

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Outubro 2006

Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Diretor

Conselho Editorial*

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Presidente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Juíza Federal Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco de Medeiros

*Portaria/Cojud 610-001 de 27/07/2006

Coordenação de Edição

Coordenadoria de Jurisprudência e Documentação – COJUD

Nelsília Maria Ladeira Lunière de Sousa – Diretora

Seção de Apoio à Revista

Ana Cristina Euripedes de Oliveira - estagiária
Fábia Cristina de Barros
Maria Carolina de Souza Ribeiro

Entrevista

Maria Carolina de Souza Ribeiro

Distribuição

Luís Henrique Lavarini (prestador de serviços)
Sandra Aparecida M. Mousinho (prestadora de serviços)
Zilda Maria Regina Dutra

Reprodução

Divisão de Serviços Gráficos – DIGRA/CENAG

Trabalho de Degravação/Entrevista

Coordenadoria de Taquigrafia – COTAQ

Produção Editorial

Divisão de Produção Editorial – DIEDI

Benvolio Evangelista da Silva – Diretor

Editoração Eletrônica

André Sampaio da Silva
Carmozina Vitorina Martins da Costa
Geraldo Martins Teixeira Júnior
Líbio Filho Matni Matos (estagiário)
Luciana Fernandes Menezes

Capa e Projeto Gráfico

Luciana Fernandes Menezes

Controle de Texto e Padronização

Evanildes Carvalho Amorim
Magda Giovanna Alves
Maria Benáurea Santos
Renato Cunha
Samuel Nunes dos Santos

Confecção de fotolitos

Color Press Bureau & Fotolito Digital

© Tribunal Regional Federal da Primeira Região
Praça dos Tribunais Superiores, bloco “A”, sala 13, térreo – Edifício-Sede
70095-900 – Brasília/DF
Telefones: (61) 3314-5377 e 3314-5451 – Fax (61) 3226-6538
E-mail: revista@trf1.gov.br

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de inteira responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento desta Revista.

Os acórdãos, em virtude de sua publicação em meio de comunicação oficial, conservam a escritura original, em que esta Revista restringiu-se a realizar os trabalhos de diagramação, conferência com os originais e padronização.

Esta revista é repositório oficial de jurisprudência, conforme o art. 378, III, do RITRF 1ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. – Vol. 1, n. 1
(out./dez. 1989) – . — Brasília: TRF-1ª Região, 1989-
v.

Publicada mensalmente a partir de novembro de 2000.

ISSN 0103-703-X

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal Regional Federal – Jurisprudência
– Brasil. I. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região 1.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela Divisão de Biblioteca do TRF 1ª Região

Plenário

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Cândido Ribeiro*

Desembargador Federal *Hilton Queiroz*

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*

Desembargador Federal *I'talo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*

Desembargador Federal *Antônio Ezequiel da Silva*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *Luiz Gonzaga Barbosa Moreira*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

Desembargador Federal *Leomar Amorim*

Desembargadora Federal *Neuza Alves*

Corte Especial

Presidente:

Desembargadora Federal *Assusete Magalhães*

Vice-Presidente:

Desembargador Federal *Carlos Olavo*

Corregedor-Geral:

Desembargador Federal *Jirair Aram Meguerian*

Desembargador Federal *Tourinho Neto*

Desembargador Federal *Catão Alves*

Desembargador Federal *Aloísio Palmeira Lima*

Desembargador Federal *Carlos Fernando Mathias*

Desembargador Federal *Olindo Menezes*

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*

Desembargador Federal *Ítalo Fioravanti Sabo Mendes*

Desembargador Federal *Daniel Paes Ribeiro*

Desembargador Federal *João Batista Moreira*

Desembargador Federal *Souza Prudente*

Desembargadora Federal *Selene de Almeida*

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*

Desembargador Federal *Antônio Sávio de Oliveira Chaves*

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*

1ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
Desembargador Federal Carlos Moreira Alves
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves

2ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Cândido Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes

3ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

4ª Seção

Desembargador Federal Carlos Olavo – Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso
Desembargador Federal Leomar Amorim

1ª Turma

Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
– Presidente
Desembargador Federal José Amílcar Machado
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira

2ª Turma

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima
Desembargadora Federal Neuza Alves

3ª Turma

Desembargador Federal Cândido Ribeiro – Presidente
Desembargador Federal Tourinho Neto
Desembargador Federal Olindo Menezes

4ª Turma

Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
– Presidente
Desembargador Federal Mário César Ribeiro
Desembargador Federal Hilton Queiroz

5ª Turma

Desembargadora Federal Selene de Almeida – Presidente
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargador Federal Fagundes de Deus

6ª Turma

Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
– Presidente
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro
Desembargador Federal Souza Prudente

7ª Turma

Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
– Presidente
Desembargador Federal Catão Alves
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral

8ª Turma

Desembargador Federal Leomar Amorim – Presidente
Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Conselho de Administração

Desembargadora Federal Assusete Magalhães – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Vice-Presidente
Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
– Corregedor-Geral
Desembargador Federal João Batista Moreira
Desembargador Federal Souza Prudente
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargador Federal Fagundes de Deus
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

Comissão de Jurisprudência

Desembargador Federal José Amílcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
– Efetivo
Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira
– Efetivo
Desembargador Federal João Batista Moreira – Suplente

Comissão de Regimento

Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – Presidente
Desembargador Federal Carlos Olavo – Efetivo
Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro – Efetivo
Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira
– Suplente

Comissão de Acervo Jurídico

Desembargador Federal José Amílcar Machado – Presidente
Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva
Desembargador Federal João Batista Moreira

Comissão de Promoção

Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian
– Presidente
Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves
Desembargadora Federal Neuza Alves
Desembargador Federal Olindo Menezes
Desembargador Federal I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Desembargadora Federal Selene de Almeida
Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
Desembargador Federal Leomar Amorim

Revista do Tribunal

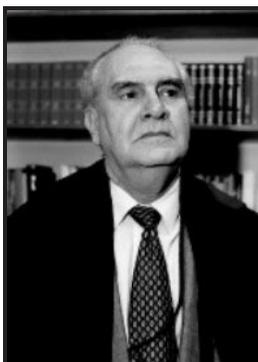
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral
– Diretor

Escola de Magistratura Federal da Primeira Região – ESMF

Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias – Diretor
Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral – Vice-Diretor

Seccionais

Seção Judiciária do Estado do Acre
Seção Judiciária do Estado do Amapá
Seção Judiciária do Estado do Amazonas
Seção Judiciária do Estado da Bahia
Seção Judiciária do Distrito Federal
Seção Judiciária do Estado de Goiás
Seção Judiciária do Estado do Maranhão
Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso
Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais
Seção Judiciária do Estado do Pará
Seção Judiciária do Estado do Piauí
Seção Judiciária do Estado de Rondônia
Seção Judiciária do Estado de Roraima
Seção Judiciária do Estado do Tocantins



Desembargador Federal
Adhemar Maciel
abril/89 – novembro/92



Desembargador Federal
Catão Alves
novembro/92 – outubro/93



Desembargador Federal
Leite Soares
novembro/93 – junho/94



Desembargador Federal
Tourinho Neto
junho/94 – abril/97



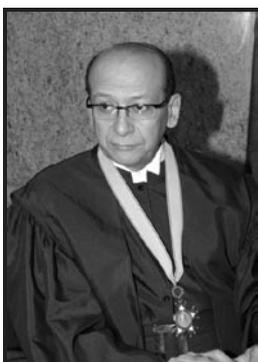
Desembargador Federal
Osmar Tognolo
maio/97 – maio/99



Desembargador Federal
Aloísio Palmeira Lima
maio/99 – julho/2001



Desembargador Federal
Jirair Aram Meguerian
julho/2001 – maio/2003



Desembargador Federal
Olindo Menezes
maio/2003 – maio/2005



Desembargador Federal
Carlos Fernando Mathias
julho/2005 – maio/2006



Desembargador Federal
Luciano Tolentino Amaral
a partir de junho/2006

Editorial, 13

Juramento, 15

Em Foco

Pela Consolidação dos Juizados Especiais Federais, 17

Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Gastando o Latim, 19

Habeas Verbum: Língua do Direito, 21

Artigos Doutrinários

Juizados Especiais Federais Cíveis: incompetência por complexidade probatória, 23

Nelson Loureiro dos Santos

Rádios comunitárias: direito fundamental à informação e competência legislativa municipal, 27

Paulo Fernando Silveira

Sociedade global e globalização, 47

Marcelo Kokke Gomes

Confederação Suíça: estudo do Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, 58

Hugo Wolovikis Braga

Tópicos Jurídicos

Conflito de competência entre juízes federais dos Juizados Especiais Federais e Varas Federais de rito comum, 67

Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca

Direito previdenciário na união homossexual, 70

Gláucio Maciel Gonçalves

Crimes de sonegação fiscal, 73

Gianpaolo Poggio Smanio

Teses e Dissertações – Contribuições ao Direito

A fórmula *Estado social e democrático de Direito* na Constituição da Espanha, no século XXI, 77

Jeferson Schneider

Acórdãos – Inteiros Teores

Corte Especial – Concurso público. Direito à nomeação. Poder discricionário da Administração, 103

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes

Mandado de Segurança 2005.01.00.073181-0/AP

1ª Seção – Conflito negativo de competência. Redistribuição de processos em razão da criação e conseqüente instalação de novas varas. Princípios da legalidade e do juiz natural, 107

Rel.: Des. Federal Carlos Moreira Alves

Conflito de Competência 2006.01.00.010133-0/GO

2ª Seção – Processo Penal. Seqüestro e indisponibilidade de bens. Postulação por terceiros prejudicados. Mandado de segurança, 110

Rel. p/ acórdão: Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada)

Mandado de Segurança 2006.01.00.017230-7/GO

3ª Seção – Conflito negativo de competência entre juiz federal e juiz de Juizado Especial Federal, 140

Rel.: Des. Federal Fagundes de Deus

Conflito de Competência 2006.01.00.006078-3/DF

4ª Seção – Ação rescisória. Anulação de cancelamento de inscrição na OAB, 144

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Ação Rescisória 2005.01.00.058984-1/DF

1ª Turma – Cumulação de benefícios previdenciários. Pensão especial de ex-combatente. Auto-aplicabilidade do art. 53, IV, do ADCT, 149

Rel.: Des. Federal José Amilcar Machado

Apelação Cível 2001.38.00.017025-0/MG

2ª Turma – Servidor público. Pensão estatutária. Companheiro. União estável comprovada, 152

Rel.: Des. Federal Aloísio Palmeira Lima

Apelação Cível 2000.33.00.017918-3/BA

3ª Turma – Habeas corpus. Crime hediondo. Tráfico ilícito de entorpecentes. Liberdade provisória, 156

Rel.: Des. Federal Tourinho Neto

Habeas Corpus 2006.01.00.029151-5/MA

4ª Turma – Habeas corpus. Porte ilegal de arma de fogo. Tentativa de homicídio. Prisão. Constrangimento ilegal, 159

Rel.: Des. Federal Mário César Ribeiro

Habeas Corpus 2006.01.00.023735-0/AM

5ª Turma – Concurso público. Limite de idade. Disciplina por portaria, 163

Rel.: Des. Federal João Batista Moreira

Apelação Cível 2001.39.00.010435-0/PA

6ª Turma – Agravo de instrumento. Fertilização. Tratamento. Urgência não demonstrada. Transporte interestadual. Despesas suspensas, 168

Rel.: Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Agravo de Instrumento 2005.01.00.045119-4/MG

7ª Turma – Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Declaração de habilitação profissional. Limitação da atuação de técnico de 2º grau das áreas de arquitetura e de engenharia civil, 171

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Apelação em Mandado de Segurança 2003.38.00.026083-7/MG

8ª Turma – Execução fiscal. Indeferimento da inicial. Certidão de dívida ativa subscrita por assinatura digitalizada, 178

JEFs em Revista

Ação de indenização. Danos morais. Direito à imagem. Campanha de prevenção à Aids, 183

Rel.: Juíza Daniele Maranhão Costa
Recurso 2005.34.00.700302-6/DF

Responsabilidade civil. Indenização. Cobrança de seguro de vida. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor, 184

Rel.: Juíza Daniele Maranhão Costa
Recurso 2005.34.00.700564-3/DF

Pensão por morte concedida anteriormente à Lei 9.032/1995. Aplicação de legislação superveniente, 185

Rel.: Juiz Itagiba Catta Preta Neto
Recurso 2006.34.00.700616-2/DF

Aposentadoria por invalidez. Período de graça. Termo inicial, 186

Juiz Itagiba Catta Preta Neto
Recurso 2006.34.00.702251-0/DF

Breviário

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet, 187

Pensão por morte. Duas beneficiárias. Cota-parte.

Ação Civil Pública. SFH. Direitos individuais homogêneos do consumidor.

Servidor Público Federal. Remoção a pedido.

Estelionato. Bolsa de estudo. Obtenção irregular.

Crime de concussão. SUS. Cobrança indevida.

Fundo Social de Emergência e Fundo de Estabilização Fiscal. Base de cálculo do PIS.

Mandado de Segurança. Cancelamento de registro de medicamento.

