.893, DJ 10/5/96, 193.249, DJ 26/3/98, Moreira; RE 107.035, DJ 10/1/97, Sydney Sanches).”

RE nº 270.394-RN, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

“Administrativo, Pensão. Ex-Combatente. Reversão. Filha, ADCT, art. 53, II e III, parágrafo único. Lei 4.242, de 1963. I. O direito à pensão do ex-combatente é regido pela lei vigente por ocasião do óbito daquele. Tratando-se de reversão do benefício à filha, em

razão do falecimento de sua mãe e viúva do ex-combatente, que a vinha recebendo, a lei a ser considerada é a Lei 4.242/63, vigente quando do óbito do ex-combatente, não obstante ter ocorrido o falecimento da viúva deste após a promulgação da CF/88, assim do art. 53, ADCT. A pensão a ser considerada, em tal caso, é a correspondente à deixada por um 2º Sargento (Lei 4.242/63, art. 30; Lei 3.765/60, art. 26). II. Precedente do STF: MS 21.707-DF, Plenário, “DJ” de 13.10.95. III. Mandado de Segurança deferido.”

MS nº 21.610-RS, rel. Min. Carlos Velloso.

“Benefício Previdenciário: Deficiente e Idoso

Tendo em vista que no julgamento da ADIn 1.232-DF (julgada em 27.8.98, acórdão pendente de publicação, v. Informativo 120) o Tribunal concluiu pela constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 – “Art. 20. O benefício da prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ... § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.”) -, a Turma deu provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TRF da 3ª Região que, entendendo pela inconstitucionalidade da mencionada norma, reconhecera a produtora rural portadora de doença grave o direito ao recebimento do benefício da prestação continuada.”

“Complementação de Aposentadoria e INSS

A Turma deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão que, considerando ter o autor da ação o direito à complementação de aposentadoria (diferença entre a importância paga pelo INSS e os vencimentos do cargo a que pertencia), declarara, por falta de interesse de agir, a carência da ação por ele ajuizada contra o INSS para obter a equivalência salarial prevista no art. 58 do ADCT. Considerou-se que a complementação de aposentadoria decorre do contrato de trabalho, não sendo possível transferir ao empregador a

aplicação do art. 58 do ADCT, de obrigação do INSS, uma vez que constituem relações jurídicas diversas.”

“Pensão por morte: Const., art. 40, §5º: não incidência sobre pensão previdenciária de servidor falecido quando vinculado ao Estado por relação trabalhista. O art. 40, § 5º, da Constituição, ao estabelecer que “o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido”, embora não faça distinção entre pensões concedidas antes e pensões concedidas após o advento da Carta de 1988 - conforme se decidiu no julgamento do MS 21.521 (Velloso, DJ 6.8.93) -, só alude às pensões estatutárias, isto é, às pensões instituídas por servidor público: não beneficia, assim, ao servidor falecido antes da Constituição - e, pois, da instituição do regime único -, quando vinculado ao Estado por relação trabalhista e não estatutária.”

RE n.º 223.732-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence.

XIII – CONCLUSÃO

Nesta conclusão retomo o ponto inicial para conduzir a reflexão quanto ao sujeito da relação previdenciária. E aqui abre-se a questão quanto a distinção entre sociedade civil e Estado que tem merecido a atenção dos estudiosos nestes dois últimos séculos, e a partir da revolução industrial.

Com efeito, nota-se que ao fenômeno da liberização da sociedade segue-se como reflexão a reaproximação da sociedade ao Estado e este se volta ao perfil do Estado Social a ponto mesmo de com a sociedade se confundir. Assim o Estado social que se mostra no art. 194 da Constituição Federal, inicialmente mencionado, necessita da solidariedade dos governados, tal como a sociedade dela não prescinde dos cidadãos. E os agentes da solidariedade que se irmanam e se integram pela consensualidade, necessitam refletir quanto a seus caminhos; aos meios de que dispõe e aos fins a que se propõem. A solidariedade quando efetiva não expõe a riscos os integrantes da sociedade. A solidariedade quando efetiva não necessita de benefícios e amparos, vez que ela afasta as desigualdades econômicas, sociais e até morais, propiciando com tal afastamento o aperfeiçoamento de cada um e o respeito à dignidade de todos.

Porém, se afastada esta consideração por utópico, resta aquela de ordem jurídico-constitucional no sentido de que a reforma do sistema previdenciário ou da Previdência Social há de resguardar os direitos previdenciários adquiridos. Assim, considerados adquiridos tanto aqueles que se incorporam, efetivamente, ao patrimônio do cidadão, quanto aqueles direitos diferido no tempo ou sujeitos ao risco social.

XIV – Bibliografia

- ARON, Raymond. As etapas do pensamento Sociológico. Tradução de Áureo Pereira de Araújo. Ed. Martins Fontes, 1993.
- BASTOS, Aurélio Wander. Introdução à Teoria do Direito. Ed. Lúmen Júris, 2000.
- BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. Ed. Paz e Terra. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 11ª Ed. 1995.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Malheiros Editora, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. Ed. Saraiva, 1995.
- DELGADO, Ignacio Godinho. Revista de Previdência Social. LTr Editora, São Paulo, 2001, Número 246, pp 307-320.
- GANDRA, Yves. Sistema Tributário na Constituição de 1988. Ed. Saraiva, 1998.
- GOMES, Orlando. Aspectos Jurídicos da Nova Previdência. Curso de Direito do Trabalho. 8ª Ed. Rio, 1981.
- KELSEN, Hans. A Finalidade do Estado.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. Malheiros Editores, 1998.
- MACHIAVELLI. O Príncipe, – tradução de Lívio Xavier – 35ª Edição – Edouard Publicações S/A.
- NETO, Diogo Figueiredo M. Mutações do Direito Administrativo. Ed. Renovar, 2001.
- NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e utopia. Ed. Jorge Zahar – Tradução Ruy Jungman.
- PERRY, Marvin. Civilização Ocidental, Uma História Concisa - Tradução de Waltensir Dutra e Silvana Vieira, Ed. Martins Fontes, São Paulo/1999.
- RAO, Vicente. O Ato Jurídico. Ed. Revista dos Tribunais. Atualização de Ovídio Rocha Barros Sandoval, 1997.
- ROMITA, Arion Sayão. Artigo: Estrutura da Relação da Previdência Privada.
- ROMITA, Arion Sayão. Revista da Previdência Social – nº 248. Novembro/2001
- VON IHERING, Rudolf. A Finalidade do Direito – tradução de José Antonio Faria Correa – Editora Rio – 1979.
- VON IHERING, Rudolf. A Luta pelo Direito. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. Tradução Roberto de Bastos Lellis. Coleção Clássicos do Direito. Ed. Lúmen Yuris, 1998.

A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL DA ORDEM JURÍDICA¹

Alberto Nogueira – Desembargador Federal

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

Os Direitos Fundamentais afloram na história e na cultura jurídica como **núcleo central** dos Direitos Humanos ao lado das Liberdades Públicas e dos *civil rights* (no sentido mais específico de direitos do homem ou liberdades civis).

Venho sustentando a fórmula (ou tese) segundo a qual a tríade Liberdades Públicas, Direitos Fundamentais e Direitos do Homem tendem a se fundir, no entroncamento da estrada da evolução do Direito, na grande e superior via de todas as vias, dos Direitos Humanos, para a qual confluem.

A Constituição Jurídica, consoante a autorizada lição de Konrad Hesse, “está condicionada pela realidade histórica”².

Tal assertiva, no mundo jurídico atual, não encontra contestação séria. Inobstante, essa força normativa não nasce na Constituição. Ela emana de uma construção humana, cujos primórdios são pouco conhecidos e que jamais será concluída. A obra que se iniciou em tempos imemoriais e está viva, à vista de qualquer pessoa, tem um nome: chama-se “ordem jurídica”.

Quando nos referimos à força normativa da Constituição, estamos falando, em verdade, de algo que lhe confere imagem e existência real, a

¹ Texto correspondente a capítulo do livro intitulado Direito Constitucional das Liberdades Públicas, no prelo, a ser publicado pela Editora Renovar.

² HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p.24.

ordem jurídica. Pode ocorrer, entretanto, que a Constituição se aparte da realidade concreta de seu tempo. Nessa hipótese, ela não reflete a ordem jurídica, ou, se o faz, passa a representar algo diverso do Direito.

2. A FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2. 1. Uma construção histórica

Resultado de uma construção histórica (realizada pelo homem), os direitos assim qualificados, como fundamentais, apresentam três características: a) perenidade, b) relevância e c) universalidade. Com efeito, em se tratando da “base” do próprio Direito, jamais poderia deixar de existir, pelo menos no mundo jurídico. A relevância resulta de sua própria natureza, que exclui por si mesma a possibilidade de incluir direitos secundários ou parciais, próprios de situações particulares ou transeuntes. Como **núcleo central** dos Direitos Humanos, destina-se a esse espaço específico, do qual os demais derivam ou se irradiam.

Por fim, sua universalidade, entendida esta como de validade e aplicação a todos os homens, independentemente das relações (jurídicas), ontem, hoje e amanhã.³

³ É claro que o “fundamental”, nesse sentido, pode variar de acordo com os valores e as condições históricas de cada época e lugar. Mas como “fundamento”, ou base, tais direitos, malgrado os critérios adotados em dada circunstância, são considerados “fundamentais” a despeito de seu conteúdo material. Refletindo sobre tal relatividade, trago a esta nota a autorizada opinião de Jean Marie Denquin sobre o duplo sentido da expressão “Direitos Políticos”. No primeiro, “objetivo, a fórmula designa os diferentes regimes jurídicos que, num Estado de Direito, estruturam, garantem e limitam o funcionamento das instituições políticas” (DENQUIN, Jean-Marie. *Les droits politiques*, libertés et droits fondamentaux. Paris: Monchrestien, 1996. p.3. No original: “Dans um premier sens, objectif, la formule designe les différents regimes juridiques qui, dans un État de droit, structurent, garantissent et limitent le fonctionnement des institutions politiques.”). No outro sentido, ela já não designa um conjunto de regras que se impõem aos indivíduos, mas os direitos que eles possuem a título pessoal no domínio político. Em outras palavras, considera-se que os direitos políticos se sustentam como direitos subjetivos” (*Idem*. p.4. No original: “Elle ne designe plus cette fois un ensemble de regles qui s’imposent aux individus, mais les droits que ceux-ci possèdent à titre personnel dans le domaine politique. Autrement dit on considere maintenant les droits politiques en tant que droits subjectifs.”). E, arrematando, assinala que “apesar dessa aparente oposição, esses dois conceitos da ordem jurídica, devem no entanto ser conciliados” (*Idem*. No original: “Aussi opposées qu’elles soient en apparence, ces deux conceptions de l’ordre juridique doivent pourtant être conciliées.”).

2.2. Estruturação política e jurídica

Nessa linha, a estruturação - atividade desenvolvida sobretudo através da política - se concretiza juridicamente pelo Direito. Tem-se assim: **Direito** (ciência, técnica, arte = realidade), **direitos** (produto e também reprodução do Direito) e **Direitos** (plexos ou feixes que se agrupam e se recombinaem em novas formatações). Como última categoria desses últimos, a constelação denominada Direitos Humanos, integrada pelos Direitos Fundamentais (núcleo central de todo o conjunto), Liberdades Públicas (em verdade a esfera de tudo o que diga respeito à liberdade (humana propriamente e, por extensão, do patrimônio humano em toda sua diversificada existência: ambiente, flora, fauna, cultura, etc.) e Direitos do Homem (mais no sentido anglo-americano de *civil rights*).

2.3. A genética dos Direitos Fundamentais

As fontes formais são conhecidas. Exemplificando: os tratados são fontes internacionais, ao lado de outras, como “as cartas históricas”, o direito interno (ou “da terra”), o comunitário, a jurisprudência (de todas as épocas) e a doutrina (a ciência dos Direitos Fundamentais).

2.4. Os Planos (níveis) dos Direitos Fundamentais

São identificáveis, dentre outros: a) constitucionais (é no “nicho” constitucional que se localiza o seu **núcleo normativo central**), b) os infraconstitucionais, c) extraconstitucionais, d) supraconstitucionais, e) comunitários (regionais e locais), f) internacionais, g) planetários, h) galácticos e cósmicos e i) espirituais.

3. A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL (POSITIVAÇÃO)

A “positivação” se opera nos planos da Constituição⁴, da norma e do

⁴ À guisa de ilustração, abro esta nota para o caso da Itália pós-fascista, com o exame da atual Constituição Democrática, servindo-me de um de seus mais destacados juristas, PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, em passagem referente ao tema da liberdade, que

sistema. Nessa visão, o Direito “existente” (aplicado ou não) amolda-se aos diversos sistemas normativos. Acima desses, surge como **supersistema** o dos Direitos Fundamentais. No estudo dos sistemas normativos, particularmente considerados, em maior ou menor grau de predominância, podem ser identificados: a) os formais; b) os materiais; c) os abertos; e d) os fechados. Os sistemas normativos dos Direitos Fundamentais tendem a se integrar. Vejamos, nesse enfoque, algumas considerações.

3. 1. Constituição, norma e sistema

A Constituição, no dizer de CANOTILHO, “não é apenas um ‘sistema de conceitos’ ou um ‘texto’ qualquer, mas um *código explícito* em que um poder, em virtude de necessidades políticas, econômicas, sociais e culturais,

pinço da 15ª edição do clássico *Diritto Costituzionale*. Na primeira, classificando o direito da liberdade como espécie de *direito público subjetivo dos cidadãos*, e que, não tem sido, na fase do direito civil (ou seja, na época da codificação), agora entra na Constituição na categoria dos “*direitos da personalidade*”. Esse direito da liberdade, na percepção do citado autor, se caracteriza como de “um conteúdo negativo, que consiste na pretensão de que a autoridade pública não interfira ilegitimamente na esfera específica do particular” (RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. 15. ed. rev. Napoli: Jovene Editore, 1989. p. 839). Mais adiante, ao tratar das espécies dos *direitos da liberdade* (observo que agora a liberdade, como categoria - jurídica - se desdobra em *direitos*, pluralizando-se), nessa ordem: a) liberdade pessoal, b) algumas liberdades estritamente conexas com a liberdade pessoal, c) liberdade de reunião e de associação, d) liberdade de pensamento, e) liberdade profissional e patrimonial, e f) outras (residuais) decorrentes de outros direitos da personalidade (*Idem*. p. 840-841). Citando copiosa doutrina e jurisprudência sobre “a liberdade pessoal (que é declarada *inviolável* pelo art. 13 da Constituição)”, sustenta (com razão) que a mesma “se põe como a primeira e a mais essencial de toda a série de liberdades que se apresentam para exame, dado que ela se concretiza na tutela da integridade física do indivíduo e na preservação, quanto a este, de todo impedimento ilegal de movimentação” (*Idem*. p.841-842). Observa, entretanto, o festejado jurista que às vezes na Itália falta “uma tutela legislativa específica para o indivíduo (e de seu conexo direito de liberdade) em face da possibilidade de violação de sua privacidade (*privacy*), como ultimamente em decorrência, por exemplo, de *bancos de dados* típicos da moderna informática: tutela que se estabeleceu recentemente em vários Estados estrangeiros” (*Idem*, p.845). Mais adiante, ainda sobre os vários tipos de *direitos de liberdade* conexas com os de natureza pessoal, tais como: a) os de domicílio (aqui entendido no sentido amplo, compreendendo qualquer um que seja estável ou instável, o

fixa as regras” (digo eu: **as normas**) “de acordo com as quais a mensagem constitucional” (o Direito que ela contém, como norma fundamental que é **também**) “se deve interpretar e produzir:” (dentro do sistema jurídico e se irradiando, eficazmente para os demais sistemas até onde possa atingir) “a ‘fala’ e o ‘uso da língua’ são ‘heterógeneos’ e dão lugar a uma pluralidade de *práticas*”;⁵ (autoreprodução do Direito ou *autopoiese*).

do próprio trabalho, a própria casa, como tal também se entendendo o escritório, a loja, o quarto de hospedagem, o navio, o “trailer”, a barraca, etc., b) de correspondência (epistolar, telegráfica ou telefônica), c) de pernoite, de circular no território estatal ou de emigração. (*Idem.* p.847). Mais ainda, quanto à liberdade: a) de reunião e b) de associação, reconhecida pela Constituição, com suas várias expressões: *passatas* (ou reuniões em movimento), ou *procissões* feitas com o intuito de culto, e *demonstrações* (manifestações) com finalidade social ou política. Ressalta que a Constituição prevê três tipos, no mérito, de reuniões (art. 17): 1) privadas (em lugares fechados e com limitação de acesso a pessoas nominalmente determinadas, pelo que não se exige qualquer espécie de autorização pública), 2) reuniões abertas ao público (ou seja, convocadas para determinado lugar, sala, cinema, teatro, etc., aberta ao público, com convites específicos, modalidade para a qual, alterando o sistema anterior, a atual Constituição não exige qualquer espécie de “pré-aviso”) e 3) reuniões em lugar público (para a qual a Constituição exige um “pré-aviso”, com vistas à garantia da incolumidade pública, o que não significa, como no passado, uma *autorização* expressa). Modalidade complementar diversa da que se expôs é a *liberdade de associação* (*Idem.* p.848-849). No tocante à liberdade de pensamento, deve-se entender mais exatamente como a de: a) liberdade de *manifestação exterior* do próprio pensamento; b) liberdade de imprimir; c) liberdade de religião. Observa, enfim, quanto à literatura anglo-saxã e francesa os aspectos do resguardo da privacidade, de um lado, e, do direito ao livre acesso aos documentos oficiais (*Idem.* p.851-852). Mais adiante, tocando no exame da *liberdade de ensino*, particularmente no que se refere às garantias do professor universitário oficiais: inamovibilidade compulsória e não submissão a juramento, afirmando-se até pleonasticamente no art. 33, parágrafo I da Constituição, em ampla enunciação, que “a arte e a ciência são livres e livre é o ensino”. Mais para frente, ainda quanto ao direito de liberdade, em sua manifestação no campo econômico, refere-se à liberdade profissional e patrimonial (*Idem.* p. 863). Nessa linha, faz considerações sobre a *cogestão fazendária* (com ênfase na questão da progressividade do imposto de renda) (*Idem.* p. 865). Na última parte desse exame, toca num aspecto deveras interessante, a dos direitos da personalidade diversos dos da *liberdade* no sentido estrito (Constituição, art. 53, I) que são explicitamente garantidos, como os previstos no art. 22, o qual afirma que ninguém, sem exceção, pode ser privado, por motivos políticos, da capacidade jurídica e da cidadania (*Idem.* p. 871).

⁵ CANOTILHO. Jose Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. reimp. p.424-425.

3.2. Os Sistemas Normativos

Penso, contudo, que não é aceitável, pelo menos sem as devidas ressalvas, a conclusão do festejado lente de Coimbra, segundo a qual a Constituição corresponderia a “um sistema que ‘gravita sobre si próprio’”⁶. Isso porque, nesse campo, não se pode admitir a existência de um “piloto automático”. Ele funciona através das instituições existentes em cada um dos regimes políticos particularmente considerados em cada época e lugar. Em outras palavras, de acordo com a realidade do regime. É nesse contexto que surge a crucial questão, pontualmente posta por ALESSANDRO PIZZORUSSO, ao asseverar, em capítulo dedicado aos principais tipos de fontes do Direito, a não coincidência, na prática (na vida real) entre os planos dos pressupostos (a previsão constitucional) e o direito existente: “Em teoria, deveria dar-se uma plena correspondência entre uma seqüência e outra: as regras predispostas deveriam ser iguais às aplicadas, e as fontes pelas quais se produzem as regras que integram o ‘direito teórico’ não deveriam ser distintas das que criam as regras componentes do ‘direito vivo’”⁷ Como magistralmente conclui KONRAD HESSE: “Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica”.⁸ Permito-me acrescentar: não apenas a Constituição, mas a prática (vigência, interpretação e aplicação) do Direito também se orienta pelo mesmo condicionamento.

E é no plano concreto dos diversos sistemas normativos que isso se dá.

3.3. Os Sistemas Normativos dos Direitos Fundamentais

Esses sistemas ostentam características peculiares, embora também inseridas na Ordem Jurídica considerada no seu todo, das quais destaco

⁶ *Idem*, p.402.

⁷ PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Centro de studios Constitucionales, 1984. V. 2. p.151. No original: “En teoría, debería darse una plena correspondencia entre una y otra secuencia: las reglas predisuestas deberían ser iguales a las aplicadas y las fuentes según las cuales se producen las reglas que integran el ‘derecho teórico’ no deberían ser distintas a las que crean las reglas que componen el ‘derecho viviente’.

⁸ Ênfatizo aqui, em reforço, a citação contida na nota de rodapé nº 173.

algumas: a) fazem parte de um novo tipo de Direito que, a par de suas raízes históricas, agora se consolidam na teoria e na prática; b) são ao mesmo tempo protetivas e promocionais; c) gozam de tutela que transcende a ordem interna ou nacional; d) em decorrência, entram nas múltiplas órbitas ou esferas de jurisdição: local, nacional, regional, comunitária, internacional e planetária; e) brotam de grande número de fontes. Além das internas, de uma multiplicidade de Tratados internacionais ao lado de outras políticas, a exemplo das “cartas históricas”, do direito internacional e comunitário, e ainda das respectivas jurisprudência e doutrina (em especial no campo dos Direitos Humanos); f) são radicados sobretudo nos grandes princípios jurídicos.

3.4. Sistemas Normativos (tipologia)

A norma fundamental da ordem jurídica (cujo núcleo é a Constituição no sentido jurídico, mas se emboça com as demais: política, econômica, tributária, social, etc.) toma corpo e se realiza através dos sistemas normativos: a) formais; b) materiais; c) abertos; d) fechados; e) rígidos e f) flexíveis.

Esta tipologia não é exauriente. Ademais, dificilmente pode se revelar em cada ordem jurídica concretamente considerada, como um **modelo puro**. O que se observa, à luz dos antigos e atuais sistemas, é a combinação desses modelos com a predominância de um deles ou mesmo de mais de um, sobre os demais. A família latina (como a nossa sul-americana e a continental européia) tem como base o modelo formal (variando entre os limites da fórmula “mais aberto” ou “menos fechado”).

Já a família anglo-saxônica se centra no modelo material (com semelhante modulação entre o espaço “aberto” e “fechado”. O maior nível de flexibilidade ou de rigidez demonstra a capacidade de ajuste e mudança⁹.

⁹ Sob o prisma de sua célebre e polêmica tese da Constituição Dirigente, no ponto que acima abordei, assinala CANOTILHO: “Argumentar-se-á também que, contrariamente às exigências de uma política racional de pequenos passos (*piecemeal engineering*) e de uma *teoria aproximativa da justiça* (ALBERT, HAYEK), a constituição dirigente, ao erigir o legislador em *Zukunftsmensch* (G. HUSSERL), se defronta com as dificuldades típicas das antecipações de mudança social através do direito.

Como quer que a mudança se processe, importa aqui ressaltar: cada sistema reagirá segundo sua própria lógica, e esta, dependendo do nível das transformações em curso, pode ser substituída por outra, em processo de ruptura (Revolução) ou lentamente (evolução).

Na contemporaneidade, notadamente em face do impacto da globalização/regionalizações, o Direito Constitucional das Liberdades Públicas, concebido como o ponto de entroncamento (fusão) das Liberdades Públicas (concepção francesa), dos Direitos Fundamentais (alemã) e dos Direitos Humanos (anglo-saxônica) representa o ponto de ebulição de uma nova ordem jurídica no desenho contemporâneo que se formata o Planeta dos Direitos Humanos.¹⁰

A crença de que o legislador (a constituição) pode, através de antecipação espiritual, conformar a evolução da sociedade e formular os fins que devem pautar esta evolução, assenta num *optimismo voluntarista*, idealisticamente associológico e acientífico.

A objecção é pertinente se com ela se quer exprimir a necessidade de a ‘projectão de valores’ e a regulação prospectiva da sociedade não poderem abdicar das condições sociais ‘constituição real’. Como hoje se deve dizer, a legislação prospectiva (no nosso caso: a constituição dirigente) tem de ter em conta as *diferenças sociológicas e ideológicas* entre direito e sociedade. Quer dizer: a constituição dirigente não se pode divorciar da ‘diferença ideológica’ entre os preceitos jurídicos que apontam para uma alteração do *status* quo social e a ‘*consciência social*’ que aprova esse *status* quo e reconhece ao direito apenas a função de ‘direito-situação’.

Todavia, colocar assim a questão é ver apenas um dos lados do clássico *dilema da determinação* que dominou todo o século XIX: se são os *Tatbestände* sociais que determinam a consciência individual e social e, conseqüentemente, comandam a mudança social, ou se são as ‘idéias’ e os restantes ideogramas normativos e planificantes que dirigem a evolução. A teoria da ‘mudança social’ dá hoje pouco relevo ao direito no processo de direcção social. Mas já autores tão ideologicamente afastados como JHERING e MARX puseram em relevo que o, fenómeno da mudança social devia ser visto em toda a sua complexidade: (1) desvalorização das ‘ideias’ como factor de direcção social, em consequência da valorização da influência das forças sociais, dos grupos de interesses e das constelações de poder (isto constitui uma ‘reacção materialista’ e ‘realista-naturalista’ contra o jusnaturalismo apriorístico do iluminismo e contra a tradição do idealismo filosófico). (2) a lei ou leis da mudança social não se produzem automaticamente, antes necessitam duma ‘acção revolucionária’ (MARX) ou de uma decidida *Kampf us Recht* (JHERING).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p.456-458).

¹⁰ O paralelo é inevitável. Se, de um lado, a globalização põe em cena os “jogadores globais”, de outro aparece o “homem global”, aquele que se torna o legítimo titular de direito de

Referências Bibliográficas

- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislado/*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. reimp. p.424-425.
- DENQUIN, Jean-Marie. *Les droits politiques, libertés et droits fondamentaux*. Paris: Monchrestien, 1996. p.3.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Edifbr, 1991. p.24.
- PIZZORUSSO, Alessandro. *Lecciones de derecho constitucional*. 3. ed. Madrid: Centro de Studios Constitucionales, 1984. V. 2. p.151.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di. *Diritto costituzionale*. 15. ed. rev. Napoli: Jovene Editore, 1989. p.839.

exercer suas prerrogativas (políticas, econômicas e sociais) em qualquer parte do planeta. Sem perder a condição de ser “cidadão” de determinado país ou de conjunto de países (bloco), terá o reconhecimento do planeta inteiro (os níveis ou graus de cidadania poderão variar, como, de resto, variam dentro dos blocos e, em termos realistas, mesmo no âmbito do próprio país “nacional”).

Estaremos diante de uma cidadania planetária (cada pessoa gozando de livre acesso a qualquer país, mas com “prerrogativas” variáveis). Assim se desenhará o Planeta dos Direitos Humanos.

RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL RETIDOS

J.E. Carreira Alvim, professor de Direito Processual Civil da PUC-Rio; juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; e membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)

SUMÁRIO:

1. Compatibilização necessária. 2. Competência recursal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 3. Requisitos de admissibilidade. 4. Recurso extraordinário e recurso especial — Recurso Extraordinário no primeiro grau de jurisdição. 5. Dissídio jurisprudencial. 6. Procedimento recursal. 7. Recurso extraordinário *retido* e recurso especial *retido*. Acórdãos *Interlocutório* e *final*. 8. Recurso retido e prejuízo irreparável — Medida cautelar. 9. Tipologia recursal extraordinária e especial. 10. Recursos *retidos* no tribunal de origem - Incompatibilidade com o juízo de retratação. 11. Destino dos autos no recurso retido. Consequência da inexistência de apelação. 12. Julgamentos sequenciais. Prejudicial recursal. 13. Inadmissibilidade dos recursos extraordinário e especial — Agravo de instrumento — Admissibilidade do agravo — Conversão no recurso próprio. 14. Retificação indevida do art. 545 do CPC. Erro material no art. 557 do CPC. Esclarecimento necessário. 15. Agravo “interno” (ou regimental). 16. Razão da reforma. Aumento dos poderes do relator. 17. Embargos de divergência. 18. Revogação necessária. 19. Consideração final.

1. COMPATIBILIZAÇÃO NECESSÁRIA

Na sua maior parte, as alterações introduzidas nos arts. 539 a 546 do Código de Processo Civil, pela Lei n. 8.950, de 13.12.94, objetivaram compatibilizá-los com as normas da Constituição em vigor, e com as disposições da Lei n. 8.038, de 28.05.90, que instituíra normas procedimentais sobre os processos que especifica perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Os arts. 539 e 540 só guardaram da antiga redação o número, pois cederam espaço a preceitos de conteúdo inteiramente diverso.

Assim ficaram os arts. 539 e 540:

“Art. 539. Serão julgados em recurso ordinário:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os habeas datas e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão;

II - Pelo Superior Tribunal de Justiça:

os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

as causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Parágrafo único. Nas causas referidas no inciso II, alínea b, caberá agravo das decisões interlocutórias”.

“Art. 540. Aos recursos mencionados no artigo anterior aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II e III deste Título, observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos”.

2. COMPETÊNCIA RECURSAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cuida o art. 539 do CPC da competência do Supremo Tribunal de Justiça (art. 539, inciso I) e do Superior Tribunal de Justiça (art. 539, inciso II), para julgamento em recurso ordinário. Assim, serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal os mandados de segurança, os *habeas data*, e os mandados de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, quando denegatória a decisão; serão julgados pelo Superior Tribunal de Justiça: a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão (art. 539, inciso II, alínea a); e b) as causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País (art. 539, alínea II, b).

Estabelece o parágrafo único do art. 539 que, nas causas referidas no inciso II, alínea b, caberá agravo das decisões interlocutórias, o que não chega a constituir nenhuma novidade, porque a regra é a recorribilidade de tais decisões no direito processual brasileiro.

Trata-se, como se vê, de recurso *ordinário* constitucional (*Alcides de Mendonça Lima*), das decisões nos feitos ali enumerados, por parte dos tribunais superiores, quando denegatória a decisão, entendida essa expressão “denegatória” como compreensiva, também, das decisões que extinguem o processo sem julgamento do mérito, consoante pacífico entendimento na doutrina (*Barbosa Moreira, Celso Barbi, Calmon de Passos*), e na jurisprudência do STF e do STJ.¹

Diversamente dos recursos especial e extraordinário, que têm apenas efeito devolutivo (art. 542, § 1º, CPC), o recurso ordinário constitucional suspende a decisão recorrida, ensinando *Barbosa Moreira* que, nesse recurso, *a devolução não se limita às questões de direito, mas abrange também as de fato.*²

¹ AgRg no MS n. 21.112, DJ 26.9.90, p. 6220 (STF); e RMS n. 884, DJ 24.6.91, p. 8632.

² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. V, p. 517.

3. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Dispõe o art. 540, com a nova redação, que, aos recursos mencionados no artigo anterior, aplica-se, quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento no juízo de origem, o disposto nos Capítulos II (Da apelação) e II (Do agravo) do Título X (Dos recursos), observando-se, no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o disposto nos seus regimentos internos. Sobre a matéria, devem os leitores buscar as obras especializadas no tema.

4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

A Lei n. 8.950/94, no seu art. 2º, revigorou os arts. 541 a 546 do CPC, que haviam sido revogados pela Lei n. 8.038/90, incorporando-os novamente ao Código, pelo que nos limitaremos, no particular, a reavivar a matéria.

Assim dispõem o art. 541:

“Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão:

I - a exposição do fato e do direito;

II - a demonstração do cabimento do recurso interposto;

III - as razões do pedido de reforma da decisão recorrida.

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

Vê-se que a reforma descuidou-se do recurso extraordinário interposto de decisões não apeláveis de juiz singular, em primeiro grau de jurisdição (implicitamente admitido pela Constituição em vigor), devendo, nessa hipótese, a petição recursal ser apresentada diretamente ao prolator da decisão recorrida; no entanto, apesar da lacuna, antes e depois da reforma, vem-se procedendo assim, sem maiores problemas.

Não é demais acrescentar que, pretendendo o recorrente impugnar um acórdão, simultaneamente, através de recurso especial e recurso extraordinário (uma exceção ao princípio da unirrecorribilidade da decisão), deve fazê-lo, no mesmo prazo, por petições distintas.

Nos termos do art. 497 do CPC, nenhum desses recursos suspende a execução da sentença, sendo dotados de efeito meramente devolutivo (art. 542, § 2º). Na prática, nem sempre é fácil traçar, com nitidez, a distinção entre questões de fato e questões de direito, ensinando *Barbosa Moreira*³ que, em geral, se considera *de direito* a questão relativa à *qualificação jurídica* do fato, de modo que o tribunal, embora não lhe seja lícito repelir como inverídica a versão dos acontecimentos aceita pelo juízo inferior, sem dúvida pode qualificá-los com total liberdade, eventualmente, de maneira diversa daquela por que o fizera o órgão *a quo*, em ordem a extrair deles conseqüências jurídicas também diferentes.

5. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

Estabelece, por seu turno, o parágrafo único do art. 541 que “Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

O *dissídio jurisprudencial* deve decorrer de decisões entre tribunais federais, de tribunal federal e tribunal estadual, chamado também tribunal local, de tribunais locais da mesma Justiça (Tribunais de Justiça e Tribunais de

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 531.

Alçada), ou de distintas unidades federadas, não o comportando divergências registradas entre órgãos (turmas, câmaras, sessões) de um mesmo tribunal.

6. PROCEDIMENTO RECURSAL

Estabelece o art. 542 do Código de Processo Civil que:

“Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões.

§ 1º Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada.

§ 2º Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”.

Esse preceito já foi alterado uma vez, pela Lei n. 8.950/94, que alterou radicalmente o seu conteúdo,⁴ passando a ter a seguinte redação compreensiva apenas dos atuais *caput* e §§1º e 2º, nestes termos:

“Art. 542. Recebida a petição pela secretaria do tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões.

⁴ Originalmente o preceito era este: “Art. 542. O recurso será interposto dentro de quinze (15) dias, perante o presidente do tribunal recorrido, mediante petição que conterà: I - a exposição do fato e do direito; II - os fundamentos jurídicos do pedido de reforma da decisão. Parágrafo único. Quando o recurso extraordinário se fundar em dissídio entre a interpretação da lei federal adotada pelo julgado recorrido e a que lhe haja dado qualquer dos tribunais ou o Supremo Tribunal Federal, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, ou indicação do número e da página do jornal oficial, ou do repertório de jurisprudência, que o houver publicado”.

§ 1º *Findo esse prazo, serão os autos conclusos para admissão ou não do recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, em decisão fundamentada.*

§ 2º *Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.*

A norma do art. 542 pertence ao procedimento, dispondo que “recebida a petição pela secretaria do tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista para apresentar contra-razões.

“Quando se tratar de recurso extraordinário contra decisão de juiz singular, deve ser protocolada na secretaria da vara ou do cartório do juízo, seguindo, no mais, o mesmo procedimento.

Prescreve o § 1º deste artigo que, findo o prazo para contra-razões, os autos são conclusos — ao presidente ou vice-presidente nos tribunais, consoante o Regimento Interno; ao juiz, no juízo singular — para admissão, ou não, do recurso, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada. Apenas se admitido o recurso, são os autos encaminhados ao tribunal *ad quem* — se não for caso de recurso de acórdão interlocutório, quando será, necessariamente, retido (§ 3º) —; não, se dele resultar juízo negativo, o que desafia agravo de instrumento (art. 544).

Estabelece o § 2º deste artigo que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no *efeito devolutivo*, não dispondo do efeito suspensivo (art. 497). Qualquer pretensão em ver recebidos esses recursos, também no efeito suspensivo, deve ser buscada mediante ação cautelar no tribunal de origem, conforme pacífica jurisprudência dos tribunais superiores a respeito.⁵

⁵ O mandado de segurança não deve ser admitido para esse fim, mesmo porque apresenta o grave inconveniente, ainda não detectado pelos tribunais superiores, de transformar o juiz, de órgão judicante, em autoridade coatora, e o seu eventual erro (de julgamento ou de procedimento) em ilegalidade ou abuso de poder.

7. RECURSO EXTRAORDINÁRIO RETIDO E RECURSO ESPECIAL RETIDO – ACÓRDÃOS INTERLOCUTÓRIOS E FINAIS

O § 3º do art. 542 foi acrescentado pela Lei n. 9.756/98, nestes termos:

“§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões”.

O preceito abrange os três tipos de processo disciplinados pelo CPC — processo de conhecimento, cautelar e de execução — objetivando, num primeiro momento, neutralizar um dos grandes responsáveis pela sobrecarga de trabalho dos tribunais superiores, que é o excessivo número de recursos extraordinário e especial em agravos de instrumento que ascendem a essas Cortes de Justiça. Num segundo momento, reconhecendo que a grande maioria dos recursos interpostos de decisões interlocutórias, embora se revelem *úteis* por ocasião da sua interposição, mostram-se reconhecidamente *inúteis* por ocasião do seu julgamento, em vista do resultado obtido com a decisão final da causa, difere o seu julgamento para o momento do julgamento do recurso interposto desta.

O alvo do preceito são os *acórdãos interlocutórios* —, que o parágrafo chama de decisão interlocutória — que são aqueles que não põem termo ao processo pendente; distintos dos *acórdãos finais*, que são aqueles que fazem terminar o processo a que se referem.⁶ Ademais, facilitada a interposição do agravo de instrumento, diretamente no tribunal, o problema agravou-se, e alguma coisa precisava ser feita. Evitando os questionamentos que poderiam suscitar a eliminação pura e simples do agravo, ou os casos de cabimento, para os tribunais superiores, preferiu a Comissão de Reforma optar pela técnica já conhecida do ordenamento jurídico, agasalhada pelo agravo, que é a modalidade do recurso retido. Os recursos extraordinário e

⁶ ALBERTO DOS REIS. Código de Processo Civil Anotado, v. VI, p. 218. LUSO SOARES, Fernando; ROMEIRA MESQUITA, Duarte; FERAZ DE BRITO, Wanda. Código de Processo Civil Anotado, 6 ed. Coimbra: Almedina, 1988, p. 505.

especial são mantidos com a mesma fisionomia, quanto à sua admissibilidade, mas, uma vez interposto, ficará *retido* nos autos, e *só será processado* se a parte o reiterar, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contra-razões (art. 542, § 3º). A “reiteração” do recurso, já tradicional no agravo, além de constituir um ônus recursal, é condição de *processabilidade* do recurso, cuja omissão vale por manifestação de vontade de não ver julgado o recurso (desistência tácita).⁷ Anota BARBOSA MOREIRA,⁸ a propósito do agravo, que é ineficaz o requerimento feito por outrem (v.g. terceiro prejudicado recorrente, Ministério Público), pois só o recorrente se legitima a fazê-lo.

Diversamente do que sucede com o agravo, em que a lei deixa a critério do agravante pedir fique ele retido nos autos, para ser julgado por ocasião do julgamento da apelação, (art. 523, *caput*), facultando, ao mesmo tempo, ao juiz, o exercício do juízo de retratação (art. 523, § 2º), o parágrafo em comento impõe, necessariamente, a retenção — “ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte” — sendo ela, portanto, *ex vi legis*.

O art. 542 trata de recursos extraordinário e especial, nos casos previstos na Constituição, interpostos perante o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, devendo o § 3º, ser interpretado no contexto do artigo em que se insere.

Como a decisão interlocutória⁹ que motiva os recursos extraordinário e especial é proferida, de regra, pelo tribunal de segundo grau — e, só excepcionalmente, pelo juiz de primeiro grau, nas hipóteses do art. 105, II, “c”, da Constituição¹⁰ (recurso especial), e na do art. 102, III, da

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 493.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 493.

⁹ Decisão interlocutória, para os fins do § 3º do art. 452 do CPC, é toda decisão proferida no curso do processo, seja na fase de conhecimento, seja na recursal, de forma que “interlocutória” é tanto a decisão de primeiro grau que comporte recursos extraordinário (causas de alçada) ou especial (causas em que são partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País), quanto o acórdão que decida um agravo.

¹⁰ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: II - julgar, em recurso ordinário: c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;”.

Constituição¹¹ (recurso extraordinário)¹² — e não há «despacho denegatório» do recurso, a viabilizar agravo de instrumento para os tribunais superiores, nos termos do art. 544, *caput*, do CPC — «Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso» - porque a retenção resulta da própria lei. No fundo, o *recurso extraordinário retido* e o *recurso especial retido* incorporam-se ao ordenamento jurídico como técnica de se evitar a preclusão da matéria decidida, e tão-somente para esse efeito; razão pela qual não comporta agravo de instrumento para os tribunais superiores, ainda que se pretenda obter eventual «efeito ativo».

8. RECURSO RETIDO E PREJUÍZO IRREPARÁVEL – MEDIDA CAUTELAR

Pode ser que o recorrente entenda que da decisão agravada, confirmada pelo tribunal, lhe resulte dano irreparável — v.g., o juiz indeferiu uma prova pericial, indispensável à prova do seu direito,¹³ ou indeferiu um pedido de antecipação de tutela¹⁴ ou uma medida liminar, que, não reformada provocará o perecimento do próprio direito¹⁵ — e, por essa razão, interpõe recursos extraordinário ou especial. Se não houvesse a norma legal determinado a retenção, os recursos seriam submetidos à apreciação do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, e, não admitidos,

¹¹ “art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.”