Acidente de trânsito. Estrada federal. Responsabilidade civil.

Ambiental. Empreendimento em área de proteção permanente. Propriedade da União.

Estatística, 189

Repositórios Oficiais de Jurisprudência, 199

Normas de Envio de Artigos Doutrinários e Tópicos Jurídicos à Revista, 201

Os juízes vistos por nós, juízes

Em meio às discussões protagonizadas por ilustres membros dos Poderes Executivo e Legislativo quanto à remuneração dos magistrados, chamou-me atenção o fato de, em nenhum momento, ter sido demonstrado por aqueles que se manifestaram contra o reajuste salarial a imprescindível função estatal do Poder Judiciário.

É muito difícil a comparação com outros países, especialmente com os países do denominado *primeiro mundo*, pois nossa realidade difere até nos estados que estão sob a nossa jurisdição.

Assim refletindo, me deparo com brilhante texto do ilustre Desembargador Estadual José Renato Nalini *in* “Dez recados ao juiz do III milênio”: “a função de julgar é a das mais antigas da História da Humanidade. Se o homem é mais o lobo do homem do que o idílico bom selvagem, e se sempre foi assim, também sempre houve necessidade de alguém que decidisse os conflitos de convivência. Assim nasceu a figura do juiz. O juiz já foi sacerdote e já foi rei. Oscila hoje entre ser poder e funcionário do Estado”.

Não vejo o juiz funcionário do Estado, mas PODER, e, como tal, sustentado pelo povo, tem o dever de zelar pelas relações sociais, julgando conflito de interesses de acordo com a lei e a justiça.

A respeitabilidade do juiz perante a sociedade suplanta a discussão política que ora se trava no que concerne à sua remuneração, e à sua figura, dia a dia mais requisitada por força da avalanche de crimes e desrespeito ao direito e à liberdade, merece dos dois outros Poderes, por quem os representam, mais respeito ao emitirem suas opiniões.

O PODER JUDICIÁRIO, em qualquer outra nação que prega a democracia para alcançar o verdadeiro estado de direito, é devidamente respeitado, para assim garantir a segurança dos direitos individuais, coletivos e sociais.

Relembro a lição deixada por Tobias Barreto que, com base nos ensinamentos de Rossirt, atentou para o fato de que “a liberdade deve ser protegida de outro modo, que não o simples respeito da letra da lei; porquanto, onde a independência e a integridade dos juízes, a honra do soberano e da nação não são garantias suficientes de justiça, a lei é um instrumento nas mãos dos mais sabidos”.

A salvação de qualquer nação e a efetividade de sua ordem jurídica jazem na grandeza de sua ordem moral e na prestação da justiça, em que ele, o PODER JUDICIÁRIO, sucumbe quando subsistemas pessoais envolvem-no e quando interesses secundários o desviam da sua nobre missão, restando a desesperança e o domínio do arbítrio.

Estarrecida, leio matéria publicada no *Financial Times* de estudo conduzido por criminologistas da Universidade de Keele, na Inglaterra, que constataram que quase dois terços dos britânicos admitiram cometer atos desonestos, tais como pagar empreiteiros em espécie para evitar a cobrança de impostos ou mesmo devolver roupa comprada em grife de luxo depois de usá-la e ainda pedir reembolso.

Concluiu-se, naquela pesquisa, que os maiores infratores são pessoas da classe média. 70% dos entrevistados das classes sociais A e B admitiram cometer fraudes e desonestidades no cotidiano, comparados com 53% dos entrevistados das classes sociais D e E.

Questiono-me: onde foi parar a retidão ética, a moral, os bons costumes que herdamos dos nossos antepassados?

Vejo que a humanidade caminha para a derrocada moral, e não estou falando de pesquisa realizada em países denominados do *terceiro mundo* ou considerados *subdesenvolvidos*, mas de país aristocrático em que, na era vitoriana, os integrantes da classe média eram membros da vertente protestante dos não-conformistas, cuja origem remontava aos puritanos do século XVII.

Susane Karstedt, professora de criminologia na Universidade Keele e chefe de estudos da desonestidade das classes sociais, aponta que a maioria dos crimes da classe média é cometida no mercado e sugere que é ali

que se devem buscar as respostas, aduzindo que, em função dos escândalos envolvendo grandes empresas ou graças a experiências cotidianas menores, que levam as pessoas a se sentirem defraudadas, as pessoas criaram síndrome de *anomia do mercado*, que se caracteriza pela desconfiança, insegurança e cinismo em relação às leis e aos regulamentos.

O que deverá ser projetado em termos de sociedade considerando a nossa realidade, não tão aristocrática?

O que os ilustres e sábios senhores que hoje visam reduzir o Poder Judiciário a *categoria à espera de um reajuste salarial* pretendem ao promover tal desrespeito e descrédito?

Enquanto não houver conscientização da importância do Poder Judiciário, nas relações sociais, para coibir o desregramento que gradualmente avança, como identificado na pesquisa a que me reportei, ou, ao menos, respeito, que seja assim focado pelas demais instituições nas discussões que envolvam até mesmo as questões salariais, primando tais discussões pela equidade, nenhuma segurança terá a Nação e seus dirigentes, que conduzem o destino dos brasileiros.

Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso

“Ego promitto me principiis honestatis semper inhaerentem gradus mei muneribus perfuncturum atque laborem meum in jure patrocinando, justitiam exsequendo et bonos mores praecipiendo, humanitatis causa nunquam defecturum.”

Tradução: “Eu prometo exercer as funções de meu grau sempre fiel aos princípios da probidade e, apoiando meu trabalho no Direito, fazendo justiça e promovendo os bons costumes, jamais faltar à causa da humanidade”.

Pela consolidação dos Juizados Especiais Federais

Antônio Sávio de Oliveira Chaves

Por Maria Carolina Ribeiro

Desde que assumiu a Coordenação dos Juizados Especiais Federais da Primeira Região – COJEF, em novembro de 2005, o Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, entre outras ações, já implantou o JEF virtual nas Seções Judiciárias de Minas Gerais e Goiás e o JEF adjunto em Campo Formoso/BA. Inaugurou a sede dos JEFs e das Turmas Recursais na Seção Judiciária da Bahia e lançou o Sistema Eletrônico de Citações e Intimações, o e-Cint.



Empenhado em consolidar a atuação dos Juizados Especiais Federais na Primeira Região, o magistrado explica que os JEFs ainda enfrentam dificuldades, como o grande volume de processos, o pequeno número de varas e os insuficientes equipamentos de informática. Otimista, revela, entretanto, que os JEFs já têm, atualmente, “corpo próprio e alma própria de uma vara de Justiça Federal”.

Pós-graduado em Direito Público e em Direito Empresarial, Antônio Sávio já atuou como advogado, delegado de polícia, promotor de Justiça e juiz federal de primeira instância. Promovido pelo critério de merecimento, tomou posse no Tribunal Regional Federal da Primeira Região em fevereiro de 2001. De seu gabinete, o coordenador dos JEFs concedeu-nos a seguinte entrevista.

Revista: *Como o senhor se tornou magistrado?*

Antônio Sávio: Estudei em escola pública no estudo fundamental, depois me formei em Técnico em Contabilidade. Fui para São Paulo, onde fui aprovado em concurso público e passei a trabalhar no Banespa. Depois, ingressei na Universidade de Mogi das Cruzes, onde cursei a faculdade de Direito.

Revista: *O senhor assumiu a coordenação dos Juizados Especiais Federais no dia 4 de novembro de 2005. De que forma os coordenadores dos JEFs podem contribuir para promover uma prestação jurisdicional mais célere, mais eficaz, especialmente na esfera federal?*

Antônio Sávio: O coordenador atua como orientador e formulador de diretrizes. Os juizados nasceram pobres, sem recursos, sem servidores, sem juízes, sem espaço físico para a sua atuação. Por isso, foram instalados precariamente. Com a distribuição de grande número de processos, algumas varas acabaram ficando sufocadas, de forma que demandarão algum tempo para funcionarem a contento.

Com a ampliação da Justiça Federal de Primeiro Grau, foram instaladas, nas capitais, diversas varas especializadas em juizados especiais, melhorando de forma significativa a prestação jurisdicional.

Revista: *Os servidores que inauguraram os JEFs vieram da Justiça Federal, acostumados com aquele modelo jurisdicional tradicional. Como será possível promover a necessária mudança de mentalidade e de atitudes, de forma a concretizar um novo modelo, calcado nos princípios da celeridade, informalidade, oralidade etc., inerentes aos JEFs?*

Antônio Sávio: Não há necessidade de grandes mudanças. Os juízes e servidores dos juizados são dedicados e entusiasmados com essa causa. Precisam apenas de melhores condições de trabalho.

Revista: *Existe a possibilidade de se implantar na Justiça tradicional os mesmos princípios que são aplicáveis aos juizados especiais?*

Antônio Sávio: Acho que é perfeitamente possível a adoção da simplicidade da Lei 10.259/2001 no processo civil comum.

Revista: *O que falta para que os JEFs cumpram plenamente o objetivo de desafogar o Judiciário?*

Antônio Sávio: Acho que os Juizados Especiais Federais precisam apenas de meios materiais para o desempenho da sua vocação de distribuir justiça de forma simples e rápida. O que ocorre hoje é que as varas de juizados especiais federais possuem um número de feitos muito acima da sua capacidade de processamento de julgamento. Vale lembrar que os processos demandam exame cuidadoso, realização de audiência, etc. Logo, não é possível uma vara de juizado com cerca de trinta mil processos.

Revista: *Os primeiros relatórios sobre a implantação dos JEFs revelaram a deficiência de infra-estrutura, escassez de recursos humanos e orçamentários. O que mais dificulta o avanço dos juizados?*

Antônio Sávio: As dificuldades continuam, uma vez que as varas dos juizados possuem maior número de processos em tramitação e contam com um quadro de servidores inferior ao das varas comuns.

Revista: *Além da falta de servidores, quais são as dificuldades mais urgentes?*

Antônio Sávio: Em razão do grande volume de processos, os juizados dependem do sistema de informática de forma significativa, a fim de compensar a carência de servidores. O Tribunal está empenhado em virtualizar todos os processos. Entretanto, os órgãos públicos que atuam junto aos JEFs têm enfrentado grandes dificuldades para aderirem ao sistema, uma vez que também possuem grandes carências.

Revista: *E por falar em informática, o senhor lançou, no último dia 28 de agosto, o e-Cint, um sistema eletrônico de citação e intimação?*

Antônio Sávio: Esse é um serviço extraordinário da Informática. O e-Cint tem uma grande virtude de facilitar a atuação dos usuários.

Revista: *Há alguma previsão de tempo para acabar realmente com o processo de papel e passar a operar só com o juizado virtual?*

Antônio Sávio: Acredito que até o final do próximo ano todos os processos dos juizados especiais federais estarão virtualizados.

Revista: *O senhor completa agora oito meses de*

mandato na coordenação dos JEFs. O que mudou? Que projetos o senhor faz questão de implantar?

Antônio Sávio: A nossa missão é fazer com que os juizados funcionem bem. Houve uma fase de implantação, sob a coordenação da Dra. Selene Maria de Almeida; depois ocorreu a expansão, coordenada pelo Dr. Ítalo Fioravante Sabo Mendes. Espero dar continuidade a esses excelentes trabalhos, trabalhando para consolidar e virtualizar os Juizados Especiais Federal da Primeira Região.

Revista: *Nós temos no Brasil uma boa Justiça?*

Antônio Sávio: A Justiça brasileira tem muitas virtudes e é composta por juízes e servidores dignos e honrados.

Revista: *Com relação à magistratura, sua visão se mantém a mesma?*

Antônio Sávio: O Brasil possui magistrados altamente qualificados e inteiramente dedicados à causa pública.

Revista: *Em relação aos serviços burocráticos e cartorários, o que o senhor acha que precisa melhorar na Justiça Federal para que se possa promover a celeridade e a eficiência que são esperadas da Justiça?*

Antônio Sávio: A Justiça Federal tem melhorado muito em qualidade e quantidade. As estatísticas mostram o aumento do número de processos julgados a cada ano. Precisamos apenas racionalizar os processos, com a adoção de procedimentos simples e rápidos, acabando com as demandas desnecessárias e com o excesso de recursos previstos nas leis processuais.

Gastando o latim

- *A contrario sensu*: Em sentido contrário. Argumento de interpretação que considera válido ou permitido o contrário do que tiver sido proibido ou limitado.
- *A fortiori*: Por mais forte razão, por maior razão. Quando um dispositivo legal, por razões que se acrescentam as nele previstas, deve ser aplicado extensivamente.
- *A latere*: De lado. Argumentação não ligada necessariamente ao fato principal, mas que se acrescenta em reforço.
- *A limine*: Desde o início.
- *A non domino*: Sem título de domínio ou de propriedade. De não proprietário. De quem não é proprietário. Que não vem do dono.
- *A novo*: De novo, novamente.
- *A pari*: Por paridade, por igual razão.
- *A posteriori*: De trás para diante; método que conclui pelos efeitos e conseqüências. Julgar *a posteriori* é julgar pela experiência. Argumentar *a posteriori* é argumentar passando do efeito à causa. Para depois. Que vem depois, segundo os acontecimentos previstos.
- *A priori*: De frente para trás; anteriormente à experiência; método que conclui pelas causas e princípios. Do precedente. De antemão.
- *A quo*: Do qual. Do juiz ou tribunal de instância inferior de onde provém o processo; dia ou termo inicial de um prazo. Ponto de partida.
- *Ab initio*: Desde o início. Desde o princípio. Desde o começo.
- *Ab intestato*: Sem deixar testamento. Diz-se da pessoa que faleceu sem deixar testamento. Sem testamento.
- *Ab origine*: Desde a origem.
- *Ab ovo*: Desde o ovo, desde o começo.
- *Aberratio ictus*: Erro de alvo, erro do golpe, desvio do alvo. Ocorre quando o agente não atinge a pessoa visada, mas, acidentalmente, uma terceira. É o erro de alvo. Ato que, dirigido a alguém, atinge indiretamente a terceiro.
- *Aberratio personae*: Erro de pessoa (o agente atinge pessoa diversa da que pretendia atingir).
- *Aberratio rei*: Erro de coisa.
- *Abolitio criminis*: Extinção do crime. Abolição do crime.
- *Accessoria sequuntur jus et dominium rei principalis*: Os acessórios seguem o direito e o domínio da coisa principal.
- *Accessorium sequitur suum principale*: O acessório segue o seu principal.
- *Accipiens*: Que recebe. Credor de boa-fé de prestação que não lhe é devida.
- *Accusare nemo se debet nisi coram deo*: Ninguém se deve acusar, exceto na presença de Deus.
- *Acta*: Atos, autos.
- *Actio de in rem verso*: Ação destinada a recuperar o que obtido à sua custa com locupletamento alheio, ação de locupletamento indevido contra que o obteve. Ação de repetição de indébito.

(Extraído de *Expressões Latinas*. Disponível em www.soleis.adv.br)

O “juridiquês” na Primeira Região

Ana Guimarães Toledo*

“Pior do que usar palavrorio complicado é não saber usá-lo.” (Autor desconhecido.)

Na Justiça Federal de primeiro e segundo grau da Primeira Região, observa-se a tendência dos magistrados de evitar o “juridiquês”, com suas expressões latinas e palavras rebuscadas, em respeito ao jurisdicionado. Já foi o tempo em que juizes e advogados abusavam da “magniloqüência” — o famoso “juridiquês” — com o propósito único de exibir um conhecimento “lingüístico” superior.

Agora vivemos na era da globalização, da informática, da alta tecnologia, da simplificação, em que as informações nos chegam muito rápido. É necessário que o Judiciário acompanhe essa mudança e ofereça uma justiça eficiente, eficaz e que respeite a clareza, a objetividade e busque a excelência gramatical. Esse é um direito de todos e uma forma de aproximar a justiça do cidadão. Basta de o jurisdicionado, no término de uma audiência, perguntar ao advogado se ganhou ou se perdeu a causa.

Não discordamos, entretanto, de alguns juristas e magistrados que defendem a utilização — sem abusos — de algumas palavras e expressões. A professora de linguagem jurídica da Universidade Paulista – Unip – Sorocaba, Héliide Campos, afirma: “Termos técnicos têm de ser mantidos, pois têm significados próprios. Já os arcaísmos, podem ser substituídos”.

Vejamos agora alguns exemplos do “juridiquês”:

- Apostila de maldizer: difamação; calúnia.
- Apelo extremo: recurso extraordinário.
- Assunto em testilha: assunto em discussão, em disputa.
- *Bill of mandamus*: mandado de segurança.
- Causidico: advogado.
- Com espeque (ou com fincas) no artigo, estribado, com supedâneo no artigo: com base no artigo.
- Consorte supérstite: viúvo.
- Conúbio: ligação íntima; casamento.
- *Copiae non plus est credentum quam originali*: não se deve crer mais na cópia que no original.
- *Dagga*: maconha (na medicina legal).
- *Da mihi factum, dabo tibi jus*: dá-me o fato, dar-te-ei o direito.
- *Data maxima venia*: com sua licença.
- *De cujus*: o falecido.
- Diploma provisório: medida provisória

- *Exceptio plurium concubentium*: exceção coerente em alegar que, na época da concepção, a mãe do investigante manteve relação sexual com outro homem que não o pai.
- Faldistório: cadeira sem espaldar.
- *Id est*: isto é.
- *In albis*: em branco.
- *In pari causa*: em causa semelhante.
- Inquinado, laivado: o que contém vício ou nulidade; manchado.
- *Ius quaesitum*: direito adquirido.
- Juízo *ad quem*: o tribunal
- *Lapsus linguae*: erro de linguagem.
- Magnicida: aquele que assassina pessoa importante.
- *Onus probandi*: o encargo da prova.
- *Parquet* Federal: Ministério Público Federal.
- *Quaestio juris*: questão de direito.

* Professora de Língua Portuguesa; Analista Judiciária do TRF 1ª Região; Consultora em Língua Portuguesa do TRF 1ª Região.

Juizados Especiais Federais Cíveis: incompetência por complexidade probatória

Nelson Loureiro dos Santos*

Introdução

Entre as críticas, justas e injustas, tecidas contra o Poder Judiciário, uma das principais volta-se à cantada e decantada morosidade na solução dos litígios.

No dizer de Joel Dias Figueira Jr. “é propriamente nos fatores *tempo x rapidez* que o jurisdicionado defronta-se com o maior obstáculo à consecução de suas pretensões, porquanto é esse talvez o principal ponto de estrangulamento do Poder Judiciário brasileiro (seja em âmbito federal ou estadual)”¹.

Lamentavelmente, de fato existe muita demora na distribuição da justiça, chegando, no mais das vezes, às raias do insuportável, o que causa dissabores e prejuízos aos jurisdicionados. Afinal, há muito já dizia Rui Barbosa que justiça tardia não é justiça, mas injustiça qualificada e manifesta.²

Para consignar sua preocupação com o fato, recentemente o legislador da denominada Reforma do Judiciário, Emenda Constitucional 45, acrescentou expressa norma indicando ser direito dos cidadãos a razoável duração dos processos judiciais e os meios que garantam a celeridade da tramitação (inciso LXXVIII do art. 5º).

No campo prático, com o objetivo de minimizar os efeitos deletérios da enorme demora na tramitação processual, além de facilitar o acesso a todos os cidadãos, a partir do início da década de oitenta do século passado, observa-se movimento que deságua na criação e instalação dos chamados Tribunais de Pequenas Causas, os quais, por meio de procedimento próprio, simplificado e ágil, procuravam solucionar os litígios em tempo considerado razoável, muito mais reduzido que aquele dos feitos em curso nas varas ordinárias.

Pode-se notar, na citada evolução procedimen-

tal, verdadeira mudança de *paradigmas* que vem ocorrendo no campo do Direito em geral — e do Direito Administrativo, em particular —, como explicitado por João Batista Gomes Moreira, que aduz, adequadamente ao assunto aqui tratado, que “para dar curso às novas tendências é preciso desobstruir canais, superar obstáculos e afastar preconceitos”³.

Promulgada a Constituição Federal vigente, que previu expressamente a existência dos Juizados Especiais em seu art. 98, por evolução legislativa que homenageia aqueles atributos listados pelo administrativista antes referido, adveio em 1995 a Lei 9.099 para tratar especificamente do funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça dos Estados federados.

Para atingir a necessária rapidez processual na tramitação dos feitos ingressados nos Juizados Especiais, que devem, no dizer do constituinte, seguir rito oral e sumaríssimo na apreciação de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, o legislador ordinário estabeleceu como critérios orientadores a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, conforme art. 2º da Lei de 1995.

Inaugurada, portanto, nova modalidade de distribuição de justiça. Revolucionária em seus termos, sem apegos desnecessários às formalidades sedimentadas e defendidas pela processualística tradicional, valoriza ao extremo o princípio da instrumentalidade das formas como trilha segura na superação do mal resultante do retardamento nas respostas aos anseios dos jurisdicionados.

Os meios para alcance desse nobre fim, é bom que se repita, encontram-se nos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual, todos direcionados ao julgamento célere das causas de menor complexidade.

*Juiz Federal Coordenador do Juizado Especial Federal no Maranhão

¹ FIGUEIRA JR., 1999: 91-92.

² BARBOSA, 1999: 40.

³ MOREIRA, 2005: 16.

Instituição dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal

A idéia dos Juizados Especiais no seio da Justiça Estadual foi devidamente sedimentada ao longo do tempo, consolidando sua vantajosa prática em todas as sedes de comarcas.

Tamanho sucesso criou o desejo de extensão, à Justiça Federal, de modalidade procedimental que propiciasse agilidade à tramitação processual, olhos postos naqueles critérios orientadores já lembrados, qual seja, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, com especial destaque à conciliação entre os litigantes.

Só que obstáculos importantes impediam fosse disponibilizada essas inovações procedimentais à Justiça Federal. Além de outros, o fato de a maioria dos litígios sempre e necessariamente conterem órgão público federal em um dos pólos acarretava grande dificuldade na superação do vetusto entendimento de que estando em jogo interesses públicos não seria admissível a possibilidade transacional — uma das vigas mestras dos Juizados Especiais. Aliava-se a esse empecilho o visível desinteresse do governo federal na rápida solução das demandas em que figure como réu, valendo lembrar, uma vez mais, que a rapidez na solução dos litígios é o objetivo maior do novo procedimento.

No entanto, em face de pressões sociais diversas, especialmente advindas dos próprios juizes federais, por seus tribunais e associações de classe, finalmente convenceram-se as instâncias do Executivo e do Legislativo, propiciando o suporte legal para final instalação e funcionamento dos Juizados Especiais Federais.

Assim, pela Emenda Constitucional 22, de 18/03/1999, acrescentou-se parágrafo único (renumerado pela Emenda Constitucional 45/2004) ao art. 98 da Carta Magna, determinando que “lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal”.

Em cumprimento à determinação constitucional, veio, em 12 de julho de 2001, a Lei 10.259, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, regulamentando seu funcionamento. Já no art. 1º dessa Lei ficou consignado que são aplicáveis no âmbito federal as regras não conflitantes previstas na regulamentação de funcionamento dos Juizados Estaduais e contidas na Lei 9.099/1995.

Competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis

Antes de tudo, atento que ao interpretar a Constituição não “se deve partir do pressuposto de que o constituinte incorreu em contradição ou obrou com má técnica”⁴, necessário lembrar, sem medo de cometer erro, que a lei federal referida no parágrafo do art. 98 da Constituição Federal deve submissão aos termos do *caput* desse mesmo artigo, segundo o qual os juizados especiais criados serão competentes para a conciliação, julgamento e execução de *causas cíveis de menor complexidade*.

Afinal, conforme regra assentada de hermenêutica, o conteúdo de parágrafo submete-se integralmente à cabeça do artigo ao qual vinculado, configurando-se, inclusive, regra expressa a ser observada na elaboração de leis (art. 11, III, *c*, da Lei Complementar 95/98, que determina “expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida”).

Desse modo, a Lei 10.259/2001, excepcionando algumas matérias em seu § 1º, dispôs no art. 3º que “compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.

Seria de perquirir, então, se o legislador ordinário, não se referindo expressamente à restrição da competência às causas de menor complexidade, realmente desejou incluir nesse conceito (causas de menor complexidade), conforme previsto na Constituição, todas aquelas cujo conteúdo econômico ficasse limitado ao valor de sessenta salários mínimos.

Além da impossibilidade técnica dessa inclusão indiscriminada em razão da incompatível vinculação do conceito de simplicidade a fator meramente econômico, a interpretação sistemática da legislação aplicável leva a concluir que o legislador ordinário não se utilizou unicamente desse critério, atendendo, por conseguinte, à norma constitucional vinculante.

Com efeito, a legislação ordinária, tanto a Lei 10.259/2001 quanto a Lei 9.099/1995, aplicável no âmbito dos Juizados Especiais Federais por força do art. 1º da norma específica, deve ser interpretada afastando do âmbito de competência da justiça especializada, como o fez o constituinte, as causas complexas,

ainda que o valor econômico da demanda seja inferior ao limite de alçada.

Causas complexas — alcance da expressão

Não resta qualquer dúvida que a definição do que seja ou não *complexo* insere-se no campo subjetivo de avaliação de quem examina o caso. Assunto complexo para um poderá não sê-lo para outro.

Só que, tendo o constituinte alçado tal condição como fator determinante do limite de competência dos Juizados Especiais, obviamente que se há de buscar, na legislação aplicável, critérios, os mais objetivos possíveis, para a delimitação.

Nesse norte, considerando-se o rol de demandas expressamente excepcionadas pelo legislador ordinário, fica evidente que a complexidade das causas não é jurídica, no sentido de dificultosa aplicação do conjunto de normas a que se subsume o caso concreto, mas reduz-se à complexidade probatória, justamente por ser esta a que compromete definitivamente o andamento expedito dos feitos na sede especial.

E no contexto da complexidade probatória, afastando-se desde logo os atos que possam ser praticados com observância dos critérios da simplicidade, economicidade e oralidade, restam claros como elementos objetivos de distinção, se não os únicos, ao menos os mais importantes, aqueles casos em que a solução da controvérsia exige a produção de prova pericial como previsto nos arts. 420 e seguintes do Código de Processo Civil.