¹² A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de recurso extraordinário nas causas de alçada (RE n. 140.075-7, rel. Min. Sidney Sanches, STF, 1ª T., un., DJ 22.9.95, p. 30.599). Ao contrário, tais causas não admitem recurso especial (AgRg no AI n. 70.499-8/RJ, rel. Min. Cláudio Santos, STJ, 3ª T., un., DJ 18.9.95, p. 29.963-4).

¹³ Por exemplo, numa demanda sobre patrimônio histórico, e que, demolida uma construção, não se terá como verificar a data da sua construção.

¹⁴ Por exemplo, uma inscrição num concurso preste a iniciar-se.

¹⁵ Por exemplo, uma reserva de vaga numa escola (medida liminar).

comportariam agravo de instrumento (art. 544, *caput*),¹⁶ onde se poderia postular o “efeito ativo”. No caso de admitidos, ambos seriam remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, onde seria julgado o recurso especial, e, concluído o julgamento, remetidos os autos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estivesse prejudicado (art. 543, *caput*). Nessa hipótese, a simples admissão dos recursos, extraordinário e especial, também não seria suficiente evitar eventual lesão a direito, ou repará-la antecipadamente, impondo ao recorrente a utilização de eventual medida cautelar incidental para a obtenção da liminar; se não for caso de decisão *teratológica*, em que a jurisprudência vem admitindo o mandado de segurança contra ato judicial. Em tais casos, tinha-se uma situação verdadeiramente inusitada: da “inadmissibilidade” dos recursos, extraordinário e especial, resultava para o recorrente uma situação processual mais vantajosa do que a da sua “admissibilidade”. Na primeira hipótese, abria-se ao recorrente a oportunidade de agravar de instrumento dessa decisão (art. 544), com a obtenção de eventual “efeito ativo” para o seu recurso; na segunda, via-se obrigado a ajuizar nova ação, de natureza cautelar incidental, para obter, no tribunal superior, um provimento para corrigir, provisoriamente, a decisão guerreada.

A partir da inserção do § 3º ao art. 542 do CPC, os recursos, extraordinário ou especial, interpostos contra decisão interlocutória, só serão admitidos na modalidade *retida* — seja a decisão impugnada de natureza formal (interlocutória processual) ou substancial (interlocutória de mérito) —, e só serão processados se vier a ser interposto recurso (extraordinário ou especial) da decisão final, se a parte recorrente reiterar o pedido, no prazo para a interposição ou para as contra-razões. Doravante, admitido, ou não, o recurso extraordinário ou especial, concedido ou denegado o provimento postulado, a única alternativa será a utilização da ação cautelar no tribunal superior, para se reverter a situação processual.

¹⁶ “Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso”.

O direito processual português previu uma solução mais simples para seus “agravos que só sobem a final”, dispondo que, mesmo estes, sobem *imediatamente* e em separado, desde que a sua retenção os tornem *absolutamente inúteis* (art. 757º, n. 2, alínea b); ao mesmo tempo, admite a *reclamação* ao presidente do tribunal que seria competente para conhecer do despacho que tenha retido o recurso (art. 688º, n. 1, parte final). Enquanto, no direito português, o despacho deve declarar se o recurso sobe ou não imediatamente (art. 741º), no direito brasileiro, a retenção é *ex vi legis*, não dependendo de despacho (art. 542, § 3º).

9. TIPOLOGIA RECURSAL EXTRAORDINÁRIA E ESPECIAL

A partir da nova Lei n. 9.756/98, os recursos extraordinário e especial podem ser assim nomeados: a) de *subida imediata*, quando interpostos de decisão final; b) de *subida diferida*, quando interpostos de decisão interlocutória. Em outros termos: a) se a decisão for final (com extinção do processo, com ou sem julgamento de mérito), o recurso pode vir a subir imediatamente; b) se a decisão for interlocutória (confirmando ou reformando o provimento agravado), a subida será, necessariamente, postergada, subindo com o recurso principal, se houver.

Pode-se falar, doravante, em recurso especial e extraordinário “retido” e “não-retido”; “condicionado” e “não-condicionado”; “dependente” e “independente”; “interrompido” e “continuado”; “subordinado” e “não-subordinado”; “de subida imediata” e “de subida diferida”, etc., sempre relacionados ao mesmo fato: de virem, ou não, tais recursos, a ser processados, e subirem imediatamente; ou dependerem, ou não, de reiteração num recurso subsequente, de idêntica natureza.

10. RECURSOS RETIDOS NO TRIBUNAL DE ORIGEM – INCOMPATIBILIDADE COM O JUÍZO DE RETRATAÇÃO

Assunto não resolvido expressamente pela lei, prende-se ao juízo de retratação que é da natureza (não da essência) dos recursos “retidos”. Teria cabimento a reforma eventual da decisão, na hipótese de interposição de recurso extraordinário ou especial retidos?

O *juízo de retratação* nada mais é do que a oportunidade que se dá ao juiz (ou, mais propriamente, ao juízo) de decidir de novo (ou redecidir), a mesma questão, havendo impugnação da parte interessada, através de novo recurso, geralmente o agravo. A retratação sempre foi uma *característica* do agravo — não da natureza ou da *essência* dele¹⁷ — pelo que, uma vez interposto, pode o julgador, observado o procedimento legal, *reformatar* a sua decisão.¹⁸

Em se tratando de agravo, é facultado à parte pedir a sua retenção nos autos, e ao juiz reformar a sua decisão (art. 523, *caput*, e § 2º), mas, tratando-se de recurso extraordinário ou especial, determinou, literalmente, que ele “ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte”, sem aludir à possibilidade de retratação.

Tal técnica também não é desconhecida do nosso ordenamento processual, sendo adotada no recurso de apelação, relativamente ao agravo retido, em que o agravante deve requerer que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento do apelo (art. 523, CPC); apenas, vem de ser transplantada para os recursos especial e extraordinário, com o mesmo perfil, restando saber se essa técnica é compatível com esses recursos.

Na primeira instância a retratação é facilitada, por se tratar de decisão singular do juiz, o mesmo acontecendo em segunda instância, quando se trata de decisão monocrática do relator, que é também um órgão do tribunal, sendo dificultada quando se trata de decisão da turma, ou câmara, ou seção, porque esta é plural. Se admitido o juízo de retratação, no caso de interposto recurso extraordinário ou especial, não poderia ser exercitado pelo órgão monocrático, porque a decisão foi proferida pelo colegiado; nem *ad referendum* seria possível a reforma do julgado.

Esse o motivo pelo qual o juízo de retratação se revela incompatível com o recurso retido, de decisão plural, por ser proferida por órgão

¹⁷ A propósito escreve BARBOSA MOREIRA: “Ainda mais arbitrária seria a assertiva de que a possibilidade de retratação é da ‘essência’ do agravo: este, como qualquer recurso — e até diríamos, sem com isso render tributo ao literalismo: como qualquer instituto de direito positivo — não tem outra essência senão aquela que se infere, direta ou indiretamente, do *ius positum*”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. V, p. 447. CARREIRA ALVIM, J.E. Novo Agravo, 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, especialmente notas 11 e 12, pp. 74-75.

¹⁸ CARREIRA ALVIM, J.E. *Op. cit.*, p. 74.

colegiado. Não que a hipótese seja de configuração impossível, porquanto, em se tratando de simples técnica, pode ser manejada da forma como o legislador repute mais útil ao atingimento dos fins colimados. Assim, poderia ter previsto que, interposto o recurso contra o acórdão em decisão interlocutória, o órgão julgador poderia reformar a decisão, pondo o feito “em mesa” (outra técnica de agilização); mas fato é que não o fez (*tollitur quaestio*). O direito processual civil português conhece a figura do *recurso misto*, ou seja, “os que são dirigidos a um tribunal superior, mas a que o tribunal recorrido pode pôr termo, acolhendo as razões do recorrente e modificando a sua decisão”; os que não comportam esta faculdade, denominam-se *recursos puros*.¹⁹

Outra particularidade dos recursos (extraordinário e especial) retidos é que subtraem do presidente ou vice-presidente do tribunal de origem o poder de decidir sobre a sua admissibilidade (art. 542, § 1º),²⁰ que passa a ser feita exclusivamente pelo tribunal de destino, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário ou especial interposto da decisão final, se houver. Nem teria sentido que se decidisse, no tribunal de origem, sobre a admissibilidade, ou não, de um recurso retido, que, admitido, dependeria da interposição do recurso da decisão final, e, não admitido, desafiaria agravo de instrumento para os tribunais superiores, em rota de colisão com a letra e o espírito da nova Lei.

As partes perdem o direito de ver o seu recurso interposto de decisão interlocutória julgado, de imediato, pelo tribunal superior, mas ganham a segurança de que esse recurso será julgado, como preliminar, quando do julgamento do recurso da decisão final. Tudo se passará como na apelação, relativamente ao agravo retido, sendo a sistemática a mesma.

Dessa forma, alivia-se, também, reflexamente, a carga de trabalho dos tribunais de origem, constantemente assoberbados com o processamento de recursos extraordinário e especial, que, muitas vezes, nem serão julgados.

¹⁹ LUSO SOARES, Fernando; ROMEIRA MESQUITA, Duarte; FERAZ DE BRITO, Wanda. Código de Processo Civil Anotado, 6 ed. Coimbra: Almedina, 1988, p. 442.

²⁰ “Art. 542. (...) Findo esse prazo, serão os autos conclusos para *admissão ou não do recurso*, no prazo de quinze dias, em decisão fundamentada”.

11. DESTINO DOS AUTOS NO RECURSO RETIDO – CONSEQÜÊNCIA DA INEXISTÊNCIA DE APELAÇÃO

Uma vez interposto o recurso retido, extraordinário ou especial, de decisão interlocutória, serão juntos aos autos e, cumpridas as formalidades legais (inclusive as intimações), remetidos ao juízo de primeiro grau, onde tem curso a demanda, para serem apensados aos autos principais, aguardando a sentença. As contra-razões do recorrido, no recurso *retido*, só serão apresentadas se houver recurso *não-retido*, que o faça subir, juntamente com as contra-razões deste, subindo os dois recursos nos mesmos autos.²¹

Mas, e se não houver recurso da decisão final, ou, havendo, não tiver seguimento, por qualquer motivo?

O direito português deu solução expressa para essa hipótese, ao tratar do agravo retido, dispondo que “o agravo fica sem efeito se, por qualquer motivo, não tiver seguimento o recurso com o qual devia subir” (art. 761º, n. 2). O § 3º do art. 542 só prevê a subida, se houver recurso da decisão final, mediante reiteração do recorrente, mas a solução deve ser a mesma adotada pelo direito lusitano. Acontece com o recurso (extraordinário ou especial) retido, o mesmo que com agravo retido: se por qualquer motivo a apelação não chega ao tribunal, o agravo retido fica prejudicado; da mesma forma, se por qualquer motivo o recurso extraordinário ou especial da decisão final (recurso não-retido) não chega ao tribunal superior, fica prejudicado o recurso retido.

Os recursos interpostos de acórdãos interlocutórios só sobem ao tribunal superior quando subir o recurso interposto do acórdão que puser termo ao processo; *quando* subir e *no caso* de subir;²² do contrário, fica prejudicado.

O grande perigo é os tribunais superiores, em face da alegação de dano irreparáveis, pelo recorrente, passarem a admitir o mandado de segurança como sucedâneo recursal, para permitir o conhecimento e julgamento do recurso que *ex vi legis* ficou retido nos autos. Tal expediente, antes do que

²¹ Tratamento idêntico, dispensa o Código de Processo Civil português ao “agravo que não sobe imediatamente”, no seu art. 761º.

²² ALBERTO DOS REIS. *Op. cit.*, p. 218. LUSO SOARES, Fernando, *et alii. Op. cit.* p. 505.

corrigir uma teratologia, configura ele próprio uma criação teratológica da jurisprudência,²³ na medida em que transforma o juiz, de autoridade julgadora (que pode cometer erros de procedimento ou de julgamento), em autoridade coatora (que comete ilegalidades e abuso de poder), e a parte beneficiária da decisão (de parte recorrida), em parte “teratológica” (litisconsorte do juiz).²⁴

12. JULGAMENTOS SEQUENCIAIS – PREJUDICIAL RECURSAL

Admitidos ambos os recursos, diz o art. 543, os autos são remetidos ao Superior Tribunal de Justiça, onde será julgado primeiramente o recurso especial, e, só depois de concluído este, são os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado (art. 543, § 1º). Estará prejudicado o recurso extraordinário, se o recorrente obtiver, com o recurso especial, tudo o que pretendia, de forma a esgotar a sua pretensão recursal, configuradora do interesse de recorrer. Se o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em *decisão irrecorrível*, sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.

Diz-se *prejudicial* um recurso quando se apresenta como *antecedente lógico* (não cronológico) de outro, de forma que do julgamento do primeiro possa resultar *prejudicado* o segundo; nesta hipótese, sendo o recurso extraordinário prejudicial ao recurso especial, deve ser julgado antes, pois o seu julgamento condicionará o deste.

²³ Se algum leitor souber quem, pela vez primeira, admitiu o mandado de segurança contra ato judicial, utilizando esse fundamento — “teratologia” — por favor me comunique via e-mail (jedal@uninet.com.br).

²⁴ Provavelmente, os patronos das partes, alegando dano irreparável, tentarão fazer subir, de imediato, o recurso extraordinário ou especial retido, e, obtendo provimento negativo (este também de índole interlocutória), agravarão de instrumento desta decisão, fazendo com que a sua pretensão chegue aos tribunais superiores, formulando pedido de efeito ativo. Infelizmente, o espírito recursal faz parte da nossa tradição jurídica, não faltando imaginação aos causídicos para criar recursos não contemplados pela lei.

No caso do § 1º do art. 543, se o relator do recurso extraordinário, em *decisão irrecorrível*, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial (art. 543, § 3º. Em função da hierarquia dos órgãos, a decisão do relator, no recurso extraordinário, prevalece sobre a do relator, no especial; neste caso, deve ser julgado primeiro o recurso especial.

13. INADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ADMISSIBILIDADE DO AGRAVO – CONVERSÃO NO RECURSO PRÓPRIO

O art. 544 do CPC, com a nova redação dada pela Lei n. 9.756/98 ao seu § 3º, passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ 1º O agravo de instrumento será instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar, obrigatoriamente, sob pena de não conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

§ 2º Distribuído e processado o agravo na forma regimental, o relator proferirá decisão.

§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá, ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo

quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar”.

Esse preceito já fora alterado pela Lei n. 8.950, de 13.12.94, reproduzindo em termos semelhantes, o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 28 da Lei n. 8.038, de 28.5.90²⁵ — que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal — nos seguintes termos: “§ 3º Na hipótese de provimento do agravo, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinará sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo a esse recurso”; § 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar”.

Da decisão do órgão que não admitir o recurso extraordinário ou o recurso especial, cabe agravo de instrumento, no prazo de dez dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

O agravo de instrumento é o recurso geralmente adotado para fazer subir recurso inadmitido, sendo o procedimento disciplinado nos §§ 1º a 4º do art. 544. O agravo deve ser instruído com as peças apresentadas pelas partes, devendo constar, obrigatoriamente, sob pena de não-conhecimento, cópia do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das contra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado (art. 544, § 1º).

Como os recursos especiais *lato sensu*, gênero a que pertencem o recurso extraordinário e o recurso especial *stricto sensu*, não admitem diligência para

²⁵ “Art. 28. (...) § 3º Na hipótese de provimento, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinará, desde logo, sua inclusão em pauta, observando-se, daí por diante, o procedimento relativo àqueles recursos, admitida a sustentação oral. § 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar.

a juntada de documentos, recomenda a cautela que, faltando qualquer das peças obrigatórias (por exemplo: as contra-razões), cuide o recorrente de exibir a certidão de que não foram apresentadas.

O § 2º do art. 544 determina que, distribuído e processado o agravo na forma regimental, o relator proferirá decisão.

Antes da reforma operada pela Lei n. 9.756/98, a decisão do relator era adstrita ao julgamento do próprio agravo: a) desprovido-o, se fosse o caso; b) provendo-o para fazer subir o recurso indeferido; c) determinando a “conversão”. É que o antigo § 3º dispunha que, na hipótese de provimento do agravo, se o instrumento contivesse os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial, o relator determinaria a sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo a esse recurso.

A nova redação dada ao § 3º, primeira parte, amplia os poderes do relator, que pode, desde que o acórdão esteja em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo, *para dar provimento ao próprio recurso especial*. Quanto à segunda parte do § 3º do artigo em comento — “poderá, ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial” — não existe nenhuma dúvida, mantendo-se, *ipsis verbis*,²⁶ o que dispunha a redação anterior, sendo a conversão de agravo em recurso próprio uma rotina nos tribunais superiores.

A súmula é mais do que a jurisprudência predominante no tribunal, embora tenha por base essa jurisprudência. Só é objeto de súmula o julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, constituindo precedente na uniformização da jurisprudência (art. 479). Além disso, aprovada e regularmente publicada a súmula, obriga os órgãos fracionários do tribunal (câmaras, turmas, seções), por expressa disposição dos regimentos internos dos tribunais.

Pode a jurisprudência ser dominante, mas não venha a ser objeto de súmula; nem têm todos os tribunais o hábito de sumular sua jurisprudência,

²⁶ “Ipsis verbis” (pelas mesmas palavras).

existindo contra essa técnica²⁷ um desarrazoado preconceito, ao fundamento de que a súmula é o “túmulo do direito”, ou que a súmula “engessa” a jurisprudência.

Para os fins propostos, a reforma deu o mesmo tratamento à súmula e à jurisprudência predominante, de modo que, mesmo não tendo ainda alçado a categoria daquela, pode esta ser invocada pelo relator para dar provimento ao próprio recurso especial.

Aplica-se o disposto no § 3º também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido, e que deva ser julgado em primeiro lugar (art. 544, § 4º). É que, nesta circunstância, o julgamento do recurso especial poderá determinar resulte prejudicado o recurso extraordinário (art. 543, § 1º).

14. RETIFICAÇÃO INDEVIDA DO ART. 545 DO CPC – ERRO MATERIAL NO ART. 557 – ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO

O art. 545, igualmente alterado pela reforma, passou a vigorar com a redação que se segue:

*“Art. 545. Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 557”.*²⁸

A Lei n. 9.756, 17 de dezembro de 1966, incidiu em erro material, ao denominar de §§ 1º (dois parágrafos primeiros), o que deveriam ser os §§ 2º e 3º do art. 557.

²⁷ Que é devida ao Ministro Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal, inspirando-se nos “assentos” do direito português.

²⁸ A Lei n. 9.756, de 17.12.98 falava, originalmente, no art. 545, ao se referir ao art. 557, em §§ 2º e 3º (DOU n. 243, de 18.12.98, p. 1, 2ª coluna), no que estava certa, vindo a ser equivocadamente retificada, neste ponto, na publicação feita no DOU n. 2, de 5.1.99, p. 1, 1ª coluna), para §§ 1º e 2º, no que ficou errada. Na verdade, a retificação deveria ter atingido os parágrafos do art. 557, que, em vez de §§ 1º, 2º e 3º, saiu publicado com dois §§ 1º e um § 2º.

Percebido o erro, apressou-se o Diário Oficial da União de 5 de janeiro de 1999 em corrigi-lo, mas, ao fazê-lo, através da retificação, incidiu num novo erro material, dispondo, desta feita, que, no art. 545, onde se lia §§ 2º e 3º, se lesse §§ 1º e 2º.

Não se observou que o erro estava, não na referência aos parágrafos do art. 545, que estava correta, mas na publicação excessiva de dois parágrafos primeiros no art. 557 (em lugar dos §§ 1º e 2º), e um parágrafo segundo (em lugar do § 3º).

Uma rápida vista sobre o preceito alterado —, que não deveria tê-lo sido —, e o que não o foi —, quando deveria sê-lo —, põe à mostra o equívoco, que deve ser afastado pela exegese, para se manter a coerência do sistema; até evidentemente que venha, de novo, a ser retificada corretamente.

O art. 545 trata de decisão do relator que não admite agravo de instrumento, nega-lhe seguimento ou reforma o acórdão recorrido, do qual cabe novo agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, *observado o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 557* (redação original, e correta da Lei n. 9.756/98). E está correto porque os §§ 2º e 3º do art. 557 estabelecem que: a) se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, e, provido o agravo, o recurso terá seguimento (hipótese do § 2º); b) quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante em multa, interditando-se as demais vias recursais sem o prévio depósito (hipótese do 3º).

A remissão não poderia ser (como não é) ao § 1º do art. 557, como se entendeu, porquanto estaria o preceito “chovendo no molhado”. É que o § 1º do art. 557 estabelece que, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal superior, o relator poderá dar provimento ao recurso; sendo que o *caput* do art. 545 já autoriza o relator a não admitir o agravo, negar-lhe provimento, ou *reformular o acórdão*, o que só pode compreender, por evidente, *dar-lhe provimento* (hipótese igualmente compreendida no parágrafo remetido).

Por essa razão, e confiante em que tais incorreções serão percebidas pelo legislador, que a Lei n. 9.756/96 será novamente retificada, considerarei a remissão feita pelo art. 545 como estava originalmente (§§ 2º e 3º), e não

como constou erradamente da sua retificação (§§ 1º e 2º). Da mesma forma, considerarei, no art. 557, os §§ 1º, 2º e 3º, como se assim tivessem sido publicados.

15. AGRAVO “INTERNO” (OU REGIMENTAL)

O art. 545 já havia sido alterado pela Lei n. 8.950, de 13.12.94, que tinha a seguinte redação: “Da decisão do relator que *não admitir o agravo de instrumento, ou negar-lhe provimento*, caberá *agravo* para o órgão julgador, no prazo de cinco dias”.

Esse agravo tem recebido a denominação de “agravo regimental”, mas, na verdade, trata-se de um “agravo legal”, pois, como observa SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA,²⁹ não está previsto apenas em regimento interno, mas, também, na lei. Tenho preferido chamá-lo de “agravo interno”, por ser um agravo que agride decisão *interna* do tribunal, ao contrário dos agravos retido e de instrumento, que agridem decisão externa ao tribunal.

16. RAZÃO DA REFORMA – AUMENTO DOS PODERES DO RELATOR

O Código de Processo Civil, na sua redação original, conforme a Lei n. 5.869, de 11.1.73, alterada pela Lei n. 5.925, de 01.10.73, só disciplinava, nos arts. 541 a 546, o recurso extraordinário,³⁰ pelo que veio a ser alterado pela Lei n. 8.038, de 28.5.90 — que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal — que, nos seus arts. 26 a 29, disciplinando o recurso extraordinário e o recurso especial. O § 5º do art. 28 dessa Lei dispunha que: “Da decisão do relator que *negar seguimento ou provimento ao agravo de instrumento*, caberá *agravo* para o órgão julgador no prazo de cinco dias”.

²⁹ FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio. Código de Processo Civil Anotado, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, nota ao art. 545, p. 382.

³⁰ Vide redação desses dispositivos no “Código de Processo Civil Retrospectivo”. CARREIRA ALVIM, J.E. Curitiba: Juruá, no prelo.

Em face da alteração sofrida pelo art. 544, § 3º,³¹ foi necessário alterar também o art. 545, ampliando os poderes do relator, que continua podendo não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento —, hipóteses antes previstas neste artigo, com a redação dada pela Lei n. 8.950/94 —, e, a partir de agora, para *reformular o acórdão recorrido*, hipótese acrescentada pela Lei n. 9.756/98.

Ao contrário do que se poderia supor, tais poderes não são inconstitucionais, observando NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY³² que quando a Constituição, nos seus arts. 102, III e 105, III, confere competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso extraordinário e recurso especial não diz a qual órgão do tribunal compete a tarefa de julgar esses recursos. Ademais, prossegue, o julgamento da admissibilidade e do próprio mérito do recurso pelo relator pode ser controlado pelo agravo, dirigido ao órgão colegiado competente para julgar o recurso indeferido.³³

Da decisão do relator, não admitindo o agravo, negando-lhe provimento ou reformando o acórdão recorrido, cabe agravo no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557.³⁴

³¹ “Art. 544 (...) § 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá, ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial”.

³² NERY JUNIOR, Nelson, e ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 3 ed. São Paulo: RT, 1997, nota 2 ao art. 545, p. 794.

³³ *Idem*, p. 794.

³⁴ “Art. 557 (...) § 1º Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 2º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”.

17. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

O art. 546 trata do recurso de embargos de decisão de turma, no julgamento de recurso especial, que divergir do de outra turma, sessão, ou do órgão especial (art. 546, inciso I); ou de decisão de turma, no julgamento de recurso extraordinário, que divergir da de outra turma, ou do plenário (art., 546, inciso II). Trata-se de embargos de divergência, próprios dos recursos especial e extraordinário.

O procedimento deste recurso é estabelecido no regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

18. REVOGAÇÃO NECESSÁRIA

A Lei n. 8.950/94 revogou os arts. 464³⁵ e 465,³⁶ e os parágrafos únicos dos arts. 514³⁷ e 531,³⁸ todos do Código de Processo Civil, em virtude da nova sistemática adotada.

19. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas considerações não têm outro propósito que o de despertar a atenção dos operadores do direito, e, em especial, dos exegetas, para esse novel instituto, que é o agravo retido em recursos extraordinário e especial, e que, se bem equacionados, poderão contribuir em muito para desafogar a via recursal nos tribunais superiores.

³⁵ “Art. 464. (Revogado) Cabem embargos de declaração quando: I - há na sentença obscuridade, dúvida ou contradição; II - for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se a sentença”.

³⁶ “Art. 465. (Revogado) Os embargos poderão ser interpostos dentro de quarenta e oito (48) horas, contadas da publicação da sentença; conclusos os autos, o juiz, em igual prazo, os decidirá. Parágrafo único (Revogado) Os embargos de declaração não estão sujeitos a preparo e suspendem o prazo para a interposição de outro recurso por qualquer das partes.”

³⁷ “Art. 514. (Em vigor) A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá: I - os nomes e a qualificação das partes; II - os fundamentos de fato e de direito; III - o pedido de nova decisão. Parágrafo único (Revogado) No prazo para a interposição do recurso, a petição será protocolada, ou, depois de despachada, entregue em cartório”.

³⁸ “Art. 531. (Revogado, cedendo lugar a novo conteúdo) Os embargos serão deduzidos por artigos e entregues no protocolo do tribunal. Parágrafo único. (Revogado) A secretaria, juntando a petição, fará os autos conclusos ao relator do acórdão embargado, a fim de que aprecie o cabimento do recurso”.

NOTAS SOBRE O PROCEDIMENTO MONITÓRIO NO DIREITO COMPARADO

André R. C. Fontes* Professor na Universidade do Rio de Janeiro – UNI-RIO

SUMÁRIO:

§ 1º. Noção; 2º. A designação; § 3º. Origem; § 4º. Natureza jurídica do procedimento monitório; § 5º. Fonte normativa; § 6º. O objeto de injunção; § 7º. Forma de pedido; § 8º. Da eficácia executiva do ato injuntivo; § 9º. Formas de comunicação; § 10º. A inadmissibilidade do procedimento injuntivo; § 11º. O decreto injuntivo; § 12º. Do prazo e das formas para impugnar a ordem do juiz – a oposição; § 13º. Conseqüências da ausência de oposição; Conclusões; Bibliografia.

§ 1º. NOÇÃO

A tutela monitória manifesta-se e se circunscreve a dois modelos de sistemas: o puro e o documental.¹ O primeiro (o puro), ordinariamente utilizado em causas de pequena monta, exige a mera afirmação do suposto credor, desprovida de qualquer prova documental, nas hipóteses expressamente admitidas em lei, de ordem de pagamento em desfavor do devedor indicado, por meio de um mandado de pagamento, que é apto a adquirir eficácia de título executivo, se não houver oposição, ou se ela

* Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

¹ É crédito reconhecido a Calamandrei o batismo em *puro* e *documental*, os nomes dos dois sistemas conhecidos de tutela monitória.

existindo for inadmissível ou mesmo rejeitada. A segunda (a documental) é dotada das mesmas características, desde que apoiada em instrumentos, comumente designado “prova escrita”.

Caracterizada no contexto das tutelas jurisdicionais diferenciadas, assim entendidas aquelas que visam a alcançar a efetividade do processo nas hipóteses em que as tutelas tradicionais ou ordinárias não a atingiriam, responde ela à aspiração de tutelar imediatamente a pretensão do credor desprovido de título executivo, sem a necessária submissão de sua pretensão a um processo no qual se desenvolva atividade de conhecimento.²

Os regimes injuntivos estabelecidos nas diversas legislações obedecem aos modelos “puro” e “documental”. Tal ocorre na lei portuguesa, italiana, austríaca, alemã, sueca e suíça, nesta última prevista na sua remotíssima lei federal sobre execução e quebras, datado de 1º de janeiro de 1889 (em vigor somente em 1892). No Brasil conhece-se apenas o documental.

§ 2º. A DESIGNAÇÃO

A adoção no Brasil do termo “monitório” para designar o procedimento correspondente, não encontra correspondência nos regimes português, italiano e francês, que optaram pela expressão “injunção” (portuguesa), “injunzione” (italiana) e “injonction” (francesa e belga). Constituiu certamente fator inibitório a adoção em nosso país do termo acolhido em Portugal a previsão constitucional do “mandado de injunção”, cuja inspiração estadunidense conduziu a destino diverso e preciso dentre os direitos fundamentais previstos expressamente na atual Constituição, de 1988.

As origens mais recuadas do Direito Alemão e Austríaco, justificaram nestes dois países nomes originais e consagrados, sendo o “Mahnverfahren” e “Urkundenprozeb”, respectivamente o puro e documental alemães, e o

² MARQUES, Wilson. Ação Monitória, Revista Forense, nº 348, p. 205. CRUZ E TUCCI, José Rogério. A Ação Monitória, 3ª edição. São Paulo: RT, p. 18. ARMELIN, Donald. Tutela Jurisdicional Diferenciada. Revista de Processo, nº 65, p. 45-55.

“Mahnverfahren” e “Mandatverfahren” austríacos.³ Na Suíça, o “Rechtbot”. Na Holanda permanece a designação unicompreensiva “dwangbevelprocedure”.⁴

§ 3º. ORIGEM

O desenvolvimento econômico, a circulação da riqueza e a adoção do dinheiro nos negócios impuseram meios simplificados de formalização dos créditos e procedimentos adequados para satisfazê-los. Ocorre que determinados créditos não eram revelados por documentos e por conta disso estabeleceu-se no direito medieval italiano, o uso de não citar em juízo o devedor, mas de obter diretamente do juiz a ordem de prestação que ensejava a execução. Assim surgiu o *mandatum* ou *praeceptum de solvendo*, que era acompanhado e justificado pela cláusula de que, se o devedor se propusesse a alegar excesso, podia opô-las dentro de certo prazo.⁵

Nas Ordenações Manuelinas conhecia-se a “ação de assinação de dez dias” ou “ação decendiária” e no Direito Brasileiro, pelo Regulamento nº 737, de 25 de outubro de 1850 encontram-se as primeiras reminiscências do procedimento medieval italiano. Modernamente, a adoção mais evoluída da injunção nas legislações continentais da Europa, especialmente na Alemanha, Áustria, Suíça, que alcançaram amplos efeitos práticos na sua utilização, muito influenciou o acolhimento no Brasil, mas certamente é o modelo italiano que aparentemente mais se aproximou do brasileiro, devendo ter sido determinante para o seu acolhimento.⁶

§ 4º. NATUREZA JURÍDICA DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO.

Conquanto no procedimento monitório se destine à emanção de pronunciamento *do juiz*, a pedido do afirmado credor, a fim de que lhe seja

³ AMARAL SANTOS, Moacyr. Ações Cominatórias no Direito Brasileiro, 1º tomo, 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 129 *usque* 133.

⁴ MARCATO, Antonio Carlos. O processo monitório. 2ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41.

⁵ CARREIRA ALVIM, J. E. Procedimento Monitório. Curitiba: Juruá, 1995, p. 27 *usque* 29.

⁶ CARVALHO NETTO, José Rodrigues. Da Ação Monitória. São Paulo: RT, 2001, p. 28 e seguintes.

satisfeito determinado e específico crédito, não encontra ele natureza jurisdicional em todos os ordenamentos nos quais foi instituído. No Direito Português a injunção assume cariz administrativo até a oposição do requerido. Tal caracterização não é acompanhada por nenhum outro sistema conhecido. Em todos os demais a natureza jurisdicional é constatada pela disciplina no próprio sistema do código de processo, como ocorre na maioria dos países. A origem da disciplina da injunção por Decreto-Lei (nº 404-93) é decisiva como classificação, que desviada do contexto sistemático do Código de Processo Civil português, somente assim poderia, dada a sua origem, ser enquadrada. É digno de nota que a natureza de ato do Secretário-Geral do Departamento de Justiça, de 15 de outubro de 1942 e prorrogado por leis sucessivas não inibiu o reconhecimento da natureza jurisdicional na Holanda. No Brasil, a natureza jurisdicional decorre da própria disciplina no capítulo dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

§ 5º. FONTE NORMATIVA

É na codificação processual civil de cada país que normalmente se encontra a disciplina do procedimento injuntivo. Assim, por exemplo, se verifica na legislação italiana (art. 633 do Codice di Procedura Civile), alemã (§ 688-703 [puro] e § 592-605 [documental] da Z. P. D.), austríaco (§ 548 [puro] e § 549 [documental] da Z.P.D.), suíço (art. 69 da lei federal suíça sobre a execução e quebra). Na Bélgica, o Code Judiciaire a disciplina no art. 1.338 e seguintes; o mesmo ocorrendo com a nossa previsão estabelecida nas alíneas a, b e c do art. 1.102 do Código de Processo Civil. Em legislação extravagante encontramos na portuguesa (Decreto-Lei nº 404, de 10 de dezembro de 1993) e na holandesa (ato do Secretário-Geral do Departamento de Justiça, de 15 de outubro de 1942 e prorrogado por leis sucessivas). No Brasil, o procedimento decorre das modificações legislativas derivadas da Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, que alterou a redação do Código de Processo Civil e incluiu o monitório dentre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa.

§ 6º. O OBJETO DA INJUNÇÃO

Na Itália, a possibilidade do procedimento injuntivo ocorre nos seguintes casos: 1) quem é credor de uma soma líquida em dinheiro ou de uma determinada coisa fungível; 2) quem tem direito à entrega de uma coisa móvel determinada; 3) os advogados, os chanceleres, os oficiais judiciários ou qualquer pessoa que tenha realizado o seu trabalho em razão de um processo, pelo pagamento de honorários devidos pela sua prestação; 4) os notários e outros exercentes de uma profissão ou arte sujeitas a uma tarifa legalmente aprovada pelos honorários ou reembolso de despesas. Na Áustria, para o regime puro, as ações de pequeno valor, independente de prova documental da obrigação e para o regime documental, prestam-se para reclamar o cumprimento de prestação em dinheiro ou de coisas fungíveis, de qualquer valor, quando o autor as pede com apoio ou instrumento autêntico, isto é, atos públicos ou particulares autenticados.⁷ O alemão admite o puro para as ações de qualquer valor e independentemente de prova documental; visam à satisfação de certas prestações de dar, ou seja, o pagamento de uma soma em dinheiro ou a entrega de determinadas coisas fungíveis ou valores, uma vez que as prestações não se condicionaram à contraprestação, salvo a prova desta ter sido anteriormente feita, e para o regime documental, as ações tendentes a obter do devedor o pagamento de uma quantia em dinheiro ou determinada quantidade de coisas fungíveis.⁸ No Direito Português exige-se apenas tratar-se obrigação pecuniária decorrente de contrato cujo valor não exceda metade de valor de alçada do Tribunal de 1ª Instância. Na Bélgica, o Code Judiciaire no art. 1.338, e admite quando a dívida for líquida cujo montante não exceder o correspondente a sessenta e cinco mil francos. No Brasil, o objeto é soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

§ 7º. FORMA DE PEDIDO

O procedimento injuntivo tem início com a demanda, que pode ser oferecida por escrito ou oralmente, dependendo do regime eleito por cada país. Deste modo, em Portugal, o pedido deve ser sempre escrito e

⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. P. 129 e seguintes.

⁸ Idem.

apresentado na Secretaria do Tribunal. Também na Itália exige-se que o pedido seja escrito. Diferentemente a Áustria e a Alemanha adotaram a possibilidade oral para a forma da demanda, além da tradicional maneira escrita, nesse sentido o § 702 da Z.P.O.⁹

No Brasil, a regra do art. 1.102 b é expressa ao afirmar ser escrita a forma da demanda, que deve obedecer a regra geral das petições estabelecidas nos arts. 282 e 283 do código de Processo Civil. Demais disso, deve ele as instruí-las com a *prova escrita*, sempre desprovida a eficácia do título executivo, que constitui em verdade o próprio destino da monitória que é a formação célere de um título executivo.

§ 8º. DA EFICÁCIA EXECUTIVA DO ATO INJUNTIVO

Sob a perspectiva da eficácia do ato injuntivo, a lei austríaca e a alemã atribuem eficácia executiva *ex legis* se não há oposição admissível, de maneira que desnecessário se torna a prática de outro ato que lhe atribua eficácia¹⁰ como se dá na legislação portuguesa que exige do Secretário judicial a aposição de um “execute-se” a fim de que adquira força executiva, o mesmo ocorrendo na Itália, que o juiz declara executivo o decreto mediante a prática de um outro decreto (art. 654), que se tornará assim título executivo com todos os seus efeitos, de maneira a adquirir a autoridade de coisa julgada substancial independente de um sucessivo juízo relativamente ao objeto da demanda proposta sob o mesmo fundamento.¹¹ No Brasil, a formação do título se dá incontinente a inadmissibilidade (art. 1.102 c, *caput*) e a rejeição dos embargos (§ 3º do art. 1.102, do CPC).

§ 9º. FORMAS DE COMUNICAÇÃO

No direito português e no italiano é por meio de *notificação* que se faz a comunicação com o réu, fórmula distinta do direito alemão e do austríaco,

⁹ AMARAL SANTOS, Moacyr. P. 129 e seguintes.

¹⁰ AMARAL SANTOS, Moacyr. p. 129 e seguintes.

¹¹ EVANGELISTA, Stefanomania. IANNELLI, Domenico. Manuale di Procedure Civile. Turim: VteT, 1996, p. 417.

que optaram pelo *mandado*¹². Relativamente ao regime italiano, a lei exige que o afirmado devedor seja notificado em cópia autêntica, certamente pelos efeitos que produz, pois a notificação determina a pendência da lide, ou seja, a de produzir os efeitos substanciais e processuais próprios da demanda proposta em via ordinária (interrupção da prescrição, litispendência e conexão de causa), consoante o art. 643¹³. No Brasil também se dá por mandado a comunicação ao devedor.

§ 10º. A INADMISSIBILIDADE DO PROCEDIMENTO INJUNTIVO

Variadas são as formas de tratamento dos casos de inadmissibilidade da injunção. Em Portugal, a legislação limitou-se a atribuir ao Secretário o poder de não receber a petição simplesmente. Já o mesmo não ocorre na legislação italiana e alemã. Na peninsular, cuida-se de tarefa do juiz, que poderá rejeitar a demanda por decisão motivada. De igual maneira na Alemanha, onde também ao juiz incumbirá o poder de indeferir o pedido se não forem atendidas as formalidades legais e dessa decisão não cabe qualquer recurso.¹⁴ No Brasil, a solução é a extinção do processo sem apreciação do mérito, em razão do indeferimento da petição inicial, consoante o art. 267, I, do Código de Processo Civil.

§ 11º. O DECRETO INJUNTIVO

No Direito Português incumbe ao Secretário do Tribunal notificar o requerido, por carta registrada com aviso de recepção, remetendo cópia da inicial e dos documentos juntos, indicando de forma inteligível o objeto do pedido e demais elementos úteis à sua compreensão, sendo necessário, ainda, referir, expressamente o prazo para a oposição. A lei italiana, no entanto, é limitadora da competência do decreto injuntivo ao conciliador, pretor ou presidente do tribunal, que seria competente para a demanda proposta em via ordinária (art. 637, Z. P. O.). A austríaca mantém do

¹² AMARAL SANTOS, Moacyr. p. 129 e seguintes.

¹³ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Op.cit. p. 53.

¹⁴ AMARAL SANTOS, Moacyr. p. 129 e seguintes.

mesmo modo a competência do juiz, que sem ouvir o devedor, ordena a expedição de ordem de pagamento contra este, com a notificação de que poderá impugnar o pedido no prazo de quatorze dias. O mesmo ocorre com o Direito Alemão que também atribui ao juiz o poder de ordenar, *inaudita altera parte*, a expedição da ordem requerida, para que o afirmado devedor pague ao credor no prazo de uma semana a contar da notificação.¹⁵

§ 12º. DO PRAZO E DAS FORMAS PARA IMPUGNAR A ORDEM DO JUIZ – A OPOSIÇÃO

É de sete dias a contar da notificação no direito português. Na Itália, é de quarenta dias, embora o prazo possa ser reduzido a dez e aumentado para sessenta se ocorrer justo motivo. Na Áustria, são quatorze dias. Na Alemanha o prazo é de uma semana. Na Suíça, o prazo é de 10 dias (art. 74).

A oposição é o meio pelo qual o réu que entenda injusto o procedimento injuntivo impugna o decreto. De um modo geral, a oposição tem o efeito de transformar o procedimento sumário em ordinário. Sobre a caracterização geral da injunção e a forma de impugná-la é de se dizer que, a *falta* de contrariedade segundo certa corrente seria o caráter predominante na monitória. No entanto, para Carnelutti é a eventualidade do contraditório. Domina, no entanto, o pensamento de que a característica determinante é a inversão da iniciativa do contraditório (Calamandrei). Calamandrei a explicita ao afirmar que não há antagonismo entre sua posição e a de Carnelutti porque é eventual o contraditório em razão de a iniciativa de provocá-lo incumbir ao réu se entender que deva oferecer oposição.

§ 13º. CONSEQÜÊNCIAS DA OPOSIÇÃO

Na falta de oposição, o Direito Português atribui ao Secretário do Tribunal o poder de apor uma manifestação resumida no termo “execute-se” no requerimento de injunção. Solução idêntica ocorre no caso de desistência da oposição. No Direito Italiano a inexistência de oposição possibilita o

¹⁵ AMARAL SANTOS, Moacyr. p. 129 e seguintes.

juiz proferir o decreto e declara executivo, que se tem entendido como meio de aquisição de eficácia da coisa julgada. No Direito Austríaco, após o decurso do prazo sem impugnação, o mandado adquire eficácia de título executivo. No Direito Alemão, decorrido em branco o prazo, o mandado adquire força executória.

Havendo oposição, ela é submetida fundamentalmente ao juiz, passando a ter natureza jurisdicional – essa é a disciplina portuguesa. Na Itália, a oposição é proposta perante o juiz que emitiu o decreto injuntivo, no prazo de 20 dias. Na Áustria, o juiz aprecia e decide se o mandado deve ser confirmado ou declarado sem efeito. Na Alemanha o procedimento passa a ser ordinário e submetido às suas próprias etapas. No Brasil é com os embargos que a atividade do conhecimento é que se desenvolve e garante o exame efetivo das situações afirmadas e controvertidas.

A forma de oposição obedece a variada disciplina. No Direito Português exige-se forma escrita, assim também a nossa legislação no Brasil. O mesmo ocorre com a Itália. Solução diversa oferece a Áustria e a Alemanha, que admitem também a oral.

CONCLUSÕES

- 1 – Em todas as legislações examinadas o procedimento monitório é vocacionado a tutelar situações creditícias especiais, geralmente fundadas em valores ou quantias não expressivas.
- 2 - Prevalece a dicotomia “puro” e “documental” para as formas de procedimento monitório, padrão esse invariavelmente encontrado nas legislações citadas.
- 3 – Decorre a injunção de um longo processo evolutivo no qual o direito português antigo constitui referência por meio da “ação de assinação de dez dias”.
- 4 – Em todos os sistemas a impugnação é feita mediante forma comum assemelhada aos embargos disciplinados no direito brasileiro.
- 5 – A inversão do contraditório, em razão da eventualidade da própria atividade de conhecimento é marca característica do instituto plenamente acolhido em todas as legislações.

6 – O procedimento injuntivo constitui uma das formas mais próprias encontradas nas legislações para tutelar os créditos de pequena monta desprovidos de título executivo, segundo a sua estrutura formal e função a que é destinado.

Bibliografia

- AMARAL SANTOS, Moacyr. Ações Cominatórias no Direito Brasileiro. 1º tomo, 3ª edição. São Paulo, Max Limonad, 1962, p. 128-143;
- ANDRIOLI, Virgilio. Commento al Codice di Procedura Civile. Vol. III – Processo di esecuzione, procedimenti speciali. Jovene, Nápoles: Scuola Tipografica Pontificia;
- ARMELIN, Donaldo. Tutela Jurisdicional Diferenciada. Revista de Processo, nº 65, p. 45 *usque* 55;
- CADIET, Loïc. Droit Judiciaire Privé. Paris: Éditions Litec, 2000;
- COMOGLIO, Luigi Paolo, Corrado Ferri e Michele Taruffo. Lezioni Sul Processo Civile. 2ª edição, Bologna: Società editrice il Mulino, 1998;
- COUCHEZ, Gérard. Procedure Civile. Paris: Éditions Sirey, 1986;
- EVANGELISTA, Stefonomaria e IANNELLI, Domenico. Manuale di Procedura Civile. Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1996;
- HABSCHEID, Walter J. Introduzione al Diritto Processuale Civile Comparato. Itália: Maggioli Editore, 1985;
- _____. Droit Judiciaire Privé Suisse. Gênova: Librairie de L'Université, 1981;
- HÉRON, Jacques. Droit Judiciaire Privé. Paris: Éditions Montchrestien, 1991;
- MARCATO, Antonio Carlos. O Processo Monitorio Brasileiro. Malheiros Editores, p. 38-49;
- MARQUES, Wilson. Artigo “A ação monitoria”, publicado na Revista Forense, vol. 348, p. 205-215.
- PISANI, Andrea Proto. Lezione di Diritto Processuale Civile. Nápoles: 3ª edição, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999, p. 587-598;
- SALVADOR, Antônio Raphael Silva. Da Ação Monitoria e da Tutela Jurisdicional Antecipada – Comentários à Lei n. 9.079, de 14-7-95. São Paulo: Malheiros Editores, 1995;
- SIDOU, J. M. Othon. Processo Civil Comparado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997;
- SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. Tutela Jurisdicional Diferenciada – Tutelas de urgência e medidas liminares em geral. São Paulo, Malheiros Editores, 2000;

VINCENT, Jean e GINCHARD, Serge. Procédure Civile. Paris: Éditions Dalloz, 1994;

ZANZUCCHI, Marco Tullio. Diritto Processuale Civile. Vol. II – Del processo di cognizione.
Napoli: Milano-Dott A. Giuffrè Editore, 1962;

ZWEIGERT, Konrad e KÖTZ, Hein. Introduzione al Diritto Comparato, volumes I e II.
Milão: Dott A . Giuffrè Editore, 1992.

RUI, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PODER JUDICIÁRIO

Por José Eduardo Nobre Matta, Juiz Federal no Rio de Janeiro e Professor de Ciência Política e Direito Constitucional

Com especial agradecimento ao Ministro Evandro Lins e Silva, cuja Conferência ‘Rui e os Direitos Humanos’, proferida na ABL em 04 de agosto de 1999, muito nos inspirou, e cuja cópia nos foi gentilmente encaminhada por seu neto, o ilustre advogado Dr. Ranieri Mazzilli Neto.

Neoliberalismo e globalização são as palavras, ou ideologias, de ordem do final do século XX e que prometem influenciar o mundo durante o curso do novo milênio.

Valendo-nos das lições de **FRANCISCO MAURO DIAS**¹, já tivemos oportunidade de afirmar alhures que “**o denominado fenômeno da globalização caracteriza-se, de um lado, por um determinismo econômico imposto pelas economias cêntricas sobre aqueles países menos desenvolvidos e, de outro lado, como pano de fundo, mas não menos importante, temos a nota caracterizadora da universalização da cultura e do conhecimento. As duas características misturam-se e alimentam-se reciprocamente. São faces de uma mesma moeda. As economias cêntricas têm de impor seus valores culturais para que**

¹ In Intervenção Regulatória e Competitividade Internacional, publicado na Revista de Ciências Sociais de junho de 1997, p. 147/148.

possam também ditar as normas econômicas”². E arrematamos nossa manifestação de então, dizendo: “com a globalização, findou-se o período de 5.000 anos de solidão, sendo certo, também, que esta põe termo a processo iniciado com o capitalismo comercial do século XVI”³.

Todavia, se podemos, bem ou mal, definir o fenômeno da globalização, ainda não conseguimos apreender com segurança o tamanho da onda globalizadora e seus reais efeitos na vida dos seres humanos e dos próprios Estados⁴.

O certo é que os estudiosos do tema, de maneira mais ou menos constante, têm apontado para a crueldade inerente à ideologia da globalização. É o caso, por exemplo, de **IGNÁCIO RAMONET**, em seu *Geopolítica do Caos*⁵ ou de **FÁBIO KONDER COMPARATO**, em sua obra *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*.

²In O Espírito da Reforma Administrativa - Na Trilha da Constituição-Laboratório, publicado na Revista de Jurisprudência da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n° 7, maio de 2000. p. 36.

³Idem, p. 36.

⁴ALBERTO NOGUEIRA, em sua obra Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial, averba, na p. 02: “não temos sido capazes de diagnosticar com um mínimo de certeza o nível e o tamanho da atual onda globalizadora.” E continua mais adiante, na p. 7: “Estamos, sem dúvida, diante de algo ainda desconhecido, que se identifica mais pelos efeitos que pelas causas ou origem.”

⁵Valem ser anotadas as seguintes palavras: “Neste final de século, todos os Estados estão envolvidos no grande movimento da mundialização que torna as economias dependentes umas das outras. Os mercados financeiros tecem uma teia invisível que religa os países e, ao mesmo tempo, amarra e aprisiona os governos. Na prática, deixou de ser possível o isolamento de um Estado do resto do planeta...A extensão dos desastres ecológicos, e dos problemas levantados por eles, preocupa todos os cidadãos do planeta...O homem continua a considerar a natureza como serva, no momento em que suas pesquisas estão atingindo fronteiras essenciais. Em vez de contribuir para espalhar o bem-estar e a justiça, o saber está a serviço, quase sempre, dos detentores de poderes privilegiados...As sociedades ocidentais já não conseguem se enxergar, claramente, no espelho do futuro; parece que estão obcecadas pelo desemprego, invadidas pela incerteza, intimidadas pelo choque das novas tecnologias, perturbadas pela mundialização da economia, preocupadas com a degradação do meio ambiente e, consideravelmente, desmoralizadas por uma corrupção galopante. Além disso, a proliferação das ‘guerras étnicas’ exala nessas sociedades um mau cheiro de remorso e algo parecido com um sentimento de náusea.”

Deveras, a ideologia da globalização e do neoliberalismo tem levado a uma concentração de renda e de poder nunca antes imaginado. É dizer que nunca tão poucos tiveram tanto e tantos tiveram tão pouco⁶.

Descortina-se o novo milênio, assim, desafiador para a questão dos direitos fundamentais. De um lado, jamais, em toda a história da humanidade, houve tamanha consciência dos direitos do homem, com tantos textos internacionais reconhecendo uma imensa gama de direitos como sendo fundamentais e a comunidade internacional debatendo tanto em torno do assunto. Todavia, de outro turno, em tempo algum o ser humano esteve tão amesquinhado em sua humanidade, tão diminuído, perante forças abstratas, as quais não entende e em relação às quais até mesmo os Estados são impotentes.

Permitimo-nos ser um pouco otimistas em relação a esta realidade paradoxal.

Se, deveras, o fenômeno da globalização contemporânea, acompanhado pela onda neoliberal, apresenta vertentes cruéis, pode também auxiliar a propagação e a imposição do respeito aos direitos humanos em níveis mundiais.

Para que haja efetividade dos direitos do homem, necessário será um esforço político conjunto de nível planetário.

⁶ Confirmam-se os dados trazidos por FÁBIO KONDER COMPARATO, na obra já citada, p. 449 e 450: “Na verdade, a dissociação da humanidade entre a minoria abastada e maioria carente acelerou-se consideravelmente após os “30 anos gloriosos”. Em 1960, a quinta parte mais rica da população mundial dispunha de uma renda média 30 vezes superior à dos 20% mais pobres. Em 1997, essa proporção havia mais do que dobrado: 74 a 1. Entre 1990 e 1998, 50 países conheceram uma redução no índice do produto interno bruto per capita...Enquanto isso, em apenas cinco anos, de 1994 a 1999, a soma do patrimônio individual das duzentas pessoas mais opulentas do mundo mais do que duplicou, ao passar de 440 bilhões de dólares a 1.135 bilhões. Para melhor se apreciar o escândalo dessa acumulação de riqueza, registre-se que a renda total dos 582 milhões de habitantes dos países mais pobres do planeta equivale a 10% dessa cifra. Os técnicos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento calculam que bastaria um imposto anual de 1% sobre o patrimônio daqueles duzentos nababos para custear a educação primária de todas as crianças em idade escolar do mundo inteiro.”

Internamente, como bem observa **LEONARDO GRECO**, devem os Estados preocupar-se em assegurar **“regras mínimas de convivência social, essenciais para que todos os cidadãos vejam respeitadas pelos demais e pelo próprio Estado a sua dignidade humana”**⁷, buscando construir **“uma nova ordem jurídica que, respeitando o pluralismo inerente à sociedade moderna, dê a todos condições iguais de encontrar a própria felicidade e de exercer amplamente a própria liberdade sem pôr em risco a felicidade e a liberdade dos demais”**⁸.

Externamente, devem os Estados esforçar-se para construir uma sociedade mundial fraterna, empenhando-se em reduzir as enormes desigualdades econômicas existentes entre as nações, como já definido há muito no preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Ainda, devem fazer cumprir internamente os tratados internacionais sobre direitos humanos. Assim é que, como bem salientado por **FÁBIO KONDER KOMPARATO**⁹, o problema dos direitos humanos apresenta-se, hoje, como o principal elemento de integração do direito interno e do direito internacional, com vistas à formação da **“sociedade universal do gênero humano”**.

Demonstrando a relevância do assunto, **NORBERTO BOBBIO** afirma que **“o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”**¹⁰. E continua logo a seguir: **“Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”**¹¹.

O tema não é novo, por certo. Direitos devem ser garantidos, assegurados. Deveras, modernas declarações há que não se satisfazem em apenas

⁷In O Processo de Execução, volume I, p. 1.

⁸ Ob. cit., p. 2.

⁹ Trata-se de estudo intitulado O papel do juiz na efetivação dos Direitos Humanos, publicado na obra coletiva Direitos Humanos: visões contemporâneas.

¹⁰ In A Era dos Direitos, Rio de Janeiro, Campus, 9a. Edição, p. 24.

¹¹ Ob. cit., p. 25.

enumerar direitos, mas também em torná-los eficazes, garantindo-os¹². Do mesmo modo, as constituições costumam preocupar-se com as garantias dos direitos fundamentais que reconhecem.

Daí a clássica lição de **RUI**, nosso maior publicista, sobre a diferença entre direitos e garantias, cujas palavras merecem ser transcritas, *in verbis*.

“Ora, uma coisa são *garantias constitucionaes*, outra coisa os *direitos*, de que essas *garantias* traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial. Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existencia subjectiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As *garantias constitucionaes stricto sensu* são as solemnidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.

...

A confusão, que irreflectidamente se faz muitas vezes entre *direitos* e *garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito ‘é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos actos’. *Garantia*, ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de attentados, de occorrença mais ou menos fácil.

...

Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou clausula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘*garantias constitucionaes*’. Mas a accepção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratorias*, que são as que imprimem existencia legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratorias*, que são as que, em

¹² MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, em seu Curso de Direito Constitucional, lembra que: “Dentre as declarações, há que distinguir, por outro lado, as que se contentam com enumerar os direitos reconhecidos como anteriores ao Estado e superiores a ele - direitos de certo modo naturais - e as que se preocupam em acrescentar ao rol dos direitos o das garantias, em sentido estrito.”

defeza dos *direitos*, limitam o poder. Aquellas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.”¹³

JOSÉ AFONSO DA SILVA, dentre os constitucionalistas brasileiros contemporâneos, trata do assunto com especial cuidado¹⁴. Em primeiro lugar, classifica as espécies de garantias de direitos fundamentais. Divide-as em garantias gerais e garantias constitucionais. Estas últimas, subdivide-as em garantias constitucionais gerais e garantias constitucionais especiais. Todavia, sem olvidar a lição de **RUI**, afirma aquele autor, que, de certo modo, seriam elas também direitos: **“direitos conexos com os direitos fundamentais”**¹⁵ que visam assegurar. Nós mesmos, inspirados pela imperiosa necessidade de se assegurar efetividade aos direitos fundamentais, propusemos em ensaio intitulado *‘A Emenda do Judiciário: Quem garantirá as garantias?’*, a fórmula **“direitos-garantias”**, tentando correlacionar os vocábulos de forma inapartável. Afirmamos, então, que a **“clássica distinção feita pelos constitucionalistas liberais entre direitos e garantias, se certa e precisa à sua época, hoje já não parece tão relevante”**. Eis que, **“não se pode mais pensar em direitos fundamentais sem os meios correspondentes e eficazes para garanti-los”**¹⁶.

Há quem distinga garantias constitucionais de remédios constitucionais¹⁷. Preferimos a posição de **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, que inclui os remédios constitucionais entre as por ele denominadas garantias

¹³In A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal, p. 189 usque 194.

¹⁴In Curso de Direito Positivo. O autor trata do assunto em dois momentos: na Segunda Parte, Título I, Capítulo II e Título VI, Capítulo I.

¹⁵Ob. Cit. , p. 186.

¹⁶ O artigo foi publicado, entre outras, na Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, volume 3, nº 10. A citação está na p. 202.

¹⁷ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, sem refutar completamente serem os chamados remédios constitucionais garantias, afirma que, “rigorosamente falando, esses remédios são a garantia das garantias, são a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais” (Curso de Direito Constitucional, p. 288).

constitucionais especiais. Assim, o ***habeas corpus***, o mandado de segurança, o mandado de injunção e o ***habeas data*** são garantias constitucionais. São instrumentos assecuratórios de direitos fundamentais. Possuem natureza jurídica de ação, na medida em que se consubstanciam em direito (ou poder) de fazer movimentar o Estado (Poder Judiciário) em busca da tutela do direito fundamental que se reputa aviltado.

Destarte, tendo em mente a própria natureza jurídica de ação dos chamados remédios constitucionais, bem como, de maneira geral, a função mesma das garantias constitucionais, salta aos olhos a relevância do Poder Judiciário, como o poder perante o qual estas garantias são manejadas.

Sem um Poder Judiciário forte e independente, os direitos fundamentais não podem ser efetivos, pois que estes não são suficientemente assegurados.

No mesmo ensaio já referido, tendo em mente a necessidade atual de priorizar cada vez mais as garantias dos direitos fundamentais, afirmamos que, hoje, mais do que nunca, **“sobressai-se o Poder Judiciário como o meio, o instrumento, a instituição por excelência, capaz de cumprir tal mister de garantidor dos direitos fundamentais”**¹⁸. Com efeito, de pouco adiantaria, ao lado do reconhecimento de inúmeros direitos fundamentais, criar garantias destes mesmos direitos, sem que houvesse um Poder Estatal, autônomo, independente e confiável, para aplicar tais instrumentos.

A preocupação com o fortalecimento do Poder Judiciário alcança níveis mundiais. Os organismos internacionais que cuidam da preservação dos direitos do homem atuam em três frentes: promoção, controle e garantia desses direitos¹⁹. Em cada uma dessas frentes, quer seja pela atuação dentro dos Estados, quer seja travando lutas a nível internacional, **“a preocupação**

¹⁸ In A Emenda do Judiciário..., p. 202.

¹⁹ BOBBIO, in A Era dos Direitos, p. 39.

foca-se sempre para o aperfeiçoamento dos controles jurisdicionais da efetividade dos direitos do homem”²⁰.

Assim, na imensa maioria dos povos civilizados, neste novo século, o Poder Judiciário assume de vez a função de derradeiro guardião dos direitos fundamentais e não apenas das constituições²¹.

Sem um Poder Judiciário forte e independente não se pode falar em democracia e efetividade de direitos fundamentais. São temas correlatos.

Soa paradoxal, então, as cíclicas campanhas desmoralizadoras movidas pela mídia em geral contra o Poder Judiciário. A sociedade que se deixa tomar pela descrença no Poder Judiciário está deixando que lhe retire os derradeiros instrumentos de sua defesa.

Em momentos tais, de verdadeira autofagia social, calha a lembrança da sensatez dos grandes mestres.

Lembramo-nos, assim, de **RUI**, nosso maior publicista. Rui, o parlamentar, o homem de Estado, o advogado, o jurista, o brasileiro, o redator da Constituição de 1891²².

²⁰ In A Emenda do Judiciário..., p. 202.

Conferir BOBBIO, na obra citada, especialmente p. 40/41.

Ainda, sobre o aperfeiçoamento da função jurisdicional em nível internacional, vale lembrar o Tribunal Penal Internacional. Dignas de nota as palavras de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, em estudo intitulado O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira, p. 255, contido na obra coletiva Tribunal Penal Internacional, p. 255: “...desde o seu preâmbulo, o Estatuto faz menção a uma missão de proteção às vítimas de graves atrocidades, que têm o direito a exigir justiça. Como estabelece o preâmbulo, os Estados reconhecem que, neste século, milhões de crianças, mulheres e homens têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade. E mais: reconhecem os Estados que o combate à impunidade contribui à prevenção destas atrocidades, no clássico efeito preventivo da repressão penal”.

²¹In A Emenda do Judiciário..., p. 202/203.

²²O projeto da Constituição de 1891 foi elaborado por uma comissão, que ficou conhecida como a “Comissão dos Cinco”. Todavia, afirma o historiador AMÉRICO JACOBINA LACOMBE, em sua obra À Sombra de Rui Barbosa, p. 105: “Este projeto não foi, porém, encaminhado à Constituinte. Refundi-o o próprio ministério, em discussões realizadas na casa de residência de Rui Barbosa, então à praia do Flamengo...Nessas discussões, ouvidos os vários ministros, redigia Rui Barbosa o vencido nos debates e dava-lhe a forma definitiva. De modo que de sua pena saíram, de fato, todos os artigos do projeto definitivo,

EVANDRO LINS E SILVA, em conferência proferida na Academia Brasileira de Letras em 04 de agosto de 1999, é categórico sobre a relevância da obra e da luta de Rui pelos Direitos Fundamentais: **“Rui Barbosa foi, no curso de sua intensa vida política, um padroeiro da defesa dos direitos humanos. Nasceu liberal e morreu liberal”**.

EVARISTO DE MORAES FILHO, em conferência na Casa de Rui Barbosa, cujo texto depois iria integrar a introdução da edição do discurso de Rui sobre a *Questão Social e Política no Brasil*, daquela fundação, afirma:

“Como é sabido, desde a mais tenra idade, Rui foi educado por seu pai segundo a cartilha do liberalismo americano, francês e inglês da primeira metade do século XIX que, como no apólogo de Diógenes, pedia ao Estado somente que se ausentasse e não lhe fizesse sombra, Os seus ideais supremos eram a liberdade e a democracia, mas ambas baseadas no indivíduo.”²³.

Aliás, é de Rui uma das mais completas e elegantes conceituações de direito individual:

“Da locução direitos individuais temos a definição nas mesmas palavras, que a compõem. Direitos individuais corresponde a direitos do indivíduo. São os direito inerentes à individualidade humana ou à individualidade social: direitos fundamentais, ou constitucionais; direitos da pessoa, ou do cidadão; direitos que não resultam da vontade particular, por atos, ou contratos, mas da nossa própria

que foi aprovado por decreto e considerado a contribuição oficial do Governo à obra da constitucionalização do Brasil.”. No mesmo sentido, informa ANTÔNIO BATISTA PEREIRA, in Rui Barbosa, O Organizador da República, p.36: “Rui redigira todo o projeto da Constituição, de seu próprio punho, em dois dias. A pressa era tal que o auxiliar de Rui, Rodolfo Tinoco, que foi incumbido de caligrafar de seu punho, a naquim, o texto constitucional, que devia ser apresentado a assinatura de todo o gabinete, teve de trabalhar ininterruptamente durante 19 horas. Ao acabar a tarefa, teve que ser carregado, pois nem se podia erguer da cadeira, com os músculos contraídos e retesados por aquela posição forçada durante tão longo tempo. Temos, pois, que Rui foi o autor do decreto do banimento do Imperador, do decreto da Liberdade de Cultos e da Constituição. Felizmente os autógrafos dos três grandes documentos existem. Os que negarem que são de autoria intelectual e material de Rui terão de negar-lhes a existência.”.

²³Introdução à edição do discurso de Rui A Questão Social e Política no Brasil, p. XI.

existência na espécie, na sociedade e no Estado...Eis o que vêm a ser direitos individuais. São os que existem no indivíduo como emanção da sua personalidade, nativa ou social: os direitos primários, os direitos inerentes à sua entidade, os direitos constitucionais, aqueles de onde provêm os outros: os direitos de aquisição, os com que no comércio da vida o homem alarga a sua esfera de ação, o valor do seu patrimônio, o exercício das suas faculdades²⁴.

Mas sendo liberal, não cuidou Rui de defender apenas os direitos individuais (de primeira geração). Homem de seu tempo, não ficou insensível aos reclames sociais que se avolumaram desde os primeiros momentos do século XX.

Com efeito, greves se sucediam no Brasil nas grandes cidades, como Rio de Janeiro e São Paulo, já na primeira década do século passado. Como lembra **EVARISTO DE MORAES FILHO** em sua já referida introdução, **“os anos de 1917 e 1918 - e, logo depois, o ano mesmo da conferência, 1919 - viram eclodir no Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre as maiores paradas de trabalho da sua história. Só um exemplo basta: a 18 de novembro de 1918, declaram-se em greve os tecelões no Rio de Janeiro, com adesão imediata dos operários em construção civil e metalúrgicos. Falou-se em greve geral e em putsh anarquista. Com os operários concentrados em São Cristóvão, houve o confronto com as forças policiais e com uma unidade do Exército, de cavalaria, sediada próximo ao local**”²⁵.

Também sentiu Rui o abalo provocado pela Revolução Russa de 1917, bem como recebeu os ecos das Constituições do México, de 1917, e da de Weimar, de 1919, prenes de direitos sociais reconhecidos.

Assim é que em sua famosa conferência de 1919, afirmou o grande brasileiro o seguinte:

²⁴In República: Teoria e Prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana - Que vêm a ser direitos individuais, p. 90/92.

²⁵Ob. cit., p. XXIV.

“A concepção individualista dos direitos humanos tem evolvido rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transformação incomensurável nas noções jurídicas do individualismo restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana. Estou senhores, com a democracia social.”

Mas é na defesa do Poder Judiciário que Rui supera todos os publicistas pátrios, demonstrando uma firme confiança em suas estruturas e na coragem dos magistrados. As palavras do grande Mestre são de uma atualidade surpreendente. Confirmam-se:

“Mas os elementos facciosos, que se fizeram senhores do Estado, e exploram, como vasta comandita, as aparências restantes do regime, adulterado nas suas condições mais necessárias, mutilado nos seus órgãos mais nobres, substituído nas funções mais vitais, sentem o obstáculo invencível, que às aventuras do mandonismo, do caudilhismo, do militarismo opõe uma justiça entrincheirada solidamente nas prerrogativas da justiça americana; e compreendem que, para acabar com os últimos remanescentes da legalidade no domínio político e civil, eleitoral e parlamentar, administrativo e financeiro, para transformar absolutamente a República num governo de privilégios, abusos e castas, lhes cumpre dar àquela instituição um combate de extermínio, abrir contra ela uma campanha inexorável, só a largar de mão depois de reduzida a um poder subalterno, desmedulado e caduco...Com esse intuito sitiaram a cidadela ameaçada, e lhe apertaram os aproches, assestando contra ela as mais formidáveis baterias da força, ao mesmo tempo que lhe solapam os fundamentos com as minas de uma sofisteria desabusada...Dessa guerra sem escrúpulos, a tática principal tem consistido, sobretudo nestes últimos quatro anos, em negarem abertamente obediência o Governo e o Congresso às mais altas

sentenças judiciais, com pretexto de que o Supremo Tribunal exorbita, prevarica, usurpa; e, para coonestar essa rebeldia mascarada em amor da legalidade, a exceção dos casos políticos, oposta, na jurisprudência dos Estados Unidos, à competência que a Suprema Corte ali exerce, de negar execução às leis inconstitucionais, tem ministrado aos Congressos e Governos insurgidos a evasiva que havia mister esse movimento de anarquia radicalmente subversiva”²⁶.

E continua Rui em sua defesa do Judiciário, agora parafraseando HAMILTON:

“A investida reacionária de nulificação da justiça, que se esboça no grandioso projeto de castração do Supremo Tribunal Federal, tem por grito de guerra, conclamando em brados trovejantes, a necessidade, cuja impressão abrasa os peitos à generosa corte, de por fim ao edifício republicano da ditadura jurídica. É a ditadura dos tribunais a que enfia de temor as boas almas dos nossos puritanos. Santa gente, que afinado que lhes vai aos lábios, onde se tem achado escusas para todas as ditaduras da força, esse escarcéu contra a ditadura da justiça!...Os tribunais não usam espadas. Os tribunais não dispõem de Tesouro. Os tribunais não nomeiam funcionários. Os tribunais não escolhem Deputados e Senadores. Os tribunais não fazem Ministros, não distribuem candidaturas, não elegem e deselegem Presidentes. Os tribunais não comandam milícias, exércitos, esquadras. Mas é dos tribunais que se temem e tremem os sacerdotes da imaculabilidade republicana.”²⁷

Especificamente sobre as funções do Poder Judiciário como o derradeiro garantidor dos direitos do homem e da constituição, merecem destaque, pela grandeza e eloquência, suas esperançosas palavras na seguinte passagem:

“Ainda espero que os juízes de minha terra não ficarão abaixo de seu papel providencial. Conto que, ao menos no terreno da justiça civil, salvaremos os direitos constitucionais deste caos de vontades

²⁶ In Commentarios à Constituição Federal Brasileira, Coligidos por HOMERO PIRES, volume IV, Livraria Acadêmica, p. 11/12.

²⁷In Commentarios..., p. 15.

prepotentes; porque ‘quando o arbítrio fere sem escrúpulo os homens, que se lhe tornam suspeitos, não é só um indivíduo que ele persegue: é a nação inteira que principia por indignar, e acaba por desagradar’. Se os tribunais, pela jurisprudência de seus arestos, não refrearem os maus instintos de nosso partidarismo, habituando-o a reconhecer no pacto federal uma lei superior aos legisladores, na soberania do povo um princípio que não se confunde com o império dos governos e das assembleias, educando-o no sentimento de que as Constituições não se fazem menos para as épocas tempestuosas do que para os tempos ordinários, de que não há emergência capaz de justificar o uso de poderes não permitidos, não tardará muito em vermos a obra auspiciosa de 1889 e 1890 nivelada ao qualificativo de Burke sobre a Constituição francesa de 1793: um digesto de anarquia...De nada serviria ao povo que suas instituições baixassem do céu, ou diretamente plantadas por mãos divinas, se a terra, onde caem não fosse capaz de produzir a inteireza de ânimo e a coragem do dever, para as executar. O espírito do estadista constrói as garantias; mas se não houver homens no meneio da máquina, “quem garantirá as garantias?”²⁸

Por derradeiro, não se pode encerrar o presente ensaio, estando nós a tratar de Direitos Fundamentais e do Poder Judiciário, sem rememorar os conselhos do grande jurista aos formando da turma de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo, especificamente para aqueles que abraçariam um dia a carreira da magistratura. Conselhos que bem demonstram o respeito e o carinho daquele que foi o nosso maior guerreiro das liberdades públicas para com o Poder Judiciário e seus integrantes.

“Não tergiverseis com as vossas responsabilidades, por mais atribuições que vos imponham, e mais perigos a que vos exponham. Nem receies soberanias da terra: nem a do povo, nem a do poder. O povo é uma torrente, que rara vez se não deixa conter por ações magnânimas. A intrepidez do juiz, como a bravura do soldado, o arrebatam e fascinam. Os governos investem contra a justiça,

²⁸In A Constituição e Os Actos Inconstitucionaes..., p. 255/258.

provocam e desrespeitam a tribunais; mas por mais que lhes espumem contra as sentenças, quando justas, não terão, por muito tempo, a cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos magistrados, que os enfrentem com dignidade e firmeza.

Os presidentes de certas repúblicas são, às vezes, mais intolerantes com os magistrados, quando lhes resistem, como devem, do que os antigos monarcas absolutos. Mas, se os chefes das democracias de tal jaez se esquecem do seu lugar, até o extremo de se haverem, quando lhes pica o orgulho, com os juízes vitalícios e inamovíveis de hoje, como se haveriam com os ouvidores de desembargadores del-Rei Nosso Senhor, frágeis instrumentos nas mãos de déspotas coroados - cumpre aos amesquinados pela jactância dessas rebeldias ter em mente que instituindo-os em guardas da Constituição contra os legisladores e da lei contra os governos, esses pactos de liberdade não os revestiram de prerrogativas ultramajestáticas, senão para que a sua autoridade não torça às exigências de nenhuma postetade humana”²⁹.

Que o escólio de Rui inspire não só os profissionais da lei, mas todo aquele que espera no Direito o amadurecimento de uma ordem jurídica e social eminentemente democrática.

²⁹In Oração aos Moços, p. 43

Bibliografia:

- **BARBOSA**, Rui. *A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 2a. edição. Rio de Janeiro: Atlântida, Flores e Mano. sem data.
- Discursos Parlamentares*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1981.
- Oração aos Moços*. 4a. edição. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.
- Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e Ordenados por Homero Pires. Volume IV. São Paulo: Livraria Acadêmica e Saraiva, 1933.
- República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana*. Seleção e Coordenação de Hilton Rocha. Petrópolis: Vozes; Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.
- **BATISTA PEREIRA**, Antônio. *Rui Barbosa, O Organizador da República*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.
- **BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos*. 9a. edição. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- **COMPARATO**, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2a. edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- O Papel do Juiz na Efectivação dos Direitos Humanos*. **In** *Direitos Humanos: Visões contemporâneas*. Obra coletiva. São Paulo: Método Editoração e Editora, 2001.
- **DIAS**, Francisco Mauro. *Intervenção Regulatória e Competitividade Internacional*, publicado na Revista de Ciências Sociais de junho de 1997.
- **FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 26a. edição. São Paulo: Saraiva, 1999.
- **GRECO**, Leonardo. *O Processo de Execução*, Volume 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- **LACOMBE**, Américo Jacobina. *À Sombra de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1984.
- **MATTA**, José Eduardo Nobre. *O Espírito da Reforma Administrativa - Na Trilha da Constituição-Laboratório*, publicado na Revista de Jurisprudência da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, nº 7, maio de 2000, p. 26-46.
- A Emenda do Judiciário - Quem Garantirá as Garantias?*. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, volume 3, nº 10, 2.000. p. 189-212.
- **NOGUEIRA**, Alberto. *Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- **RAMONET**, Ignacio. *Geopolítica do Caos*; Tradução de Guilherme João de Freitas Teiseira. Petrópolis: Vozes, 1998.
- **RAMOS**, André de Carvalho. *O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira*. Obra coletiva *Tribunal Penal Internacional*.
- **SILVA**, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*, 12a. edição. São Paulo: Malheiros. 1996.

ANISTIA, DIREITO ADQUIRIDO E IMORALIDADES

*Eduardo André B.B. Fernandes, Juiz Federal da 3ª Vara
Federal de Volta Redonda*

O regime militar que comandou o Brasil por vinte anos desde 1964, trouxe uma série de infortúnios para o país em razão de seu autoritarismo, no que acompanhou diversos movimentos semelhantes que ocorriam em demais países, principalmente na América Latina. Assim, é indiscutível que houve perseguições a pessoas físicas e a órgãos da imprensa que culminaram em injustificáveis violações à liberdade de expressão, à integridade física e à vida de indivíduos.

No Brasil, o regime militar que governou a partir de 1964, representou o último obstáculo à democracia, visto que, todas as experiências anteriores de períodos democráticos na nossa República foram curtas e antecederam ditaduras, fazendo parecer que a democracia seja como um intervalo na história do Brasil, ou seja, um período estranho ao nosso destino de sermos governados de forma autoritária.

O regime militar deixou o poder em 1984, mas com a anistia aos crimes políticos em 1977, já se observava a abertura política que conduziria a um retorno à democracia. Cabe apenas citar que a democracia tende a ser mais duradoura, ou mesmo eterna, exatamente porque houve no regime militar sempre uma preocupação de abertura política, de devolução do poder aos civis, o que passível de crítica pelos métodos utilizados ou mesmo se teriam os militares direito a saber quando o país devia ser “devolvido” ao regime democrático, não pode ser desprezado por aqueles que vivem e sobrevivem a segunda década de democracia no Brasil.

Dessa forma, em 28 de agosto de 1979 com Lei 6.683 foi concedida anistia a todos aqueles que tiveram seus direitos políticos suspensos, ou foram punidos em razão dos Atos Institucionais e Complementares. O fundamento para a referida anistia são as violações já relatadas e sofridas por uma série de pessoas opositoras do regime, sendo que, é indiscutível para o retorno da democracia que sejam corrigidos atos de exceção praticados. Em resumo, a proteção aos direitos dos anistiados é imprescindível para a nossa democracia.

Assim, foram os servidores públicos anistiados beneficiados com a Lei 6.683/79 que lhes deu a faculdade de voltar ao trabalho no cargo que exerciam ou de se aposentarem, contado nas duas hipóteses o tempo de afastamento do serviço para efeito de aposentadoria na forma do Artigos 2º, 4º e 11 da referida lei. Tal previsão legal tem de ser encarada como um benefício, já que, estava sendo permitida a contagem de tempo não trabalhado, para fins de tempo de serviço e até mesmo uma aposentadoria especial que não precisaria de qualquer requisito referente a tempo mínimo de serviço.

Logo, encontram-se fundamentados o benefício e as razões históricas para a sua concessão, mas não a causa, o que possibilita distorções lamentáveis por ele sofridas com o passar do tempo, que acabam tornando-o em algumas situações não um benefício legal, mas um privilégio odioso, conforme adiante se demonstrará.

Entretanto, antes da definição da causa cabe esclarecer que a aposentadoria especial concedida aos anistiados tem até um cunho indenizatório, ou seja, de reparação dos danos sofridos com o regime militar, mas não pode ser considerada como indenização. Ora, em razão da faculdade aberta pela lei, do servidor público anistiado poder voltar ao trabalho ou de se aposentar e receber o benefício, não há como distinguir. Assim, as duas possibilidades abertas pela lei têm a mesma natureza jurídica, ou seja, a de benefício e não de indenização.

Ainda assim, se faz necessária a análise de alguns aspectos da responsabilidade civil do Estado para o pagamento das aposentadorias e mesmo do retorno ao trabalho, ou seja, a avaliação do dano, pois, é necessário que ele tenha ocorrido para se fazer jus à condição de anistiado, podendo se

dizer tranquilamente que os danos sofridos com o regime militar são a causa da anistia, mas esta definição ainda não esgota as dúvidas sobre o tema.

Por mais surpreendente que possa parecer, a definição da causa é de crucial importância para o estudo dos benefícios concedidos aos anistiados, pelas implicações futuras, hoje presentes, que geram para a nação. Isto posto, já cabe descartar a hipótese de que a causa para a concessão da anistia foi a existência do regime militar, pois, se assim fosse todos os brasileiros vivos naquele período teriam direito à condição de anistiado e aos benefícios dela decorrentes.

Analisando o caput do Artigo 1º da lei 6.683/79, se percebe que, estão elencadas diversas hipóteses, tais como, aqueles que cometeram crimes políticos ou conexos com este, crimes eleitorais, aqueles que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta punidos com fundamento nos Atos Institucionais e Complementares. Assim, fica claro que fora a anistia aos crimes, todas as outras hipóteses se enquadram na exclusão da sociedade em razão de perseguição do regime.

IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO AO EXÍLIO VOLUNTÁRIO

As afirmações feitas anteriormente atestam que a causa da anistia é a exclusão da sociedade em razão de perseguição do regime, pois, a simples oposição ou discordância ao regime não geraria direito aos benefícios concedidos aos anistiados, sendo necessária a inclusão da situação de cada um, nas hipóteses constantes na Lei 6.683/79.

Assim, impossível se afigura o recebimento de qualquer benefício próprio dos anistiados por aqueles que deixaram o país por discordar do regime, expressão conhecida pelo grande público como exílio voluntário. É certo que a oposição a um regime autoritário oferece mais riscos, maiores temores, principalmente se pensarmos nos anos 60 e 70, entretanto, se não houve exclusão da sociedade, não pode ser considerado anistiado, já que, não se enquadra nas hipóteses da lei, não cabendo interpretação extensiva ou razões subjetivas para ampliação das hipóteses de anistia.

É importante fazer a distinção entre perseguido pelo regime militar que faz jus aos benefícios da anistia e opositor do regime, que por discordar da situação do país preferiu deixá-lo. Ora, é certo que muitos deixaram o país sabendo que poderiam vir a ser perseguidos pelos seus atos e opiniões e infelizmente até virem a morrer por esta razão, entretanto, se não houve deflagração de uma perseguição do regime, ou se esta não passou de uma ameaça sem comprovação, não há como receber os benefícios próprio dos anistiados, por não ter havido exclusão da sociedade por perseguição do regime.

Apesar de poder parecer injusto em razão da perseguição ocorrida nos anos de chumbo, como é chamado por boa parte dos historiadores este período da história do Brasil, que indiscutivelmente perseguia sem avisar, sem documento e mesmo sem motivo, não pode o país ficar condicionado no futuro a pagar aposentadorias a quem não se enquadra na hipóteses legais, isto sim uma grande injustiça e imoralidade, já que, a Administração Pública só pode fazer o que está previsto em lei.