Juizados Especiais — incompatibilidade com a realização de perícias técnicas complexas

No particular, dispõe a Lei 10.259/2001 que “para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes” (art. 12). Como se nota, admite-se nos Juizados Especiais Federais a realização de *exame técnico* para solução da controvérsia.

Vê-se claramente, no entanto, pela própria redação do dispositivo, que não se trata da tradicional prova técnica pericial prevista no Código de Processo Civil, dado que vinculado diretamente, tal exame, ao critério da simplicidade.

De seu lado, a Lei 9.099/1995 é mais incisiva ainda quanto à impossibilidade de nomeação de perito nos moldes do Estatuto Processual, ao prever em seu art. 35 que, quando a prova dos fatos articulados exigir, o juiz, em audiência, poderá inquirir técnico de sua confiança para solução da matéria, resolvendo-se a dúvida, portanto, além da simplicidade, pelo critério da oralidade.

Ainda para comprovar definitivamente a impossibilidade de realização de trabalho pericial complexo em sede de Juizado Especial Federal, basta verificar que o § 1º do já referido art. 12 da Lei 10.259/2001 determina que os honorários do profissional nomeado para realizar o exame técnico necessário serão antecipados à conta de verba orçamentária do Poder Judiciário, futuramente ressarcida pela entidade pública que afinal venha perder a demanda. Na fixação desses honorários, restringe-se o magistrado aos valores estipulados pelo Conselho da Justiça Federal em resolução, atualmente a de número 440, importando o limite máximo da Tabela em pouco mais de meio salário mínimo.

Como se nota, não fosse a incompatibilidade jurídica, operacionalmente também não é possível a designação de trabalho pericial como previsto no Código de Processo Civil, em sede de Juizados Especiais, dado que, não bastando a impossibilidade de chamamento do responsável pela prova para antecipar o pagamento do valor da verba honorária (art. 19 do CPC), evidentemente que profissional qualificado para a realização de trabalho complexo, no geral com alta demanda de horas de trabalho, não se sujeitará aos valores fixados no âmbito dos Juizados Especiais Federais, previstos, justamente, para remunerar o exame técnico de menor complexidade, este sim cabível na sede especial.

Assim, como exemplo de incompetência dos Juizados Especiais Federais, pode-se citar as causas que envolvem litígios tratando de financiamentos habitacionais, tanto quanto à revisão contratual, que exigem cálculos e projeções financeiras de todo o período de amortizações, como também as referentes à responsabilização de terceiros por defeitos de construção, cuja solução depende de levantamentos técnicos de engenharia para verificação das reais condições do imóvel.

Critérios orientadores dos Juizados Especiais

– mais obstáculos

Por fim, a corroborar a incompatibilidade procedimental das realizações periciais complexas com o rito procedimental dos Juizados Especiais, importante lembrar que as nuances previstas no Código de Processo Civil não se ajustam, em definitivo, aos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Realmente. Além do problema relativo ao valor dos honorários periciais, já registrado anteriormente, tem-se como incompatíveis com rito expedito os seguintes pontos: nomeação do perito pelo juiz e fixação de prazo para entrega do laudo, intimação das partes para indicação de assistentes técnicos e apresentação de quesitos (art. 421); incidentes de escusa, impedimento ou suspeição, com conseqüente substituição (art. 423); apresentação de quesitos suplementares com intimação da parte contrária (art. 425); intimação das partes quanto à data e local indicados pelo perito para realização da prova (art. 431-A); possibilidade de prorrogação do prazo para entrega do laudo (art. 432); intimação das partes da entrega do laudo em cartório pelo perito, para início da contagem do prazo de apresentação dos laudos divergentes dos assistentes técnicos (art. 433 e parágrafo único); envio dos autos para exame de órgão externo (art. 434).

Nota-se, então, pelas próprias exigências procedimentais inerentes aos trabalhos de exames técnicos previstos no Código de Processo Civil, que designações de perícias complexas no âmbito dos Juizados Especiais, em contrariedade aos termos das normas aplicáveis, inclusive da própria Constituição Federal, significam, em última análise, a *ordinarização* da sede especial, com conseqüente contaminação de seus salutares princípios de funcionamento, ocasionando, sem qualquer dúvida, o soterramento da idéia inicial de superação da morosidade no andamento dos feitos ajuizados.

Conclusões

Como conclusões das explanações aqui trazidas, apresentam-se:

1) os Juizados Especiais configuram modalidade jurisdicional que veio ao mundo predestinada a superar a mazela da morosidade;

2) para atingimento de seus objetivos, necessária estrita observância aos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade;

3) refoge à competência dos Juizados Especiais, como previsto pelo constituinte, as causas de maior complexidade;

4) não obstante subjetivo o conceito, pela interpretação sistemática do ordenamento aplicável, são consideradas complexas, para fins de enquadramento competencial especial, as causas que exijam realização de perícias técnicas nos padrões procedimentais previstos no Código de Processo Civil;

5) embora o legislador ordinário tenha especificado expressamente na Lei 10.259/2001 que a competência dos Juizados Especiais Federais é definida pelo critério econômico (causas de até 60 salários mínimos), dos termos dessa mesma Lei, como também da Lei 9.099/1995, dessume-se que não se inserem em tal competência, mesmo que economicamente situadas em seus limites, as causas que exijam dilação probatória complexa não direcionadas pelos critérios da oralidade e simplicidade;

6) somente essa interpretação da Lei 10.259/2001 encontra eco no mandamento constitucional do art. 98, em que claramente dito que a competência dos Juizados Especiais cinge-se às causas de menor complexidade, jamais restritas a critérios meramente econômicos, aferíveis singelamente pelo valor dado à causa;

7) admitir-se a realização de provas periciais complexas no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em contrariedade às previsões da Constituição e leis vigentes, significa equiparar a sede especial à ordinária, ameaçando em definitivo a sobrevivência de uma das grandes e arrojadas criações humanas no campo jurisdicional, nascida com objetivo nobre.

Referências bibliográficas

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível em www.casaruibarbosa.gov.br; consulta em 18/07/2006.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito Administrativo. Da rigidez autoritária à flexibilização democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

Rádios comunitárias: direito fundamental à informação e competência legislativa municipal

Paulo Fernando Silveira*

1 Introdução

Duas questões básicas emergem do direito individual à livre manifestação do pensamento (*free speech*), em que se acha inserido o direito à informação, em sua dupla dimensão, isto é, o livre direito de informar e o direito inalienável de ser informado: (I) sua natureza de direito fundamental, do qual decorre, necessariamente, ser auto-exercitável, independentemente de lei; e (II) a qual ente federativo (esfera política de governo) pertence a competência para legislar e administrar uso comum do espectro eletromagnético (*dial*), de que se servem os veículos de comunicação sonora, sem, contudo, poder anular ou impedir o exercício daquele direito essencial.

A radiodifusão constitui poderoso meio de informação semelhantemente ao jornal, exceto pelo fato de que as ondas eletromagnéticas precisam ser controladas pelo governo a fim de que um operador não interfira na faixa destinada a outro usuário.

Por se tratar de excepcional intrusão do governo na área dos direitos fundamentais (toda lei ou ato administrativo que faz incursão nesse setor é naturalmente considerada suspeita, com inversão do ônus da prova quanto ao que for alegado pelo governo, merecendo um exame mais acurado e estrito do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade), o seu poder de administração, como mero gestor desse bem público, encontra aí o seu limite de atuação.

2 Direito fundamental à informação

A informação, em seu sentido dúplice de o indivíduo se informar e de obter informações de fontes diversificadas, constitui direito fundamental expressamente garantido por nossa Constituição Federal. Ela o insere no rol dos direitos individuais (que não

podem ser tocados pelo governo, sequer por meio de emendas constitucionais — CF — art. 60, § 4º, IV), como *livre manifestação do pensamento* e como *livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação* (CF — art. 5º, incisos IV, IX, XIV). Assegura, ainda, que esse direito é exercitável naturalmente, independentemente de prévia existência de lei (CF — art. 5º, § 1º — *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*).

De outra banda, ao tratar Da Comunicação Social, a Carta Política enfatiza, adequadamente, o aspecto social da informação, isto é, direito comum do povo, oportunidade em que, além de reiterar sua natureza de direito fundamental, impõe limitações à atuação do governo, ao dispor que “*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição*” e que “*nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*”.

A informação, tal como o direito à vida, pode ser equiparada ao direito do ser humano de beber água em um rio. Todos têm, naturalmente, esse direito. Por isso, o governo não pode editar lei pela qual tipifica, *a priori*, como criminosa, a conduta daquele que beber da água sem sua autorização. No entanto, pode acontecer que, enquanto alguns estão bebendo da água na parte baixa do rio, outros estão jogando dejetos na parte superior do curso. Do mesmo modo, há necessidade de se controlarem as faixas na radiodifusão para se evitar interferência de um veículo em outro serviço. Daí surge a autoridade do governo como gestor do bem público. Pode, assim, legitimamente, fazer o controle do uso comum através do licenciamento prévio. Contudo, não pode impedir que se beba da água ou que se utilize dos veículos de comunicação. Muito menos, em evidente usurpação, passando de gestor para dono do bem público, indeferir, sem fundamentação séria e concreta, ou engavetar os pedidos que lhe são endereçados. A atuação estatal, nessa área sen-

* Juiz Federal aposentado. Advogado. Jurista. Escritor. Presidente do Tribunal Arbitral da Associação Comercial e Industrial de Uberaba – ACIU. Membro da Academia de Letras do Triângulo Mineiro – ALTM.

sível dos direitos fundamentais, não pode ir além do poder de administrar, sem pretender tornar-se dono do direito, que é do povo, ou tornar sem efeito o direito individual, constitucionalmente garantido, que é auto-exercitável. Qualquer negativa do governo tem de ser fundamentada. Ela só pode prevalecer (já que o Estado intervém no direito fundamental por exceção, isto é, apenas para administrar o seu uso) se baseada num justo e legítimo interesse público concretamente evidenciado. Não valem alegações gerais e abstratas, tais como “que o espectro eletromagnético é finito”, sem demonstrar que todas as posições já estão tomadas (escassez absoluta); ou simplesmente alegar que a distância entre uma antena irradiante e outra tem que ter mais de quatro quilômetros, sem demonstrar, tecnicamente, o porquê da limitação. Muito menos, apresentar argumentos vãos, como o de que rádio comunitária derruba avião.

Quis a Carta Magna, obviamente, assegurar ao indivíduo o mais amplo acesso à informação, de fontes diversificadas, favorecendo-se a troca de idéias e o amplo debate público sobre as mais variadas questões, inclusive políticas. Inquestionavelmente, hostilizou o monopólio da informação, principalmente quando a nossa história política revela um forte vínculo, espúrio, entre governo e a grande mídia já instituída.

Portanto, esse direito fundamental — que pertence ao povo — não pode ser usurpado pelo governo, quando se recusa a conceder as autorizações solicitadas, engavetando os pedidos, ainda que alegue, abstratamente, questões técnicas, como o de que o espectro eletromagnético é finito e não dá para atender a todos.

A propósito, essa mesma matéria (direito fundamental *versus* limitação do espectro eletromagnético) foi levantada pela Comissão Federal de Comunicação (*The Federal Communications Commission – FCC*) perante a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que, detidamente, examinou-a frente à Primeira Emenda da Constituição Americana de 1787, que cuida da liberdade de expressão e do livre discurso (*free speech*).¹

Manifestando-se sobre o assunto, assim se expressou o *Justice White*, em nome de uma Corte unân-

nime, na parte que nos interessa:

Não se pode dizer que a Primeira Emenda é irrelevante para a irradiação pública. Ao contrário, ela tem um papel maior a desempenhar como o Congresso mesmo reconheceu no 326, o qual proíbe a FCC de interferir no “*o direito do livre discurso por meios da comunicação do rádio*”. Por causa da escassez das frequências de rádio, ao governo foi permitido colocar limitações nos licenciados em favor de outros cujas visões poderiam se expressar por esse único canal de comunicação. Mas o povo, como um todo, retém o seu interesse no livre discurso por meio do rádio e seu direito coletivo de ter a mídia funcionando consistentemente com os fins e propósitos da Primeira Emenda. É o direito dos telespectadores e dos ouvintes, não o das emissoras, que é supremo. (...) Destina-se a Primeira Emenda preservar mais a não-inibição no mercado das idéias, pelas quais a verdade finalmente prevalecerá, do que sancionar a monopolização desse mercado, seja pelo próprio governo ou por licenciados privados. (...) Discurso concernente a assuntos públicos é mais do que a expressão individual; é a essência do governo autônomo. (...) É o direito de o público de ter adequado acesso a outras idéias — social, política, estética e moral — e experiências, que constitui o ponto crucial deste caso. Esse direito não pode ser constitucionalmente encurtado nem pelo Congresso nem pela FCC.” (*This is not to say that the First Amendment is irrelevant to public broadcasting. On the contrary, it has a major role to play as the Congress itself recognized in 326, which forbids FCC interference with “the right [395 U.S. 367, 390] of free speech by means of radio communication.” Because of the scarcity of radio frequencies, the Government is permitted to put restraints on licensees in favor of others whose views should be expressed on this unique medium. But the people as a whole retain their interest in free speech by radio and their collective right to have the medium function consistently with the ends and purposes of the First Amendment. It is the right of the viewers and listeners, not the right of the broadcasters, which is paramount. See FCC v. Sanders Bros. Radio Station, 309 U.S. 470, 475 (1940); FCC v. Allentown Broadcasting Corp., 349 U.S. 358, 361-362 (1955); 2 Z. Chafee, Government and Mass Communications 546 (1947). It is the purpose of the First Amendment to preserve an uninhibited market-place of ideas in which truth will ultimately prevail, rather than to countenance monopolization of that market, whether it be by the Government itself or a private licensee. Associated Press v. United States, 326 U.S. 1, 20 (1945); New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 270 (1964); Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630*

¹ WHITE, 1969.