Ainda sobre o exílio voluntário, não se pode esquecer que a causa da anistia é a exclusão da sociedade em razão de perseguição do regime e não violação à liberdade de opinião ou de expressão. Logo, se tal exclusão se deu por vontade do indivíduo, por estar dentro da esfera subjetiva de cada um, não pode ser considerado anistiado para efeitos de recebimento de benefícios, pois, caso contrário volto a dizer, todos os brasileiros que viveram naquela época também teriam direito aos mesmos benefícios.

Finalmente, a proteção ao exílio voluntário gera uma clara violação ao princípio da igualdade, ao se tratar desigualmente os iguais, pois, se aqueles que tinham condição financeira para comprar passagem aérea e se manter no estrangeiro têm direito aos benefícios, porque não teria direito aqueles que discordando do regime mas sem condições financeiras para deixar o país tiveram que ficar aqui, calados e mesmo assim correndo riscos? Ora, se ambos discordavam do regime e o temiam, porque só os em melhor condição econômica têm direito? Uma passagem de avião ou de ônibus, não é requisito para a anistia e sim a exclusão da sociedade forçada.

OS BENEFÍCIOS DOS ANISTIADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988, trouxe para os anistiados a implementação de benefícios que deveriam ter sido concedidos com a lei de anistia, mas precisamente junto com o da contagem como tempo de serviço, do período de afastamento forçado do serviço público. Assim, o direito às promoções na inatividade nada mais é do que uma correção de omissões na lei de anistia, não devendo ser considerado um novo benefício. Cabe aqui deixar claro ser a posição jurisprudencial vencedora nos tribunais, de só existir direito aquelas promoções alcançáveis pelo critério da antiguidade corretíssima, pois permitir a promoção pelo merecimento de quem não trabalhou, ainda que, contra sua vontade, seria tornar imoral uma situação que necessita de proteção pela influência que tem na manutenção do Estado Democrático de Direito.

No que se refere aos outros dispositivos constitucionais relativos aos anistiados também só resolvem situações específicas, tais como, a extensão aos trabalhadores do setor privado dos benefícios concedidos aos servidores públicos anistiados. Todavia, merece especial menção não existir qualquer dispositivo constitucional que autorize ao anistiado a acumulação da aposentadoria com o recebimento de outro cargo ou aposentadoria ou que permita ser a sua remuneração excepcional ao teto salarial previsto no Artigo 37, XI da Constituição Federal, sendo que, caso este um dia venha a ser fixado, a remuneração que lhe for superior deverá ser reduzida ao limite previsto em razão do que dispõe o Artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que por não ter sido revogado expressamente, continua em vigor, em relação às Emendas Constitucionais que alteraram o texto original referente à matéria.

ACUMULAÇÃO DE VENCIMENTOS E DIREITO ADQUIRIDO

Se a questão do exílio voluntário apresenta certa facilidade de solução, o mesmo não ocorre com a possibilidade do anistiado poder acumular vencimentos, ou seja, além de receber a aposentadoria referente à anistia, vir a receber de outras fontes.

A dificuldade se acentua pelo fato de não haver nem na lei nem na Constituição Federal, qualquer previsão no sentido de proibir a acumulação de vencimentos, sendo um deles o da aposentadoria especial concedida aos anistiados, assim como, não há nenhum dispositivo legal ou constitucional expressamente permitindo esta acumulação. Em razão desta omissão da lei e da Constituição Federal vem sendo permitida a referida acumulação, sob os argumentos do direito adquirido e de que o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe. Entretanto, se a questão pode ser vista pelo prisma do particular, ela também pode e deve ser analisada pelo aspecto da Administração Pública, obrigada a sempre agir conforme a lei, e por ser ela quem efetua os pagamentos e sendo sabido que o interesse público é privilegiado em relação ao particular, deve prevalecer este aspecto. Apenas a título de fomentar mais o debate os dispositivos constitucionais que tratam da acumulação de proventos e aposentadorias não traz qualquer menção à aposentadoria especial dos anistiados, dentre as exceções expressamente indicadas nos Artigos 37, XVI e Parágrafo 10º e 40 da Constituição Federal.

A Lei 6.683/79 traz, como já foi dito anteriormente uma opção aos servidores públicos anistiados, ou seja, a de serem reaproveitados no serviço ativo ou de serem aposentados. Ora, se a lei traz esta possibilidade de se voltar ao trabalho sem direito à aposentadoria, apenas contando o período afastado para efeitos de tempo de serviço, seria justo que aqueles que optaram por se aposentar pudessem voltar a trabalhar em outras funções e acumular vencimentos? Parece que não, pois nenhuma lei tem ou pode ter o intuito de beneficiar o ócio, pois ao se aceitar que os servidores que retornaram aos cargos sejam prejudicados em relação aqueles que preferiram a aposentadoria, é privilegiar o ócio, através da extensão dos efeitos da perseguição do regime, quando estes já teriam desaparecido.

A discordância quanto à interpretação dada aos benefícios dos anistiados, não pode se referir apenas aqueles que eram servidores públicos antes da perseguição, apesar da Lei 6.683/79 só fazer referência a estes. Quanto aqueles que não eram servidores públicos a solução deve ser a mesma conforme se demonstrará no tópico seguinte.

Ora, conforme já foi exaustivamente exposto acima o que gera direito aos benefícios previstos na Lei 6.683/79 é a exclusão da sociedade em

razão da perseguição do regime, ou seja, incompatível o recebimento de qualquer outra remuneração posterior tanto dos cofres públicos, como de empresas privadas com a aposentadoria especial dos anistiados, já que, a simples existência daquelas denotam o desaparecimento da exclusão da sociedade em que está fundado o direito.

Assim, a conclusão acima exposta traz a reflexão quanto ao direito adquirido e a forma para se solucionar o problema sempre com vistas a privilegiar o interesse público em relação ao particular, sem trazer insegurança para as relações jurídicas. No que se refere à violação a direito adquirido com a proibição de acumulação de vencimentos, nenhuma alegação pode ser feita, pois, se o direito a aposentadoria especial de anistiado está ligado a exclusão da sociedade, o simples recebimento de salários, assinatura de CTPS ou outra prova que demonstre que a pessoa tenha voltado a trabalhar, faz desaparecer o direito àquela aposentadoria, em razão da cessação da exclusão da sociedade. Logo, se desapareceu o direito subjetivo, nem há que se falar em aquisição deste. Um bom exemplo para demonstrar o que está sendo dito, é o caso do estudante que tem direito a pagar metade do ingresso no cinema, ou abatimento na passagem de ônibus, pois, quando deixar de estudar não terá direito adquirido a tais benefícios, em razão do desaparecimento da qualidade de estudante, na qual se fundamenta a existência de tais benefícios. Outro exemplo que serve para ilustrar a questão, é o da aposentadoria por invalidez, benefício pago pela Previdência Social, que pode ser retirado caso aquela situação que o fundamentou (invalidez) venha a desaparecer na forma do Artigo 25 da Lei 8.112/90, devendo a mesma conclusão ser aplicada a situação de exclusão da sociedade.

Entretanto, pela falta de legislação que vedasse a acumulação de vencimentos, atualmente a mesma é cabível, sendo inclusive muito comum entre membros do Poder Executivo e Legislativo, que podem ser utilizados como exemplos do paradoxo que aquela representa, pois, ao mesmo tempo em que vivemos numa democracia podemos ter deputados, vereadores, senadores, prefeitos, governadores e Presidentes da República que recebam pelo trabalho que exercem e por serem perseguidos políticos. Ainda no caso dos detentores de mandato eletivo, fica evidente o desaparecimento da exclusão da sociedade, pois, se esta ainda estivesse presente não teriam conseguido se candidatar e muito menos se eleger.

Dessa forma, em relação ao tempo em que foi permitida a acumulação de vencimentos, não seria justo que a aposentadoria especial de anistiados fosse suprimida daqueles que porventura tenham voltado a participar ativamente da sociedade com sua força de trabalho, apesar de tecnicamente esta ser a solução cabível. Acredito que a solução mais justa e razoável seria a possibilidade daquele que receba aposentadoria como anistiado, optar entre esta ou a outra remuneração que recebe, sendo inclusive permitido aos detentores de cargo eletivo a possibilidade de reversão da opção, ou seja, se quando deixassem o cargo que ocupam, fosse mais vantajosa a referida aposentadoria poderiam voltar a recebê-la, mesmo se tivessem feito outra opção.

Conforme já disse anteriormente se viesse a ser editada lei neste sentido, não estaria sendo violado qualquer direito adquirido, pelo contrário, estaria sendo observado o princípios da moralidade administrativa, além da *ratio legis* da lei de anistia, já que, com o retorno da pessoa a sociedade, através de trabalho remunerado ou não, houve o desaparecimento do fundamento do direito ao benefício, fazendo com que o mesmo também tenha desaparecido. Finalmente, jamais houve uma norma legal ou constitucional que possibilitasse a acumulação da referido benefício, que fundamentasse o direito adquirido à acumulação de vencimentos.

AS OPÇÕES DA LEI DE ANISTIA E AS EMPRESAS PRIVADAS

Outro questionamento óbvio que já foi debatido em tópicos anteriores, mas que devido as consequências atuais contrárias ao interesse público, merece atenção especial, é o referente aos empregados de empresas privadas que tenham sido anistiados. A Lei de Anistia, não lhes garantiu o direito de retornar ao serviço no cargo em que ocupavam, logo poderia se concluir num momento inicial que como foram obrigados a se aposentar, teriam direito adquirido a este benefício.

Ora, esta conclusão seria errônea e mais uma vez contrária ao interesse público, pois, a Lei de Anistia não previu o retorno destes trabalhadores aos cargos em que ocupavam em virtude do Poder Público estar impedido de compelir a contratação por empresas privadas de qualquer empregado. Assim, ao terem sido perseguidos, possivelmente foram substituídos por outras pessoas, ou mesmo as empresas em que trabalhavam deixaram de existir, não

podendo a lei desprezar que devido ao longo tempo passado, a realidade muda, e as empresas privadas tem que se adequar a ela. Logo, o impedimento da opção de retornar ao trabalho dos empregados de empresas privadas que tenham sido anistiados, está mais ligado ao respeito ao princípio da livre iniciativa, no caso mais específico da livre gestão, do que propriamente em tratar desigualmente os anistiados do serviço público e do setor privado.

Em resumo, a exclusão da sociedade em razão da perseguição do regime é o fundamento da anistia tanto do setor público como do privado, ou seja, se houver desaparecido em qualquer dos dois casos, deveria deixar de ser paga a aposentadoria de anistiado, o que infelizmente para os cofres públicos não é feito, sendo muito comum que empregados de empresas particulares recebam pelos seus serviços, além do recebimento mensal da aposentadoria especial. Ainda neste tópico, entra mais um desdobramento que demonstra a total irrazoabilidade da manutenção das citadas aposentadorias em situações que a pessoa receba vencimentos de outras fontes, pois seu cálculo não obedece os parâmetros ou limites impostos pela Previdência Social. Cabe então ressaltar, a referida lei dava só ao servidor público anistiado este direito, por não poder prevê-lo para aquele que não era servidor público, logo, a questão tem de ser vista, em relação à exclusão da sociedade e não apenas quanto ao retorno ao trabalho, pois, este é uma das características daquela.

Uma consequência óbvia da falta de critério e do descontrole do pagamento das citadas aposentadorias especiais, acontece no requerimento feito por profissionais liberais que também desejam ser beneficiados pela lei de anistia, sendo que, impetraram mandado de injunção coletivo no Supremo Tribunal Federal com este fim. Ora, é indiscutível que se tiver havido perseguição e exclusão da sociedade, tais profissionais têm direito a aposentadoria, mas o que chama a atenção é o lapso de tempo decorrido, mais de vinte anos, que faz presumir à reintegração a sociedade e o conseqüente desaparecimento do requisito da exclusão desta em razão de perseguição do regime. Todavia, se continuar sendo permitida a imoral acumulação da aposentadoria especial de anistiado com vencimentos de origem posterior a esta, a mesma situação deverá ser ampliada para os profissionais liberais, em detrimento ao interesse público e em respeito ao princípio da igualdade.

A AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DO ASSUNTO NA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2151 DE 24 DE AGOSTO DE 2001

Recentemente, foi editada a Medida Provisória 2.151 de 24 de agosto de 2001, para regular a matéria, inclusive com a expressa revogação dos Artigos 2º, 4º e 11 da Lei 6.683/79, que foram objeto deste estudo. Todavia, não houveram mudanças substanciais nos direitos dos anistiados e sequer alguma previsão da possibilidade de acumulação com remunerações posteriores ao retorno para a sociedade.

Uma crítica inicial a referida Medida Provisória decorre da ausência evidente dos requisitos da relevância e urgência previsto no Artigo 62 da Constituição Federal para sua edição, por não ser uma matéria que necessite de regramento provisório, até porque o seu intuito foi de regulamentar o Artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988. Entretanto, outras críticas mais relevantes devem ser feitas, contra as supostas alterações implementadas, que só expuseram com maior ênfase a imoralidade no tratamento dispensado aos anistiados no Brasil.

A primeira inovação é quanto a modificação do nome do benefício recebido que, pela lei 6.683/79 era chamado de aposentadoria especial e pela Medida Provisória, passou a ser chamado de reparação econômica, classificação que o desobrigaria a obedecer as regras das aposentadorias, inclusive quanto a sua acumulação, além de lhe dar a natureza jurídica de indenização e não de benefício. Outra inovação que merece destaque é que esta reparação econômica pode ser paga através de prestação única ou em prestações mensais e continuadas, conforme estabelecido no texto da Medida Provisória 2151/2001, que passo a transcrever em parte:

“Art. 3º A reparação econômica de que trata o inciso II do art. 1º desta Medida Provisória correrá à conta do Tesouro Nacional.

§ 1º A reparação econômica em prestação única não é acumulável com a reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada.

§ 2º A reparação econômica será concedida mediante portaria do Ministro de Estado da Justiça, após parecer favorável da Comissão de Anistia de que trata o art. 12 desta Medida Provisória.

*§ 3º Não terão direito à reparação econômica referida no **caput** os anistiados políticos, civis ou militares, que foram readmitidos ou reintegrados, aos respectivos quadros funcionais.*

.....

Art. 13. No caso de falecimento do anistiado político, o direito à reparação econômica transfere-se aos seus dependentes, observados os critérios de vocação fixados para os pensionistas do regime jurídico do servidor público federal”

O parágrafo 3º do Artigo 3º da MP 2151 é decisivo no estudo, pois se aqueles que retornaram aos quadros funcionais que pertenciam antes da perseguição política pelo regime militar estão excluídos do direito de receber esta reparação econômica, está comprovado que esta continua sendo um benefício previsto pela Medida Provisória, já que a faculdade de voltar ao trabalho continua existindo, conforme existia na Lei 6.683/79. Ora, se a reintegração ou readmissão aos quadros funcionais não fosse considerado um benefício, por qual razão aqueles que se utilizaram desta opção, não teriam direito a reparação econômica, como todos os anistiados.

A natureza de benefício da tal reparação econômica também fica clara pelo Artigo 13 da Medida Provisória 2151, que expressamente determina que após o falecimento do anistiado, a sua família terá direito a continuar recebendo estes valores, tal como se fosse uma pensão. Seria absurdo se pensar que a tal reparação econômica pudesse agraciar terceiros que não tenham sido perseguidos políticos, mas por serem da família destes, ou seja, após a morte do anistiado a indenização mudaria de motivo, passando a servir de reparação a família. Logo, fica evidente que a mudança de nome de aposentadoria especial para reparação econômica teve o único objetivo de livrar esta remuneração recebida pelos anistiados das vedações à acumulação de aposentadorias e do limite máximo de remuneração, pois a Medida Provisória 2151 não alterou a natureza jurídica de benefício legal para indenização, conforme uma primeira leitura desavisada poderia fazer crer.

A referida reparação econômica em prestação única é dos benefícios previstos aos anistiados, o que mais se aproxima de uma indenização, só não pode ser considerada assim, em decorrência de ser uma das opções,

junto com o retorno ao serviço e o recebimento da reparação econômica em prestações mensais, mas a forma como foi elaborada não está isenta de críticas, cabendo primeiro a leitura dos dispositivos legais concernentes ao assunto:

“Art. 4º A reparação econômica prestação única será devida aos anistiados políticos especificados em nos incisos I a VII do art. 2º desta Medida Provisória.

Art. 5º A reparação econômica em prestação única consistirá no pagamento de trinta salários mínimos por ano de punição.

*§ 1º Para o cálculo do pagamento mencionado no **caput** deste artigo, computa-se como um ano o período inferior a este.*

§ 2º Em nenhuma hipótese o valor da reparação econômica em prestação única será superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Art. 6º A reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada será assegurada aos anistiados políticos especificados nos incisos VIII a XII do art. 2º desta Medida Provisória.

Art. 7º O valor da prestação mensal, permanente e continuada será igual à remuneração que o anistiado político receberia se houvesse permanecido em serviço ativo no cargo, emprego, posto ou graduação a que teria direito, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, asseguradas as promoções, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e dos militares.

§ 1º O valor da prestação mensal, permanente e continuada será estabelecido conforme os elementos de prova oferecidos pelo requerente, informações de órgãos oficiais, bem como de fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, ordens ou conselhos profissionais a que o anistiado político estava vinculado ao sofrer a punição.

§ 2º Para o cálculo do valor da prestação de que trata este artigo serão considerados os direitos e vantagens incorporados à situação jurídica da categoria profissional a que pertencia o anistiado político.

Art. 8º O valor da prestação mensal, permanente e continuada de que trata

esta Seção não será inferior ao do salário mínimo nem superior ao do teto estabelecido no art. 37, XI, da Constituição Federal.

*Parágrafo único. Se o anistiado político era, na data da punição, comprovadamente remunerado por mais de uma atividade laboral, não eventual, o valor da prestação mensal, permanente e continuada, será igual à soma das remunerações a que tinha direito, até o limite estabelecido no **caput** deste artigo, obedecidas as regras constitucionais de não acumulação de cargos, funções, empregos ou proventos.*

Uma simples comparação entre a reparação econômica em prestação única e a em prestações mensais é capaz de demonstrar que esta é muito mais vantajosa, tanto pelo direito as promoções como pela possibilidade de transferência para os dependentes com o óbito do instituidor do benefício, prevista no artigo 13. Mas o fato que mais impressiona é a diferença de parâmetros, pois enquanto a reparação em prestação única será calculada em salários mínimos pelos anos de punição, as prestações mensais serão calculadas com base na remuneração dos servidores públicos, o que demonstra a total falta de razoabilidade das opções oferecidas, sendo difícil de imagina que alguém opte pela reparação em prestação única em detrimento das inúmeras vantagens das prestações mensais.

Dessa forma, apesar de ser lamentável a conduta do Poder Executivo em “maquiar” a aposentadoria especial prevista na lei 6.683/79, como se fosse indenização, demonstrando no mínimo desconhecimento das normas constitucionais que tratam da acumulação de vencimentos, o mais importante é esclarecer que a MP 2151/2001, não alterou a natureza jurídica da tal reparação econômica para indenização, continuando como um benefício legal, como era na Lei 6.683/79 ao lado da possibilidade de retorno para o serviço ativo.

DOS REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS PARA A SOLUÇÃO DA QUESTÃO

Exposta a tese da imoralidade da acumulação da pensão de anistiado com remunerações de vínculos posteriores a sua concessão, exatamente por fazer aquela perder o seu sentido, de proteção à exclusão da sociedade em razão da

perseguição do regime, resta saber como que tais situações tão contrárias ao interesse da nação podem ser impugnadas e anuladas. Cabe acrescentar que, em razão da imoralidade latente, todos aqueles que tenham sido beneficiados pela imoral acumulação de vencimentos, estariam obrigados a devolver aos cofres públicos ao menos os últimos cinco anos de aposentadoria especial recebidos na forma do Artigo 54 da Lei 9.784/99.

Assim, três soluções existem para a solução da questão, sendo a primeira delas a edição de lei, vedando a acumulação da pensão de anistiado com remunerações de vínculos posteriores, não havendo que se declarar qualquer direito adquirido, pois, jamais houve norma legal determinado expressamente tal acumulação. A segunda solução, seria a propositura pelo Ministério Público Federal de ação civil pública, com a finalidade de defender a moralidade administrativa na forma do Artigo 1º, IV da Lei 7.347/85, e a terceira, seria a propositura de ação popular por qualquer cidadão para anular a conduta lesiva à moralidade administrativa, na forma do Artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal.

Estas três possibilidades apresentadas para a defesa do interesse público, apresentam vantagens e desvantagens que não poderão ser desprezadas em caso de alguma delas ser adotada, já que, a lei tem por característica a sua generalidade, o que poderia representar uma solução mais rápida para o problema, mas dificilmente resolveria a situação dos valores anteriores recebidos de forma imoral e lesiva ao patrimônio público.

A Ação Civil Pública também teria a seu favor a generalidade da impugnação, mas poderia esbarrar na incorreção política da tese apresentada, principalmente porque muitos dos beneficiários da conduta que se entende lesiva ao patrimônio público, ocupam cargos importantes no país e na iniciativa privada, sendo que, caso fosse utilizada permitiria a devolução dos valores pagos nos últimos cinco anos.

A Ação Popular, seria o melhor dos remédios constitucionais para a solução da questão, ao menos como o primeiro a ser utilizado, mas esbarraria na dificuldade que o cidadão teria para a obtenção de provas, além do fato de só fazer coisa julgada em face daqueles que forem apontados como Réus, e do risco de ser utilizada como instrumento em divergências políticas,

cabendo para ela a mesma observação feita em relação à ação civil pública, ou seja, de permitir a devolução dos valores pagos nos últimos cinco anos.

Finalmente, esta situação relatada neste trabalho não só é contrária ao interesse público, como é ameaçadora da própria democracia, pois, normas constitucionais de grande cunho moralizatório não passam a ter aplicabilidade, tal como a fixação de um teto máximo remuneratório prevista no Artigo 37, XI da Constituição Federal, pela grande quantidade de parlamentares, políticos ou pessoas influentes que se encontram na situação de acumulação aqui relatada, e que num primeiro momento sofreriam significativa redução na sua remuneração.

CONCLUSÃO

Em razão da lei de anistia ter trazido ao servidor público que tenha sido vítima de perseguição do regime militar, a faculdade de retornar ao serviço no cargo que ocupava, direito que posteriormente foi ampliado em relação as promoções pelo Artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou de ser aposentado, fica evidente que este benefício não é uma indenização, mas está diretamente ligado a exclusão da sociedade em razão da perseguição do regime, que só poderia ser afastada pela vontade de quem a sofreu. Esta realidade não foi alterada pela MP 2151/2001, pois apesar de prever a reparação econômica ao invés da aposentadoria especial, manteve o retorno ao serviço como um benefício que exclui os demais, ou seja, a faculdade que a lei de anistia trouxe, continua existindo.

Assim sendo, como aqueles que optaram por retornar ao serviço, não foram indenizados em pecúnia, afigura-se imoral que, aqueles que tenham optado pela aposentadoria especial, e retornaram a ocupar cargos públicos ou mesmo em empresas privadas, continuem a receber tal benefício, pois, se houve a volta para o mercado de trabalho desapareceu o requisito da exclusão da sociedade em decorrência de perseguição do regime. Apesar da falta de norma legal que vede esta acumulação, a questão tem de ser analisada tanto pela sua violação a moralidade administrativa, como por não haver previsão constitucional desta acumulação de vencimentos, e em observância ao princípio da legalidade, que determina só poder a Administração Pública agir de acordo com a lei, deve ser alterada pelo grave risco que representa a nossa democracia.

O longo tempo que tal acumulação vem sendo permitida não pode ser esquecido, mas não pode ser utilizada a alegação de prescrição, pelos danos mensais sofridos pelo erário, e nem a de direito adquirido, pois se desapareceu o direito, com a volta do indivíduo para a sociedade, não há que se falar em aquisição de algo que deixou de existir. Esta solução, também é aplicada aos empregados de empresas privadas que tenham sofrido perseguição, por não poder haver diferença na natureza do direito ao benefício, ou seja, exclusão da sociedade para os dois casos. As medidas cabíveis para solucionar a questão são em princípio três: a edição de lei, a propositura de ação civil pública ou a propositura de ação popular, tendo as vantagens e desvantagens de cada uma sido apresentadas no transcorrer do trabalho.

A possível alegação de direito adquirido ao recebimento da aposentadoria desaparece tanto pela falta de lei que previsse a acumulação com vencimentos posteriores ao sua concessão, como pelo desaparecimento do direito, ou seja, da exclusão da sociedade.

Finalmente, este trabalho visa resguardar os direitos daqueles que sofreram perseguição do regime militar, e não se sentiram em condições de retornar a sociedade, mas principalmente, defender a nossa democracia de privilégios imorais e casuísticos, que só servem para empobrecer o país e para justificar medidas extremas.

“EMPRESAS DE PAPEL”

Monique Calmon de Almeida Biolchini¹

Num passado não muito distante, em nome da segurança nacional e do desenvolvimento econômico, envolvemo-nos numa longa batalha internacional objetivando inserir-nos e firmarmo-nos no comércio internacional, segundo o elementar conceito da ciência econômica, o da **utilidade** dos transportes marítimos. Nesse drama econômico, à gratificação não apenas de suas necessidades, mas de toda a economia nacional, responde uma utilidade no lugar e tempo exatos, sendo os transportes a condição essencial desse processo que varia na ordem direta do estágio de desenvolvimento de uma coletividade humana.

A própria civilização do Brasil nos veio dos mares. A máquina a vapor chegou ao Brasil em fins do século XIX e até essa época predominava o transporte fluvial como fator de acesso ao arquipélago demográfico. Adveio, então, o transporte terrestre, com as primeiras ferrovias. O Brasil despertou realmente para a necessidade de desenvolver seu transporte terrestre por força de grande parte de nossa Marinha Mercante - que era empregada nas comunicações entre o Norte e o Sul do país -, ter sido afundada por submarinos alemães da II Guerra Mundial, interrompendo, assim, o tráfego de cabotagem e dificultando o de longo curso, que apenas se movimentava às custas de escolta de navios de guerra aliados.

Constatou-se, evidentemente, uma tomada de consciência coletiva de que a perturbação do fluxo internacional de cargas afetou sobremaneira o processo de desenvolvimento econômico do país.

¹ A autora é Juíza Federal no Rio de Janeiro e obteve o título de Mestre em Direito da Administração Pública na Universidade Gama Filho com a apresentação deste tema.

Foi nessa conjuntura que o Brasil lançou-se numa luta internacional ferrenha para conquistar espaço no transporte marítimo de seu fluxo internacional de cargas, reformulando, primeiramente, toda a doutrina de liberdade dos mares então vigente e, em seguida, colocando-a em prática, através da implementação de fomento à indústria naval mediante adoção de política nacional de transportes marítimos.

Em 1958, houve a criação do Fundo de Marinha Mercante, dentro do programa de metas de Juscelino Kubitschek, que, entretanto, somente surtiu efeito em 1969, com o Decreto-lei nº666, de 02 de julho de 1969, modificado pelo Decreto-lei nº687, de 18 de julho de 1969, que veio estabelecer que toda carga comprada pela Administração direta e indireta da União, Estados e Municípios deveria ser transportada por navios de bandeira brasileira ou por navios afretados por empresas brasileiras. Daí, nos anos 70 e 80, com base no Fundo de Marinha Mercante e com essa política de reserva de carga, observou-se grande desenvolvimento de nossa Marinha Mercante.

Os valores das receitas de fretes de 1971, que totalizaram US\$811 milhões, dos quais 42% em navios de bandeira brasileira – comparados aos de 1969, que totalizaram US\$541,3 milhões, dos quais 34,3% em navios de bandeira brasileira – demonstrando, assim, um incremento na receita global da ordem de 50% e um aumento grande na participação da bandeira brasileira que, em apenas dois anos saltou de US\$185 milhões (1969) para US\$340 milhões (1971) – foram produto da luta histórica do governo brasileiro em âmbito internacional.

A política então implantada pelo Brasil teve o mérito de firmar nova doutrina internacional, desencadeando uma reação em cadeia, de forma a se tornar reivindicação de toda a coletividade dos países em vias de desenvolvimento.

A nova política visava a uma redistribuição do bolo de fretes, o que, sem dúvida, encontrou cerrada oposição por parte do “estabelecimento marítimo”, que protestava contra as normas administrativas governamentais brasileiras em defesa da armação nacional, haja vista que os oponentes eram compostos por um complexo de interesses que controlava com exclusivo proveito próprio a atividade de transporte marítimo internacional.

A luta, no entanto, foi travada com serenidade e firmeza pelo Ministério dos Transportes - juntamente com o Itamaraty e os órgãos de Comércio Exterior -, de forma a reorganizar as Conferências de Fretes (que hoje não existem mais) e impedir que o sistema ignorasse os interesses brasileiros de segurança nacional e desenvolvimento econômico, porque, evidentemente, os países que dominavam o transporte marítimo internacional esforçavam-se para evitar que os países menos desenvolvidos averiguassem a natureza e a razão do impacto de cada componente do item “serviços” em suas economias.

Ora, a história demonstra que, ainda que os países em desenvolvimento possam acumular saldos positivos nas suas transações comerciais com o exterior, o malogro consiste nos vultosos déficits no item serviços, incluindo-se os invisíveis, tais como o frete marítimo, o que contribui para o nosso endividamento crônico.

Entretanto, embora os países em desenvolvimento tenham incrementado suas frotas mercantes, não conseguiram manter a distância que os separava dos países desenvolvidos, já que esses são os que também oferecem bandeiras de conveniência - o que tornou-se cada vez mais usual para os armadores das grandes potências marítimas -, sem olvidar que, nessas relações de troca, os granéis sólidos ou líquidos, tais como cereais, minérios e petróleo, demandam fretes mais baixos que a carga geral, comandada pelos produtos industrializados. Daí, os países menos desenvolvidos têm o ônus de pagar o fluxo mais caro, o que representa verdadeiro processo de descapitalização.

Ocorre que, à época das Conferências de Fretes, era o oligopólio que fixava as tarifas e, assim, negava-se a própria tese de “liberdade dos mares”, já que o acesso às cargas não era garantido a todos os transportadores, porque nem todos eram admitidos nas tais conferências.

Como resposta à configuração internacional, o Brasil iniciou a política da predominância dos armadores nacionais no tráfego fundamental gerado pelo intercâmbio comercial com países determinados.

Com o advento dessa política, o Brasil demonstrou que as forças de mercado não poderiam atuar, por si sós, como reguladoras do valor dos fretes (*pois a estrutura oligopolística imprimia distorções no mecanismo de preços,*

obrigando o governo a intervir com o intuito de salvaguardar os interesses dos consumidores e restabelecer o equilíbrio entre as forças de oferta e procura), e, também, que não fechavam os portos às demais nações e nem proibiam as operações de terceiras bandeiras nos tráfegos fundamentais do Brasil, deixando claro, apenas, que o acesso às cargas do comércio exterior brasileiro só é livre na medida em que convenha aos interesses do Brasil.

Complementou-se a política com o “**princípio da reserva de carga**”, cujo postulado básico nada mais é do que o fato de que determinadas cargas, principalmente as decorrentes das operações de importação do Governo, são instrumentos para a implementação do princípio da predominância dos armadores nacionais nos tráfegos fundamentais do Brasil. Essa prescrição normativa vinha expressamente prevista no Decreto nº47.225, de 12 de novembro de 1959, regulamentado pelo Decreto nº 55.231, de 15 de dezembro de 1964, que estatuíam tal princípio.

A Comissão de Marinha Mercante – CMM (posteriormente Superintendência Nacional da Marinha Mercante - SUNAMAM) consagrou esses princípios na Resolução nº2.995, de 30 de maio de 1967, constituindo a linha mestra de toda a política brasileira de transportes marítimos.

Mantendo essa política, o Decreto-lei nº666, de 02 de julho de 1969, ainda vigente, também veio estabelecer, no artigo 2º, a carga prescrita brasileira, ou seja, aquela que deverá, necessariamente, ser transportada em navios de bandeira brasileira, com ressalva, evidentemente, da reciprocidade. Tem o seguinte teor o referido artigo 2º:

“Será feito, obrigatoriamente, em navios de bandeira brasileira, respeitado o princípio da reciprocidade, o transporte de mercadorias importadas por qualquer órgão da administração pública federal, estadual e municipal, direta ou indireta, inclusive empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como as importadas com quaisquer favores governamentais e, ainda, as adquiridas com financiamento total ou parcial de estabelecimento oficial de crédito, assim também com financiamentos externos, concedidos a órgãos da administração pública federal, direta ou indireta.”

Apesar das mudanças administrativas implementadas na década de 90, com a Reforma do Estado pela Emenda Constitucional nº19/98 - a qual estruturou um modelo de desempenho de acordo com um planejamento -, essa política de reserva de carga – não teria lógica ser diferente - foi mantida pelo art.10, II, da Lei nº9432/97, que diz:

“Art.10. Independe de autorização o afretamento de embarcação:I – de bandeira brasileira para a navegação de longo curso, interior, interior de percurso internacional, cabotagem, de apoio portuário e de apoio marítimo;II – estrangeira, quando não aplicáveis as disposições do Decreto-lei nº666, de 2 de julho de 1969, e suas alterações, para a navegação de longo curso ou interior dede percurso internacional;III – estrangeira a casco nu, com suspensão de bandeira, para a navegação de cabotagem, navegação interior de percurso nacional e navegação de apoio marítimo limitado ao dobro da tonelagem de porte bruto das embarcações de tipo semelhante, por ela encomendadas a estaleiro brasileiro instalado no País, com contrato de construção em eficácia, adicionado de metade da tonelagem de porte bruto das embarcações brasileiras de sua propriedade, ressalvado o direito ao afretamento de pelo menos uma embarcação de porte equivalente.”

Sabemos que a Reforma do Estado envolve tanto a etapa relativa ao princípio da livre iniciativa, contido nos artigos 1º, IV e 170 da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual ganhou incremento, com tratamento no plano infra-constitucional, através da Lei nº8031/90, instituindo o Programa Nacional de Desestatização – PND, quanto a que diz respeito à instituição do “Plano Diretor da Reforma do Estado”, no qual se observa a substituição do modelo burocrático de gestão (que enfatiza a legalidade e a racionalidade técnica) pelo modelo gerencial (voltado para resultados e não para processos de controle). Nesse processo, foi estabelecida uma diretriz específica para cada tipo de atividade, sendo a atividade de regulação exclusiva do Estado porque pressupõe o uso de prerrogativas.

A atividade de regulação pressupõe competência legal para produzir normas e, no que diz respeito à teoria da regulação econômica, é o papel que o Estado pode produzir na economia com uma intervenção leve a favor do interesse do mercado.

Ocorre que, nos dias de hoje, que predomina um cenário econômico internacional globalizado, temos que estar atentos aos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CRFB, art.3º), que tem como corolário a ordem social baseada no primado do trabalho e objetivada no bem-estar e justiça sociais (CRFB, art.193), eis que retrata o compromisso de toda a sociedade brasileira, vista como sociedade articulada, estruturada.

Nesse contexto histórico, temos que observar que a Lei nº10.233, de 05 de junho de 2001, especificamente no que concerne à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, da forma como foi promulgada, atende aos anseios da área trabalhadora envolvida (empresários e trabalhadores), segundo os princípios constitucionais da livre concorrência e, também, do interesse público no desenvolvimento e garantia do pleno emprego nacionais.

Como Agência Reguladora, a ANTAQ desenvolve uma discricionariedade técnica, que é, em suma, o próprio fundamento de validade das normas que editará, e que pressupõe que a decisão possa ser motivada também tecnicamente, em tempo econômico e obediência às inovações tecnológicas. Nesse sentido, as atribuições da ANTAQ prescritas no artigo 27, alterado pela Medida Provisória nº2201, de 24 de agosto de 2001, reeditada sob o número 2217-3, de 4 de setembro de 2001, e por sua vez, por força do artigo 2º, da Emenda Constitucional nº32, de 11 de setembro de 2001, ganhou verdadeiro “status” de lei, diz, especificamente no inciso XXIV, que:

“Art.27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:XXIV – autorizar as empresas brasileiras de navegação de longo curso, de cabotagem, apoio portuário, fluvial e lacustre, o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga, conforme disposto na Lei nº9432, de 8 de janeiro de 1997;”

Consoante prevê o artigo 29 da lei da ANTAQ, as autorizações somente serão concedidas às empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela Agência. Ademais, permanece, a teor do disposto no artigo 31, a competência do CADE para tratar dos fatos que configurem infração de ordem econômica. Corolário disso é o fato de que caberá à ANTAQ o dever de acompanhar as atividades dos operadores estrangeiros que atuem ou venham a atuar no transporte internacional com o Brasil, visando identificar práticas ilegais. As empresas que, na época da instalação da ANTAQ, já forem detentoras de outorgas expedidas por entidades públicas federais do setor de transportes terão seus direitos ratificados por meio de novos instrumentos de outorga.

A lei em comento teve o inciso IX, do artigo 27 (***“IX – autorizar às empresas brasileiras de navegação de longo curso o afretamento de embarcações estrangeiras para o transporte de carga prescrita, obedecido o limite do dobro da tonelage própria da solicitante, bem como autorizar o transporte de carga prescrita por empresa de navegação estrangeira, respeitando os acordos internacionais e as diretrizes estabelecidas segundo o disposto no art.19.”***) vetado sob o fundamento de contrariar o interesse público e por impor limitação ao mercado. Importa comentar, portanto, sobre a questão da obediência ao ***“limite do dobro da tonelage própria da solicitante”*** para transporte de carga prescrita, ferir o interesse público e limitar o mercado.

Mas a Ciência do Direito nos fornece solução. Vimos que, apesar de nossa histórica e heróica luta de inserção no mercado internacional de fretes, ironicamente a globalização nos chama a fazer prevalecer os objetivos fundamentais da República na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, calcada no primado do trabalho e no bem-estar e justiça sociais (CRFB, artigos 3º e 193). Por conta disso, a reestruturação da Administração Pública brasileira, com a instituição de Agências Reguladoras, atribuiu à ANTAQ as funções de regulação do setor aquaviário, baseada, entre outros, nos princípios da preservação do interesse nacional e na promoção do desenvolvimento econômico e social, visando ampliar a competitividade do País no mercado internacional.

A moderna Metodologia do Direito - que é pensar o Direito com validade universal -, nos fornece todo um estudo a respeito da prevalência dos princípios (entenda-se valores) jurídicos inculpidos não somente no artigo 11 da Lei nº10.233/2001, mas nos princípios gerais do Direito, estatuídos sobretudo na Constituição Federal e até supraconstitucional, e demonstram a superação das normas positivadas, a fim de defender a eficácia da regulação econômica da Agência Reguladora, em conformidade com os fatos sociais de seu setor de atuação. Por seu turno, segundo o princípio previsto no inciso II do artigo 3º da CRFB, que garante o desenvolvimento nacional, é vedado o retrocesso político e, assim, a norma vetada viria positivada, através de lei, o desenvolvimento nacional, obrigando as empresas interessadas em disputar o mercado internacional de fretes no transporte de mercadorias reservadas a terem, pelo menos, um navio próprio, ou seja, fazendo com que os fretes gerados não constituíssem evasão de divisas.

Afinal, não podemos olvidar que estudos abalizados saciam a vontade da sociedade trabalhadora brasileira de conhecer cada vez melhor as razões do Custo Brasil e que, a deficiência do transporte marítimo, como elo importante na cadeia produtiva, mais a baixa produtividade dos portos brasileiros influenciam sobremaneira. E o transporte tem papel predominante. Nesse sentido, na macrovisão do conjunto das atividades que compõem a matrix industrial, que indicam os itens de custo mais importantes nos sistemas de produção, conversão, distribuição dos produtos e prestação de serviços, fica patente que o componente mais importante do processo é o transporte, fundamental para a realização de todas as etapas.

Caberá à ANTAQ, como Agência Reguladora, apta a exercer intervenção no domínio econômico aquaviário, reger-se pelos atributos da regulação de monopólios e competição, assumindo o papel de autêntica Agência Reguladora, através de uma administração pluralista e pluriorganizada.

Evidente que, segundo os princípios insertos nos artigos 170 e 173, §4º, ambos da CRFB, se a Agência impede os empresários de concorrer, irá impedir, também, a livre iniciativa, pois, em tese, quanto mais concorrência, melhor. Da mesma forma, nem sempre será possível acabar ou impedir monopólios e, por essa razão, é haver preciso a regulação. Portanto, regulação é equilíbrio.

Entretanto, há que se atentar para outros princípios constitucionais, aliás, princípios de eficácias imediata e dirimente, que são da garantia dos valores sociais do trabalho, da busca do pleno emprego e do desenvolvimento nacional (CRFB, artigos 1º, IV e 170, VIII; e 3º, II).

Na prática, na falta de norma positivada para a carga prescrita brasileira, a aplicação desses princípios jurídicos, tanto pela ANTAQ quanto pelo Poder Judiciário, será imprescindível pela ANTAQ.

Afinal, sob o prisma do princípio da legalidade, pois que a ANTAQ herdou, do ordenamento jurídico vigente e compatível com a Constituição Federal, as normas positivas então existentes e regulatórias do mercado aquaviário, tais como as que dispõem sobre os regimes de navegação, inseridas no artigo 5º, parágrafos 1º a 3º, da Lei nº9.432, de 08 de janeiro de 1997, o qual, reporta-se à obrigatoriedade de transporte em navio de bandeira brasileira, instituída pelo Decreto-lei nº666, de 02 de julho de 1969, ainda em vigor. Estatuem o referido art.5º e parágrafos da Lei nº9.432/97, que:

“Art. 5º A operação ou exploração do transporte de mercadorias na navegação de longo curso é aberta aos armadores, às empresas de navegação e às embarcações de todos os países, observados os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade. § 1º As disposições do Decreto-lei nº666, de 2 de julho de 1969, e suas alterações, só se aplicam às cargas de importação brasileira de países que pratiquem, diretamente ou por intermédio de qualquer benefício, subsídio, favor governamental ou prescrição de cargas em favor de navio de sua bandeira. § 2º Para os efeitos previstos no parágrafo anterior, o Poder Executivo manterá, em caráter permanente, a relação dos países que estabelecem proteção às suas bandeiras. § 3º O Poder Executivo poderá suspender a aplicação das disposições do Decreto-lei nº666, de 2 de julho de 1969, e suas alterações, quando comprovada a inexistência ou indisponibilidade de embarcações operadas por empresas brasileiras de navegação, do tipo e porte adequados ao transporte pretendido, ou quando estas não oferecerem condições de preço e prazo compatíveis com o mercado internacional.”

Interpretando sistematicamente a norma positiva acima, exige o parágrafo primeiro, para o fim de garantir o desenvolvimento nacional e do pleno emprego, que a operação ou exploração do transporte de mercadorias subsidiadas ou com favores governamentais, na navegação de longo curso seja feita, em regra, por navio de bandeira brasileira. Porém, como a Lei nº9.432/97, por não dispor expressamente desse requisito – **possuir pelo menos um navio próprio** - como necessário à caracterização de empresa brasileira de transporte aquaviário, deixou uma brecha para que algumas empresas, que não possuem navios de bandeira brasileira, sob o título de “**cobertura de bandeira**”, obtenham autorizações, por força de decisões judiciais - que traduzem o pensamento especulativo que enfrenta o problema do ideal jurídico da livre concorrência -, para operarem no transporte de cargas prescritas, simplesmente afretando navios estrangeiros.

Os fundamentos apresentados por essas “empresas de papel” nas petições dirigidas ao Poder Judiciário argumentam que o requisito em comento não consta de norma legal, mas infra-legal - Portaria nº6, de 05 de janeiro de 1998 (*que aprova Normas para Outorga de Autorização para Operação de Empresas Brasileiras de Navegação de Longo Curso, Cabotagem, Apoio Portuário e Apoio Marítimo*) e Portaria nº444, de 10 de dezembro de 1999 (*que dispõe sobre as normas que estabelecem os critérios e os procedimentos que deverão ser observados na liberação de embarcação para o transporte de cargas reservadas à bandeira brasileira e para o afretamento por tempo, por viagem e a casco nu, de embarcações estrangeiras por empresa brasileira de navegação, nas navegações de cabotagem e de apoio portuário*), ambas baixadas à época pelo Sr. Ministro dos Transportes.

Podemos dizer que a outorga judicial viria conferir atribuição de peso maior a uma garantia concorrencial de mercado, anulando-se totalmente os princípios constitucionais do desenvolvimento e busca do pleno emprego nacionais.

Se atentarmos que a livre concorrência, a garantia de desenvolvimento nacional e a busca do pleno emprego, de per si, são princípios normativos ou direitos fundamentais insculpidos todos, expressamente, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, temos, então, que, primeiramente, observar que nenhum deles é absoluto ou ilimitado para o fim de, incidindo um, eliminar o(s) outro(s). No estudo do conflito entre tais valores - ou colisão entre esses direitos, no dizer de José Carlos Vieira de Andrade “**se**

um dos direitos é afetado no seu conteúdo essencial, então é porque estamos perante uma situação de limites imanentes”.

Por outro lado, se entendermos que alguns valores ou direitos difusos não estão expressos, mas implícitos, os limites imanentes deverão fazer-se através de interpretação, tendo em vista que, no caso, esses princípios envolvem uma gama de conceitos jurídicos indeterminados, tais como “desenvolvimento nacional” e “interesse público” que, evidentemente, impõe condições e reservas a outros direitos. Destarte, se considerarmos que a ordem constitucional não é hierárquica, tem-se que, em respeito à unidade constitucional, e, sem afetar o núcleo essencial de qualquer desses direitos envolvidos, ponderar, através do método da concordância prática.

Portanto, é nosso dever objetar com o positivismo ético, segundo o qual devemos obedecer a uma lei justa.

A transição que vem sendo operada a partir das últimas décadas do século XX, veio demonstrar a importância dos princípios jurídicos para a estruturação e a autêntica substanciação do sistema jurídico. O sistema passou a ser aberto, admitindo-se, na mais recente metodologia jurídica, que o juiz, nas suas ponderações, reconheça a “***law in action***”, já que nem sempre o modelo subsuntivo (que expressa o princípio da regularidade) leva a resoluções corretas.

Nesse passo, a lei deixou de ser a única fonte do Direito, i. e., única fonte de qualificação, já que os princípios vieram assumir um posicionamento às vezes superior à lei, como ocorre no caso de uma lei ser inválida perante o atual ordenamento jurídico, ou mesmo, quando o juiz deva decidir com equidade. Claro que não está ocorrendo um total abandono do positivismo jurídico, pois o contributo, sobretudo de Kelsen, para a ciência do Direito, foi trazer a metodologia de interpretação da norma jurídica segundo o modelo piramidal, estando no ápice desse sistema, uma norma fundamental, que Perelman veio idealizar como “***politicamente justo***”, na medida em que se realize, pelo menos de modo aproximado, e “***filosoficamente justo***” - que corresponde ao estágio de conhecimento de cada época.

Lembremos, ainda, que o positivismo jurídico não leva em consideração o conteúdo da norma, mas a sua forma, notadamente a forma segundo a qual ela é produzida. E esse é o caso concreto que ora analisamos,

ou seja, que empresas de papel vêm operando no mercado de fretes do comércio exterior do Brasil valendo-se de direitos conferidos às empresas nacionais, com fundamento de que a exigência normativa se dá em sede infralegal.

Ora, por essas e outras, toda essa transformação que vem sendo operada na ciência do Direito é produto de cortes epistemológicos, nos quais se vem, continuamente, construindo um novo pensar e constatando-se novas maneiras do agir humano, necessitando-se, por isso, uma justiça material, i.e., do “**caso concreto**”. É o máximo de consciência possível ou a crítica do racionalismo sobre o irracionalismo ou, ainda, a criatividade surpreendendo, a fim de se obter decisões justas. As teorias modernas dos princípios vêm se ocupando, continuamente, em formular propostas que levem o legislador a uma tomada de consciência do “**senso comum**”, porque, o titular do poder está, também, vinculado pela boa-fé na relação com aqueles que estão submetidos ao seu poder, porque a ele cabe maior liberdade que ao juiz na escolha das normas que afetarão todas as pessoas, sem esquecer que situações de fato idênticas podem ter que ser tratadas diferentemente de hoje para amanhã.

Quanto ao papel que cabe ao juiz, também é reservado, nas modernas teorias, o desenvolvimento da argumentação nas decisões, a fim de se poder ter um mínimo de controle dos valores utilizados, já que todo valor é “**arbitrário**”, pois que não existe nenhuma justiça absoluta, perfeita, fundada na razão. Daí, vários autores postulam o relativismo axiológico, a fim de pressupor que a função que cabe ao Direito, em todas as épocas, é de fundamentar e manter uma sociedade pacífica e duradoura entre os membros da comunidade jurídica.

No caso sob análise, tem-se que atentar para os princípios, insculpidos na Carta Magna que protegem o princípio da livre concorrência à luz dos interesses nacionais, segundo a eficácia axiológica de tal princípio. A exegese das normas insertas nas Portarias nº6 e nº444 do Ministério dos Transportes não está em dissonância com a Lei nº9.432/97, já que esta, ao reportar-se ao Decreto-lei nº666/69, veio condensar o ordenamento jurídico então vigente. O Decreto-lei nº666/69 é expresso, no artigo 5º, quando prescreve que:

“Art.5º. Para os fins deste Decreto-lei, considera-se navio de bandeira brasileira o navio afretado por empresa brasileira devidamente autorizada a funcionar no transporte de longo curso.”

A lei, expressamente, remeteu a valoração da consideração da autorização ao ente regulamentador, agora regulador, do mercado aquaviário. Para cumprir esse mister, a autoridade administrativa prescreveu em normas infra-legais quais os critérios técnicos objetivos para outorga dessa autorização, especificamente no artigo 5º da mencionada Portaria nº6/98.

“Art.5º. A empresa deverá possuir pelo menos uma embarcação inscrita no Registro de Propriedade Marítima, em tráfego, operando comercialmente, além de capital mínimo integralizado de: omissis.”

A valoração jurídica a considerar revela autêntica razoabilidade e substanciação da igualdade na livre concorrência, visando proteger a ordem econômica, eis que, registros oficiais revelam que cerca do triplo que é pago a título de fretes - expressos em milhares de dólares - vêm configurando evasão de divisas por parte das “empresas de papel”, e danosas à economia nacional e, portanto, ao desenvolvimento do País e à busca do pleno emprego nacional.

Daí, não há que se falar no fato de não estar a norma acima subscrita em lei em sentido estrito, porque a conduta principal o está até mesmo na Lei Fundamental, quando no artigo 174 se prevê que ao Estado cabe exercer a regulação econômica, e, repita-se, a Lei nº9.432/97, expressamente reporta-se ao Decreto-lei nº666/69, para estatuir essa lógica, inclusive, na exceção à regra prevista no parágrafo 3º do artigo 5º.

Considerando que a Lei da ANTAQ teve vetada uma norma expressa prescrevendo a exigência legal da empresa brasileira operar no longo curso com pelo menos um navio próprio, entende-se que a discussão vai continuar ou mesmo aumentar, já que o mercado regulatório aquaviário é um selvagem campo de lutas de interesses. Provavelmente, reforçamos, a solução esteja na plena realização dos princípios jurídicos da transparência e da participação, mais do que nas prescrições legais positivadas, pois através de reuniões consultivas com os integrantes do setor e, sem dúvida, de audiências públicas e procedimentos claros e criteriosos, se almeje otimizar o máximo de justiça na regulação do mercado. Afinal, a atribuição de gerir é prerrogativa da Administração Pública, ainda que certos poderes e competências se dêem através de delegação legislativa.

O Brasil, como Estado Democrático de Direito, pressupõe como interesse público legítimo o fortalecimento da indústria nacional de fretes marítimos, a fim de promover o desenvolvimento nacional como objetivo fundamental da República. Mais do que um princípio constitucional, a regra estatui um dever constitucional de peso preponderante face a outros princípios garantidores de livre concorrência no mercado regulado pela ANTAQ. Daí, como o Poder Estatal é um só, seja sua expressão através do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a sua natureza juspolítica não é livre, mas vinculada ao interesse público que o legitima e que é mais amplo que a legalidade que o qualifica.

Inconcebível, portanto, entendimento diverso, eis que o princípio da legitimidade do Poder Estatal não lhe pode ser antagônico, ou seja, ser contrário ao interesse público que o fundamenta.

Ora, sendo a autorização ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular, *in casu*, a exploração de atividade de utilidade pública, está a mesma sujeita ao poder de polícia do Estado. Portanto, a precariedade da autorização implica na sua cassação, sendo, assim, legítima a Portaria nº6, ao estabelecer, v.g. no artigo 4º e incisos I a III, do artigo 5º, critérios gerais para expedição de autorização para empresas brasileiras de navegação operarem no transporte aquaviário de cargas reservadas.

Releva ainda mencionar que a referida Portaria nº6 do Ministério dos Transportes não tem o condão de inviabilizar o funcionamento de qualquer empresa de navegação que se habilite à concorrer no setor aquaviário, pois que retrata a situação de carga reservada a navios de bandeira brasileira nos termos do artigo 2º do Decreto-lei nº666/69 c/c o artigo 3º da Lei nº9.432/97. Ou seja, no âmbito do comércio exterior, a aludida norma, posteriormente circunscrita à regra do parágrafo 1º, do artigo 5º da Lei nº9.432/97, prescreve que a carga reservada é apenas representada por mercadorias importadas por órgãos públicos ou com favores governamentais, tais como as que são adquiridas com financiamento, total ou parcial, de estabelecimento oficial de crédito, assim, também, com financiamentos externos, concedidos a órgãos da administração pública federal, direta ou indireta. Essa estipulação nada mais retrata que a evidência

dos mecanismos protecionistas do Direito Internacional, legitimando as barreiras à livre circulação internacional de bens e serviços criadas por outros países à essa atividade altamente subsidiada pelos países mais desenvolvidos.

A mesma lógica jurídica se aplica à Portaria nº444 do Ministério dos Transportes, que se limitou a regular, no âmbito da sua competência, os afretamentos de embarcações estrangeiras para o transporte de cargas reservadas e de cargas na cabotagem.

Como se vê, é importante que o Poder Judiciário esteja atento aos parâmetros traçados pelo Poder Público como motivadores do ato de outorga, pois que, sendo a autorização ato discricionário, a motivação de sua outorga depende de conveniência e oportunidade administrativa, levando-se em consideração, sempre, o interesse público. A anulabilidade desses critérios infralegis estaria restrita à configuração de desvio de poder ou de finalidade, i.e., se acaso a Administração buscasse fim diverso daquele a ser alcançado através das referidas autorizações. Portanto, quando demonstramos alhures que um dos fatores de política industrial nacional para a promoção do desenvolvimento do País e da busca do pleno emprego e, assim, do interesse público nacional, é o ressurgimento da construção naval brasileira, significa que essa façanha virá resgatar uma preciosa mercadoria invisível, que é o frete gerado na prestação de serviços marítimos internacionais, pois a armação é uma indústria empenhada não apenas na produção de fretes marítimos mas, sobretudo, na criação de muitos empregos. Para tanto, há que se proteger a empresa nacional, incentivando-a, prestigiando-a, protegendo-a de alienígenas desconhecidos, dos “global players”, orientados apenas a produzir desvantagens na construção de uma frota no País e, dessa forma, se revelando autênticos usurpadores de direitos que o Poder Estatal confere aos nacionais que atendem ao interesse público legitimado – participação no volume do tráfego marítimo internacional fundamental -, sob pena de se estar sobrecarregando as gerações futuras no resgate desses direitos e no pagamento de um eterno “custo Brasil”, mormente num mundo globalizado.

Destarte, não pode haver divórcio entre a armação nacional e o Poder Estatal, pois o poder naval, estrategicamente, afeta a própria segurança nacional, garantida, pelo menos em última instância, pelo Poder Judiciário,

que o fará sem se afastar da legitimidade, por seu turno, vinculada ao interesse público que a fundamenta.

Caberá não apenas ao juiz, mas à própria ANTAQ, visualizar o princípio da livre concorrência sob o prisma da eficácia axiológica do sistema normativo, o qual é limitado pelo Estado Democrático, segundo os preceitos legitimadores que garantem o objetivo fundamental da República que veda o retrocesso político.

Ainda que os princípios constitucionais do desenvolvimento nacional e da busca do pleno emprego tenham eficácia imediata, e, portanto, efeito dirimente sobre outros princípios e, que a norma infralegal garantidora dos requisitos da empresa nacional tenha eficácia otimizadora, e, assim, sejam suficientes para inspirar à ANTAQ a atuação regulatória do mercado aquaviário para efetivar a proteção da bandeira nacional, seria importante a edição de norma legal restabelecendo em parte o inciso IX do artigo 27 da Lei nº10.233/2001. Ou seja, estamos propondo uma solução para o atavismo positivista.

Não menos importante é alterar a Lei nº10.233/2001, no sentido de fazer constar no âmbito da ANTAQ o Conselho Consultivo, a exemplo da ANATEL, como garantia dos princípios da participação e da transparência das decisões.

Com essas estipulações cremos que estarão plenamente expressos, tanto que o transporte de cargas importadas pela Administração Pública ou com favores governamentais será privativo de navios de bandeira brasileira, quando presentes, cumulativamente os requisitos legais, quanto a transparência e participação dos eventuais interessados na concorrência do transporte aquaviário.

Segundo o princípio da realidade, estas sugestões, se implementadas, contribuirão para a pacificação social dos conflitos de direitos envolvidos e, também, para o estímulo de bem administrar o interesse público específico que é o transporte internacional marítimo.

EXECUÇÃO NAS AÇÕES COLETIVAS

Leonardo Greco*

I - INTRODUÇÃO

A expansão da tutela coletiva no Brasil, especialmente através da Lei 7.347/85 e do Código do Consumidor, foi um instrumento importantíssimo de progresso do nosso sistema processual, pois através dela a doutrina processual começou a desprender-se da concepção tradicional do processo de duas partes (*Zwei Parteien Prinzip*) e em matéria de execução foi estimulada a ampliar a sua efetividade através da introdução da tutela específica.

Naquele momento, repercutiam as palavras de CAPPELLETTI¹: A sociedade, massificada nos meios de produção, nos meios de consumo, nos negócios, no turismo, nos conflitos e na violação de direitos, exigia uma mudança na concepção do papel do processo civil como instrumento de tutela dos direitos. Se o processo civil não atendesse a essa nova exigência, a sociedade iria buscar outros meios de tutela.

O mesmo CAPPELLETTI² acentuava a insuficiência de uma tutela essencialmente repressiva e monetária e defendia a necessidade de uma

* Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e na Universidade Gama Filho.

¹ Mauro Cappelletti, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, atti del convegno di studio, Pavia, 1974, CEDAM, Padova, 1976, págs.191 e ss..

² Ob.cit., pág.206.

execução forçada eficaz, com meios coativos correspondentes aos do *contempt of court* anglo-americano e inibitórias eficazes³.

Entre nós BARBOSA MOREIRA observava que, em matéria coletiva, é insuficiente a tutela repressiva, exercitada mediante a imposição de sanções e, quando necessário, pela execução forçada da condenação. O que mais importa é evitar a ocorrência da lesão; daí o caráter preventivo que deve assumir, de preferência, a tutela jurisdicional⁴.

Os interesses coletivos *lato sensu* podem ser perseguidos por todas as espécies de ações, ou seja, por quaisquer procedimentos desde que aptos a tutelá-los, conforme estatui o artigo 83 do Código do Consumidor. O caráter coletivo não diz respeito à espécie de pedido ou de direito material, nem ao tipo de procedimento, mas ao modo peculiar como esses direitos se vinculam aos seus titulares ou como estes se relacionam entre si. Desse modo, também por todas as espécies de execuções podem ser eles postulados.

A disciplina da execução nas ações coletivas deve ser, pois, a resultante da aplicação conjugada das regras relativas aos diversos procedimentos executórios tratados no Código de Processo Civil e das normas específicas sobre essas ações, especialmente as da Lei 7.347/85 e as do Código do Consumidor, que se complementam e se estendem a todas as modalidades de interesses de grupo por força do disposto no artigo 21 daquela e no artigo 90 deste. A aplicação subsidiária do CPC permite aplicar às ações coletivas as reformas que vêm sendo introduzidas no estatuto processual, que de algum modo avançam na direção da efetividade da execução, embora estejam ainda muito longe de fornecer às ações coletivas o quadro normativo necessário a uma execução eficiente. Conforme acentua ELTON VENTURI⁵, *de lege ferenda* seria conveniente

³ Giorgio Costantino, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, atti del convegno di studio, Pavia, 1974, CEDAM, Padova, 1976, págs.223 e ss..

⁴ José Carlos Barbosa Moreira, “A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos”, in *A tutela dos interesses difusos*, Max Limonad, 1ª ed., São Paulo, 1984, pág. 102, citado por Elton Venturi, *Execução da tutela coletiva*, ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pág.81.

⁵ Elton Venturi, *Execução da tutela coletiva*, ed. Malheiros, São Paulo, 2000, pág.91.

a criação de um procedimento específico de execução coletiva. Vou mais longe: também os procedimentos tradicionais do processo de conhecimento não são adequados às ações coletivas, que exigem um contraditório plurilateral e uma instrução aberta à participação de todos os interessados, que o processo linear não permite. Na execução das ações coletivas é mais acentuada a percepção das deficiências do processo tradicional, que está estruturado com base em relação jurídica eminentemente econômica entre o credor e o devedor e que se contenta com a execução ressarcitória, dando pouca ênfase à tutela específica.

II - TÍTULO EXECUTIVO

As execuções coletivas podem ter por fundamento título executivo judicial ou extrajudicial. Quanto aos títulos judiciais, não creio possa ser excluída *a priori* a possibilidade de execução coletiva fundada em sentença estrangeira, sentença arbitral ou sentença penal condenatória, hipóteses que mereceriam um estudo à parte. Também perfeitamente possível é a execução de sentença homologatória de transação ou conciliação, pois nem todos os interesses protegidos através da tutela coletiva são necessariamente indisponíveis.

Mas, sem nenhuma dúvida, o título que desperta maior interesse é o compromisso de ajustamento de conduta, instituído como título executivo extrajudicial pelo § 6º do artigo 5º da Lei 7.347/85.

Podem tomar o compromisso os órgãos públicos legitimados à propositura das ações coletivas, o que exclui as associações civis, sociedades de economia mista, fundações privadas e empresas públicas⁶.

As pessoas jurídicas de direito público, desde que legalmente autorizadas a dispor do interesse difuso, que se inclua na sua esfera de proteção e que caracterize um interesse público secundário, podem celebrar verdadeira transação ou conciliação judicial, cujo descumprimento possibilitará a instauração de execução coletiva, com suporte no artigo

⁶ Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, ed. Saraiva, São Paulo, 12ª ed., 2000, pág.250.

584, inciso III do Código de Processo Civil. Já do interesse coletivo ou do interesse individual homogêneo não podem dispor, porque a elas não pertencem. Podem sim, quanto a estes, tomar compromissos de ajustamento de conduta, que caracterizarão os títulos executivos extrajudiciais da primeira parte do inciso II do artigo 585 (documento público assinado pelo devedor), como confissões de dívida por instrumento público.

Quanto ao Ministério Público, parece-me inadequado envolvê-lo como parte de uma transação judicial ou extrajudicial. Não é ele titular nem dos interesses difusos, nem dos coletivos, nem dos individuais homogêneos. Portanto, ainda que disponíveis sejam uns ou alguns deles, não pode o Ministério Público abrir mão de interesse de que não é titular.

HUGO NIGRO MAZZILLI, embora sustentando a possibilidade de transação pelo Ministério Público, desde que fundamentado em critérios técnicos e objetivos, reconhece que os órgãos que tomam o compromisso não têm disponibilidade do direito material, podendo qualquer co-legitimado discordar do compromisso e propor a ação judicial cabível. Quanto aos interesses individuais homogêneos, a transação ou o compromisso constituem garantias mínimas, que não impedem o acesso dos lesados ou dos co-legitimados a juízo, em busca do mais que entenderem devido⁷.

Destarte, quando o compromisso for tomado pelo Ministério Público, poderá constituir o título executivo da parte final do inciso II do artigo 585 do CPC (transação referendada pelo MP), se dois ou mais interessados, em posições divergentes, participarem da celebração do compromisso e os interesses forem disponíveis. Se tomado pelo MP unilateralmente de um só interessado, ou tomado por qualquer outro órgão legitimado, que não esteja legalmente autorizado a transigir com o interesse em jogo, poderá configurar o título previsto na primeira parte do inciso II do artigo 585 (documento público de confissão de dívida assinado pelo devedor)⁸.

⁷ V. ob.cit., págs.249/259.

⁸ V. o meu *O Processo de Execução*, vol. II, págs.200/201.

III - LEGITIMIDADE

3.1. *Ações fundadas em interesses difusos ou coletivos.*

Nestas ações a legitimidade principal para a execução é do próprio legitimado coletivo que tiver proposto a ação. Mas o artigo 15 da Lei 7.347/85 estabelece que, “decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”. Embora a norma mencione expressamente apenas a hipótese de ação originariamente proposta por associação, parece claro que ela institui uma legitimidade subsidiária concorrente de qualquer co-legitimado coletivo para promover a execução, independentemente de quem tenha sido o autor da ação de conhecimento⁹, pois a todos eles cabe velar pela tutela do interesse que foi objeto da ação. A legitimação para a ação se estende à execução. Mesmo nas execuções impróprias, ou seja, nas execuções que se cumprem de imediato *ex-offício*, como a partir da Lei 10.444/2002 se tornaram as execuções de sentença de obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa, têm os co-legitimados coletivos o poder de intervir, postular e impulsionar esse cumprimento.

Embora a lei qualifique de concorrente a legitimidade coletiva (CDC, art.82), ela não autoriza que qualquer legitimado proponha qualquer execução. Assim, salvo em caráter assistencial, não me parece deva o Ministério Público defender interesses polêmicos, pois a ele compete a defesa dos interesses gerais comuns a toda a coletividade e não interesses sectários, de determinados grupos ou pessoas contra outros, dentro da sociedade, sob pena de transformar a iniciativa judicial em instrumento político para autoritariamente fazer prevalecer uma corrente de opinião sobre outra. Essa falta de uma consciência coletiva homogênea é muito comum em matéria ambiental, assim como em questões relativas ao patrimônio histórico, artístico, paisagístico, turístico ou cultural. Também os entes públicos, somente têm legitimidade para a execução em favor dos interesses vinculados à sua esfera de atuação. Quanto às associações, às quais a Constituição somente confere a representação judicial ou

⁹ Hugo Nigro Mazzilli, ob.cit., pág.338.

extrajudicial dos seus associados quando expressamente autorizadas (artigo 5º, inciso XXI), a sua legitimidade coletiva deve estar subordinada a um mínimo de representatividade do grupo de pessoas interessadas na ação coletiva, sob pena de transformar-se esta ação em nova modalidade de ação popular. A lei deveria prever os requisitos para aferir essa representatividade, sob pena de desvirtuar a finalidade das ações de classe, que é a de servir de instrumento para suprir a deficiência organizacional dos membros do grupo¹⁰ e, assim, conseguir articular e postular eficazmente em juízo os interesses dos seus membros e não ser um instrumento de ação de alguns em detrimento dos interesses da maioria dos integrantes do grupo. Admitir a legitimidade sem a mínima comprovação da representatividade da associação é consagrar um abuso de direito.

Nas ações fundadas em interesses exclusivamente difusos e coletivos, os titulares de interesses individuais acobertados pela coisa julgada podem promover execuções individuais, com fundamento no § 3º do artigo 103 do CDC¹¹.

É um equívoco, entretanto, supor que os interesses difusos, coletivos e individuais se apresentem sempre perfeitamente distintos uns dos outros. Assim, por exemplo, numa ação proposta pelo Ministério Público para interditar a chaminé de uma fábrica que expele fumaça contaminadora da atmosfera, a demanda foi proposta com base no interesse difuso a um meio ambiente sadio dos moradores e frequentadores da localidade em que se situa a fábrica. O provimento inibitório obtido em juízo beneficia o interesse coletivo dos trabalhadores da fábrica e o interesse comum dos moradores e frequentadores do bairro à proteção da sua saúde, mas nenhum deles tem legitimidade para promover a execução da sentença coletiva. O sindicato dos trabalhadores da empresa pode promover a execução dessa

¹⁰ V. Mauro Cappelletti, “Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça”, in *Revista de Processo*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, n° 74, ano 19, abril-junho/94, págs. 82/97.

¹¹ Hugo Nigro Mazzilli entende que, nos interesses difusos e coletivos, portanto indivisíveis, não pode haver execução individual, salvo se se tratar de pedido que ele também poderia fazer autonomamente em ação popular (ob.cit., pág.339). O argumento não me impressiona. Há muitas ações individuais que podem ter por objeto pedidos que poderiam ser propostos através de ação popular, nem por isso a execução se torna popular.

decisão. Já os moradores, embora acobertados pela coisa julgada *erga omnes* prevista no artigo 103-III do CDC, não podem executar individualmente a sentença, porque não têm título executivo a seu favor e a lei não lhes confere legitimidade para essa execução.

3.2. Ações fundadas em interesses individuais homogêneos.

Os interesses individuais homogêneos não são uma sub-espécie dos coletivos¹². São interesses essencialmente individuais, tutelados coletivamente. Portanto, não há danos globais ou residuais a apurar, mas apenas os individuais, de cada beneficiário.

De acordo com os artigos 98, 99 e 100 do CDC, as vítimas têm preferência, durante um ano a partir do trânsito em julgado da sentença, para promoverem a liquidação e a conseqüente execução. Após um ano, podem também instaurar a liquidação e a execução os legitimados coletivos enumerados no artigo 82.

A legitimação das vítimas é ordinária e individual. Cada um somente pode liquidar e executar a sentença quanto à prestação que lhe cabe, não quanto à dos demais.

Já a legitimação coletiva abrange tanto as prestações devidas aos lesados que promoveram a sua liquidação, quanto as dos demais que não o fizeram. As dos primeiros serão a eles destinadas. As dos outros, se de natureza pecuniária, serão provisoriamente recolhidas a um dos fundos previstos pelo artigo 13 da Lei 7.347/85, até que os próprios titulares venham a reivindicá-las.

As iniciativas individuais e as coletivas deverão articular-se desta maneira: tornando-se a sentença exequível e até o término dos primeiros doze meses após o trânsito em julgado, poderão os lesados promover a liquidação e a execução individuais ou habilitar-se perante um dos legitimados coletivos para que este tome a iniciativa, a partir do decurso desse prazo. Após os doze meses, os legitimados coletivos deverão tomar

¹² Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2001, pág.751.

a iniciativa da liquidação em benefício dos lesados habilitados e dos lesados não habilitados e que não promoveram por si a liquidação. Também iniciarão a execução coletiva em benefício dos lesados que promoveram individualmente a liquidação, desde que, finda esta, não tenham tomado a iniciativa de instaurá-la.

A liquidação da prestação devida aos lesados omissos – não habilitados e que não requereram a liquidação individual – será promovida por um dos legitimados coletivos, de preferência pelo que ajuizou a ação de conhecimento, em busca da apuração de valor provisório e incompleto do prejuízo sofrido, a ser recolhido ao fundo, sem prejuízo de ulterior complementação em liquidação individual, quando poderá a vítima ter ampla oportunidade de demonstrar quantitativamente o montante do dano concretamente sofrido.

Os legitimados coletivos estão concorrentemente credenciados para promover a liquidação e a execução, com as mesmas limitações apontadas pouco acima. Embora figurem como legitimados normais para essas ações, os sujeitos do artigo 82 do CDC são substitutos processuais, agindo em nome próprio na defesa de interesses alheios, e não como representantes das vítimas. Não se trata, pois, de legitimação ordinária, mas extraordinária. O único legitimado coletivo que de algum modo age no interesse próprio é o Estado, que tem interesse próprio na arrecadação da indenização pelo Fundo por ele mesmo administrado. Não há tampouco razão para excluir dessa legitimação o Ministério Público, pois o que recomenda a tutela coletiva desses interesses é justamente a dificuldade de postulá-los individualmente, o que justifica a iniciativa do Ministério Público em caráter assistencial e subsidiário, nos casos em que à sua falta, ficariam os titulares dos direitos privados da possibilidade de postulá-los ou submetidos a uma postulação excessivamente onerosa.

A legitimidade do Ministério Público para a iniciativa de ações fundadas em interesses individuais homogêneos encontra suporte no artigo 129-II da Constituição, que lhe atribui as funções de *ombudsman* (defensor de interesses individuais).

3.3. Mandado de segurança coletivo.

À execução da liminar ou da sentença no mandado de segurança coletivo devem aplicar-se por analogia as regras dos arts. 97 e 98 do Código do Consumidor, que permitem execução individual ou coletiva.

IV – LIQUIDAÇÃO

A liquidação da sentença é freqüentemente apontada como um procedimento complementar da cognição e preparatório da execução. Conforme observei no meu livro *O Processo de Execução*¹³, não é absoluta a regra de que a liquidação complementa sempre uma condenação constante de sentença, pois na conversão em perdas e danos das obrigações de entrega de coisa, de fazer e de não fazer (arts. 627 e 633), a liquidação dos prejuízos poderá ter por fundamento título extrajudicial, como, por exemplo, um compromisso de ajustamento de conduta.

A liquidação das perdas e danos poderá ser preparatória da execução ou a ela incidente: no primeiro caso, se a condenação tiver por objeto desde logo prestação pecuniária; no segundo caso, se em perdas e danos se converter eventual condenação a prestação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa. Não haverá necessidade de imediata liquidação, portanto, nestas últimas hipóteses, assim como naquelas em que o pedido de condenação pecuniária estiver desde logo quantificado no processo de conhecimento.

Referindo-se à ação indenizatória fundada em interesses individuais homogêneos, o artigo 95 do CDC estabelece que em caso de procedência do pedido a condenação será genérica, o que exigirá prévia liquidação para a instauração da respectiva execução. Normalmente a condenação genérica acerta o *an debeatur*, relegando para a liquidação a definição do *quantum debeatur*. Todavia, similarmente ao que ocorre na liquidação da sentença penal condenatória, nessas ações coletivas, além do *quantum debeatur*, a liquidação deverá complementar a própria certeza da existência

¹³ Vol.II, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2001, págs.234 e ss.

do direito à indenização, e não apenas a sua quantificação, pois a sentença não terá ainda definido concretamente a existência de prejuízos por parte de cada um dos membros do grupo de titulares dos interesses individuais homogêneos, prejuízos esses que, em relação a cada um, terão de ser demonstrados na liquidação, que necessariamente adotará o procedimento da liquidação por artigos¹⁴.

A liquidação coletiva far-se-á no juízo da ação de conhecimento, se fundada em título judicial, ou no juízo da localidade onde ocorreu o dano (art. 2º da Lei 7, em caso de título extrajudicial; as liquidações individuais poderão ser propostas no juízo da condenação ou no foro do domicílio do liquidante, por força dos artigos 98 e 101-I do CDC¹⁵.

Parece razoável a ponderação de LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO¹⁶ de que, mesmo no foro da condenação genérica, quando houver um número muito elevado de lesados, as ações de liquidação de sentença deverão ser livremente distribuídas a todos os órgãos concorrentemente competentes, não incidindo a regra do art.575-II.

4.1. Liquidação dos danos globais nos interesses difusos e coletivos.

Na condenação genérica fundada em interesses difusos ou coletivos, sem prejuízo dos danos individuais a liquidar, por iniciativa dos próprios lesados (CDC, artigo 103, § 3º), os danos liquidáveis coletivamente são os sofridos globalmente de modo indeterminado por todos os membros do grupo.

Em face da dificuldade de comprovar e quantificar esses danos globais, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY

¹⁴ V. Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2001, pág. 816; Elton Venturi, ob.cit., pág.130.

¹⁵ V. Ada Pellegrini Grinover, ob.cit., pág.821; Elton Venturi, ob.cit., pág.133.

¹⁶ Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações coletivas: a Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos*, ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, pág.189.

propõem a utilização dos critérios de arbitramento ou de fixação da indenização com base no valor do lucro obtido pelo causador do dano com a sua atividade. Ao prejuízo eventualmente apurado, somar-se-ia uma importância proporcional à capacidade econômica do autor do dano (*lump sum damages*)¹⁷.

Embora hoje difundido esse entendimento, concordo com a crítica que lhe faz PEDRO DA SILVA DINAMARCO¹⁸, de que essa concepção desvirtua a noção de perdas e danos. Constituiria verdadeiro enriquecimento sem causa atribuir ao ente público beneficiário do fundo uma receita desvinculada do prejuízo sofrido.

É forçoso reconhecer, entretanto, que os danos a certos interesses difusos, como o meio ambiente, podem projetar-se no tempo, alcançando inclusive por várias gerações¹⁹, o que os torna inestimáveis em sua totalidade de imediato.

4.2. Liquidação dos danos individuais nos interesses difusos e coletivos.

Esta liquidação, fundada no artigo 103, § 3º, do CDC, é exclusivamente individual. O particular integrante do grupo beneficiado pela sentença coletiva, alegando prejuízo individual decorrente da lesão ao interesse difuso ou coletivo, pede a sua liquidação para promover a consequente execução. Deverá demonstrar na liquidação a existência do dano pessoal e determinar o seu valor pecuniário. Não há legitimação coletiva para essa liquidação e para a subsequente execução. Se o particular não demonstrar prejuízo individual, a liquidação será julgada improcedente.

¹⁷ V. Elton Venturi, *ob.cit.*, pág.102.

¹⁸ Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, ed. Saraiva, São Paulo, 2001, pág.295.

¹⁹ Patrícia Miranda Pizzol, *Liquidação nas ações coletivas*, ed. Lejus, São Paulo, 1998, pág.207.

4.3. Liquidação dos danos nos interesses individuais homogêneos.

Nestas ações movidas por legitimados coletivos, estes deverão aguardar um ano a partir do trânsito em julgado para poderem promover a liquidação e execução dos danos individuais. Nesse prazo a iniciativa caberá individualmente a cada lesado, que promoverá a liquidação e a execução para receber o valor da indenização pelo prejuízo individualmente sofrido. Decorrido um ano, qualquer legitimado coletivo poderá dar início à liquidação dos danos sofridos pelos lesados que não tiverem até esse momento promovido a sua própria liquidação individual, tenham ou não se habilitado junto ao legitimado coletivo. Essa liquidação não será exaustiva, abrangendo os danos individuais até esse momento conhecidos pelo legitimado coletivo. Nesse mesmo prazo, qualquer legitimado coletivo dará início à execução coletiva das indenizações individuais já apuradas em liquidações individuais cujos titulares não tenham iniciado a respectiva execução, bem como das apuradas na liquidação coletiva. As primeiras serão destinadas aos próprios lesados, enquanto as outras serão destinadas aos lesados que se habilitaram, quanto aos prejuízos individualmente por eles sofridos, e ao Fundo criado pelo artigo 13 da Lei 7.347/85, quanto aos prejuízos provisoriamente apurados relativos aos lesados que nem se habilitaram, nem promoveram liquidações individuais.

Segundo ADA GRINOVER²⁰, a indenização destinada ao Fundo criado pela LACP, nos termos do parágrafo único do art.100 do CDC, é residual, só podendo destinar-se ao Fundo se não houver habilitantes em número compatível com a gravidade do dano. Por isso, não é correto o pedido direto de recolhimento de indenização ao Fundo. Correto é o pedido de indenização pessoal, por lesão aos interesses individuais homogêneos, com indicação de sua reversão ao Fundo (*fluid recovery*), somente na hipótese de não haver habilitações dos interessados ou, se as houver, a da reversão pelo eventual resíduo não reclamado, podendo a qualquer tempo os lesados individuais retardatários pleitearem o recebimento do quinhão que lhes cabe da indenização recolhida ao Fundo²¹, assim como complementarem

²⁰ Ob.cit., pág.823.

²¹ Elton Venturi, ob.cit., pág.137.

a liquidação do dano individual para promoção de execução autônoma²². Se somente houver interesses individuais e todos os interessados se habilitarem, não haverá indenização fluida a ser liquidada e executada coletivamente.

Podem ser instauradas uma ou mais execuções coletivas, relativas aos grupos de vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas nas sentenças de liquidação²³.

As liquidações de indenizações individuais provavelmente deverão adotar procedimento da liquidação por artigos, tendo em vista a necessidade de alegar e provar fatos novos. A parcial ou total inversão do ônus da prova poderá apresentar-se necessária não só pela desigualdade entre as partes, mas pela excessiva onerosidade para o lesado que poderia impedi-lo de produzir a prova do prejuízo e, assim, de ter acesso ao direito, caso tivesse o encargo exclusivo de demonstrá-lo²⁴.

4.4. Questões novas.

Já vimos que nessa liquidação o âmbito da cognição é mais amplo do que em uma liquidação normal, porque antes de quantificar o valor da indenização é necessário tornar certo o direito à indenização, tendo em vista que um dos seus requisitos, a existência de prejuízo, não ficou individualmente definido no processo de conhecimento.

LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO²⁵ sustenta que, embora esteja coberta pela autoridade da coisa julgada a questão relativa à obrigação geral do réu, não fica ele impedido, na ação de liquidação de sentença, de suscitar questões que não foram, nem poderiam ter sido, examinadas na ação coletiva, porque de índole estritamente pessoal, mas

²² Hugo Nigro Mazzilli (ob.cit., pág.337) sustenta que danos individualmente diferenciados não podem ser indenizados com o produto do fundo, devendo ser discutidos em ação individual.

²³ Ada Grinover, ob.cit., pág.820.

²⁴ V. Elton Venturi, ob.cit., pág.141.

²⁵ Ob.cit., pág.195.

que se mostrem relevantes para a verificação do valor devido individualmente, como, v.g., a culpa concorrente da vítima ou o direito à compensação.