(1919) (Holmes, J., dissenting). “[S]peech concerning public affairs is more than self-expression; it is the essence of self-government.” *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 74 -75 (1964). See Brenman, *The Supreme Court and the Meiklejohn Interpretation of the First Amendment*, 79 Harv. L. Rev. 1 (1965). *It is the right of the public to receive suitable access to social, political, esthetic, moral, and other ideas and experiences which is crucial here. That right may not constitutionally be abridged either by Congress or by the FCC.*

3 Pacto de São José

Em 22/11/1969, o Brasil assinou a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica, assumindo uma série de compromissos na área do respeito aos direitos individuais fundamentais.

Todavia, somente 23 anos depois — já sob a égide da Constituição cidadã de 1988 — é que essa Convenção se converteu em lei ordinária no Brasil, ao ser promulgada pelo Decreto 678, de 06/11/1992, em face do Decreto Legislativo 27, de 26/05/1992, pelo qual o Congresso Nacional aprovou os termos do tratado internacional (CF – art.49, I).

Do texto aprovado, no que interessa a este estudo, releva notar o preceituado no art. 13, desse Pacto de São José, que passou a integrar o nosso ordenamento jurídico como lei ordinária que é, revogando qualquer dispositivo legal em contrário, em virtude da regra de que a lei posterior revoga a anterior e que a lei que cuida de determinada matéria revoga aquela que for conflitante com os novos termos por ela fixados, *verbis*:

Art.13.

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão.

Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de freqüências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.[Evidencie!]

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso II.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.).

Constata-se, pela simples leitura do item 3 do referido art. 13, que o Estado não pode, legitimamente, restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como a tributação de livros, jornais e periódicos e o papel destinado a sua impressão (o que é vedado por nossa Constituição – CF – art. 150, VI, *d*), ou o abuso de controle oficial sobre os equipamentos de transmissão radioelétricos utilizados na difusão da informação, pela falsa alegação de finitude (escassez completa não comprovada) do espectro eletromagnético, visando colimar seu fim último, a prevalência do Estado sobre o indivíduo, ao obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

Observe-se que o Pacto de São José foi incorporado no ordenamento jurídico pátrio como norma constitucional, pelo menos no que diz respeito aos direitos individuais fundamentais, sobrepondo-se, assim, de modificações por leis ordinárias, já que, como direito individual fundamental, não pode sofrer, sequer, emenda constitucional, a teor dos arts. 5º, § 2º e 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

A propósito, relativamente aos direitos humanos, entre os quais se inserem, logicamente, os direitos fundamentais, a Constituição Federal é expressa (CF – art. 5º, § 3º):

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

4 Organização dos Estados Americanos (OEA)

Consoante *e-mail* recebido do gabinete do deputado federal Edson Duarte, o Brasil foi denunciado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, órgão pertencente à Organização de Estados Americanos – OEA, por estar dando, legalmente, um tratamento injusto às rádios comunitárias. A representação foi feita contra o Brasil pela Associação Mundial de Rádios Comunitárias, sub-região Brasil, sob a alegação de o país estar violando o art. 13 do Pacto de São José.

A Comissão, após ouvir a defesa do Brasil, em audiência na qual estava presente, também, o representante do Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH, reconheceu a importância dos meios comunitários para a democracia e a liberdade de expressão. Os membros da referida comissão recomendaram que a sociedade civil participe do processo de mudança da legislação em Radiodifusão Comunitária e que se mantenha informada a Comissão sobre este percurso.

Ao governo brasileiro foi dado o prazo de até julho de 2006 para efetuar as mudanças legislativas, ouvindo-se, antes, as organizações de radiodifusão comunitária e de direitos humanos.

5 Moderna visão do direito administrativo

Recentemente², o egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região, pela primeira vez, ainda que em decisão isolada, mudou, radicalmente, seu entendimento, no que concerne às rádios comunitárias. Atualizou-se o enfoque sobre o nosso Direito Administrativo, que, infelizmente, tem fortes bases no Direito francês, em que o Judiciário não é poder político, nem pode anular leis inconstitucionais. Com esta decisão, que torna sem efeito ato administrativo, o TRF 1ª Região filiou-se, corretamente, ao Direito americano, vez que nossa Constituição — como todas as anteriores, desde a republicana de 1891 — constitui, em sua espinha dorsal, cópia da Constituição americana de 1787. Pela nossa Carta Política, o juiz brasileiro detém o poder político de anular leis ou atos administrativos

inconstitucionais. É o *Judicial Review* implementado naquele país irmão pelo *Chief-Justice John Marshall* em 1803, ao sentenciar no caso *Marbury v. Madison*. O eminente Desembargador Federal João Batista Moreira, em seu brilhante e inovador voto, demonstra a evolução do Direito Administrativo em nosso país, concluindo, com sabedoria, que o governo tem dado tratamento injusto às rádios comunitárias, inclusive no que tange ao aspecto policial.

Esse magnífico voto, que certamente servirá de referência, como precedente judicial a ser seguido, vez que, com mestria, sintetiza os grandes princípios que regem a atividade governamental em matéria constitucional e administrativa, traz a seguinte ementa:

Administrativo. Serviços públicos. Radiodifusão comunitária. Direito fundamental à liberdade de expressão. Dever de gerenciamento promocional, em vez de policial, pelo Estado. Ausência do mesmo serviço prestado por entidade pública. Rádio comunitária FM Jovens de Sítio Novo, de Sítio Novo/MA. Baixa potência (50 watts). Ausência de risco concretamente demonstrado para a sociedade. Desatenção ao devido processo legal. Nulidade do ato de interdição (“lacração”). Apelação provida.

“1. Na administração democrática, a competência como *poder* ou *direito subjetivo* do Estado transforma-se em *dever* de atender à *finalidade pública*. O eixo do Direito Administrativo deixa de ser o *poder*; aparecendo neste lugar o *dever*. Antigamente estampava-se o poder da Administração; em seguida, veio a considerar-se que tal poder era, na realidade, *poder-dever*; hoje, a situação é a de um *dever-poder* de cuidar de interesses de terceiros. O poder é instrumental e serviente.” (Celso Antônio Bandeira de Melo).

2. No Direito Administrativo clássico, as entidades administrativas justificam-se por sua competência e poder em tese estabelecidos, aparecendo o interesse da sociedade como elemento subordinado. No novo Direito Administrativo, avulta o interesse da sociedade e o poder é que é elemento subordinado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto).

3. A União não tem o *poder*, mas o *dever* de propiciar à sociedade os serviços públicos previstos no art. 21 da Constituição, entre os quais a *radiodifusão sonora de sons e imagens*, especialmente a radiodifusão comunitária.

4. O espaço de comunicação de massa, como a *agora* ateniense, deve ser considerado bem de uso comum do povo, pois “no regime democrático esse espaço é necessariamente público,

² MOREIRA, 2004: 55.

no sentido etimológico da palavra, uma vez que o poder político supremo (a soberania) pertence ao povo” (Fábio Konder Comparato). Os meios de comunicação de massa são, hoje, o que antigamente eram as praças públicas, onde se discutiam as questões de interesse da sociedade.”

5. No Direito Administrativo, autorização tem três sentidos distintos: autorização como forma de delegação de serviço público, ao lado da permissão e da concessão; autorização de uso de bem público; autorização como ato de controle de atividades potencialmente danosas. A autorização de funcionamento das rádios comunitárias, que se ajusta à primeira acepção, tem sido tratada indevidamente como autorização policial de atividades perigosas.”

6. O espectro de radiofrequência destina-se à realização do direito fundamental de liberdade de expressão e comunicação, de aplicação imediata nos termos do art.5º, § 1º, da Constituição, ou seja, independentemente de legislação infraconstitucional, cabendo ao Estado o dever de seu gerenciamento promocional, em vez de policial, como tem acontecido em relação às rádios comunitárias (Paulo Fernando Silveira).”

7. A União só poderia interditar a rádio de baixa potência instituída pela comunidade Sítio Novo/MA (Rádio Comunidade FM Jovens de Sítio Novo) mediante o devido processo legal e se, por outros meios, prestasse o mesmo serviço ou se ficasse demonstrado dano específico, concreto, com seu funcionamento, à população.”

6 Conflito aparente de normas constitucionais

Estabelecido que o direito à informação, inclusive o de irradiação sonora, constitui um direito fundamental, assegurado em nossa Constituição, e que não pode ser obstaculizado pelo governo, a questão que surge, a seguir, é a seguinte: a qual ente político da federação compete legislar sobre rádio comunitária, de baixa potência e alcance restrito?

A União Federal escora sua pretensão no art. 22 da Constituição Federal, que diz que “*Compete privativamente à União legislar sobre: IV –...telecomunicações e radiodifusão*”.

Por sua vez, a competência municipal se encontra garantida no art. 30 da Constituição Federal, que afirma que “*Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local*”.

Ora, é de comum sabença que, em havendo um aparente conflito de normas constitucionais, versando sobre a competência constitucional de dois entes federativos, a solução se dá, evidentemente, pela invocação do princípio que rege a matéria, ou seja, no caso, o princípio federativo.

Para se aquilatar, com exatidão, o conflito, sua correta resolução e dimensão e alcance do princípio federalista, faz-se necessário um ligeiro esboço histórico constitucional.

7 Constituição imperial

No tempo da monarquia, o poder político era concentrado na pessoa do imperador, que exercia, simultaneamente, a chefia do Executivo e do Poder Moderador (CF – 1924, arts. 98, 101 e 102). De posse desses poderes excepcionais, concentrados em sua pessoa, o monarca podia nomear senadores, nomear e demitir juizes, convocar a Assembléia Geral, sancionar os decretos e resoluções da assembléia, nomear bispos e prover os benefícios eclesiásticos etc. Enfim, seu poder era absoluto e centralizador.

Em face da Constituição de 1824, notáveis publicistas chegaram à conclusão de que “*Ao conferir poderes ao Imperador como chefe do Poder Executivo e, ao mesmo tempo, como o titular do Poder Moderador, com poderes, concentrados em sua única pessoa, de nomear senadores, nomear e suspender juizes, dissolver a Assembléia Geral e fixar seus salários, além de outros privilégios, na realidade a Constituição de 1824 instituía, com uma camada de verniz servindo de reboço, uma monarquia absoluta, centrada num regime autoritário, centralizador e despótico, marca singular e característica implacável da política de Portugal, desde a sua formação como Estado*”³.

Daí por que essa Carta Política substitutiva, outorgada por D.Pedro I — que fechou a assembléia constituinte, a fim de evitar que prevalecesse a Constituição que o colegiado estava, democraticamente, elaborando —, não teve eficácia como instrumento garantidor do livre exercício dos poderes, nem se prestou a assegurar os direitos fundamentais do cidadão.

Nesse sentido, eis o pronunciamento autorizado

³ SILVEIRA, 2004: 177.

de quem estudou esse documento:

Colocada ao lado de uma realidade que praticamente a ignorava, pelo menos quando se tratava de reger os destinos do País, a Constituição outorgada e formal de 1824 se confronta com outra lei maior sub-reptícia, vontade mais alta que a ofuscava por inteiro: o poder concreto e ativista do monarca. À sombra desse poder pessoal, que ignorava os cânones expressos do texto básico, medrou a originalíssima realidade de um parlamentarismo consentido, fora dos moldes constitucionais, criação do fato político, refratário a teorizações abstratas. O período constitucional do Império é portanto aquela quadra de nossa história em que o poder mais se apartou talvez da Constituição formal, e em que essa logrou o mais baixo grau de eficácia e presença na consciência de quantos, dirigindo a vida pública, guiavam o País para a solução das questões nacionais da época. Haja vista a esse respeito que nunca ecoou na palavra dos grandes tribunos da causa abolicionista a invocação da Constituição como instrumento eficaz para solver o dissídio fundamental entre a ordem de liberdade garantida por um texto constitucional e a maldição do regime servil, que maculava todas as instituições do País e feria de morte a legitimidade do pacto social: pacto aliás inexistente, diga-se de passagem.⁴

Justamente por não ter essa Carta Política nenhuma eficácia, prevalecia a vontade imperial externada nas leis, sobre as quais tinha controle absoluto e pleno. A lei passou a ser, em nosso país, a um só tempo, a vontade política do imperador (e da elite que a elaborava no Congresso visando manter os seus privilégios) e, dentro de uma absurda dogmática positivista, a única a ser lida pelo Judiciário, que, então, passava a exercer a função de braço opressor, a serviço do governo (mero executor das leis, independentemente de seu grau de injustiça).