O argumento é forte, mas me parece que comportaria uma reflexão mais profunda. Que direito terá se tornado certo para cada um dos integrantes do grupo em razão da procedência da ação coletiva? O direito à indenização desde que comprovado o prejuízo ou apenas a certeza da responsabilidade do réu pelo ato ilícito? Se os interesses postulados são individuais, parece-me que o réu, em respeito ao princípio da eventualidade, deve argüir no processo de conhecimento todas as matérias de defesa para ilidir a sua responsabilidade em relação a cada um dos titulares daqueles, sob pena de ter de submeter-se ao efeito preclusivo da coisa julgada. Os interesses individuais homogêneos não são substancialmente diferentes de quaisquer outros interesses individuais. Nenhum benefício pode usufruir o réu da sua postulação coletiva, que se destina a assegurar o acesso à justiça em favor dos seus adversários.

V - EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA

Do artigo 15 da Lei 7.347/85, que determina que o Ministério Público promova a execução da sentença se em 60 dias do trânsito em julgado a associação-autora não o tiver feito, pode extrair-se a conclusão de que a execução da sentença condenatória na ação civil pública, seja quem for o seu autor, será indisponível e obrigatória²⁶. Embora não tenham normalmente efeito suspensivo os recursos na ação civil pública, essa obrigatoriedade não impõe a instauração imediata de execução provisória, antes do trânsito em julgado, o que depende de uma avaliação dos riscos dessa execução, tendo em vista o disposto no artigo 588 do CPC, por parte dos sujeitos legitimados. Conforme sustentei no meu livro sobre o *Processo de Execução*²⁷, na execução provisória a responsabilidade do exequente não é objetiva, dependendo de apuração de culpa²⁸.

²⁶ Elton Venturi, ob.cit., pág.93.

²⁷ Vol.II, págs. 48 e ss.

²⁸ Em contrário, Elton Venturi, ob.cit., pág.165.

A execução pecuniária adotará, salvo disposição expressa em contrário, o procedimento comum dos artigos 646 e ss. Do CPC.

O mesmo procedimento adotará a execução pecuniária para ressarcimento das perdas e danos em que se tenham convertido as prestações de entrega de coisa, de fazer ou de não fazer. Nos interesses difusos e coletivos, a execução coletiva será promovida em benefício do Fundo do art. 13 da Lei 7.347/85.

Nos interesses individuais homogêneos destinar-se-á aos próprios lesados o montante apurado nas execuções nas seguintes hipóteses: na execução coletiva de indenizações já liquidadas (CDC, artigo 100); nas execuções individuais movidas pelos próprios interessados. Na execução coletiva em favor dos lesados que não liquidaram as suas indenizações, o numerário apurado será recolhido pelo Fundo de que trata o artigo 13, que o aplicará, sendo possível, preferencialmente na recuperação dos bens lesados²⁹. Esses interessados poderão reclamar a qualquer tempo do Fundo a parte que lhes cabia dos valores arrecadados, sem prejuízo de liquidarem e executarem autonomamente contra o devedor o montante dos prejuízos que ficarem demonstrados, abatido o que tiverem recebido do Fundo.

Se do mesmo evento danoso resultarem danos individuais e coletivos, aqueles serão pagos antes destes, de acordo com o artigo 99 do CDC.

De acordo com CARLOS ALBERTO DE SALLES³⁰ o fundo brasileiro opera de maneira bem diversa do *fluid recovery* americano. Neste, quando for extremamente custoso e pouco provável identificar os membros da classe, as cortes autorizam o *fluid recovery* para distribuição do dinheiro através da redução de preços ou para patrocinar projeto que beneficie adequadamente os membros da classe. O fundo brasileiro não assegura uma clara destinação dos recursos recolhidos, nem define uma estratégia legal para gerência de seus recursos.

²⁹ No âmbito federal esse Fundo é gerido de acordo com a Lei 9.008/95 e o Decreto 1.306/94.

³⁰ Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial em matéria ambiental* Rio de Janeiro, 18 de julho de 2002, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pág.310.

Se o réu da ação/execução pecuniária for o Estado, observar-se-ão as regras dos arts. 730/731 do CPC e 100 da Constituição Federal, salvo se inconstitucionais³¹.

VI - TUTELA ESPECÍFICA

Para BARBOSA MOREIRA³², a tutela específica é o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele (ou àqueles) em cujo benefício se estabeleceu a obrigação, o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento, isto é, a não-violação do direito ou do interesse tutelado. À tutela específica contrapõe-se o emprego de remédios e providências tendentes apenas a eliminar as consequências da violação, ou a compensar pecuniariamente o credor que a tenha sofrido.

O art. 6º-VI do Código do Consumidor inclui entre os direitos do consumidor: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Por outro lado, o artigo 11 da Lei 7.347/85 e o artigo 84 do mesmo Código, este último reproduzido quase literalmente no artigo 461 do CPC, estabeleceram a prioridade da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer à tutela meramente reparatória, critério mais recentemente também estendido às obrigações de entrega de coisa, através da introdução no Código de Processo Civil do artigo 461-A, pela Lei 10.444/2002.

No Estado Democrático Contemporâneo a tutela específica emerge como uma exigência da garantia da tutela jurisdicional efetiva, que se propõe a dar ao titular do direito tudo aquilo que o ordenamento lhe confere.

³¹ Além do parcelamento em 10 anos dos precatórios, determinado pelo artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, parece-me inconstitucional no artigo 100, com a redação da Emenda Constitucional nº 30/2000, a subordinação da execução ao trânsito em julgado da decisão, incompatível com a tutela da urgência, assegurada no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna.

³² José Carlos Barbosa Moreira, “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, Saraiva, São Paulo, 1980, pág.31.

6.1. Obrigações de fazer e de dar.

A doutrina habitualmente classifica as obrigações de fazer em positivas e negativas: fazer ou não fazer. As positivas podem ser fungíveis ou infungíveis. E a infungibilidade pode ser natural ou jurídica, esta quando a prestação consiste numa declaração de vontade ou na celebração de um contrato, que pode ser substituída pela sentença, nos termos dos artigos 639 a 641 do CPC.

Conforme observei no meu livro sobre o *Processo de Execução*³³, essas classificações tradicionais já não são inteiramente satisfatórias: as obrigações de fazer ou de não fazer já não se apresentam inteiramente puras, mas mescladas ao mesmo tempo de *facere* e *non facere*, de prestações personalíssimas e que podem ser cumpridas por terceiros, de prestações do devedor sujeitas a uma condição dependente da vontade de terceiro ou de um órgão do Estado³⁴.

Há também uma infungibilidade relativa, quando a prestação, não podendo ser realizada pelo devedor, apenas possa sê-lo por certa ou certas pessoas³⁵, em decorrência de tecnologias dominadas por um círculo muito restrito de pessoas ou de empresas.

As próprias obrigações de não fazer, frequentemente consideradas como infungíveis, muitas vezes dependem de um *facere* para poderem ser cumpridas, atividade essa que nem sempre é personalíssima, podendo ser realizada por terceiro³⁶.

³³ Volume II, pág.484.

³⁴ Leo Rosenberg (*Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo III, EJEJA, Buenos Aires, 1955, pág.245) ressalta que há obrigações infungíveis que dependem exclusivamente da vontade do devedor e outras que necessitam da colaboração de um terceiro. Exemplos destas: tratamento médico ou fotografia de terceiro; prestação de contas quando os documentos se encontram em poder de terceiro não obrigado à entrega ou à exibição. Não pode haver execução nestes casos.

³⁵ Carlos Alberto de Salles, *Execução judicial em matéria ambiental*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pág.367.

³⁶ Grinover, Ada Pellegrini, “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, in *Reforma do Código de Processo Civil*, Saraiva, São Paulo, 1996, pág.254.

Conforme acentuado por CARLOS ALBERTO DE SALLES, em matéria de interesses coletivos (meio ambiente, consumidor, relações trabalhistas), pode haver obrigações subjetivamente complexas, que em maior ou menor grau dependam do comportamento de um determinado devedor³⁷ e também de outros sujeitos ou fatores.

Poderá instaurar-se procedimento de iniciativa individual ou coletiva de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer decorrente de sentença coletiva. A partir da Lei 10.444/2002 esse procedimento se instaura *ex-officio*, o que não impede a iniciativa de legitimados individuais ou coletivos ou a sua participação como sujeitos ativos mobilizadores do cumprimento da sentença, com os mesmos direitos, deveres e ônus como normais sujeitos ativos de execuções autônomas.

6.2. Evolução recente da tutela das obrigações de fazer e não fazer.

A Lei 8.952/94 introduziu a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer no CPC, através da nova redação dada ao artigo 461, que reproduziu as regras do artigo 84 do CDC.

A recente Lei 10.444/2002, na busca da celeridade, introduziu novas regras na execução dessas obrigações, bem como das obrigações de entrega de coisa. De início, cumpre ressaltar que estas novas disposições se aplicam inteiramente às ações coletivas, por força do artigo 19 da Lei 7.347/85 e do artigo 99 do Código do Consumidor³⁸.

A nova lei reduziu a execução autônoma de obrigações de fazer ou de não fazer aos títulos extrajudiciais, determinando o cumprimento imediato das impostas por títulos judiciais na forma do artigo 461, com aplicação subsidiária das regras previstas nos artigos 632 e ss. (art.644). Mais uma vez o legislador brasileiro assimila disposição típica do direito anglo-americano, no qual o julgamento normalmente inclui o direito à execução³⁹.

³⁷ Carlos Alberto de Salles, ob.cit., pág.275.

³⁸ Pedro Dinamarco, ob.cit., pág. 301.

³⁹ Carlos Alberto de Salles, ob.cit., pág.198.

É verdade que a Lei 10.444/2002, ao dar nova redação ao artigo 644 do CPC, previu a aplicação subsidiária do procedimento executório dos artigos 632 e ss. à execução imediata de obrigação de fazer e não fazer resultante de sentença judicial. Todavia, se não se criou um vazio jurídico, criou-se uma situação de indesejável incerteza, pois o que significa aplicar subsidiariamente o disposto naqueles artigos em complemento às regras do artigo 461?

O que me parece certo é que o Brasil pode estar dando um passo atrás no aprimoramento do seu sistema processual e na efetividade das garantias de um processo justo, com a dispensa da instauração de um verdadeiro processo de execução autônomo para o cumprimento das obrigações de dar, fazer e não fazer impostas por decisões judiciais, deixando de assegurar ao devedor qualquer oportunidade de defesa eficaz dos interesses legítimos que pudesse opor-lhes. Mas como o contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais, não de sobrepor-se ao simplismo da Lei 10.444/2002, embora o modo e a forma em que essas garantias serão respeitadas fiquem inteiramente ao critério (não ao arbítrio) das partes e do juiz.

6.3. Tutela específica das obrigações de fazer.

A tutela específica privilegia o cumprimento da prestação na forma devida, através de meios sub-rogatórios, se a obrigação for fungível. Se a obrigação for infungível, adota meios coativos para forçar o devedor a cumpri-la na forma específica, mas, na sua impossibilidade, determina a realização do resultado prático equivalente.

Somente por manifesta preferência do autor, ou por impossibilidade de satisfação da obrigação na forma específica ou da obtenção do resultado prático equivalente é que a obrigação se converterá em perdas e danos (CDC, art. 84, § 1º; CPC, art. 461, § 1º).

Os meios coativos ou sub-rogatórios podem ser determinados pelo juiz de ofício ou a requerimento do autor e consistem na multa pecuniária, que agora poderá ser simples, múltipla ou periódica, na busca e apreensão, na remoção de pessoas e coisas, no desfazimento de obras e no impedimento

de atividade nociva (CDC, art. 84, §§ 4º e 5º; CPC, art. 461, §§ 4º, 5º e 6º, os dois últimos com a redação da Lei 10.444/2002).

Outras medidas necessárias, não previstas em lei (art. 461, § 5º), podem ser determinadas em caráter sub-rogatório, ou seja, para cumprir a obrigação na forma específica, observando-se sempre o princípio de que a execução deve efetivar-se sempre pelo meio menos oneroso para o devedor (CPC, art.620).

ELTON VENTURI⁴⁰ ressalta a discricionariedade, a flexibilidade e a adaptação ao caso concreto que devem ser observadas na adoção das medidas coercitivas nas ações coletivas.

Discorrendo sobre a grande margem de discricionariedade dos tribunais norte-americanos na escolha de medidas coercitivas, CARLOS ALBERTO DE SALLES⁴¹ faz observações inteiramente aplicáveis ao Direito brasileiro, quanto à complexidade da execução de obrigações de fazer resultantes de sentenças em ações coletivas.

Assim, por exemplo, no direito ambiental americano há obrigações absolutas (fazer ou não fazer) e qualificadas (atingir um determinado padrão de lançamento ou emissão de poluentes). Estas exigem um juízo secundário mais discricionário sobre a adequação da conduta do agente (uso da melhor tecnologia disponível existente).

Além de toda a complexidade na definição das providências adequadas⁴², cumpre reconhecer que o provimento judicial emitido na sentença não pode abranger todos os inúmeros elementos fáticos e técnicos envolvidos no caso concreto e na providência prática destinada a atender integralmente ao provimento reclamado pelo autor, deixando para a execução uma série de importantes decisões. Muitas definições técnicas não podem ser adotadas na sentença. Ademais, a execução normalmente não se esgota em ato único.

⁴⁰ Ob.cit., págs. 88/89.

⁴¹ Ob.cit., págs.207/260.

⁴² Pág.234.

Desse modo, o poder jurisdicional se desloca da fase de conhecimento para a de execução, pois somente nessa fase é possível detalhar as medidas práticas a serem adotadas, relativizando a concepção racionalista do Código de 73 que separou a atividade cognitiva e a atividade prática em processos autônomos. Alguém poderia objetar que essa atividade cognitiva complementar deveria desenvolver-se em um procedimento prévio de liquidação, mas em verdade. Se for possível definir todo o planejamento a ser cumprido antes de iniciá-lo, o ideal seria que isso se fizesse através de uma liquidação. Mas se essa determinação somente puder ser realizada no curso da própria execução, não há como separar cognição e cumprimento.

O § 5º do artigo 461 mune o juiz de amplos poderes para determinar, em caráter sub-rogatório, as medidas ou série de medidas necessárias para dar à execução a almejada efetividade: nomeação de administrador ou de executor judicial para planejar ou fiscalizar o cumprimento da sentença, mesmo quando o devedor seja órgão do Estado; a intervenção na empresa ou em órgão público⁴³; a convocação de terceiros desinteressados como cientistas ou instituições idôneas para opinarem sobre o *modus exequendi* na qualidade de *amici curiae*; a realização de audiências públicas e consultas plebiscitárias para auscultar a vontade popular.

6.4. Limites da Execução de Obrigações de Fazer e não Fazer.

Conforme acentuei no meu *Processo de Execução*⁴⁴, por mais que o Direito procure estruturar técnicas para a mais ampla satisfação do credor, como fez recentemente o legislador brasileiro com as inovações a respeito da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, a execução específica, como qualquer execução, sofre limites naturais, que o Direito não consegue transpor, a não ser de modo imperfeito.

⁴³ V. Carlos Alberto de Salles, ob.cit., pág.293, mencionando as *structural injunctions* do direito norte-americano e invocando opiniões de Cândido Dinamarco e Kazuo Watanabe. V. também o meu estudo “Execução de liminar em sede de mandado de segurança”, publicado na *Revista Jurídica*, ano 50, n° 291, janeiro de 2002, ed. Notadez, São Paulo; também publicado na *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. X, 2002, págs. 73/99, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro.

⁴⁴ Volume II, pág.4.

Nas obrigações de fazer personalíssimas, se o devedor resistir a todas as pressões e coações indiretas, o juiz não tem meios de substituí-lo no cumprimento da prestação, devendo contentar-se com a busca do resultado prático equivalente ou, em último caso, com as perdas e danos(CPC, art.461).

Nas obrigações de não fazer, quando violadas, a tutela civil reparatória não tem o condão de reprimir o tempo, fazendo desaparecer a violação já consumada⁴⁵.

Além desses limites naturais, que escapam ao domínio do legislador, existem limites *políticos*, impostos pela lei em contemplação de certos valores que se sobrepõem ao interesse do credor, como os direitos da personalidade e os direitos indisponíveis⁴⁶.

Por isso CHANTAL CATALÀ COMAS⁴⁷ acentua que a coercibilidade não é absoluta. Tem certos limites. Deve sempre buscar o menor custo para o executado. Por outro lado, as medidas não podem ser vexatórias para o condenado, devendo respeitar os seus direitos da personalidade. Somente têm sentido enquanto a tutela específica for física e juridicamente possível. Devem respeitar os direitos constitucionalmente assegurados, inclusive em favor de terceiros.

Por fim, não podem ser esquecidos os limites que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA denomina de *limites não queridos pelo ordenamento*⁴⁸: situações de fato que dificultam a execução, como a relutância do devedor em praticar o ato personalíssimo; a prestação tornada impossível por fato superveniente, independente da vontade do devedor; a continuidade da prática do ato proibido.

⁴⁵ Para Carreira Alvim (ob.cit., pág.65), são limites naturais da tutela específica a perda do objeto e as obrigações personalíssimas.

⁴⁶ Carreira Alvim (ob.cit., pág.68) aduz que os limites políticos dependem das circunstâncias e da natureza da obrigação. A execução de obrigações que imponham risco de vida ao devedor (pugilato, tourada) se dá pela conversão em perdas e danos.

⁴⁷ Chantal Català Comas, *Ejecución de condenas de hacer y de no hacer*, ed. J.M.Bosch, Barcelona, 1998, pág.79.

⁴⁸ Ob.cit., pág.223.

6.5. Fungibilidade e meios sub-rogatórios.

Seja no processo de conhecimento, antes ou depois da sentença, seja no processo de execução, a obrigação de fazer fungível não cumprida pode ser objeto de medidas sub-rogatórias, ou seja de atividades substitutivas do juiz, para realizar contra a vontade do devedor a atividade que o executado deveria ter prestado voluntariamente.

O juiz prescinde da vontade do devedor e promove a execução da prestação por outros meios. O § 5º do art.84 do CDC e o § 5º do artigo 461 do CPC permitem que o juiz determine a busca e apreensão da coisa, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva, bem como quaisquer outras medidas necessárias à efetivação da tutela específica ou à obtenção de resultado prático equivalente.

A realização prática do direito do exequente à prestação constante do título justifica o uso de qualquer meio executório, ainda que não previsto expressamente em lei, para assegurar a efetiva tutela jurisdicional do direito do credor. Nessa variabilidade e atipicidade dos meios sub-rogatórios não se pode vislumbrar violação ao princípio da legalidade, porque encontram fundamento no direito material do credor ao bem da vida, que pressupõe a utilização de instrumentos de tutela efetiva⁴⁹. Entre esses meios sub-rogatórios se encontra a realização da obra por terceiros, conforme previsto nos artigos 634 a 637 do CPC, que sobrevivem não apenas como regras subsidiárias (art.644), mas também no contexto mais amplo dos meios sub-rogatórios necessários para assegurar a execução específica.

Essa amplitude dos meios sub-rogatórios é quase ilimitada, não podendo ultrapassar, entretanto, os direitos da personalidade e demais direitos indisponíveis.

Como observa SALLES⁵⁰, podem surgir controvérsias em todas as etapas da execução, a respeito do cumprimento da obrigação, ensejando

⁴⁹ V. Elisabetta Silvestri, "Problemi e prospettive di evoluzione nell'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare", in *Rivista di Diritto Processuale*, CEDAM, Padova, ano XXXVI, janeiro-março de 1981, págs.67/69.

⁵⁰ Ob.cit., pág.297.

incidentes não solucionáveis nos embargos, que, aliás, a partir da Lei 10.444/2002, desapareceram nas execuções de sentença. Vai haver muita atividade cognitiva e instrutória na própria execução, cuja complexidade imporá uma marcha procedimental ditada pelo poder discricionário do juiz em função do objetivo a ser alcançado, o cumprimento do julgado.

O § 5º do artigo 84 do CDC, assim como o § 5º do artigo 461 do CPC, permite que se considere satisfeita a prestação pela obtenção, através dos meios aí previstos, do resultado prático equivalente, que CARREIRA ALVIM⁵¹ define como aquele que, sem ser o original, atende com igual eficácia à pretensão. Assim, por exemplo, no lugar de interditar uma chaminé, conforme determinado no título, colocar filtros antipoluentes.

Na verdade, conforme já assinaei⁵², a aceitação do resultado prático equivalente exige uma apreciação sobre o conteúdo do bem jurídico que a ordem judicial visou a proteger. O autor não pode ser obrigado a aceitar prestação diversa da que pediu e da que o juiz outorgou-lhe na sentença. Colocar filtros numa chaminé não equivale na prática à sua interdição.

Parece-me que não. O juiz da execução não tem o poder de rever a adequação causal da providência determinada no título, se for possível cumpri-la na forma devida. Isto é, se a obrigação de fazer for fungível, não cabe cogitar de realização do resultado prático equivalente.

A busca do resultado prático equivalente, portanto, a meu ver, se refere apenas às obrigações infungíveis, em que as medidas dos §§ 5ºs têm caráter coativo, e não sub-rogatório. Sendo impossível a satisfação do credor na forma específica, antes da conversão das perdas e danos, deve o credor ser satisfeito pela prestação que, do ponto de vista prático, mais se aproxime da devida.

A conversão em perdas e danos das obrigações de fazer infungíveis será sempre a última opção, reservada exclusivamente à hipótese de impossibilidade absoluta de satisfação da pretensão na forma específica, porque também o devedor tem o direito de cumprir a obrigação tal como

⁵¹ Ob.cit., pág.184.

⁵² *O Processo de Execução*, vol.II, pág.494.

determinada no título, ou através da obtenção do resultado prático equivalente.

Já nas obrigações fungíveis, não cumprida a obrigação pelo devedor, o juiz determinará a execução por um dos meios sub-rogatórios. A conversão em perdas e danos somente será possível se os interesses forem disponíveis ou se tiver se tornado materialmente impossível a execução específica.

Nos interesses difusos e coletivos, a execução através de indenização recolhida ao fundo (Lei 7.347/85, art.13) refere-se a situações de dano irreparável, como a extinção de uma espécie animal. Em matéria ambiental deve buscar-se preferencialmente a recuperação do ambiente lesado através da tutela específica, não podendo o legitimado ativo a ela renunciar em benefício da reparação pecuniária⁵³.

6.6. Infungibilidade e meios coativos.

Nas obrigações infungíveis, os meios de apoio referidos no § 5º do artigo 84 do CDC e no § 5º do artigo 461 do CPC não têm caráter sub-rogatório, porque não realizam por si a prestação almejada pelo credor, limitando-se a pressionar o devedor, através de coações indiretas, para que ele próprio a execute.

São sanções processuais e, como tal, sujeitas ao princípio da legalidade estrita. Assim parece-me que o emprego de outras *medidas necessárias*, que não as expressamente previstas na lei, somente é cabível na tutela sub-rogatória de obrigações fungíveis, e não na tutela específica de obrigações infungíveis, em que as únicas coações indiretas ou sanções processuais são a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva (§ 5º do art.461 do CPC) e a multa pecuniária (§§ 4º, 5º e 6º), além de alguma outra sanção expressamente prevista em lei especial.

⁵³ Salles, ob.cit., págs.306/309.

Esta distinção, que limita a criatividade do juiz às execuções sub-rogatórias, não é, entretanto, aceita por todos. MARCELO LIMA GUERRA, por exemplo, admite seqüestro coercitivo de todo o patrimônio do devedor para criar um embaraço e induzi-lo ao cumprimento de sua obrigação específica⁵⁴.

Assim como os meios sub-rogatórios, também os meios coativos necessários ao cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer infungíveis na forma específica não podem ultrapassar os direitos da personalidade e demais direitos indisponíveis.

Por essa razão e também pela total ausência de previsão legal, é absolutamente inadmissível a imposição da prisão, como meio coercitivo⁵⁵.

6.7. Abrangência e modo de aplicação dos meios coativos.

A escolha do meio coativo pelo juiz não é arbitrária, devendo justificá-la, em função da razoabilidade e adequação para obter o resultado almejado.

A medida coercitiva deve ter real possibilidade de favorecer o cumprimento específico da obrigação, não devendo impor ao devedor sacrifício maior do que o estritamente necessário à consecução desse objetivo, e não podendo impor-lhe a violação de direitos individuais indisponíveis inerentes à sua dignidade humana⁵⁶.

Embora o emprego desses meios seja necessário nas obrigações infungíveis, também podem ser utilizados nas fungíveis, antes ou concomitantemente com os meios sub-rogatórios.

O meio coativo de mais fácil utilização e execução é a multa pecuniária.

⁵⁴ V. Pedro Dinamarco, ob.cit., pág.309.

⁵⁵ Pedro Dinamarco, ob.cit., pág.310.

⁵⁶ Marcelo Lima Guerra, *Execução Indireta*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág.176.

Entre esses meios, o que mais se presta a ser amplamente utilizado, porque nenhum ônus ou atividade material exige para produzir efeitos, é a multa pecuniária, que examinaremos adiante.

A ameaça de prisão por crime de desobediência ou prevaricação é frequentemente cogitada.

Quando a relação jurídica de direito material é estritamente privada, o que frequentemente ocorre nos direitos individuais homogêneos, parece-me inteiramente incabível a utilização dessa providência, que viola a dignidade humana do devedor, restaurando anacronicamente a perda da liberdade da pessoa como instrumento de cumprimento de obrigações ou de cobrança de dívidas.

O devedor não pode ser ameaçado de perder a sua liberdade pessoal porque não satisfaz obrigação, ainda que esta tenha se cristalizado num título judicial.

Com isso, não quero dizer que o inadimplemento de prestação constante de título executivo, se originária de relação jurídica privada, não possa constituir crime.

Há obrigações privadas, cujo descumprimento constitui crime, como ocorre, por exemplo, com o não pagamento de pensão alimentícia, que pode caracterizar o crime de abandono material capitulado no artigo 244 do Código Penal.

Mas é preciso que a conduta do devedor seja incriminável, independentemente da ordem judicial emanada com base em título executivo, para que a ameaça de processo criminal não viole o direito do devedor de não pôr em risco a sua liberdade pessoal em razão do inadimplemento de uma obrigação privada.

Somente constituirá crime de desobediência o descumprimento da ordem judicial de satisfazer prestação constante de título executivo, se existir relação de subordinação, de autoridade, alheia ao título, do executado em relação ao exequente, que levasse a caracterizar a ocorrência desse crime também no descumprimento da mesma ordem, se tivesse sido expedida extrajudicialmente pelo exequente em face do executado.

Por isso, prevaricação e não desobediência pode caracterizar o não acatamento pela autoridade pública da liminar ou da sentença concessiva de mandado de segurança⁵⁷, que na verdade não é crime pelo descumprimento da ordem judicial, mas pela conduta funcional contrária ao dever legal reconhecido na sentença, movida por sentimento ou interesse. Não alcançável pelos meios coativos por não ser o sujeito passivo da obrigação de fazer ou de não fazer, ficará o terceiro ou preposto (salvo advogado) do devedor, que resistir ou omitir o cumprimento da ordem judicial, sujeito à multa do parágrafo único do artigo 14 do CPC, com a redação da Lei 10.358/2001. Essa é também a situação do funcionário público que for pessoalmente intimado a dar cumprimento a ordem judicial.

6.8. A multa pecuniária.

Certamente o meio coativo de mais fácil aplicação e que normalmente oferece a maior eficácia é a multa pecuniária, hoje regulada nos artigos 287, 461 §§ 4º, 5º e 6º, e 645 do Código de Processo Civil.

Atualmente no Brasil, essa multa pode ser: *simples* ou *múltipla*, conforme incida na violação única ou a cada nova violação do preceito; ou *periódica*, de frequência diária ou não, incidindo desde o término do prazo de cumprimento da prestação inadimplida. As duas primeiras espécies encontram suporte no artigo 287, que se refere à pena pecuniária, sem fixar a modalidade. A terceira está contemplada nos artigos 461 § 4º e 6º, e 645, embora não excluída do disposto no artigo 287.

Essa multa é cominatória e não reparatória, sendo normalmente arbitrada em valor elevado, para demover o devedor do intento de deixar de cumprir a prestação⁵⁸, sem qualquer correspondência com o prejuízo real causado ao credor pelo inadimplemento da obrigação, e independente da existência de qualquer prejuízo, incidindo no caso em que o obrigado não cumpra a obrigação no prazo fixado no título ou determinado pelo juiz⁵⁹.

⁵⁷ V. Eduardo Arruda Alvim, Mandado de Segurança no Direito Tributário, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, pág.266.

⁵⁸ Araken de Assis, ob.cit., pág.426.

⁵⁹ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, págs. 176/177.

Mesmo quando estipulada no título extrajudicial, não se confunde com a cláusula penal.

As regras da Lei 7.347/85, que previam a aplicação de multa cominatória (artigos 11 e 12), especialmente a do § 2º do art.12 que determinava a fluência da multa a partir do trânsito em julgado da sentença, estão derogadas pela disciplina mais abrangente da matéria no artigo 84 do CDC, e nas reformas empreendidas no Código de Processo Civil a partir de 1994.

A partir da reforma de 1994, a multa passou a poder ser aplicada de ofício ou a requerimento da parte, liminarmente, na sentença ou na execução, e, a partir da Lei 10.444/2002, também no cumprimento de ofício da sentença sem execução, como meio indireto de coação para forçar o devedor a cumprir obrigações de fazer fungíveis, infungíveis, de não fazer ou de entrega de coisa.

O art. 645 estabelece que o juiz na execução de título extrajudicial fixará o dia a partir do qual a multa periódica será devida, mas na verdade o que deve o juiz fixar é o prazo para o devedor cumprir a obrigação (art.632), se esse prazo não constar do título executivo, passando a multa a fluir, nesse caso, a partir do dia seguinte ao do vencimento desse prazo. O mesmo fará o juiz quando impuser a multa em decisão interlocutória ou na sentença no processo de conhecimento. A multa simples ou múltipla é normalmente cabível nos casos de violação instantânea, de obrigação de fazer ou não fazer, única ou reiterável⁶⁰.

A multa é variável quanto à periodicidade e o valor (artigo 461, § 6º), caso se verifique que se tornou insuficiente ou excessiva, salvo na execução de título extrajudicial (artigo 645, parágrafo único), em que a variação poderá ser para reduzi-la, não para aumentá-la, caso o seu valor esteja fixado no título.

⁶⁰Teori Albino Zavascki, *Antecipação da tutela* ed. Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1999, pág.143: No caso de obrigação negativa, em que se visa à não ocorrência da ação, a coerção pecuniária mais adequada é a multa de valor fixo, que não incide imediatamente, mas apenas se houver violação da obrigação.

A multa periódica vigorará por tempo indeterminado, cessando a sua fluência com o cumprimento da obrigação ou com a superveniência da impossibilidade material de cumprimento da prestação. Se essa impossibilidade for evidente desde o início da execução, não deverá o juiz impor a multa, cabendo a sua revogação, se fixada na sentença ou na liminar.

Também cessará o curso da multa a partir da data em que o credor for ressarcido das perdas e danos, se nestas se tiver convertido a obrigação.

A modificabilidade da multa não ofende a coisa julgada, porque a multa não integra a obrigação exequenda, constituindo simples meio coativo processual⁶¹. Pelo mesmo motivo, pode o juiz na execução imediata impor multa que tenha sido rejeitada na sentença, independentemente de mudança das circunstâncias que determinaram a decisão denegatória⁶².

Como regra, o valor da multa reverte em favor do exequente⁶³, como ocorre com quase todas as multas decorrentes da má fé (art.35 do CPC). Exceção é a multa do artigo 14, parágrafo único, do CPC, que, revertendo ao Estado, perde muito em eficácia, porque o seu pagamento dependerá de execução fiscal. Nas ações coletivas fundadas em interesses difusos ou coletivos, as multas revertem em benefício dos fundos; nas fundadas em interesses individuais homogêneos, serão rateadas entre os lesados, recolhendo-se provisoriamente aos fundos os resíduos não reclamados.

Por outro lado, se o desobediente à ordem judicial for o próprio devedor, por qual multa responderá: a do artigo 601, que reverte ao exequente, ou a do artigo 14, parágrafo único, que reverte ao Estado? Parece-me que a solução possível, não a desejável, é que na execução autônoma se aplique a regra do artigo 601 ao devedor; nesta, se aplique o artigo 14 a outros sujeitos, também se aplicando este dispositivo às execuções imediatas, sem processo de execução autônomo. Em outros sistemas, como o alemão, a multa reverte em favor do Estado, para que o credor não se locuplete economicamente em detrimento do devedor, o

⁶¹Humberto Theodoro Júnior, pág.260.

⁶²Em contrário, Marcelo Lima Guerra, ob. cit., pág.195.

⁶³Carreira Alvim, ob.cit., pág. 122; Pedro Dinamarco, ob.cit., pág.297.

que acaba esvaziando o interesse do credor em torná-la efetiva, reduzindo em consequência a sua força intimidativa. Nesse aspecto, talvez a solução mais adequada seja a do Direito Português, que reparte a multa, em partes iguais, entre o credor e o Estado, atendendo simultaneamente ao interesse individual e ao social⁶⁴.

6.9. Meios coativos contra o Estado.

Já antes da reforma processual de 1994, a doutrina admitia sem discrepâncias a execução específica, *in natura*, das obrigações de fazer ou não fazer decorrentes das sentenças concessivas de mandados de segurança⁶⁵, que não se convertem em perdas e danos.

O princípio da separação de poderes tem sido invocado como fundamento para não permitir a intervenção judicial em órgãos administrativos a fim de executar diretamente o *facere* ou o *non facere* decorrente de imposição judicial.

Mas o Estado não pode ficar imune à execução forçada. As intervenções em entidades públicas são juridicamente viáveis desde que respeitem regras orçamentárias e não substituam o Executivo naquelas funções que lhe são próprias, relacionadas com a vontade política do Estado. Nos Estados Unidos o limite são as *political questions*.

Entendo que a possibilidade de execução forçada se coaduna melhor com a moderna compreensão da tutela jurisdicional como instrumento de garantia plena da eficácia dos direitos do cidadão, de que a separação de poderes não pode constituir óbice. A meu ver não se trata de violação da separação de poderes, mesmo porque inexistente um modelo-padrão de tripartição de poderes, variando de um Estado para outro a composição desse equilíbrio de funções de poderes interdependentes, mas de simples consequência do primado do Judiciário e da garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva.

⁶⁴ João Calvão da Silva, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Separata do volume XXX do Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, Coimbra, pág.443.

⁶⁵ Celso Agrícola Barbi, *Do Mandado de Segurança*, Forense, Rio, 8ª ed., 1998, pág.272.

Por outro lado, é o próprio texto constitucional, no inciso XXXV do artigo 5º, que dá relevância à tutela da urgência. Toda vez em que uma decisão urgente exigir o cumprimento de uma atividade ulterior, a tutela jurisdicional somente será efetiva se for capaz de realizar essa mesma atividade, caso a Administração não a efetive.

Em razão da indissociabilidade cognição-execução na providência urgente, o mesmo juiz da cautela deve ser provocado para executá-la, podendo, se necessário, nomear um comissário *ad acta*.

Entre nós, a Lei Antitruste (Lei 8.884/94, art.63) autoriza expressamente a nomeação de um interventor na empresa, quando necessário⁶⁶.

O ressarcimento do dano é particularmente inadequado, especialmente quando o cumprimento da ordem judicial tiver o caráter de urgência.

A prevalecer a impossibilidade de intervenção judicial, a execução das obrigações de fazer ou não fazer contra o Estado há de utilizar, como meios de coação indireta, as medidas previstas no § 5º do artigo 461, a multa ao funcionário instituída no parágrafo único do artigo 14 do CPC, com a redação da Lei 10.358/2001, às quais ainda podem ser acrescidas as sanções políticas e penais previstas em outra sede, como a intervenção federal ou estadual, o processo criminal por crime de responsabilidade ou crime de prevaricação.

No entanto, é forçoso reconhecer que a pena pecuniária (a *astreinte*), embora teoricamente admissível (art.461, § 4º), não tem suficiente eficácia intimidativa contra o Estado, porque a sua execução obrigatoriamente se sujeitará ao procedimento do precatório. Se a finalidade da coação indireta é induzir o devedor a cumprir voluntariamente a prestação, a sua imposição ao Estado não vai produzir esse efeito, correndo ainda o risco de transformar-se em simples instrumento de enriquecimento do credor às custas do devedor.

⁶⁶ Pedro Dinamarco, ob.cit., pág.308.

6.10. Tutela Inibitória e Execução ou Cumprimento de Obrigações de não Fazer.

Abalizada doutrina vem ressaltando a importância moderna da tutela preventiva não cautelar, com suporte na própria garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva (Constituição, art.5º, inciso XXXV), para resguardar o titular do direito das situações de perigo ou de ameaça de lesão ao bem jurídico⁶⁷.

É a chamada *tutela inibitória*, que “busca evitar que se consume a lesão ao direito, com cunho nitidamente preventivo e dirigida para o futuro”⁶⁸, desde que operacionalizada de modo apto a impedir oportunamente a violação do direito e a restaurá-lo tal como existia antes da lesão, caso violado⁶⁹.

Antes da reforma de 1994, BARBOSA MOREIRA já apontava o mandado proibitório (CPC, art.932), o embargo de obra nova (art. 934), a liminar no mandado de segurança (Lei 1533/51, art. 7º), a liminar na ação popular (Lei 4717/65, art.5º, § 4º), como medidas de antecipação da tutela jurisdicional, que propiciam a tutela específica das obrigações negativas⁷⁰.

Na jurisdição de conhecimento, a tutela inibitória pode ser objeto de provimento antecipado de caráter cautelar, com fundamento no § 3º do art. 84 do CDC e no § 3º do art. 461 do CPC, desde que concorram os requisitos da relevância do fundamento (*fumus boni juris*) e do justificado receio de ineficácia do provimento final (*periculum in mora*).

Quanto à execução da tutela inibitória antecipada, pelo seu caráter cautelar, se afigurava inteiramente inadequado o procedimento dos arts. 642 e 643 do CPC, devendo sua execução ser imediata, como agora decorre expressamente da Lei 10.444/2002.

⁶⁷ V. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1998.

⁶⁸ Sérgio Cruz Arenhart, *A tutela inibitória da vida privada*, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pág.102.

⁶⁹ Idem, pág.106.

⁷⁰ Idem, pág.37. Para Marinoni (ob.cit., pág.46), os melhores exemplos de tutela inibitória pura no direito brasileiro estão no interdito proibitório e no mandado de segurança preventivo.

Mas ainda que se tenha de recorrer ao disposto nos artigos 632 e ss., se a obrigação de não fazer resultar, por exemplo, de título extrajudicial, como um compromisso de ajustamento de conduta, a tutela específica ficará inteiramente frustrada pela utilização das regras dos arts. 642 e 643, que têm caráter inteiramente retrospectivo, voltado para uma situação passada de violação já consumada que precisa ser revertida, sem predispor medidas coercitivas que favoreçam preventivamente o cumprimento da obrigação⁷¹.

Já observei⁷², apoiado em lição de BARBOSA MOREIRA, que as obrigações negativas não consistem apenas em não fazer, mas também em permitir ou tolerar que se faça⁷³. Outras vezes o não fazer depende de uma série de atividades concretas. Por exemplo, não poluir pode significar instalar novos equipamentos, proceder ao treinamento do pessoal, utilizar novas matérias e novos processos produtivos.

Como o *não fazer* normalmente pressupõe um verdadeiro *fazer*, deve utilizar-se para a execução daquele o mesmo procedimento previsto para este⁷⁴. Se o *abster-se* é infungível, o *permitir* e o *tolerar* podem normalmente ser cumpridos por ordem judicial, independentemente da vontade do devedor.

⁷¹ Carlos Alberto de Salles, ob.cit., pág.282.

⁷² *O Processo de Execução*, vol.II, pág.521.

⁷³ José Carlos Barbosa Moreira, “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, Saraiva, São Paulo, 1980, pág.30: não fazer alguma coisa, não praticar determinado ato (obrigação do senhorio de não mudar a forma nem o destino do prédio alugado, durante a locação - Código Civil, art.1204); tolerar, não oferecer resistência a fato natural, à atividade de outrem, ou ao resultado desta ou daquele (obrigação do dono do prédio inferior, de receber as águas que correm naturalmente do superior - Código Civil, art. 563); permitir que outrem pratique determinado ato, para o qual é necessária a autorização do devedor (obrigação do proprietário do imóvel de consentir que entre no seu prédio, e dele temporariamente use, mediante prévio aviso, o vizinho, quando seja indispensável à reparação ou limpeza, construção ou reconstrução de sua casa - Código Civil, art.587, caput, 1ª parte). Além das obrigações negativas, existem os deveres de abstenção: correspondentes aos direitos absolutos, quer reais, quer da personalidade; correspondentes a direitos subjetivos públicos contra a Administração; para a salvaguarda de interesses coletivos ou difusos.

⁷⁴ Marinoni (ob.cit., pág.101) “A partir do momento em que se compreende que a tutela visa a inibir o ilícito (ainda que sempre mediante a imposição de um comportamento), e não apenas o fazer, não há razão para não se admitir uma tutela inibitória com conteúdo positivo”.

Se o Código de Processo Civil, originalmente, não previa a citação do devedor para abster-se da prática do ato, a partir da reforma de 1994, pelo disposto no artigo 461, deverá o juiz, nessa espécie de obrigação, determinar as medidas coativas previstas nos §§ 4º e 5º, deferidas liminarmente, na sentença, na execução de título extrajudicial ou no cumprimento da sentença condenatória, sendo imperiosa nos três últimos casos, salvo melhor juízo, a citação ou intimação do devedor para não praticar o ato, sob pena de incidir na multa pecuniária ou em outra coação indireta determinada no título ou no despacho judicial⁷⁵.

A sentença inibitória terá sempre eficácia condenatória negativa⁷⁶. A variabilidade dos meios de satisfazer a obrigação de fazer ou não fazer não significa que o juiz não esteja adstrito ao pedido, mas que os meios de apoio necessários para alcançar o bem jurídico podem variar, de acordo com as necessidades do caso concreto. É a mesma fungibilidade prevista no processo cautelar (art.805) e no processo de execução (art.620), que não afeta o direito do autor ao bem jurídico por ele almejado, matéria sobre a qual incidirá a coisa julgada⁷⁷. Na verdade, a lei considera nessas ações que o pedido está limitado pela prestação positiva ou negativa que o autor pretende, e não pela providência ou pelo meio executório escolhido para a sua efetivação.

As considerações aqui feitas sobre a execução de obrigações de não fazer se aplicam tanto às decorrentes de sentença condenatória quanto de título extrajudicial. Nessa matéria, as execuções coletivas estarão sujeitas às mesmas vicissitudes de qualquer outra execução.

⁷⁵ José Carlos Barbosa Moreira, “A tutela específica do credor nas obrigações negativas”, in *Temas de Direito Processual*, Segunda Série, Saraiva, São Paulo, 1980, pág.33: antes da lesão, é viável a tutela específica da obrigação negativa, o que não ocorre na hipótese contrária.

⁷⁶ Para Sérgio Cruz Arenhart (ob.cit., pág.184), a sentença inibitória tem geralmente natureza mandamental ou executiva *lato sensu*. No mesmo sentido, Athos Gusmão Carneiro, *Da antecipação de tutela no processo civil*, ed. Forense, Rio, 2ª ed., 1999, pág.49.

⁷⁷ V. em sentido contrário, Marinoni (ob.cit., pág.120).

CORRUPÇÃO FOI O TEMA CENTRAL DA REUNIÃO DA ONU SOBRE A PREVENÇÃO DO CRIME¹

Damásio de Jesus (tradução)

“Viena, 7 de maio de 2001 (*UN Information Service*) – O avanço na luta contra a corrupção é o principal enfoque quando 40 governos e observadores reúnem-se aqui, a partir do dia 8 de maio, para revisar um grande número de questões que estão sendo enfrentadas pelo Programa das Nações Unidas de Controle da Criminalidade em Nível Mundial.

Durante os debates da questão – conduzidos por um painel de membros –, a Comissão das Nações Unidas para a Prevenção de Crimes e Justiça Criminal espera estabelecer o ambiente para as preparações da negociação de um tratado, que seja legalmente vinculatório em nível internacional, sobre a corrupção. Tal processo necessitaria de uma aprovação da Assembléia Geral durante a sua próxima reunião no outono.

O painel sobre a corrupção inclui especialistas de países engajados em programas-pilotos ao Centro das Nações Unidas para a Prevenção Internacional da Criminalidade, com base em Viena. Como pano de fundo para discussão, os palestrantes e delegados farão uma análise dos instrumentos existentes sobre a corrupção, tanto aqueles que são

¹ Tradução do original em inglês “Corruption to be central theme of upcoming UN Commission Meeting”, distribuído pelo *UN Information Service* da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, durante o X Período de Sessões, Viena, Áustria, de 8 a 17 de maio de 2001.

vinculatórios quanto os não-vinculatórios. Grande parte dos contratos que serão cobertos são regionais, com muitas disparidades nas terminologias, ações a serem condenadas criminalmente, jurisdição, ações, sanções e outras questões.

A Comissão também levará em consideração a melhor forma de se promover a vigência da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e três protocolos que lidam com o tráfico de seres humanos, o contrabando de migrantes e a fabricação e comercialização ilícita de armas de fogo. A Convenção, juntamente com os dois primeiros protocolos, foi adotada pela Assembléia em novembro passado e desde então foi assinada por 125 países e pela Comissão Européia. O protocolo de tráfico humano possui 75 assinaturas, e o protocolo de contrabando de migrantes, 82. O instrumento sobre o tráfico de armas, concluído em março, será submetido posteriormente à Assembléia durante este mês e deverá estar aberto para assinaturas em junho. O tratado e seus protocolos serão transformados em lei internacional quando forem ratificados pelos parlamentos das 40 nações.

Outras questões a serem analisadas durante a sessão incluem: crimes pela Internet (ou *cyber-crimes*), tráfico de explosivos, acompanhamento do Congresso das Nações Unidas sobre Criminalidade realizado no ano passado e assistência prática das Nações Unidas aos países que solicitarem auxílio para a melhoria de suas capacidades para lutar contra o crime. A Comissão também revisará o avanço obtido por meio dos programas globais recém-criados do Centro sobre as questões da corrupção, crime organizado transnacional e tráfico de seres humanos, bem como o trabalho da Seção de Prevenção do Terrorismo do Centro.

A Comissão foi formada em 1992 para estabelecer as políticas internacionais das questões de controle da criminalidade. Ela substituiu o Comitê de Prevenção e Controle da Criminalidade, que era formado por um corpo de especialistas individuais em vez de delegações governamentais. Os integrantes da Comissão serão eleitos pelo Conselho Socioeconômico.

CORRUPÇÃO

Recentemente, a comunidade internacional demonstrou uma consciência cada vez maior sobre a gravidade da corrupção, que os governos observam como causa da fuga de investimentos estrangeiros, do empobrecimento e da perda da confiança das comunidades nas autoridades públicas, em todos os níveis. A corrupção é agora vista como sendo multifacetada e afetando cada sociedade, não importando o seu nível de desenvolvimento e sofisticação. De acordo com a análise que está sendo estudada pela Comissão, a corrupção destrói os esforços para a constituição ou para o maior desenvolvimento das instituições democráticas e torna-se mais complexa à medida que os riscos aumentam. Como resultado de recentes desenvolvimentos nas esferas política e econômica, o fenômeno não mais está confinado às fronteiras nacionais, e a tolerância em relação a ele diminuiu drasticamente. Existem agora *enormes apelos para providências* contra a propina e a corrupção em todos os níveis.

Entre as muitas medidas revisadas no relatório, apenas a Convenção adotada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) – com signatários dos cinco continentes – possui uma ampla cobertura geográfica. É de se ver, contudo, que ela apenas trata do chamado *lado da oferta* do problema, em particular da propina às autoridades públicas estrangeiras. E apenas a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que exige dos Estados participantes a condenação criminal da corrupção, entre outras coisas, foi negociada com a participação de países em desenvolvimento de todas as regiões.

Tendo em vista o recente reconhecimento por parte da Assembléia Geral quanto ao desejo de um instrumento jurídico eficaz contra a corrupção, o relatório observa uma oportunidade única para desenvolver um instrumento que possa plenamente abordar as preocupações da comunidade internacional e dar apoio à sua aplicação em nível global. As discussões da Comissão sobre a corrupção servirão como ponto de partida para uma reunião de especialistas intergovernamentais, que irá ocorrer do dia 30 de julho ao dia 3 de agosto.

CRIMES NA INTERNET

A utilização criminosa dos computadores e da Internet oferece um desafio significativo para a Justiça e para os sistemas de controle da Justiça de muitos países. Enquanto tais transgressões, no passado, estavam confinadas aos criminosos e às vítimas de países desenvolvidos, a ampliação do acesso de muitos países em desenvolvimento levou o problema a um nível de “globalização”. Qualquer solução – declara um relatório submetido à Comissão – necessitará do envolvimento e da participação tanto dos países desenvolvidos quanto daqueles em desenvolvimento, e necessitará considerar as rápidas mudanças na tecnologia.

O chamado “cyber-crime” traz importantes implicações para os direitos humanos, o comércio e as condições sociais, além do controle da criminalidade. E formas totalmente novas de condutas danosas têm que ser examinadas, tais como problemas da propriedade intelectual, reprodução de cópias não autorizadas de *software* e dados, e a questão do que se pode fazer em relação ao chamado “conteúdo ofensivo”.

Uma outra categoria de crimes na Internet é a utilização das novas tecnologias pelos criminosos para organizar, comunicar e evitar serem pegos. Os *hackers* estão obtendo acesso não autorizado aos computadores e utilizando tal acesso para subtrair dados, introduzir vírus e sabotar sistemas de informática completos.

Com relação ao conteúdo, o relatório observa que, enquanto grande parte dos Estados agora condena a utilização da Internet para disseminar a pornografia infantil, existe um consenso menor sobre quais outros tipos de materiais podem ser classificados como obscenos, pornográficos ou blasfemos, ou o que constitui a propaganda odiosa. As tentativas para limitar tal conteúdo trazem a questão da liberdade de expressão.

O relatório também cuida da utilização de computadores nas fraudes, espionagem industrial, jogos de azar, lavagem de dinheiro e como suporte a formas totalmente novas de organização criminal. Recomenda que o crime relacionado aos computadores seja tratado como um ponto distinto e que os países em desenvolvimento sejam auxiliados na abordagem da questão. Ele também sugere a consideração das medidas internacionais e nacionais e do setor privado. Tais medidas, observa, funcionarão apenas por meio de um consenso quase que universal.

O Centro para a Prevenção da Criminalidade Internacional, comenta o relatório, deverá conduzir um estudo mais detalhado do problema para envio à Comissão, durante a sua sessão a ser convocada em 2002. Tal relatório deverá incorporar uma pesquisa das necessidades dos Estados em relação a essa questão. Um grupo de especialistas deveria, com base em tal estudo, aconselhar a Comissão quanto a ser viável ou desejável a produção da minuta de um instrumento internacional sobre crimes de Informática. Os autores também levantam a questão sobre o fato de o Centro estabelecer ou não um programa global em relação a esse tipo de crime.

ACOMPANHAMENTO DO CONGRESSO SOBRE A CRIMINALIDADE

Esforçando-se para colocar em prática os objetivos e prioridades mapeados na Declaração de Viena sobre a Criminalidade e Justiça, os participantes debaterão um plano na forma de minuta em relação a uma ação concreta a ser tomada tanto em nível nacional quanto internacional. A Declaração é o resultado do 10.º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento do Delinqüente, ocorrido no ano passado em Viena. Ela solicita uma ação para combater o crime organizado transnacional, a corrupção, o tráfico de pessoas, o contrabando de migrantes e a movimentação ilícita de armas de fogo. Ela também realça a necessidade de lutar contra a lavagem de dinheiro, a criminalidade relacionada à Informática e ao terrorismo, e a tomada de medidas para prevenção da criminalidade, a proteção das vítimas dos crimes e a reforma do tratamento dos criminosos”.

MODELO DE JUSTIÇA PARA O SÉCULO XXI

Pedro Scuro Neto, Ph.D. (Leeds), M.Soc.Sc. (Praga)
Centro Talcott de Justiça e Direito – São Paulo

Dia após dia trabalho com jovens infratores, com as memórias dos seus crimes, de seus males, de suas vítimas. Trabalho com os jovens e seus enganos, suas drogas e seus vazios, com seus sofrimentos, seus pesadelos, suas mães e seus amores. Sim, com suas mães e seus amores. São raros os jovens presos cujas mães não lhes acompanha o desencanto, o choro sumido no fundo duma cela da FEBEM. São raros os jovens presos cujos sentimentos sejam toscos ao ponto de desconhecer a linguagem do amor. Mas antes que tivessem conhecido sua expressão amorosa, tiveram melhores chances de identificação com a violência.
LEOBERTO N. BRANCHER, Juiz de Direito

Nos anos setenta teve início um debate sobre alternativas para a Justiça, tendo como pano de fundo procedimentos de mediação entre vítima e infrator. No começo a discussão restringiu-se a um punhado de professores e ativistas. Mas em 1990 o quadro mudou quando os participantes de uma conferência internacional sobre mediação aplicada a processos de justiça penal na Áustria, Bélgica, Finlândia, Inglaterra, França, Itália, Alemanha, Grécia, Holanda, Noruega, Escócia e Turquia, deram-se conta do surgimento de um novo modelo, a Justiça Restaurativa¹, hoje um poderoso movimento global de reformulação do modo

¹ JOHN BRAITHWAITE. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

convencional de definir crime e justiça. A partir daí o interesse não parou de crescer. Em 1995, o governo da Nova Zelândia reformulou seu sistema de justiça da infância e juventude adotando o modelo restaurativo². Na África do Sul, país com gravíssimos problemas de violência e criminalidade, o estatuto de crianças e adolescentes também foi alterado para abrigar princípios restaurativos. Entrementes, no mundo inteiro aumentava de forma notável o número de programas de mediação entre vítima e infrator, a expressão mais tradicional e menos controvertida do modelo.

País	Número de programas
África do Sul	1
Alemanha	293
Austrália	5
Áustria	Disponíveis em todas jurisdições
Bélgica	8
Canadá	26
Escócia	2
Estados Unidos	280
Finlândia	130
França	40
Noruega	54
Nova Zelândia	Disponíveis em todas jurisdições

Em 1997, na Austrália, uma avaliação escrupulosa mostrou, em comparação com o procedimento legal convencional, uma nítida vantagem a favor dos procedimentos restaurativos, virtualmente duas vezes mais resultados positivos no que diz respeito a prevenir reincidência, maior grau de satisfação das vítimas (que, em 82% dos casos receberam desculpas ou restituição material, comparado com apenas 9% nos tribunais), melhor percepção de justiça nos métodos empregados e resultados obtidos, bem como em termos de custos³. O impacto gerou interesse generalizado e hoje projetos similares estão sendo desenvolvidos pelas polícias do Canadá e Inglaterra.

² F. W. M. McELREA. The New Zealand Model of Family Group Conferences. *European Journal on Criminal Policy and Research*, 6: 527-43, 1998.

³ G. C. BARNES, L.W. SHERMAN e H. STRANG, *Rise Working Papers*, 1-4, Canberra: Australian National University, 1997.

O movimento restaurativo define justiça a partir de três posturas básicas:

- ♦ Infrações são atos lesivos a pessoas e relacionamentos acima de tudo; resultam em danos a vítimas, famílias, comunidades e aos próprios infratores.

- ♦ A justiça deve ser o objetivo essencial do processo legal e deve ser obtida prioritariamente através de reconciliação entre as partes e reparação dos danos causados.

- ♦ Conflitos são melhor resolvidos facilitando-se o envolvimento de vítimas, infratores, famílias e comunidades.

A Justiça Restaurativa encara o crime como um mal causado, acima de tudo, a pessoas e comunidades. A ênfase no dano implica considerar antes de mais nada as necessidades da vítima e a importância desta no processo legal. Implica, ademais, em responsabilidade e compromisso concretos do infrator, que o sistema de justiça convencional interpreta exclusivamente através da pena, imposta ao condenado para compensar o dano, mas que, infelizmente, na maior parte das vezes, é irrelevante e até mesmo contraproducente.

Pouco ou quase nada no processo judicial obriga o infrator a entender as conseqüências de seus atos e considerar o mal que causou a suas vítimas. Pelo contrário, o infrator encara a Justiça como um jogo onde todos são adversários, seus e uns dos outros. Não têm a menor motivação para reconhecer que é responsável e nenhuma chance para, de algum modo, expressar seu sentido de responsabilidade. Suas “estratégias de neutralização”⁴ – estereótipos e racionalizações que os infratores utilizam para se distanciar das pessoas que prejudicaram – jamais são questionadas. Desse modo, a sensação de alienação em relação à sociedade, que a maioria dos infratores sente, o sentimento de que eles próprios são vítimas, é maximizado pelo processo legal e pela experiência da prisão.

⁴GRESHAN SYKES e DAVID MATZA. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. *American Sociological Review*, 22: 664-70, 1957.

ESTRATÉGIAS DE NEUTRALIZAÇÃO

“Eu tinha bebido.” “Na hora me deu branco.” – negação de responsabilidade;

“Ninguém se machucou.” “Eles têm muito dinheiro.” “Ela nem percebeu.” – negação de dano;

“Ele mereceu.” “Ela estava pedindo.” – negação de vítima;

“Ele mandou.” “Foi o povo que votou nele” – recurso a autoridade superior;

“Na vida já fiz muito mais coisa boa que ruim.” – metáfora de currículo;

“Todo mundo faz.” – reivindicação de normalidade;

“Foi só uma brincadeira.” – negação de dolo;

“É errado, mas não é roubo nem seqüestro.” “Estupra, mas não mata.” – reivindicação de relativa aceitabilidade.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: MANDAMENTOS⁵

1. Dar aos danos causados pela conduta nociva prioridade em relação às regras formais que possam ter sido infringidas.

2. Mostrar igual preocupação e envolver-se tanto com os infratores quanto com a sorte de suas vítimas.

3. Trabalhar pela reparação do dano causado, apoiando vítimas, famílias e comunidades, atendendo suas necessidades.

4. Apoiar os infratores, ao mesmo tempo estimulando-os a entender, aceitar e cumprir com as suas obrigações.

5. Reconhecer que as obrigações dos infratores não são tarefas impossíveis nem impostas para causar-lhes prejuízo ou sofrimento.

⁵ HOWARD ZEHR. Restorative Justice: The Concept. *Corrections Today*, dezembro, 1997: 68-70.

6. Oferecer, quando for apropriado, oportunidades de diálogo, direto ou indireto, entre vítimas e infratores.

7. Envolver as comunidades no processo judicial e dar-lhes condição de reconhecer e enfrentar os problemas e conflitos do seu entorno.

8. Estimular colaboração e reintegração, em lugar de coerção e isolamento.

9. Atentar para as conseqüências indesejáveis de nossas ações e projetos, mesmo quando concebidos com as melhores intenções.

10. Respeitar e envolver todas as partes: vítimas, infratores e integrantes do sistema de justiça.

CRIME E JUSTIÇA: PRESSUPOSTOS⁶

Justiça retributiva	Justiça Restaurativa
Crime: noção abstrata, infração à lei, ato contra o Estado	Crime: ato contra pessoas e comunidades
Controle: Justiça Penal	Controle: comunidade
Compromisso do infrator: pagar multa ou cumprir pena	Compromisso do infrator: assume responsabilidades e faz algo para compensar o dano
Crime: ato e responsabilidade exclusivamente individuais	Crime: ato e responsabilidade com dimensões individuais e sociais
Pena eficaz: a ameaça de castigo altera condutas e coíbe a criminalidade	Castigo somente não muda condutas, além de prejudicar a harmonia social e a qualidade dos relacionamentos
Vítima: elemento periférico no processo legal:	Vítima: vital para o encaminhamento do processo judicial e a solução de conflitos
Infrator: definido em termos de suas deficiências	Infrator definido por sua capacidade de reparar danos
Preocupação principal: estabelecer culpa por eventos passados (Você fez ou não fez?)	Preocupação principal: resolver o conflito, enfatizando deveres e obrigações futuras. (Que precisa ser feito agora?)
Ênfase: relações formais, adversativas, adjudicativas e dispositivas	Ênfase: diálogo e negociação
Impor sofrimento para punir e coibir	Restituir para compensar as partes e reconciliar
Comunidade: marginalizada, representada pelo Estado	Comunidade: viabiliza o processo restaurativo

⁶ PEDRO SCURO NETO. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000: 103.

Na área cível, o movimento restaurativo vem sendo liderado pela entidade máxima dos advogados norte-americanos, a American Bar Association, enquanto em outros lugares o interesse está concentrado na aplicação da JR a casos de criminalidade, principalmente quando jovens e crianças estão envolvidos. Em julho de 1999 a ONU aprovou uma resolução sobre o assunto; em seguida um documento da sua Comissão de Prevenção de Criminalidade e Justiça Criminal recomendou um debate internacional sobre princípios básicos de implementação de programas de justiça restaurativa criminal, conclamando os Estados membros da ONU a trocar informações sobre experiências de implementação e avaliação de tais programas⁷.

JUSTIÇA RESTAURATIVA CRIMINAL (RECOMENDAÇÕES)

Organização das Nações Unidas (Declaração de Viena, 20 de abril de 2000)

Programas de justiça restaurativa

Promovem processos ou objetivos restaurativos para atingir resultados restaurativos. Devem estar disponíveis em todas as fases do processo legal. Só podem ser utilizados com o consentimento livre e voluntário das partes. A ONU recomenda consultas permanentes entre os administradores dos programas e as autoridades judiciárias, no objetivo de desenvolver entendimento comum acerca do processo restaurativo e de seus resultados, difundindo-os e descobrindo maneiras de incorporar a abordagem restaurativa a todas as práticas da Justiça Criminal. Por outro lado, os Estados que fazem parte da Organização devem promover pesquisa e avaliação dos programas, para aquilatar a extensão dos resultados e se os programas representam real alternativa no contexto do processo penal e se propiciam benefícios para todas as partes envolvidas, incluindo o sistema de justiça.

⁷www.restorativejustice.org (fevereiro de 2001)

Resultado restaurativo

Acordo obtido como resultado do processo restaurativo (restituição, serviço à comunidade, ação para reparar o dano e reintegrar vítima/infrator). O acordo deve ser obtido de modo voluntário pelas partes e conter obrigações razoáveis e equitativas.

Processo restaurativo

Atores envolvidos (vítima, infrator, comunidade) participam ativamente na resolução do problema/conflito criado pelo incidente. Exemplos de processo restaurativo: mediação, câmaras restaurativas. Na impossibilidade de aplicar e obter processos/resultados restaurativos as autoridades devem fazer de tudo para estimular o infrator a assumir responsabilidade em relação à vítima e comunidades afetadas, reintegrando vítima e infrator no seio da comunidade.

Partes

Vítima, infrator, estranhos ou membros da comunidade atingidos por um incidente e envolvidos no processo restaurativo. A condição básica de participação é o conhecimento dos elementos fundamentais do caso. Participação no processo não deve servir como admissão de culpa no processo legal; disparidades óbvias em termos de idade, maturidade e capacidade intelectual dos participantes devem ser levadas também em consideração.

Condições de implementação

Devem ser estabelecidos, inclusive por via legislativa, padrões e diretrizes legais para a implementação dos programas restaurativos, bem como para qualificação, treinamento, avaliação e credenciamento de mediadores, administração dos programas, níveis de competência e padrões éticos, salvaguardas e garantias individuais.

Obrigações assumidas na base de acordos obtidos por meio de programas restaurativos devem ter força de decisão judicial e abreviar a

ação legal em relação aos mesmos fatos. Do mesmo modo, quando não houver acordo entre as partes, o procedimento judicial convencional deverá ser retomado sem demora. Falta ou incapacidade de cumprir os termos do acordo não deve ser usado como justificativa para penas mais severas.

Mediadores

Devem conhecer os hábitos e os princípios éticos das comunidades envolvidas, ter discernimento e capacidades interpessoais para conduzir o processo restaurativo. Devem providenciar ambiente seguro e apropriado para a realização do processo restaurativo, cumprir sua missão de forma imparcial, com base nos fatos e tendo em vista as necessidades e desejos das partes. Devem respeitar a dignidade dos participantes e garantir o respeito mútuo das partes.

Os mediadores recebem treinamento adequado antes de assumir suas responsabilidades e, mesmo depois de credenciados por entidade reconhecida, devem continuar se aprimorando durante todo o tempo que exercem a função. O objetivo do treinamento é desenvolver capacidades de resolução de conflitos, habilidade de considerar pontos de vista em conflito, em particular de vítimas e infratores, propiciar conhecimentos básicos acerca do sistema de justiça, processo legal e do próprio processo restaurativo.

A Justiça Restaurativa introduz uma nova forma de encarar conflitos, violência e criminalidade, não como desgraças, mas como oportunidades de mudanças positivas em benefício de todos. A JR é um modo de transformação que requer mecanismos de reparação de danos e reconstrução de relações humanas. Esse mecanismos são próprios para lidar, ao mesmo tempo, com as regras impessoais do sistema legal e os sentimentos elementares que afloram na interação dos indivíduos, nos quais se baseiam as percepções do senso comum acerca de justiça.

O pressuposto da Justiça Restaurativa é que é preciso entender os componentes emocionais do conflito e a dinâmica da sua transformação. Esse entendimento envolve estudo interdisciplinar e múltiplas intervenções, cuja forma mais acabada são as câmaras restaurativas, um componente introduzido inicialmente em programas coordenados pela

polícia de Canberra, capital da Austrália, como alternativa ao processo judicial em casos de infrações de trânsito sob influência de álcool, ou de violência e crimes contra o patrimônio perpetrados por adolescentes, depois aplicado em vários contextos (escolas, famílias, empresas) em diversas partes do mundo, inclusive no Brasil⁸.

CÂMARAS RESTAURATIVAS: A EMOÇÃO DA JUSTIÇA

Anderson não é uma pessoa, mas um composto de casos envolvendo jovens infratores. Um dia desses foi preso por assalto a mão armada. Uma pessoa apareceu enquanto ele estava em regime de detenção e lhe perguntou se recebia visita dos pais. Disse que não e nem queria saber deles. Avós? Tinha, mas parece que haviam morrido. Irmãos ou irmãs? Não gostava de nenhum deles, a não ser da irmã mais velha, que sempre lhe tratou bem. Ela um dia, porém, se casou, foi embora e nunca mais deu notícia. Tios? Tirando um, que lhe dava alguma atenção, o resto jamais ligou para ele. Professores? Sempre acharam que ele era coisa ruim. “Não dá para lembrar de pelo menos um que tratava você melhor?” Tinha um, o professor de Educação Física. Esse professor, a irmã mais velha e o tio foram localizados e convidados a participar de uma reunião. Para a mesma ocasião foram chamadas a vítima de Anderson, uma senhora, e, para lhe dar apoio, uma de suas filhas.

Todos se sentaram numa sala, cadeiras dispostas em círculo. O mediador, a pessoa que havia feito todas aquelas perguntas a Anderson, tinha preparado a reunião. Ele mesmo fez as apresentações e pediu que o próprio Anderson fosse o primeiro a falar e explicasse tudo o que aconteceu. Meio sem jeito Anderson disse que roubara porque estava precisando de dinheiro. Viu uma mulher andando na rua, chegou perto dela e lhe mostrou a arma. Ela ficou agitada e Anderson bateu nela com o revólver. Arrancou-lhe a bolsa e fugiu. O mediador então perguntou ao

⁸ PEDRO SCURO NETO. Justiça nas Escolas: A Função das Câmaras Restaurativas. Em *O Direito é Aprender*. Brasília: Fundescola/Projeto Nordeste – MEC, 1999: 47-58. PEDRO SCURO NETO. Câmaras Restaurativas: A Justiça como Instrumento de Transformação de Conflitos. Em *Pela Justiça na Educação*. Brasília: MEC/BIRD, 2000: 601-37.

tio o que achava. O homem estava muito indignado. Disse que Anderson era uma criança boa, mas pelo jeito tinha saído dos trilhos. O professor também estava decepcionado: sabia que Anderson de vez em quando arrumava confusão na escola, mas nunca fora violento. Não dava para entender seu comportamento atual. O mediador pediu à irmã que dissesse algo, mas ela não respondeu, envergonhada.

Chegou a vez da vítima, que, segundo a filha, não saía mais de casa desde o incidente. Ficou sem dinheiro por um bom tempo, mas o pior mesmo foi o medo de ficar sozinha. Receava que Anderson, ou “outro igual a ele”, aparecesse de repente para agredi-la e roubar. Enquanto a mulher falava, Anderson achava graça e nem prestava muita atenção. Tudo aquilo não fazia muito sentido para ele. Foi quando a irmã, bastante perturbada, começou a chorar. O mediador achou melhor fazer uma pausa. Com a ajuda do tio, procurou tranquilizar a irmã de Anderson. Ainda soluçando ela lhes disse que entendia a conduta do irmão. Contou detalhes da vida de ambos na casa dos pais. O tio ficou chocado, pois não sabia nada daquilo.

Quando a reunião recomeçou, a irmã, recuperada, se dirigiu a Anderson com surpreendente firmeza. Olhou direto nos olhos dele e repetiu tudo que havia contado ao mediador e ao tio. Anderson já não achava graça nenhuma. A irmã falou muita coisa, rapidamente, o que bastou para que todos entendessem tudo que ela queria dizer. A vítima sentiu-se envolvida pelo relato e começou a chorar. Anderson também, disse que estava arrependido e sentia muito o que fez à mulher. Queria devolver o dinheiro roubado, mas não tinha como. Garantiu que não iria perseguir a vítima quando fosse libertado, insistiu para ela não ter mais medo. A mulher aceitou as desculpas e afirmou que estava mais confiante para voltar a sair de casa. Gostaria de receber o dinheiro de volta, mas achava que o mais importante era Anderson arrumar um trabalho e um lugar decente para morar. A irmã disse que iria falar com o marido para ver se o irmão podia ficar uns tempos com eles. O professor contou que sabia de um serviço que Anderson podia fazer e talvez pagar o que devia à vítima. Se trabalhasse direito, tinha certeza de que conseguiria um outro emprego, permanente. Quando terminou a reunião – que não durou mais de uma hora e meia – Anderson e a vítima se abraçaram. Ela lhe desejou boa sorte e ele se desculpou outra vez. Meio acanhado o tio se ofereceu para

ajudar nas despesas de Anderson na casa da irmã. Disse que iria estar à disposição quando fosse preciso.

A partir daí a vida de Anderson continuou, atribulada, marcada por períodos de desemprego. Um ano depois foi levado mais uma vez à uma reunião como a primeira, acusado do furto de uma bicicleta. Hoje em dia, no entanto, quem o conhece diz que não enjeita trabalho, não se mete em encrenca, sempre vai visitar a irmã e se encontra o tio de vez em quando. A vítima recuperou seu dinheiro e agora sai de casa sempre que precisa. Ela e sua filha dizem a todos que a tal reunião – uma “câmara restaurativa” – fora a experiência mais incrível de suas vidas.

CÂMARAS RESTAURATIVAS

Que são?

Uma reunião de pessoas afetadas por conduta causadora de dano grave (perda de propriedade, lesão corporal, clima de insegurança). Foro onde infratores, vítimas e pessoas que de alguma forma lhes dão apoio, encontram meios de reparar prejuízos e evitar a repetição da conduta negativa.

Quem vai?

O infrator, a vítima, seus respectivos apoios e as autoridades que investigam o incidente, sob os auspícios de um mediador devidamente treinado para (1) decidir quando a câmara deve ser convocada, (2) selecionar, contatar e convocar os participantes, (4) preparar e dirigir os trabalhos, (5) redigir um acordo entre as partes. (6) avaliar os resultados, acompanhar os participantes e reproduzir conhecimentos.

O que acontece?

Os presentes têm a chance de relatar os acontecimentos a partir do seu próprio ponto de vista, bem como dizer o que aconteceu desde então. Todos adquirem claro entendimento acerca das conseqüências do comportamento em questão, tomam consciência do que deve ser feito para que os danos físicos e emocionais de algum modo sejam reparados, bem como para minimizar efeitos negativos futuros. Um termo deve ser lavrado e assinado por cada um dos participantes, que recebem cópia do acordo.

Quais são os resultados?

Os termos do acordo podem incluir pedido formal de desculpas, garantias de que o comportamento prejudicial não voltará a ocorrer, ressarcimento dos danos (em dinheiro, quando apropriado), reparação de danos materiais, serviço comunitário, compromisso de assumir comportamento adequado. Os resultados dependem da capacidade do grupo de realizar os termos do acordo.

Quanto dura?

Depende da complexidade e das circunstâncias do incidente, do número de pessoas envolvidas ou interessadas em tomar parte. A duração média esperada é de 90 minutos.

Quais as vantagens?

As vítimas têm oportunidade e um foro seguro para dizer como foram afetadas. Desempenham papel importante na decisão sobre a melhor maneira de reparar o dano sofrido e minimizar conseqüências futuras. As famílias e as pessoas que dão sustentação também comentam o incidente e os seus efeitos. Os infratores, em vez de esquivar-se e distanciar-se das pessoas que prejudicaram, confrontam as conseqüências do seu comportamento e assumem total responsabilidade. A câmara restaurativa lhes oferece a oportunidade de retornar ao convívio da comunidade. Todos aprendem muito no decorrer do processo e depois dele.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Leoberto Narciso Brancher

Juízado Regional da Infância e da Juventude – Porto Alegre / 3ª Vara

A possibilidade jurídica

Inspirado nas mais modernas concepções das Nações Unidas para a área de Justiça e de Direitos Humanos, a Lei 8.069/90 – o Estatuto da Criança e do Adolescente contém dispositivos que tornam perfeitamente

compatível o ordenamento jurídico brasileiro com a recepção do modelo da Justiça Restaurativa.

Com o instituto da remissão – seguindo a tendência de desjudicializar o atendimento de infrações penais leves e médias preconizado pelo Direito Penal Mínimo - a lei brasileira permite que o processo judicial seja excluído, suspenso ou extinto caso ocorra a composição do conflito de forma amigável, ainda que importando em que o jovem infrator assuma o compromisso de cumprir medida sócio-educativa (art. 112) desde que não privativa da liberdade.

Essa solução aplica-se em regra a jovens primários apresentados à Justiça pela prática de contravenções e/ou crimes considerados leves como furtos, posse de drogas, lesões corporais, danos, ou médios como porte de arma e roubo sem violência contra a pessoa, para exemplificar, correspondendo na prática à média de 70 a 80% dos casos atendidos.

Com a remissão a tramitação do processo pode ser judicialmente dispensada havendo acordo em que as partes (adolescente, vítima e familiares) dispensem a culpabilização formal ainda que a solução implique em receber o jovem uma advertência formal, ou arcar com a reparação do dano, ou prestar serviços à comunidade ou, ainda, submeter-se a um regime de liberdade assistida.

Qualquer dessas medidas sócio-educativas pode ainda, inclusive em caso do acordo da remissão, ser cumulada com medidas protetivas (art. 101) acessórias como, para exemplificar: tratamento da drogadição, frequência e aproveitamento escolar, atendimentos terapêuticos, etc.

O modelo se completa com a possibilidade de também os pais e/ou responsáveis pelo adolescente assumirem formalmente compromissos de se submeterem a medidas (art. 129) como participação em cursos de orientação, obrigação de zelar pela frequência e aproveitamento escolar do filho, terapias etc.

O acordo pode ocorrer antes do processo (forma de exclusão) ou durante (forma de suspensão ou extinção) e sempre será firmado tendo como partes as partes do processo, ou seja, o adolescente e seus responsáveis, de um lado, e o Ministério Público, de outro. A seguir, será

levado a homologação judicial – podendo o juiz ainda recusar a homologação ou submetê-la a retificações -, a partir do que o acordo passará a valer com força de sentença, formando o título executório para aparelhar a execução das medidas.

Pelo descumprimento do acordo o jovem sujeita-se até mesmo à perda da liberdade por período definido (máximo de 90 dias), podendo o juiz do processo da execução rever e substituir a medida acordada por outra mais adequada (p. ex., trocar uma reparação de danos por uma prestação de serviços ou uma destas por uma liberdade assistida, ou, ainda, acrescentar uma medida protetiva como submeter-se a tratamento da drogadição). Já os pais sujeitam-se a multas previstas no próprio estatuto caso descumpram o acordo.

A prática hoje em dia

O Estatuto da Criança e do Adolescente projeta também a criação de centros de atendimento inicial integrado ao adolescente infrator (art. 88. Inc. V) – prevendo neles a integração operacional dos órgãos de segurança (polícia militar e civil) Justiça (ministério público, defensoria pública, judiciário) e assistência social.

Existentes em diversas Capitais (Porto Alegre, Fortaleza, Recife, entre outras) estes centros de atendimento inicial integrado representa um importante mecanismo institucional voltado ao acolhimento do adolescente, vítima e seus familiares – dado que em regra todos são levados a comparecer perante a polícia por ocasião do registro ou da investigação da ocorrência, e isso ocorre em regra no mesmo local físico onde também atuam, em regra em regime de plantão, os promotores, defensores e juizes que tomarão conhecimento do caso. A adoção do modelo é, nesses contextos, mais uma questão de atitude e sua aplicação se mostra intuitiva.

Uma prática para amadurecer

O volume de casos diariamente trazidos à apreciação e muitas vezes a fragmentação do atendimento (embora fisicamente instalados no mesmo lugar, cada instituição costuma atender o jovem separadamente e até

mesmo em datas diferentes!) pode permitir o ajustamento de soluções pouco efetivas, seja pela inadequação da medida ao perfil subjetivo do adolescente (prestação de serviços a comunidade a adolescentes usuários de drogas e sem residência fixa, por exemplo) ou por descuido com a apuração da realidade dos fatos – já que a instrução fica dispensada e o adolescente sente-se ansioso e tende a aceitar qualquer proposta que lhe retire imediatamente dali (como ser apresentado após ter sido vítima de uma lesão em briga na escola mas, por já ter anterior remissão com advertência, assumir remissão com prestação de serviços enquanto os agressores foram dispensados com advertência).

A aplicação das Câmaras Restaurativas, assim, não apenas encontraria respaldo no modelo jurídico, que pode empregar força executória às deliberações da câmara – observados os limites e as medidas do Estatuto, mas também no modelo organizacional – com os centros de atendimento inicial integrado como suporte para apresentação dos casos em tempo real.

Mais do que isso, qualificaria o conteúdo democrático e construtivo da definição da sanção, de modo que está poderá resultar melhor adequada ao perfil do infrator, sua capacidade de cumprir e às circunstâncias reais da prática da infração.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: PLANO DE INTERVENÇÃO

(Experimento ativo)

Apesar de a opinião pública achar que o desempenho da Justiça é ineficiente, para avaliar o desempenho do sistema raramente são empregados procedimentos científicos. O próprio Judiciário, quando quer ter alguma idéia do impacto de suas atividades, limita-se, como qualquer repartição governamental, a fazer levantamentos de gastos ou atendimento. Por exemplo, pretende-se que “a imagem de que a Justiça brasileira é lenta e inacessível está prestes a ruir”, simplesmente porque os Juizados Especiais, criados para resolver *litígios de bagatela*, “já atendem, hoje, praticamente 50% da demanda da Justiça no Estado de São Paulo ... o número de

processos que ingressam, apenas nos Juizado Especiais Cíveis, é de cerca de 450 mil por ano”.⁹

Essas avaliações corriqueiras (cognominados de “pesquisas”) limitam-se a descrever atividades e se a contar que estas atingiram objetivos puramente administrativos, ao passo que o verdadeiro objeto de avaliação ainda está a clamar pelo estabelecimento de *relações de causa e efeito* entre objetivos, atividades e a *função estabilizadora* do Direito, como instrumento de resolução de conflitos e ordenação jurídica da sociedade¹⁰. Isso requer capacidade de:

1. mensurar dosagem, adequação e conteúdo dos objetivos e atividades previstos em programas, projetos, iniciativas etc.;
2. reunir dados básicos antes de iniciar os programas, projetos etc.;
3. reunir dados (relativos aos setores/grupos onde foram implementadas as atividades) em comparação com setores/grupos onde os projetos etc. ainda não estão em operação;
4. eliminar ou controlar hipóteses alternativas, que pretenderiam obter resultados parecidos ou melhores que o projeto etc. em execução;
5. selecionar previamente setores/grupos utilizando fórmulas de probabilidade semelhante¹¹.

Conseqüentemente, o que se propõe é a implantação de procedimentos restaurativos na perspectiva de um experimento ativo, delineado para ser executado sob “pressão de avaliação”, na base de comprovação científica rigorosa, mas contando também com ampla participação, para ao mesmo tempo induzir mudanças e substituir práticas ineficientes ou contraproducentes.

⁹ O Braço social da Justiça. *RT Informa*, n.º 13, 2001:4.

¹⁰ O. WEINBERGER. Der Begriff der Rückkoppelung als Instrument der rechtssoziologischen Erklärung. Em *Studien zur Normenlogik und Rechtsinformatik*. 1974: 25-30. DINIO DE SANTIS GARCIA. A crise da Justiça e suas causas. Em *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. 1, 1996: 170.

¹¹ THOMAS D. COOK e DONALD T. CAMPBELL. *Quasi-experimentation: Design and Analysis Issues for Field Settings*. Chicago: Rand-McNally, 1979.

FASE I - SENSIBILIZAÇÃO (duração: 2 meses)

- Contatos institucionais: Universidades, Justiça, Ministério Público, Defensoria (OAB), Polícia, FEBEM, Governo do Estado, Governo do Município, Rede de OGs e ONGs,** Secretarias da Educação do Estado e Município

- Seminário: exposição pública do delineamento programa.
- Seleção de mediadores.

FASE II - PRÉ-TESTE (Duração: 2 meses)

- Coleta de dados e mensuração da efetividade dos atuais instrumentos de intervenção.