Nessa linha de raciocínio:

Assim, a fonte de todo poder residia no Imperador, que exercia, arbitrariamente e sem controles institucionais, os poderes constitucionais relativos ao Poder Moderador e ao Poder Executivo. A lei — e não a Constituição que, teoricamente, lhe dava validade — é que prevalecia, sobranceiramente, como expressão da vontade política do imperador. O Poder Legislativo acolhia essa vontade política e a transformava, subservientemente, em lei. E para a pronta execução da lei, ali estava, pres-

timoso, o Poder Judiciário. Daí porque a Constituição era simplesmente desconhecida pelo povo e ignorada, como regra, pelos operadores do Direito (juizes, advogados e legisladores).⁵

Pela Constituição outorgada de 1824, o Brasil se constituía num Estado Unitário, centralizado, em que as províncias não gozavam de autonomia política e, sequer, administrativa. O país foi dividido, na época, em 18 províncias, cada uma correspondendo à respectiva capitania hereditária e à capitania geral. Cada província passou a ser governada por um presidente, que era eleito, de modo indireto, pelo Conselho Geral da província (CF – 1824, arts. 2º, 76 e 90).

Justamente porque as províncias não tinham autonomia administrativa — que era centralizada totalmente na pessoa do imperador —, surgiram, naturalmente, em razão da extensão territorial do país, municípios fortes. Longe do poder central, eles atuavam através do agente-executivo, que era o presidente da câmara municipal. Eram controlados politicamente, porém de modo tênue, pelo partido político do presidente da província e, ainda, pelos juizes de fora. No futuro, em virtude dessa grande e incontrolável autonomia, os municípios seriam, necessariamente, elevados à categoria de entes políticos da federação brasileira.

8 Constituição republicana de 1891

Ao derrubarem a monarquia, por meio de um golpe militar, perpetrado sob a liderança do Marechal Deodoro da Fonseca, os revolucionários optaram por quebrar, definitivamente, o absolutismo do poder central, de modo a se evitar, no futuro, a tirania e a opressão.

Por influência de Rui Barbosa, que foi o revisor do texto constitucional, elaborado pela comissão dos cinco, a Constituição brasileira seguiu, como paradigma, a Constituição americana de 1787. O experimento democrático do vizinho do norte tinha dado certo. Sua Carta Política estava em vigor há mais de 100 anos. Lá, nesse interregno não havia acontecido nenhuma ruptura institucional, ou tentativa de golpe de Estado.

Pela Constituição republicana de 1891, o poder político — que, anteriormente, era uno, concentrado e centralizado na pessoa do imperador — foi dividido

⁴ ANDRADE e BONAVIDES, 1989: 7.

⁵ SILVEIRA, 2004: 185.

e redividido, de modo a evitar a tirania de pessoa ou dominação do país por grupos minoritários.

Com efeito, a par da República (governante alternado, eleito por prazo certo e determinado), instituiu-se, em corte horizontal, a federação (divisão do poder político entre a União e os Estados). Foi assegurada a autonomia do município, “*em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse*” (CF – 1891, art. 68).

Visando ampliar-se, ainda mais, o espectro democrático, o poder político foi dividido, num corte vertical, entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Este último adquiriu poder político ao ser autorizado a anular leis, decretos e atos administrativos que não estivessem em conformidade com a Lei Fundamental, que é a fonte primária de sua validade.

Não obstante, uma vez que as Constituições, no Brasil, são apenas formais, prevalecendo, muito mais, a lei positiva, esses primados não prevaleceram.

O Executivo forte, autoritário e centralizador, com excesso de poderes concentrados na União Federal, foi a marca das ditaduras que se seguiram. A de Getúlio Vargas (1930/1945) e a militar (1964/1985).

Daí por que não se falará das constituições “outorgadas” pelos ditadores em 1934, 1937, 1967 e 1969.

A Constituição de 1946, criada por um grupo de notáveis, apesar de sua conotação democrática, foi construída por lideranças oligárquicas, sem a participação popular. Por isso, tais como as anteriores, pouca importância teve na vida nacional.

Como afirmou o então ministro do Supremo Tribunal Federal, Aliomar Baleeiro:

A constituinte de 1946 – se for objeto de estudos quanto à composição social e profissional de seus membros, a exemplo da aguda investigação de Charles Bear sobre a Convenção de Filadélfia – revelará que congregava maciçamente titulares da propriedade. Mais de 90% dos constituintes eram pessoalmente proprietários ou vinculados por seus parentes próximos – pais e sogros – à propriedade, sobretudo imobiliária. Compreende-se que desse corpo coletivo jamais poderia brotar texto oposto à propriedade.⁶

⁶ BALEEIRO, 1960: 238.

9 Constituição democrática de 1988

A Constituição de 1988 é a mais democrática que o Brasil jamais teve. De todas, foi a única elaborada, em regime de liberdade, com razoável representação parlamentar e, portanto, com razoável participação popular. As oito anteriores – com exceção da de 1946, que, porém, padece do vício de ser elitista, pois os congressistas da época eram, em sua maioria, latifundiários, banqueiros e industriais, ou pessoas bancadas por eles – foram “outorgadas” ao povo pelo governo ditatorial de plantão.

A Constituição de 1988 preservou, todavia, as grandes inovações institucionais introduzidas pela Constituição republicana de 1891, a saber: o regime democrático, a república, a federação, a representação política, o voto direto e universal.

Assim, logo em seu art. 1º, estatuiu, entre os princípios fundamentais, que o Brasil é uma República federativa. Com isso, adotou-se, indiscutivelmente, como forma de governo a república, em contraposição à monarquia, e como forma de Estado a federação, descentralizada, em oposição ao Estado unitário.

Por conta do princípio republicano, a nossa Constituição não admite governo permanente, ou por prazo indeterminado. Há de haver o rodízio, em prazo certo e fixo, conforme as regras constitucionais.

Em função do princípio federalista, não pode haver a concentração, nem a primazia, de poder político em nenhum ente político, seja na União Federal, nos Estados ou nos Municípios. Nenhum deles é superior aos demais. Cada um tem sua esfera própria e privativa de autonomia legislativa e operacional.

O princípio, qualquer que seja ele, quando adotado na Constituição, exterioriza-se o seu valor como opção política de um povo. Por isso, ele se sobrepõe a qualquer regra ou norma constitucional ou a qualquer lei.

Na esfera infraconstitucional há uma hierarquia. A lei vale mais do que o regulamento, baixado por decretos do Poder Executivo. Este, por sua vez, sobrepõe-se às portarias e instruções. No entanto, a lei, que retira sua fonte de validação da Constituição, tem que guardar harmonia com os princípios e normas estabelecidos na Carta Política. Portanto, a lei é sempre inferior à Constituição.

A Constituição, por sua vez, também contém uma hierarquia. Em seu contexto, os princípios valem mais do que as normas, ou regras constitucionais.

Para o grande constitucionalista português, Gomes Canotilho, existe a seguinte gradação valorativa no texto constitucional: 1. Princípios constitucionais estruturantes da Nação (tais como o regime democrático, a República, a federação, a separação dos Poderes, etc.); 2. Princípios constitucionais gerais (como a prevalência da ordem econômica privada, a livre iniciativa, a livre concorrência etc.); 3. Princípios constitucionais especiais (tais como os princípios tributários: legalidade, anterioridade, igualdade tributária etc); finalmente, vêm as 4. Normas ou regras constitucionais.⁷

Acima desses princípios, porém, pairam, indubitavelmente, os direitos e garantias individuais fundamentais, previstos no art. 5º da Constituição Federal.

Jorge Miranda, outro importante publicista português, revela a função dos princípios: *“ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”*⁸.

Coerentemente, pela prevalência dos princípios constitucionais sobre qualquer norma constitucional, já se afirmou que:

Infere-se, logicamente, a partir da predominância dos princípios estruturantes, que a Constituição também comporta uma hierarquização de princípios e normas ou regras (Canotilho), incompatibilizando aquelas que forem discrepantes, feito um confronto de verticalidade, vez que a própria Constituição possui um núcleo inafastável, não necessariamente restrito às cláusulas pétreas estipuladas no próprio Texto Magno, como acontece na Carta Política brasileira (Art. 60, § 4º), podendo e devendo ser mais amplo. Isso significa que, quando uma norma (ou princípio secundário) constitucional agredir um princípio fundamental, estruturante da Nação, ela deve ser interpretada de modo a salvaguardar a incolumidade absoluta deste último, restringindo, sem redução de texto, o significado daquela, se possível, ou, simplesmente considerando-a sem valor, se a harmonização se tornar impossível, ou absurdamente subverter a

ordem hierárquica constitucional.⁹

Realmente, a Carta Magna reconheceu a área de autonomia de cada ente político ao estatuir que:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos nos termos desta Constituição.

O constituinte originário, que elaborou a Constituição de 1988, levou tanto a sério a divisão do poder político entre a União e os Entes políticos periféricos, a fim de se evitar que estes fossem esvaziados de sua competência constitucional, por usurpação pela União — como costumeiramente aconteceu no passado durante os regimes ditatoriais e de exceção — que elevou o princípio federalista à condição de cláusula pétreia, ou seja, princípio esse que não pode ser modificado por emenda constitucional (CF – art.60, § 4º, inciso I).

Em face da relevância desse princípio, que funciona como fator efetivo de divisão do poder político, ao lado do da independência dos ramos governamentais, tenho defendido que o pacto federativo sequer pode ser alterado, por meio de emendas constitucionais, se elas não forem submetidas, previamente, à concordância dos Estados-Membros. Uma só parte (a União), tal como ocorre em um contrato, não pode, com legitimidade, alterar o pacto federativo original, firmado com os Estados-Membros e com os Municípios. Ver fundamentação mais completa na obra mencionada.¹⁰

A propósito do federalismo, ensina José Afonso da Silva que “A Constituição de 1988 estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e principiológicas com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica.”

Segundo esse renomado constitucionalista, “O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades componentes do Estado federal é o da *predominância do interesse*, segundo o qual a União caberão aquelas matérias e questões de *predo-*

⁷ CANOTILHO, 1995: 182.

⁸ MIRANDA, 1983: 199.

⁹ SILVEIRA, 1999: 44.

¹⁰ SILVEIRA, 2001b: 92-93.

*minante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local, tendo a Constituição vigente desprezado o velho conceito de peculiar interesse local que não lograra conceituação satisfatória num século de vigência*¹¹.

Completa o seu raciocínio expressando que “A Constituição de 1988 buscou resgatar o princípio federalista e estruturou um sistema de repartição de competências que tenta refazer o equilíbrio das relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais”¹².

Da conceituação do federalismo, três princípios se erigem como seus pilares: a) desconcentração do poder entre os entes políticos; b) intervenção mínima do governo central, como exceção (poderes enunciados), competindo ao Estado-Membro todos os demais restantes (poderes remanescentes); c) equilíbrio de poderes entre o ente central e os periféricos.

Foi considerando tudo isso que o *Justice Black* da Suprema Corte americana, citado por *Tony Freyer*, asseverou: “Nosso conceito de federalismo assenta-se na política básica de evitar concentração excessiva de poder no governo, federal ou estadual. (“Our concepts of federalism rested on the basic policy of avoiding excess concentration of power in government, federal or state.”)¹³

Consciente dessa função essencial exercida pelo federalismo, como fator descentralizador e, simultaneamente, propulsor do crescimento político das lideranças locais, que não podem ser anuladas – muito menos ficar dependentes, na sua escalada política, do poder central – *Paul J. Mishkin* enfatizou: “As funções políticas decorrentes de um real e forte federalismo têm se transformado em alguma coisa mais importante do que no passado. Por funções políticas, eu quero dizer as funções dos governos dos Estados (e locais) como fortalezas do pluralismo e da liberdade. Os Estados têm um papel como autônomos centros de poder – e como poder de base – que não são sujeitos ao controle hierárquico pelo poder central”. (*The political functions of a real*

and strong federalism have become, if anything, more important than in the past. By ‘political’ functions, I mean the functions of state (and local) governments as bulwarks of pluralism and of liberty. The states have a role as autonomic power centers – and thus power bases – that are not subject to hierarchical control from the center.)¹⁴

Considerando esses ensinamentos, extrai-se, com facilidade, que a competência da União é abrangente. Porém, é limitada, por ser de natureza excepcional. Somente as matérias em que se evidenciar um predominante interesse nacional, ou envolvendo mais de dois Estados da federação, autorizam sua intervenção material ou legislativa. Compete à União, pois, legislar e atuar nos campos das relações externas, das forças armadas, das embaixadas, do comércio, inclusive entre os Estados-Membros etc. Ou seja, sempre que o assunto predominante for de interesse nacional, ou abranger mais de um Estado-Membro.

Aos Estados-Membros atribuiu-se, constitucionalmente, o exercício da competência remanescente, isto é, de tudo aquilo em que predominar, apenas, o interesse regional.