1. Estado de espírito das pessoas afetadas por incidentes/infrações
2. Impacto das atuais intervenções na condutas dos infratores
3. Percepções de infratores e vítimas acerca do impacto das atuais intervenções
4. Grau de empatia do infrator provocado pelas atuais intervenções
5. Grau do impacto das atuais intervenções nas relações famílias/juizados/comunidades
6. Grau do impacto do processo de implementação das atuais intervenções na estrutura e nos procedimentos da Justiça da Infância e Juventude
7. Grau do impacto das atuais intervenções nos índices gerais de violência e criminalidade

FASE III - PREPARAÇÃO (Duração: 2 meses)

- Viabilização de condições físicas/instalações e operacionais
- Projeto-piloto: Justiça Instantânea (Centro Integrado)
- Montagem do Programa e treinamento dos mediadores

FASE IV - IMPLANTAÇÃO (Duração: 6 meses)

- Funcionamento de câmara restaurativa no Centro Integrado
- Preparação de Núcleos Descentralizados de execução de medidas sócio-educativas municipalizadas
- Viabilização de condições para mais oito câmaras setoriais
- Preparação de Núcleos Descentralizados de execução de medidas sócio-educativas

FASE V - VALIDAÇÃO do processo de implantação dos núcleos e Centro Integrado (Duração: 2 meses)

- Coleta de dados e mensuração da efetividade dos instrumentos do Programa na condução/resolução de incidentes/infrações. Mensuração através de análise dos seguintes itens:

1. Grau de satisfação das pessoas afetadas pelos incidentes/infrações
2. Grau do impacto do Programa sobre a condutas dos infratores
3. Grau de percepção do infrator e da vítima acerca do impacto do Programa
4. Grau de empatia do infrator provocado pelo Programa
5. Grau do impacto do Programa sobre as relações famílias/juizados/comunidades
6. Grau do impacto do processo de implementação do Programa sobre a estrutura e os procedimentos da Justiça da Infância e Juventude
7. Grau do impacto do Programa nos índices gerais de violência e criminalidade

FASE VI - DIFUSÃO (Duração: 2 meses)

- Seminário internacional
- Propostas:
 - a) câmaras restaurativas em escolas de primeiro e segundo graus
 - b) programa para Justiça de adultos

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DISCIPLINA DA EFICÁCIA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NÃO CONVERTIDAS

Edilson Pereira Nobre Júnior*

O Constituinte de 1988, mantendo tradição inaugurada em 1891, reservou ao Supremo Tribunal Federal papel de destaque na organização judiciária patril, consistente na missão de guardião da autoridade, inteireza positiva e uniformidade interpretativa da Lei Máxima.

Essa afirmativa é corroborada pelo art. 102, *caput*, do Texto Magno, ao declarar competir àquele, de maneira precípua, a vigilância da Constituição, cabendo-lhe, entre outras competências, as de julgar: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; b) a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; c) mandado de injunção, quando a norma indispensável à eficácia de direito ou liberdade constitucional for da alçada do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; d) recurso extraordinário, desde que a decisão recorrida contrarie dispositivo da Constituição, declare a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, ou que julgue válida lei ou ato de governo local, contestado em face da Constituição; e) a arguição de descumprimento de preceito fundamental, disciplinada, recentemente, pela Lei 9.882, de 03-12-99. Fora do largo elenco do art. 102 da CF, colhe-se no

* Professor da UFRN, Professor da Especialização em Direito Administrativo da UFPE e Mestre em Direito pela UFPE. Juiz Federal.

art. 103, §2º, do mesmo diploma, a competência para processar e julgar a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

Daí se pode, com facilidade, perceber que, conquanto possa não se admitir a existência de efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de interpretação da Lei Maior, salvo a explícita previsão constitucional no particular da ação declaratória de constitucionalidade, não se pode deixar de constatar a circunstância de que, na prática, enorme influência tais deliberações exercem sobre os julgamentos dos demais juízes e tribunais.

Tanto é assim que, tão logo promulgada a atual Lei Fundamental, o Min. Sydney Sanches, comentando, em estudo doutrinário, as novas atribuições confiadas ao Pretório Excelso, destacou: “a função precípua de guarda da Constituição confere ao Supremo Tribunal Federal posição de enorme responsabilidade e importância na implantação e preservação da nova ordem constitucional”¹.

Feita essa advertência inicial, segue-se que, na Constituição promulgada em 1988, dentre os inúmeros dispositivos que vêm ensejando maiores discussões, está o seu art. 62, ao traçar competência legislativa especial em prol do chefe do Poder Executivo, consistente na edição de medidas provisórias.

Acolheu-se, assim, instituto que habilita o Governo a legislar por atribuição própria, sem prévio consentimento do Parlamento², cuja intervenção fiscalizadora se faz posteriormente, a exemplo do que ocorre, em virtude da necessidade inarredável de ação legislativa rápida, vivenciada nos tempos hodiernos, com vários modelos hauridos no constitucionalismo contemporâneo, a saber: os arts. 77 da Constituição italiana de 1947 (*decreto-legge*), 81 da Constituição alemã de 1949 (estado de necessidade legislativa), 16 e 34 da Constituição da França de 1958 (poderes extraordinários do Presidente da República e o regulamento autônomo), 44 da Constituição da Grécia de 1975 (adoção de atos legislativos em circunstâncias excepcionais de necessidade extremadamente

¹ O Supremo Tribunal Federal na Nova Constituição. In: *A Constituição Brasileira 1988 – Interpretações*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 214.

² A legislação governamental por competência constitucional específica não constitui novidade em nosso sistema jurídico, como se pode relembrar do decreto-lei das Constituições de 1937 (arts. 13 e 14) e de 1969 (art. 55), sem contar os Atos Institucionais nº 2 (art. 30) e 5 (art. 2).

urgente e imprevista), 198º da Constituição de Portugal de 1976 (decreto-lei), 86 da Constituição hispânica de 1978 (*decreto-ley*), 99, inciso 3, da Constituição da Nação Argentina de 1853, com a reforma de 1994 (*decretos de necesidad y urgencia*) e, mais recentemente, os arts. 101 da Constituição da Croácia (decretos com força de lei), 108 da Constituição da Eslovênia de 1991 (decretos com força de lei), 114.4 da Constituição da Romênia de 1991 (ordenanças de urgência), 109 da Constituição da Estônia (decretos presidenciais) e 85 da Lituânia (decreto-lei), ambas de 1992.

É sabido que, na praxe, o Congresso Nacional tem, com freqüência, se omitido no exercício do relevante controle que lhe outorgara o Constituinte, pois não vem convertendo, no escasso trintídio constitucional, as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, ocasionando o fenômeno que se convencionou denominar de reedição, de admissibilidade tranqüila no Supremo Tribunal Federal³.

A não conversão em lei tem como efeito implicar na perda da vigência da medida provisória desde a sua edição (*ex tunc*), conforme texto expresso do art. 62, parágrafo único, primeira parte, da CF, no que colhera inspiração no art. 77.3 da Constituição italiana.

Não se pode descartar haverem as normas, contidas na medida não convertida, logrado aplicação a numerosos casos concretos durante a sua efêmera vigência. Qual será, então, a sorte dos atos realizados com base na referida norma? Reputar-se-ão írritos ou válidos? A princípio, a primeira alternativa se impõe. A perda de eficácia *ex tunc* da medida provisória desemboca, como corolário lógico, na cessação, também retrooperante, das suas aplicações⁴.

Para uma resposta completa, inconcebível, porém, olvidar-se o temperamento imposto pela parte final do parágrafo único do art. 62,

³ADIN 293-7, Pleno, mv, rel. Min. Celso de Melo, DJU de 16-04-93; ADIN 1.660-SE, Pleno, mv, rel. desig. Min. Nelson Jobim, DJU de 07-12-2000, p. 04; ADIN 1.610-5, Pleno, mv, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 05/12/97, p. 63.148; ADIN 1.398-1 – DF, Pleno, rel. Min. Carlos Veloso, DJU 27/06/97.

⁴Mais simples a sistemática projetada para o extinto decreto-lei, haja vista que o art. 55, §2º, da Lei Maior revogada, era expresso em enfatizar que a rejeição daquele não implicará na nulidade dos atos praticados durante a sua vigência. Assim também era, na península itálica, com o art. 3º da famigerada Lei 100, de 1926, prevendo que não convertido o *decreto-legge* no prazo marcado, que se prolongava até dois anos, a cessação dos seus efeitos se dava *ex nunc*.

preceituando caber ao Congresso Nacional a disciplina das relações jurídicas, decorrentes da temporária aplicação das medidas provisórias não transmutadas em lei. Estatuíu o Constituinte, conforme se pode ver sem sombra de dúvidas, a solução para o problema calcada no instituto da convalidação dos efeitos das medidas provisórias não convertidas.

Percebe-se, portanto, que a melhor exegese do art. 62, parágrafo único, parte final da CF, é aquela a recomendar, ante a não-validade das normas da medida não convertida, a qualidade de inválidos aos atos perpetrados no decorrer de sua aplicação. No entanto, permite-se ao Congresso Nacional regular – e com força retroativa, advirta-se – as conseqüências da medida provisória, reconhecendo-lhe, no todo ou em parte, validade. Pode, assim, o Legislativo, conferir validade a atos praticados com fulcro em medida provisória não aprovada⁵.

Trata-se de previsão expressa de retroatividade pela própria Constituição, a ressaltar apenas as regras que consagrara nos seus arts. 5.º, XXXVI, XL e 150, III, *a*, desde que a base fática indispensável à sua aplicação preceda à convalidação. Para uma melhor compreensão, esclareça-se que a

⁵No sistema jurídico italiano, prevalece a convicção de competir ao Parlamento disciplinar ou não tais relações jurídicas (*Sentenza* 86/1966, 144/1972 e 185/1981; recentemente, esse pendor constou de forma cristalina da *Sentenza* 84/1996, a ser doravante mencionada), não existindo obrigatoriedade para fazê-lo. Da mesma forma, caso as Câmaras decidam fazer uso de tal competência, não estão sujeitas a qualquer prazo de preclusão, podendo, como bem anota Alessandro Pizzorusso (*Lecciones de Derecho Constitucional*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 275-276) fazê-lo em procedimento singularizado, em relação à lei de conversão, ou no corpo desta, ou ainda através da lei de conversão de outro *decreto-legge*, conforme ressaltou a Corte Constitucional na *Sentenza* 249, de 28 de maio de 1996, relatada pelo Juiz Enzo Cheli (disponível em www.giurcost.org/decisioni. Acesso em 09-07-01). No Brasil, a doutrina se biparte, havendo alguns autores que, à consideração de ser inconstitucional a omissão do Congresso Nacional, advogam a possibilidade, para combatê-la, de ajuizamento de mandado de injunção ou de ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, como é o caso de Ivo Dantas (*Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 85) e Clèmerson Merlin Clève (*Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993. p.173), enquanto outros propendem à liberdade da avaliação política de agir do Parlamento, servindo de exemplo José Afonso da Silva, embora este ressalve possa o Judiciário ser convocado a examinar o assunto a teor do disposto no art. 5º, XXXV, se houver lesão de direito de outrem (*Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 465).

configuração de ato jurídico perfeito, direito adquirido, ou coisa julgada, anteriores à vigência da medida provisória não convertida, mas cujos efeitos foram convalidados pela atividade do Congresso Nacional, orienta-se pela nota da intangibilidade. Caso o fato gerador daqueles institutos se situe em instante posterior à convalidação, deverá aplicar-se a disciplina introduzida pela medida provisória cuja eficácia fora convalidada, não sendo a hipótese de prestigiar-se a segurança jurídica.

O fenômeno, originário do ordenamento constitucional italiano, foi bem retratado através de Federico Sorrentino, ao expressamente mencionar a possibilidade de retroação, inclusive com a possibilidade de não se proceder ao respeito aos correspondentes limites constitucionais. Diz o autor: “A falta de conversão autoriza, como se viu, as Câmaras a disciplinar com lei as relações jurídicas surgidas com base no decreto não convertido, consentindo aquelas em assim superar eventuais limites à retroatividade das leis e, sobretudo, em derogar o princípio da decadência retroativa dos decretos não convertidos, fazendo seguras as relações que tal decadência renderia inválidas”⁶. Mais à frente, remata: “Na praxe o legislador faz uso deste poder com uma fórmula geral de sanatória de todos os atos e relações conseqüentes ao decreto não convertido: isto equivale a uma confirmação do decreto pelo período no qual aquele esteve em vigor, com todas as conseqüências que podem provir em sede aplicativa”⁷.

⁶ “La mancata conversione, autorizza, como si è visto, le Camere a disciplinare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto non convertito, consentendo loro di superare così eventuali limiti alla retroattività delle leggi e, soprattutto, di derogare al principio della decadenza retroattiva dei decreti non convertiti, facendo salvi rapporti che tale decadenza renderebbe invalidi”. (Il decreto legge non convertito. In: BAUDREZ, Maryse *et alli*. *I decreti-legge non convertiti*. Milano, Giuffrè, 1996. p. 82).

⁷ “Nella prassi il legislatore fa uso di questo potere con una formula generale di sanatoria di tutti gli atti e i rapporti conseguenti al decreto non convertito: ciò che equivale ad una conferma del decreto per il periodo in cui esso è stato in vigore, con tutte le conseguenze che ne possono discendere in sede applicativa”. (*ibidem*, p. 82). A Corte de Cassação (*Sentenze* 4.262, de 06-10-77 e 3.034, de 25-05-79) – mostra-nos Giovanni Pitruzzella (*La legge di conversione del decreto-legge*. Pádua: CEDAM, 1989. p. 330) – no particular das relações tributárias, manifesta-se que a incidência retroativa da lei de sanatória somente poderá atingir situações de fato, geradoras do crédito tributário, caso sucedidas durante a vigência do *decreto-legge* não convertido. O raciocínio jurisprudencial peninsular é idêntico ao que expusemos no parágrafo anterior ao objeto desta nota.

O magistério do referido autor, deduzido do exame da ordem jurídica italiana, mas que guarda, nesse ponto, sensível similitude com a nossa, longe está a induzir a autorização para que, nas reiteraões, as futuras edições de *decreti-legge* tragam a cláusula de que ficam convalidadas as relações jurídicas surgidas com fundamento no *decreto-legge* não convertido, haja vista que o art. 77.3 da Constituição Italiana atribui tal competência à lei.

A semelhança dos sistemas, antes apontada, reside em que o art. 62, parágrafo único, parte final, da CF, é expresso, para não dizer enfático, em ditar que, não convertida a medida provisória em lei, os efeitos desta decorrente serão disciplinados pelo Congresso Nacional. Isso é o suficiente para excluir, nesse campo, a atividade isolada do Chefe do Poder Executivo.

O Supremo Tribunal Federal, inicialmente, propendeu a esse entendimento, salientando o despropósito do Presidente da República em editar medida provisória, com vistas a prover a competência do art. 62, parágrafo único, parte final, da Lei Básica. Expresso, a esse respeito, o despacho, da lavra do Min. Celso de Mello, ao negar seguimento à ADIN 365-8/600⁸, ratificado em sede de agravo regimental⁹.

⁸ DJU de 05-10-90, p. 10.717. Cuidava-se a hipótese de impugnação, pela Confederação Nacional da Indústria, da Instrução Normativa 102/90, editada pela Secretaria da Receita Federal, apontada como instituidora de novas hipóteses de incidência do IOF. Em decisão monocrática, entendeu-se incabível a ação direta de inconstitucionalidade, uma vez que o ato regulamentar em causa, em estabelecendo interpretação não autorizada à MP 195/90, não traduzia situação de conflito constitucional, mas de ilegalidade. Atento à circunstância fática de que o art. 10 da MP 212/90, dispondo sobre o mesmo assunto, inserira cláusula de convalidação das MP's 195/90 e 200/90, o relator, no referido despacho, tecera breve consideração sobre essa questão, a despeito de não constituir a finalidade primordial do feito em exame: "A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não convertido em lei constitui obrigação indeclinável do Congresso Nacional, que deverá regrá-las mediante procedimento legislativo adequado. O exercício dessa prerrogativa congressional deriva, fundamentalmente, de um princípio essencial de nosso sistema constitucional: o princípio da *reserva de competência* do Congresso Nacional. A disciplina de que trata o parágrafo único do art. 62 da Carta Política tem, por isso mesmo, *na lei formal*, de exclusiva atribuição do Congresso, seu instrumento jurídico idôneo, sendo relevante observar que, de seu processo de formação, *co-participará* o Presidente da República, pelo exercício da competência constitucional de que dispõe para sancionar ou vetar os projetos de lei aprovados pelo Legislativo".

⁹ AGRADI 365 – DF, Plenário, ac. un., rel. Min. Celso de Mello, DJU de 15-03-91, p. 2.645.

É sabido que, posteriormente, o STF, em várias oportunidades, como se pode exemplificar no julgamento da ADIN 1.660-SE, ao reputar válida a MP 560/94 e suas reedições, que instituíram a alíquota de 12% para a contribuição previdenciária dos servidores públicos federais, louvou-se no entendimento de que referido instrumento normativo, renovado, sucessiva e tempestivamente, manteve, por isso, a eficácia de lei.

Na motivação exarada no julgado, acima referenciado, não é abordado o tema da convalidação dos efeitos das anteriores medidas provisórias não convertidas. A discussão teve como foco a possibilidade ou não de reedição.

Não obstante, em recente manifestação na ADINMC 2.251 – DF¹⁰, assestada contra o art. 14 da MP 1.984 –19, que convalidara os atos praticados com base na MP 1.984 –18, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, entendeu, já agora enfrentando o tema, não ofender a competência do Poder Legislativo a circunstância de medida provisória convalidar a eficácia produzida por medida provisória não convertida. Uma abordagem crítica desse julgado configurará o objeto deste estudo.

É certo que, aproximadamente três meses depois, no desate do RE 254.818 – PR¹¹, o Supremo Tribunal Federal manteve decisão do Tribunal Regional da 4ª Região, que aplicara o benefício de suspensão da ação penal pela suposta prática do delito do art. 95, *d*, da Lei 8.212/91, previsto na Medida Provisória 1.571 – 6/97, mas suprimido pela Medida Provisória 1.571-8/97, em virtude da convalidação dos efeitos daquela pela Lei 9.639/98, tendo o relator, ao ensejo da confirmação de seu voto, feito remissão elogiosa ao voto-vista do Ministro Moreira Alves, ao reputar válida tal cláusula, contida na lei de conversão, a qual seria, no particular, insuscetível de veto, por a matéria ser específica de decreto legislativo.

¹⁰ Plenário, *my*, rel. Min. Sydney Sanches, DJU 23.08.2000, Informativo STF n.º 199. Considerando-se que, ao instante em que escrito este trabalho, a ementa do julgado ainda não tinha sido publicada, com a disponibilização dos votos predominantes e minoritários, o nosso conhecimento da doutrina naquele firmada se limita a resenha contida em órgão de divulgação da Excelsa Corte.

¹¹ Pleno, *ac. un.*, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 08-11-2000, Informativo STF n.º 209.

Da decisão no RE 254.818 – PR penso não haver decorrido a alteração do ponto de vista fixado na também recente ADINMC 2.251 – DF, porquanto no voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, disponibilizado no Informativo STF nº 220, haja vista a não publicação da respectiva ementa, não fora reativado o debate em torno da violação do art. 62, parágrafo único, da CF, pela circunstância de a convalidação da eficácia dos atos de medida provisória não convertida advir de medida provisória posterior.

Abstraindo-se a quizília doutrinária sobre se a espécie normativa adequada para se concretizar o fim visado pelo art. 62, parágrafo único, parte final, da CF, é a lei ou o decreto legislativo¹², porquanto ambos são produtos da atividade legislativa do Congresso Nacional (e assim, em ambas hipóteses, eventual inconstitucionalidade formal seria facilmente contornada), é de concluir-se, sem tergiversação, que o dispositivo constitucional, ao contrário do respeitável ponto de vista do Supremo Tribunal Federal ADINMC 2.251 – DF, dispôs pela não admissibilidade da medida provisória, vista esta emanar, como frisado linhas retro, da atuação exclusiva do Poder Executivo.

É indubitoso que o Supremo Tribunal Federal, na sua missão de guardião da Lei Magna, possa adaptar o conteúdo das normas constitucionais às mudanças na sociedade, sem que para tanto seja necessário alterar o texto daquelas. No entanto, essa operação exegética, denominada mutação constitucional, não pode ser arbitrária. Não há de

¹² Favoráveis à lei para o desempenho da competência do art. 62, parágrafo único, parte final, da Lei Básica, podemos citar: Ivo Dantas (*Aspectos jurídicos das medidas provisórias*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1997. p. 85; Nagib Slaibi Filho (*Anotações à Constituição de 1988 – aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 346); José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 465); Clèmerson Merlin Clève (*Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição 1988*. São Paulo: RT, 1993. p.173). Diversamente, para Alexandre de Moraes (*Direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 536), o veículo apropriado será o decreto legislativo. Esta fora a opção, a nosso ver acertada, da Resolução 01/89 do Congresso Nacional (arts. 6º, parágrafo único, 7º, II e 17). Almejando pôr cobro à discussão, a PEC 472 – C, de 1997, projeta o acréscimo de §1º ao art. 62, conferindo tal mister ao decreto legislativo.

esconder limites, entre os quais, pondera Hesse¹³, o de que resulta inadmissível uma interpretação diferente dos enunciados magnos em aberta contradição com o texto da Lei Fundamental. Admitir-se que a disciplina das relações jurídicas surgidas com base em medida provisória, não transmudada em lei no prazo de 30 dias, seja realizada por outra medida provisória, é o mesmo que desconstituir a cláusula contida no art. 62, parágrafo único, segunda parte, da CF, quando enuncia, sem deixar a mínima margem de dúvida, dever “o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

Indispensável, mais uma vez, o recurso ao sistema jurídico italiano, cuja prática do *decreto-legge*, fonte informativa da medida provisória, recua há aproximadamente 54 anos, sem contar as decretações de urgência emanadas com autorização implícita do Estatuto Albertino de 1848 e sob os auspícios da Lei 100, de 1926, produto do regime fascista¹⁴. E não é só. O apelo ao modelo italiano torna-se obrigatório quando se constata – não é demasiado tornar a repetir – que o art. 77.3, da Lei Maior da Itália de 1947, perfilha idêntica solução à preconizada pelo art. 62, parágrafo único, parte final, da CF, ao dizer competir às Câmaras tal regulação. A

¹³ Constitución y derecho constitucional. In: BENDA, Ernesto *et alii*. *Manual de derecho constitucional*, Madri: Marcial Pons, 1996. p. 10. Luís Roberto Baroso (*Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 146), ao referir-se ao fenômeno como interpretação evolutiva, adverte que esta há de sofrer limitações, ora porque a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, estancando-se diante de significados mínimos, ora em virtude dos princípios fundamentais do sistema serem intangíveis, de sorte que as alterações informais introduzidas pela via hermenêutica não poderão contravir os programas constitucionais. Idem Arnaldo Penteadio Laudís io (Controle de constitucionalidade e interpretação constitucional. *Revista Ajufe*, São Paulo, v. 45, p. 46, abr./jun., 1995), ao suster que a exegese deve encontrar divisas, a fim de que não seja desnaturado o texto, a intenção e a genética constitucional. Acrescente-se ainda que o próprio Supremo Tribunal Federal, na Representação de Inconstitucionalidade 1.417 – 7 (Pleno, ac. un., rel. Min. Moreira Alves, DJU de 1.417 – 7, p. 8.397), deixou evidente não caber a aplicação do princípio da interpretação conforme à Constituição quando a única exegese possível para harmonizar a norma impugnada com a Lei Maior contrariar o sentido inequívoco desta.

¹⁴ Em retrospectiva, Biscaretti di Ruffia (*Diritto Costituzionale*. 15. ed. Nápoles: Jovene Editore, 1989. p. 569) aponta, no solo itálico, o pioneirismo para o decreto de 27 de maio de 1948.

única diferença – a nosso ver, desinfluyente para o questionamento proposto pela inicial – é que o constituinte peninsular houve por bem indicar a lei como o instrumento posto à mão do Parlamento para dispor sobre as relações surgidas no espaço de vigência de *decreto-legge* não convertido.

Atenta à hipótese, que se tornou freqüente na Itália, no interregno antecedente à *Sentenza* 360, de 17 de outubro de 1996¹⁵, onde os sucessivos decretos-leis, embora sem lograr conversão em lei, declaravam válidos, para o passado, os efeitos dos precedentes, de que eram reprodução, a doutrina, sem maiores considerações, ante a pacificidade que deveria ostentar o tema, reputara impossível que um *decreto-legge* dispusesse sobre os efeitos de outro *decreto-legge*, mantendo-os hígidos¹⁶. Nesse ponto, aliás, clara é a lição de Vezio Crisafulli que, em comentários à Constituição de 1947, afirma: “Em verdade, a circunstância - agora apontada no texto - de que o sujeito lexical da disposição da última parte do art. 77 da Constituição são apenas as Câmaras, constitui um forte indício da inconstitucionalidade da convalidação, disposta mediante um novo decreto, do efeito produzido por decreto-lei não convertido”¹⁷.

Vittorio di Ciolo, fazendo remissão à Lei 400/88, que traça procedimentos a serem observados na emissão de *decreti-legge*, afirma: “È

¹⁵ Rel. Juiz Enzo Cheli, disponível em www.giurcost.org/decisioni. Acesso em 08-02-01. Aludida decisão que, segundo Maryse Baudrez (Décrets-lois réitérés en Italie: l'exaspération mesurée de la Cour constitutionnelle. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 32, p. 752, 1997), consubstanciou lídima “bomba” jurisprudencial, ao interditar a reiteração do *decreto-legge*.

¹⁶ Entre as diversas hipóteses de utilização indevida do *decreto-legge*, listadas por Franco Modugno, em trabalho realizado em co-autoria com Alfonso Celloto (Rimedi all'abuso del decreto-legge. *Giurisprudenza Costituzionale*, ano XXXIX, n° 5, p. 3.234, set./out. 1994), está a de regular as relações jurídicas surgidas com base em decreto não convertido, exemplificada, dentre outras situações, pelo *decreto-legge* 457, de 24 de novembro de 1992 e de suas reiterações (*decreto-legge* 17, de 23 de janeiro de 1993, e 80, de 25 de março de 1993), os quais, tenderam a convalidar os efeitos do art. 20 do *decreto-legge* 195, de 01 de novembro de 1992, 274, de 30 de abril de 1992, e 325, de 01 de julho de 1992).

¹⁷ “Per la verità, la circostanza - dianzi accennata nel testo - che il soggetto lessicale della disposizione dell'ultima parte dell'art. 77 Cost. siano proprio <le Camere> costituisce un indizio assai forte dell'inconstituzionalità della convalida di effetti prodotti da un decreto-legge non convertito, disposta con un nuovo decreto”. (*Lezioni di Diritto Costituzionale*. Padova: Cedam, 1993. p. 100).

conhecido que o art. 15 da Lei n.º 400/1988 estabelece, além disso, que o Governo não pode, mediante decreto-lei, regular as relações jurídicas surgidas com base em decretos não convertidos (**é que o último inciso do art. 77 da Constituição confia às Câmaras tal tarefa**: também se reconheceu que uma aplicação lenta da previsão constitucional pode determinar efeitos danosos para os sujeitos que, em obséquio à lei, tenham-se submetido às disposições do decreto)¹⁸.

Alfonso Celloto, por sua vez, é peremptório: “Igualmente pacífica aparece a preclusão para os decretos de sanar os efeitos surgidos com base em decretos precedentes não convertidos, ante a explícita reserva às **“Camere (de) regular com lei** as relações jurídicas surgidas com base nos decretos-lei não convertidos”¹⁹.

Não pára por aí. Giovanni Pitruzzella, a propósito de comentar o art. 77.3, parte final, da Lei Maior itálica, acentuou, sem dar azo a qualquer dúvida: “A disposição em exame pode ser entendida no sentido que proíbe que a disciplina das relações jurídicas surgidas com base em um decreto-lei não convertido seja disposta por um outro decreto-lei, mas deste modo aquela não faz outra coisa que reforçar uma norma já deduzida da complexa disciplina predisposta pelo art. 77”²⁰.

¹⁸ “È noto che l’art. 15 della legge n. 400/1988 stabilisce, tra l’altro, che il Governo no può, mediante decreto-legge, regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti (**è l’ultimo comma dell’art. 77 della Costituzione che affida alle Camere tale compito**: anche se va riconosciuto che un’applicazione lenta della previsione costituzionale può determinare effetti dannosi per i soggetti che, in ossequio alla legge, abbiano ottemperato alle disposizioni del decreto)”. (Riflessioni in tema di decreti-legge non convertiti. In BAUDREZ, Maryse *et alli*. *I decreti-legge non convertiti*. Milano, Giuffrè, 1996. p. 137-138). Para ser mais preciso, é bom dizer que, na Itália, demais da Constituição, o art. 15, inciso segundo, letra *d*, da Lei 400/88, tentando racionalizar a matéria, obsta que um *decreto-legge* regule as relações produzidas por *decreto-legge* não convertido.

¹⁹ “Ugualmente pacifica appare la preclusione per i decreti a sanare gli effetti sorti sulla base di precedenti decreti non convertiti, stante la esplicita riserva alle **“Camere [di] regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti-legge non convertiti”**”. (*L’abuso del decreto-legge*. Roma, Cedam, 1997. p. 535).

²⁰ “La disposizione in esame può essere intesa nel senso che essa vieti che la disciplina dei rapporti giuridici sorti sulla base di un decreto non convertito sia disposta con un altro decreto legge, ma in questo modo essa non fa altro che ribadire una norma già desumibile dalla disciplina complessiva predisposta dall’art. 77”. (*La legge di conversione del decreto legge*.

As lições da doutrina produziram forte eco perante a Corte Constitucional, que vedou a chamada *reiterazione "a catena"*, conforme exemplifica a *Sentenza* 544, de 14 de dezembro de 1989, ou seja, que a convalidação tivesse lugar mediante os sucessivos *decreti-legge* produzidos em cadeia. Embora essa não tenha sido a questão principal do debate, da referida decisão é encontrada a seguinte passagem: “Não pode haver dúvida que o decreto-lei seja uma fonte incompetente para regular as relações jurídicas surgidas com base em precedentes decretos não convertidos e que, em geral, uma disposição de um decreto-lei, a qual estabelece um termo dos seus efeitos, a partir da data da entrada em vigor do precedente decreto não convertido, possa suscitar sérias dúvidas sobre a correção da conduta do Governo à luz do art. 77 Cost. E 15l. 400/1988”²¹.

Mais recentemente, por ocasião de questão incidental de legitimidade constitucional do art. 2º do Decreto-legge 238, de 21 de junho de 1995, que modificara o art. 8º do Código de Processo Civil italiano, suscitada pelo Pretor de Verona, a Corte Constitucional, rejeitando-a na *Sentenza* 84, de 21 de fevereiro de 1996, relatada pelo Juiz Renato Granata, expôs: “E esta Corte já afirmou, em geral (sentença n. 243 de 1985), que ‘através da técnica da sanatória’ ‘o terceiro inciso do art. 77 da Constituição habilita o legislador a ditar uma regulamentação retroativa das relações, sem por outros limites a não ser aqueles representados pelo respeito das outras

Pádua: CEDAM, 1989. p. 332). No mesmo sentido, consultar ainda: Paolo Biscaretti di Rufia (*Diritto Costituzionale*. 15. ed. Nápoles: Jovene Editore, 1989. p. 569), Livio Paladin (*Diritto Costituzionale*. 3. ed. Milão: CEDAM, 1998. p. 198), Fausto Cuocolo (*Principi di Diritto Costituzionale*. Milão: Giuffrè Editore, 1996. 163), Giuseppe de Vergottini (*Diritto Costituzionale*. Pádua: CEDAM, 1997. p. 209). Na doutrina francesa, merecedora de destaque Maryse Baudrez, professora da Universidade de Toulon, às voltas com a análise da figura do art. 77 da Constituição italiana (*Décrets-lois réitérés en Italie: l'exaspération mesurée de la Cour constitutionnelle. Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 32, p. 751, 1997), torna manifesta a compulsoriedade do pensamento aqui exposto ao depois da *Sentenza* 84/1996 da Corte Constitucional.

²¹ “Non vi può esser dubbio che il decreto-legge sia una fonte incompetente a regolare i rapporti giuridici sorti in base a precedenti decreti non convertiti e che, in generale, una disposizione di un decreto-legge la quale stabilisca una decorrenza dei propri effetti a partire dalla data di entrata in vigore del precedente decreto non convertito possa suscitare seri dubbi circa la correttezza dell’operato del Governo alla luce dei citati art. 77 Cost. e 15l. 400/1988”. (*Apud* Franco Modugno e Alfonso Celloto. *Rimedi all’abuso del decreto-legge. Giurisprudenza Costituzionale*, ano XXXIX, n° 5, p. 3.242, set./out. 1994)

normas e princípios constitucionais”²². Prosseguindo, acentuou que o conteúdo da disposição não convertida, embora reproduzido em um ou mais decretos-lei sucessivos até a sua conversão em lei, fora atingido pela cláusula de salvaguarda, contida naquela, a qual tem a função de reprimir, segundo uma opção atribuída à avaliação discricionária do Parlamento, uma continuidade normativa, fazendo remontar no tempo a nova disciplina à originária disposição não convertida, com a consolidação dos efeitos desta. Restou elucidada, de maneira tácita, mas ao mesmo tempo suficientemente óbvia, que tal atribuição constitui exclusividade do Poder Legislativo, não se admitindo a interferência substitutiva do Governo.

Fazendo-se incidir tais ensinamentos ao modelo brasileiro, adaptados à pequena diferença introduzida pelo art. 62, parágrafo único, parte final, da Lei Máxima, tem-se, da mesma forma, a total impossibilidade de medida provisória disciplinar as relações jurídicas surgidas sob o efêmero império temporal de medida provisória não convertida em lei.

A razão para tanto não deveria dispensar maiores comentários, em virtude da clareza da dicção constitucional. O Constituinte de 1988 serviu-se, no dispositivo acima mencionado, do binômio Congresso Nacional, órgão que, na redação mais límpida impossível do art. 44, *caput*, da Constituição Federal, tem a seguinte configuração: “Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”. Daí se vê que a medida provisória, cuja competência para a sua edição pertence ao Presidente da República, é inteiramente inidônea para o fim sob discussão.

Visto isso, não se pode deixar de considerar que a grande maioria dos tribunais e juízes, apesar da não existência de previsão de eficácia vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria constitucional e legal, respectivamente, vem adotando, no desate dos litígios que lhe são submetidos, as orientações de ditas Cortes, a fim de evitar desagradáveis incoerências na aplicação

²² “E questa Corte già affermato, in generale (sentenza n. 243 del 1985), che “traverso la tecnica della sanatoria” “il terzo comma dell’art. 77 da Costituzione abilita il legislatore a dettare una regolamentazione retroattiva dei rapporti”, senza porre “altri limiti se non quelli rappresentati dal rispetto delle altre norme e principi costituzionali”. (Disponível em www.giurcost.org/decisioni. Acesso em 09-03-01).

do ordenamento jurídico, as quais, em algumas situações, têm sido capazes de gravemente maltratar o princípio da isonomia.

A despeito dessa postura, estou em que a observância dos precedentes, emanados das Cortes Superiores, pelos juízes e tribunais inferiores, não é tal que seja capaz de transformar estes na condição de meros autômatos na aplicação das orientações firmadas por aquelas. Absolutamente. Nos países, cuja cultura jurídica é fortemente marcada pela doutrina do precedente, assoma possível ao julgador distanciar-se, motivadamente, da orientação naquele assentada.

Invoque-se a consagrada opinião de Charles D. Cole, ao anotar que quando “o juiz de primeira instância se depara com a aplicação de um precedente anterior que tenha sido muito desgastado com o passar do tempo ou por outros casos precedenciais deixando claro que o precedente deveria ser revogado se o caso fosse submetido à Corte recursal própria, ele pode se recusar a seguir o precedente”²³. Corroborando esse entendimento, demasiado pertinente o ensinamento de João de Castro Mendes, no sentido de “que os precedentes e regras devem ser seguidos, a não ser que sejam abertamente absurdos ou injustos”²⁴.

Atento a tais pontos de vista, de inegável valia, demonstrando que a vinculação precedencial não é uma província estranha a exceções, manifesto-me pela razoabilidade da não observância da orientação firmada na ADINMC 2.251 – DF, a qual, a despeito de promanada do sábio descortino da Excelsa Corte, investe, de maneira flagrante, não só em detrimento da letra, mas sobretudo do espírito do art. 62, parágrafo único, parte final, da Constituição vigente.

Não se diga que o assunto é de somenos importância. Pelo contrário, é capaz de assumir, nos casos concretos, grande interesse, no escopo do resguardo do postulado da segurança jurídica, principalmente quando se observa em nosso país forte tendência legislativa, centrada no uso da medida provisória como instrumento de restrição de direitos. Alguns exemplos, versados nas linhas abaixo, são bastante esclarecedores.

²³ Precedente judicial – a experiência americana. *Revista de Processo*, a. 23, n. 92, out./dez., 1998. p. 80.

²⁴ *Direito comparado*. ed. rev. e atual. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito Lisboa, 1982-1983, p. 207.

O art. 192, I e II, da Lei 8.112/90, assegurava ao servidor que contasse com tempo para aposentar-se com proventos integrais o direito, na inatividade, à remuneração do padrão da classe imediatamente superior àquela em que se encontrava posicionado. Caso aquele já estivesse posicionado na última classe, faria *jus* à diferença entre a remuneração desta e da antecedente.

Em 11-10-96, fora editada a Medida Provisória 1.522, revogando, às expensas, o art. 192 da Lei 8.112/90. Ao depois de várias reedições, fora transformada na Lei 9.527/97, que manteve a ab-rogação do citado dispositivo. À vista disso, indaga-se qual o termo *a quo* da alteração jurídica? Poderá ser considerada a data do início da cadeia das medidas provisórias, todas reiteradas no trintídio constitucional, o que recairia no dia 11-10-96? Adotando-se a concepção acolhida na ADINMC 2.251 – DF, a resposta inelutavelmente seria afirmativa.

Todavia, não se pode olvidar que a Lei 9.527/97, ao converter em lei a extinção da aludida vantagem funcional, enunciara, no seu art. 16, apenas a convalidação dos efeitos produzidos pelas Medidas Provisórias 1.573 – 13, de 27-10-97, e 1.595 – 14, de 10-11-97. Quanto às medidas provisórias anteriores, o ato de convalidação teve sua origem em medida provisória posterior, como a hipótese vivenciada pela própria Medida Provisória 1.595 – 14, cujo art. 15 diz ficarem convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória 1.573 – 13/97.

Diferentemente, com a leitura do art. 62, parágrafo único, parte final, da CF – cuja finalidade outra não fora senão a de reservar ao Parlamento a missão de controlar a legislação governamental, a fim de que o desvirtuamento desta não afetasse o equilíbrio entre os poderes estatais –, somente pode ser reputada extinta a vantagem do art. 192 da Lei 8.112/90 a contar de 27-10-97 e não de 11-10-96, porquanto aquele assinala o marco, a partir do qual a eficácia da longa cadeia de medidas provisórias não convertidas tivera a sua convalidação operada mediante atividade do Congresso Nacional, calcada no art. 16 da Lei 9.527/97. Daquela data, então, é que, validamente, poderá operar seus efeitos a restrição estipendiária imposta aos funcionários públicos da Administração Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

De concluir, portanto, que os servidores públicos federais que tenham reunido os requisitos necessários à aposentação, por tempo de serviço, com proventos integrais, até 27-10-97, poderão ser beneficiados pela vantagem do art. 192, I e II, da Lei 8.112/90. Indevido será pensar, pelas razões expostas, que a extinção de tal benefício pudera ter início em 11-10-96.

O mesmo sucedeu com a licença-prêmio por assiduidade, substituída pela licença para capacitação. Neste ponto, a agressão à segurança jurídica restou mais evidente, uma vez a Lei 9.527/97, no seu art. 7º, ter resguardado o direito adquirido dos servidores à sua contagem até 15-10-96, quando a extinção da vantagem, como já salientado linhas atrás, somente ocorrera em 27-10-97, data da Medida Provisória 1.573 – 13, primeira a possuir os seus efeitos salvaguardados na forma do art. 62, parágrafo único, parte final, da Lei Magna. Idêntica sorte se estende à forma de pagamento de substituições, em face de mudança imposta ao art. 38 da Lei 8.112/90. Não se pense que essa viciada praxe legislativa está circunscrita à limitação dos direitos funcionais, mas poderá, de igual maneira, ser verificada por ocasião das restrições de outros direitos subjetivos, efetuados pela via da medida provisória.

Disso tudo, assoma importante concluir que, tendo em vista a consentida reedição sem peias de medida provisória haver quase conduzido a uma absorção do poder de legislar pelo Presidente da República, com grave prejuízo à separação de poderes, torna-se necessário que tal prática degenerativa seja minimizada, a fim de que pelo menos reste incólume a segurança jurídica, cuja tutela não dispensa que a convalidação dos efeitos das anteriores medidas não convertidas seja efetuada de acordo com os precisos termos do art. 62, parágrafo único, parte final, da Constituição.

Como a nossa experiência em tema de legislação pelo Executivo é bastante recente, haja vista que os modelos constitucionais pretéritos foram desenvolvidos sob clima político de exceção, resta-nos esperar que a Suprema Corte não dê por encerrada a discussão do assunto com a ADINMC 2.251 – DF, de sorte a que, no futuro, aquele possa ser reexaminado, com a prevalência das opiniões vencidas dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello²⁵.

²⁵ De salientar que o uso abusivo de medidas provisórias foi passível de censura pelo Min. Celso de Mello, em despacho no RE 239.286 (RDA 219/323-329).