Dentro dessa linha de raciocínio, estatui, pre-remptoriamente, a Constituição Federal:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º São reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Para os Municípios ficou reservada a competência para legislar sobre assuntos de interesse predominantemente local (CF – art. 30, I).

Decorre do princípio federalista que a lei editada pelo ente político, dentro de sua esfera privativa de competência, é a única prevalente. Assim, se a União, por exemplo, publicar lei sobre matéria de competência municipal, é a lei federal que é inconstitucional. Lembre-se que a lei federal não vale mais do que a lei municipal, quando esta versa sobre matéria de competência do município.

¹¹ SILVA, 1990: 411-412.

¹² SILVA, 1990: 90.

¹³ SCHEIBER: 1992, 104.

¹⁴ SCHEIBER: 1992, 156.

10 Lei municipal amparada pelo princípio federativo: normas constitucionais que atribuem, simultaneamente, competência à União Federal e aos Municípios

Portanto, ao se interpretar uma simples norma constitucional, com a qual, aparentemente, a lei municipal está em conflito, há de se tomar, necessariamente, em consideração a prevalência do princípio federalista e, ainda, a autonomia legislativa do Município, como ente político — que não pode abrir mão de sua competência privativa constitucional, sob pena de incentivar a usurpação, a tirania e a ditadura — e levar-se em conta, ainda, que a competência da União Federal é excepcional, destinada a atender às necessidades nacionais.

Assim, quando a Constituição federal dispõe, em seu art. 22, inciso IV, que compete, privativamente, à União legislar sobre telecomunicação e radiodifusão, há de se entender, necessariamente, que tal norma — simples regra constitucional — está subordinada ao princípio federalista. É como se dissesse: compete privativamente à União legislar sobre radiodifusão, desde que observado o princípio federalista.

Comungando da mesma patena, Celso Ribeiro Bastos já se posicionou no sentido de que, não obstante haver norma constitucional expressa outorgando competência privativa à União para legislar sobre telecomunicações e radiodifusão (CF — arts. 22, IV, e 223), “...tal competência deve ser entendida no sentido de que se refere aos casos de alcance nacional, pois do contrário estar-se-ia, através de meras normas constitucionais, violando-se um dos princípios estruturantes da Nação (o federalismo) que é um dos pilares em que se repousa a democracia e objetiva obstaculizar a tirania de grupos minoritários pela dispersão do Poder.”¹⁵

Na interpretação do texto constitucional, há de se observar o equilíbrio na distribuição do poder político, entre os Entes federados, visado pelo constituinte originário. Para alguns publicistas esse é o elemento dominador na regra interpretativa da Constituição.

Esse importante, decisivo e indeclinável papel é destinado ao Judiciário, que, como poder político não

eleito, tem o dever de examinar a matéria observando as reais necessidades do país.

John H. Garvey e T. Alexander Aleinikoff asseveraram que a metáfora do balanceamento refere-se a teorias de interpretação constitucional que são baseadas na identificação, avaliação e comparação dos interesses em conflito. Expõem que o melhor argumento utilizado pelos defensores do *balancing* é o que permite as Cortes Judiciais aumentar o processo de equilíbrio, dando peso a interesses que o Legislativo tende a ignorar ou subavaliar. Dentro desse enfoque, a Corte desempenha dois importantes papéis: 1. reforça a representação, assegurando que interesses impopulares ou de grupos mal representados politicamente sejam com justiça considerados; 2. protege direitos e interesses constitucionais que, às vezes, são esquecidos no *hurly-burly* da Política. Advertem, todavia, que o balanceamento pela Corte não reproduz a função legislativa ou suplanta os julgamentos legislativos de boa política social. Usa-se o ato legislativo como medida da importância social e, assim, como uma base para calcular o grau para o qual o interesse constitucional deverá ser “atenuado” (*The balancing court does not replicate the legislative function or supplant legislative judgments of good social policy. It uses the legislative act as a measure of social importance and thus as a basis for calculating the degree to which the constitutional interest should be “softened”*).¹⁶

Por sua vez, o professor *Richard Steward* tem sugerido uma estreita correlação entre a defesa da autonomia do Estado-Membro, contra a dominação da União, e os direitos individuais, aos quais se acha atada. Ele identifica quatro aspectos da estrutura federal descentralizada que podem ser considerados valores que o indivíduo desejaria implementar: *a grande precisão* com que o tomador de decisão local pode operar como útil calculador dos custos e benefícios; *a maior proteção da liberdade* que a tomada de decisão estadual descentralizada alcança ao dificultar que qualquer grupo de pessoas assenhoreie-se do poder total nacional; *o maior grau de comunidade*, alavancado pela oportunidade de participação política que a descentralização torna possível; e *a maior diversificação* que a descentralização encoraja. (*He identifies four features of a decentralized federal structure which cam*

¹⁵COELHO NETO: 2002, 125.

¹⁶GARVEY and ALEINIKOFF: 1991: 108.

*be stated as values an individual would wish to further: the greater accuracy with which a local decision-maker can operate as a utilitarian calculator of costs and benefits; the greater protection of liberty which the state's decentralized decisionmaking affords by making it harder for any one group to seize total national power; the greater degree of community fostered by the opportunity for political participation that decentralization makes possible; and the greater diversity which decentralization fosters).*¹⁷

A propósito, não se pode esquecer a precisa advertência lançada pelo *Justice Brandeis*¹⁸, da Suprema Corte americana, ao elaborar a doutrina do estado-laboratório. Disse ele:

Constitui um dos felizes acidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se assim quiserem os seus cidadãos, servir como um laboratório; e tentar novos experimentos sociais e econômicos sem colocar em risco o restante do país. (*It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country*)

Comentando esse famoso conceito, que se tornou a base do que é, modernamente, chamado de novo federalismo, Laurence Tribe sugeriu que devemos substituir a palavra Estado por comunidade (*we might substitute the word "community"*).¹⁹

Em face de um verdadeiro federalismo (que, ao fracionar o poder político, distribuindo-o harmoniosamente entre os entes federados, existe justamente para se evitarem a tirania e o despotismo governamental, levados a efeito por parte daqueles que não têm vocação para o exercício do poder limitado, próprio da democracia), há de se obstar lei federal que — formulada mediante proposições gerais, fora da realidade fática específica de cada comunidade — engesse e paralise o país, com isso inibindo a iniciativa, a criatividade e a opção política dos entes locais. Há de se dar espaço aos legislativos locais (Estados-Membros e Municípios) para levarem adiante suas experiências próprias e tornarem realidade suas opções políticas,

inerentes aos valores insito das comunidades, em suas diversidades culturais, em matérias que não desperdem o interesse nacional. Infelizmente, a autonomia e a autogovernabilidade dos poderes locais são usurpadas pela União Federal, há longo tempo, como revela nossa história constitucional. Esse fato vem ocorrendo costumeiramente, sem ser obstado pelo Judiciário, não obstante o flagrante desrespeito, pelos poderes eleitos, à vontade política das inúmeras comunidades brasileiras. Por isso, há tanta apatia política em nosso povo, que se queda inane, sentindo-se totalmente desalentado, sem ânimo e esperança, incapaz de participar ativamente na busca das soluções dos problemas públicos, por menor que seja. Cento e oitenta e seis (186) milhões de brasileiros ficam descorçoados e impotentes, à espera das soluções mágicas tomadas em Brasília — por um grupo de pessoas que, em regra, não representam ninguém, senão aos seus próprios interesses — em relação ao um país continental, com diferentes culturas, graus de riqueza e de valores sociais.

A ação das autoridades municipais, em defesa de lei que cuide somente de matéria de interesse local, é legítima e extremamente necessária, se quisermos ter uma democracia, dentro de um Estado de Direito. Ao município não é facultado dispor de parcela de seu poder político, sob pena de estar-se compactuando com o aumento do poder centralizado, caminho direto para a ditadura, de que a história brasileira, infelizmente, noticia com freqüência.

A autonomia e a autogovernabilidade do município, a par da correta administração do país, dependem muito desse enfrentamento que, longe de ser hostil e esporádico, deve acontecer amiúde, no trato diário das matérias limítrofes, de tal modo a aperfeiçoar o sistema democrático, ao se delimitar, com mais nitidez, a zona de fronteira que, nebulosamente, demarca as competências legislativas dos entes periféricos, cuja amplitude maior do arco depende da elasticidade imprimida, no momento atual, aos princípios constitucionais.

É verdade eterna, no campo da política — dizem os sábios — que o poder avança até encontrar limites. É como o mar, cujas ondas irrompem desbragadamente pelas praias até serem contidas pelos rochedos e pelos diques.

À luz desse enfoque, do aparente conflito de normas constitucionais, os dois textos prevalecem

¹⁷ TRIBE, 1988: 385.

¹⁸ BRANDEIS, 1932.

¹⁹ TRIBE, 1988: 1419.

incólumes, porém cada um com sua delimitação própria, com observância do princípio federalista.

Desse modo, compete, sim, à União Federal legislar privativamente sobre a radiodifusão, quando for o caso de rádios de grande potência, cujas ondas sonoras atinjam mais de um Estado da Federação. Para esses casos, incidem-se as normas previstas nos art.21, XII, 22, IV, e 223, da Constituição federal.

Já a radiodifusão de pequeno alcance e baixa potência, por não despertar o interesse nacional, insere-se, sem sombra de dúvida, na competência municipal, ante o predomínio do interesse local (CF – art. 30, I).

Vários fatores — que estão fora do alcance da União Federal — são determinantes para evidenciam a prevalência do interesse local: 1. A pequena potência, em Watts-ERPs das ondas de rádio, de modo a não ultrapassar as fronteiras do município; 2. A definição do contorno, em virtude da quantidade de dbm da emissora, de modo a evitar interferência em outros serviços locais; 3. A especificação da área de cobertura de cada emissora, isto é, se com alcance total de todo o território municipal, ou se dividido por bairros, vilas ou setores; e, finalmente, 4. O relevo do município, a fim de se determinar a altura da antena e a sua exata posição e direcionamento, visando contornar os obstáculos físicos (morros e montanhas) existentes em cada município.

A importância do relevo para a definição do contorno e da altura e direcionamento da antena da emissora está devida e tecnicamente demonstrada no meu livro *Rádios Comunitárias* (p.121-130).²⁰

Quando a União legisla sobre as rádios de grande potência e de longo alcance, o relevo não tem significação técnica. Não é levado em consideração. Nesse caso, para a divisão do espectro eletromagnético do país, é considerado liso, como se fosse uma folha de papel. Já para as rádios de alcance restrito, o relevo físico do território municipal tem significação especial e deve ser, sempre, levado em conta. Um morro que separe dois bairros é suficiente para interromper o fluxo da onda magnética, notadamente a de baixa potência.

Esse ângulo da questão demonstra, por si só, cabalmente, a prevalência do interesse local sobre um

eventual — mas não comprovado de fato, ou tecnicamente — interesse federal.

Ressalte-se, finalmente, que, em havendo duas normas constitucionais, hierarquicamente do mesmo valor (uma atribuindo a competência à União, outra ao Município), nenhuma autoridade federal — nem mesmo o juiz, salvo se a nulidade de uma delas estiver *sub judice* — poderá fazer prevalecer lei federal editada com base na regra excepcional de competência da União, dado que a lei municipal, também editada com base em norma constitucional, tem sua eficácia garantida, enquanto não for anulada pelo Poder Judiciário. No confronto das duas normas constitucionais, ou da lei municipal em face da lei federal, o conflito será dirimido pela Justiça Federal de primeiro grau, pelo controle difuso de constitucionalidade (CF – art.102, III, alíneas *c* e *d*), jamais por meio de ADI (CFF – art.102, I, *a*), que é restrita à apreciação de “lei ou ato normativo federal ou estadual”, não englobando a lei municipal.

11 Telecomunicação e radiodifusão. Rádio comunitária

A Constituição federal distingue a telecomunicação da radiodifusão. Portanto, esta última, tecnicamente, não faz parte da primeira. Por isso, tem tratamento jurídico diversificado.

Com efeito, ao disciplinar a competência material (operacional) da União (art.21), a Carta Política cuidou da telecomunicação no inciso XI e da radiodifusão no inciso XII, alínea *a*.

Igualmente, ao atribuir a competência legislativa à União (art.22), a Constituição tornou a distinguir a telecomunicação da radiodifusão (inciso IV).

A fim de não pairar nenhuma dúvida quanto à distinção determinada pela Carta Magna, o novo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16/07/1992) exclui, taxativamente, a radiodifusão, remetendo, a teor de seu art. 215, inciso I, a sua legislação para o antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117, de 27/08/1962).

Portanto, no atual ordenamento jurídico, temos tratamentos legislativos e matérias diferenciados para as telecomunicações e para a radiodifusão.

A par dessa distinção, o serviço de radiodifusão comunitária mereceu, justamente por não se enqua-

²⁰SILVEIRA, 2001a: 121-130.

drar nas regras gerais da radiodifusão, previstas no antigo Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962), legislação própria, adequada a seu singular perfil (Lei 9.612, de 19/02/1998).

Significa dizer que a rádio comunitária, precisamente por ser de baixa potência e de pequeno alcance, não se acha disciplinada pelo Código Brasileiro de Comunicações, mas, sim, obviamente, por legislação específica.

Todavia, essa legislação federal é inconstitucional, uma vez que cuida exatamente de assunto de interesse local, que foge de sua competência constitucional, em face do princípio federalista, em virtude do qual ficou consignada a regra expressa no art. 30, inciso I, da Constituição Federal, que atribui competência privativa do município para legislar sobre assunto local.

A inconstitucionalidade dessa lei é tão evidente que, ao definir a cobertura restrita, ela utiliza-se de critérios locais, ao dispor, em seu art. 1º, § 2º, *verbis*:

Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro ou vila.

Da mesma forma, ao esclarecer o sentido da baixa potência, vale-se, novamente, de parâmetros locais, ou seja, a altura e o direcionamento da antena (sistema irradiante), só que, equivocadamente, despreza, indevidamente, a importância do relevo físico, como fator determinante da exata localização e posicionamento da antena — matéria de competência municipal — ao dispor (art.1º, § 1º):

Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado à comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.

Por fim, a inconstitucionalidade dessa lei evidencia-se, ainda, quando dá tratamento privilegiado às emissoras comerciais, em acintoso desrespeito à garantia constitucional do livre acesso ao Judiciário, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição federal (A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), quando prescreve essa abominação jurídica abaixo transcrita:

Art.22 As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária operarão sem direito à proteção contra eventuais interferências causadas por

emissoras de quaisquer Serviços de Telecomunicações e Radiodifusão regularmente instaladas, condições estas que constarão do seu certificado de licença e funcionamento.[Evidenciei]

Em outras palavras, as rádios comunitárias que causarem interferências — se é que isso é tecnicamente possível (afirma-se, sem bases técnicas, que elas inclusive derrubam aviões) — serão penalizadas; todavia, as rádios comerciais e outros serviços de telecomunicação e de radiodifusão podem, livremente, causar danos (lesão a direito), sem se responsabilizarem por isso. Isso é, evidentemente, um arrematado absurdo. Indiscutivelmente, esse dispositivo é totalmente inconstitucional.

12 Interferências nas aeronaves e nos aeroportos

Não há verdade alguma quanto à interferência das rádios comunitárias nas comunicações referentes à aviação. Dois fundamentos desmentem a tolice desse argumento, lançado, ao acaso, sem respaldo técnico e aceito, liminarmente, por uns poucos juízes preconceituosos, mal informados ou receosos de enfrentarem, caso a caso, os desafios e as dificuldades inerentes ao seu ofício, preferindo o caminho mais fácil da acomodação, ao acatarem, de maneira reverencial, sem maiores questionamentos, a versão oficial, com fulcro apenas em generalizações, ou na dogmática positivista do literalismo da lei, ainda que nebulosas e impróprias ao justo e honesto desate da lide: 1. As rádios comunitárias operam com pequena potência e curto alcance (25 Watts). O Ministério das Comunicações exige uma distância mínima de 4(quatro) quilômetros entre as emissoras. Logo, se há risco para a navegação aérea, ela virá, certamente, das rádios comerciais, que operam com potência enorme de até 30.000 Watts e ondas sonoras de longo alcance. 2. A radiodifusão se dá em frequência diferenciada da usada na aviação e nas torres de controle dos aeroportos. 3. Ainda que haja, ou tenha havido, alguma episódica interferência, é caso de se corrigir o problema naquela emissora específica e não o de se proibir o funcionamento de todas as rádios comunitárias, negando ou anulando o direito fundamental, por conta de fato isolado, perfeito e tecnicamente sanável.

Em outra oportunidade, já escrevi sobre a ma-

téria, com demonstrativos técnicos, elaborados por empresa idônea, que opera nessa área, na dicção seguinte:

A possibilidade de interferência das rádios comunitárias nas comunicações aeronáuticas, civis e militares, ou seja, no denominado Serviço Móvel Aeronáutico – SMA, que envolvem aeronaves e órgãos de controle de tráfego aéreo, minimiza-se, máxime comparativamente com as rádios comerciais, de alta potência, se se considerar que o serviço de radiodifusão em frequência modulada (FM) opera na faixa de frequência distinta, no que toca à faixa de frequência em megaclicos ou megahertz (MHz).

Assim, enquanto as rádios FM, comunitárias ou comerciais, operam na faixa de frequência que vai de 88,000 a 108,000, os serviços de comunicação aeronáuticas, como o Instrument Landing System – LS, o VHS Omnidirection Radio Range – VOR, a Torre de Controle – TWR, o Controle de Aproximação – APP, o Controle de Solo – SMC, o Centro de Controle de Área – ACC, o Automatic Terminal Information Service – ATIS, o serviço de Informação Meteorológica para Aeronave em Voo – VOLMET e o Controle Operacional de Empresas Privadas – EPTA, funcionam na faixa de frequência a partir de 108,000 até 132,000 MHz.

Finalmente, para pôr fim a esse argumento, para mim sem fundamento, a Portaria 133 de 26/04/1995, do Comando da Aeronáutica, garante a compatibilidade de uso das faixas de frequências de 88 a 108MHz e de 108 a 137MHz por parte, respectivamente, do Serviço de Radiodifusão Sonora em Frequência Modulada e dos Serviços de Radionavegação Aeronáutica e Móvel Aeronáutico. Essa portaria tem por objetivo estabelecer os critérios de proteção que devam ser assegurados nas respectivas áreas de cobertura, de modo a prevenir a ocorrência entre os serviços.

Além do mais, a União conta com um serviço especial, chamado de Grupo Especial de Inspeção em Voo – GEIV, que está incumbido de verificar, regularmente, a condição de funcionamento dos sistemas de auxílio à navegação aérea. Mediante essa regular inspeção, a possibilidade de ocorrência de acidentes é minimizada, eis que o GEIV retira de operação todo e qualquer sistema de comunicação e radionavegação que esteja abaixo de determinados padrões de segurança. O retorno à operação é, também, condicionado a uma nova inspeção, para certificação de que o problema foi sanado.

Como as rádios comunitárias — longe de serem piratas ou clandestinas — operam abertamente, com estatutos registrados em cartório,

onde consta o nome dos responsáveis pelas fundações, que as mantém, em endereço publicamente conhecido e anunciado para efeito de captação de apoios culturais, nada há a recear. Qualquer imprevisto — ainda que quase impossível de acontecer — será imediatamente sanado.²¹

Portanto, “Como foi visto acima, os aeroportos estão protegidos de interferência basicamente porque seus serviços (Torre de Controle – TWR, Controle de Solo – SMC, Centro de Controle de Área – ACC, Automatic Terminal Information Service – ATIS, Informação Meteorológica para Aeronave em Voo – VOLMET e o Controle Operacional de Empresas Privadas – EPTA) funcionam em faixa de frequência, em megahertz (MHz) distinta (de 108 a 137MHz) dos em que operam as rádios comerciais, educativas e comunitárias (de 88 a 108 MHz).²²

13 Aplicação de penalidades

A lei municipal pode disciplinar, validamente, sobre penalidades administrativas, em razão de infração a qualquer artigo da legislação municipal. Isso é perfeitamente constitucional. Encontra-se na esfera de suas atribuições e de sua autonomia, como ente político. O município não pode, somente, editar leis em que se cominem sanções criminais. A tipificação de crimes e a cominação de penas criminais estão, no momento, sob a competência federal.

O poder de polícia, inerente a todo ente político (quem tem competência para legislar desfruta, igualmente, do poder de regulamentar as atividades; conseqüentemente, detém o poder de destruir ou de incapacitar) autoriza a imposição de penalidades administrativas, previstas em lei, por infrações relativas às atividades sujeitas ao controle da legislação local, desde que aplicadas com observância do devido processo legal (*due process of law*), em sua dimensão procedimental, isto é, desde que seja oportunizada ao infrator a mais ampla defesa antes da aplicação da sanção administrativa pelo órgão estatal.

²¹SILVEIRA, 2001a: 112.

²²SILVEIRA, 2001a: 113-114.

14 Apoio cultural

Assim como as grandes e poderosas universidades particulares, que se dizem, estatutariamente, sem fins lucrativos, podem cobrar mensalidades de seus alunos, visando obter renda para cobrir as suas despesas de custeio e de investimento, inclusive com a modernização dos *campi*, por meio de construções e aquisições de modernos equipamentos, além de gozarem de imunidade tributária (CF – art.150, VI, c – Lei 5.172, de 25/10/1966 (Código Tributário), arts. 9º, IV, c, e 14) e de receberem generosas verbas do governo, as rádios comunitárias, evidentemente, também podem receber apoio cultural, privado, em forma de venda de publicidade.

Algumas razões fundamentam esse raciocínio lógico: 1. Elas também têm despesas com pessoal e com a compra de equipamentos; 2. Não vão funcionar com o dinheiro público; 3. O Estado, como agente normativo e regulador, não pode, como regra, interferir na ordem econômica, para disciplinar a atividade privada. Relativamente ao setor privado, sua função é meramente indicativa (CF-art.173). Logo, não pode proibir as rádios comunitárias de obter renda para a consecução de seus fins. Do contrário, o Estado está, por vias indiretas, violando vários princípios constitucionais, como o da livre iniciativa, mais precisamente o da livre manifestação das idéias, por qualquer meio de comunicação, aí embutidos o direito de informar e de ser informado (CF – art.5º, incisos IX e XIV), como expressamente assegurado pela Carta Magna no art.220, do seguinte teor:

A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

15 Tríplice fiscalização

Em havendo lei municipal disciplinando o serviço de radiodifusão comunitária, as emissoras autorizadas a funcionar, mediante alvará municipal, sofrerão, obviamente, três fiscalizações distintas. a) uma por parte dos órgãos municipais, que imporão, quando for o caso e observado o devido processo legal, as penalidades administrativas cabíveis, previstas na própria lei; b) outra por parte da Anatel – Agência Nacional

de Telecomunicação, toda vez que a emissora, descumprindo a lei municipal, violar interesses nacionais ou de mais de um Estado-Membro; finalmente, (c) a rádio comunitária sofrerá a fiscalização do público ouvinte, denunciando aos órgãos competentes locais, como o Ministério Público, qualquer infração que se caracterizar como criminosa ou ofensiva ao direito do cidadão, como, por exemplo, ofensa ao Código do Consumidor.

16 Incompetência de Tribunal de Justiça Estadual para suspender a eficácia de lei municipal que dispõe sobre o serviço de radiodifusão comunitária. Conflito envolvendo apenas questão federal, já que, no caso, a lei municipal aparentemente viola dispositivo da Constituição Federal, que atribui competência à União para, privativamente, legislar sobre a matéria

Perguntaram-me, em diversas regiões do país, onde fiz palestras sobre as rádios comunitárias: “Se a lei municipal é constitucional, então por que alguns tribunais estaduais estão dando liminares para suspender a sua eficácia?”

A resposta é simples.

Os Tribunais de Justiça dos Estados-Membros não têm competência para suspender, via Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, com efeito *erga omnes*, a eficácia de lei municipal, quando o conflito é relacionado com dispositivos da Constituição federal, relativamente à competência legislativa da União Federal.

No entanto, avocando, injustificadamente, para si, essa missão, essas Cortes estaduais estão procedendo à indevida usurpação da competência – única e privativa, no caso – do conspícuo Supremo Tribunal Federal, a quem foi conferida, pela Carta Magna, como palavra final, a guarda precípua da Constituição Federal.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal não tem competência para o conhecimento e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidades versando sobre leis municipais. Mas, também, os Tribunais de Justiça não o têm – como controle concentrado

– quando a lei municipal afrontar, unicamente, dispositivo da Constituição Federal ou confrontar com lei federal.

O controle, no caso, é feito pelo sistema difuso, a partir do primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal, com recursos para os tribunais superiores, até o Supremo Tribunal Federal, como dispõe o art. 102, III, alíneas *c* (lei municipal ou estadual contestada em face da Constituição Federal) e *d* (lei local contestada em face de lei federal), alínea esta incluída por força da Emenda Constitucional 45/2004).

Do contrário, os tribunais estaduais, ao exercerem o controle concentrado, em matéria envolvendo a competência da União, assegurada na Constituição Federal, estariam substituindo o Supremo Tribunal Federal na guarda da Carta Política, não lhe permitindo, outrossim, manifestar-se sobre área privativa de sua competência, como Corte final em matéria constitucional, no exercício do controle difuso.

Na lapidar lição de Alexandre De Moraes²³

A Constituição Federal, nas previsões dos arts. 102, I, *a*, e art. 125, § 2º, somente deixa em aberto uma possibilidade, relacionada à competência para processar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos municipais contrários, diretamente, à Constituição Federal.

Nestas hipóteses, será inadmissível ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, ou perante o Tribunal de Justiça local, inexistindo, portanto, controle concentrado de constitucionalidade, pois o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal entende não ser possível nessa hipótese o controle concentrado pelo Tribunal de Justiça, pois tendo as decisões efeitos *erga omnes*, no âmbito estadual, a elas estaria vinculado o próprio Supremo Tribunal Federal, que deixaria de exercer sua missão constitucional de guardião da Constituição.

Ensina, ainda, com clareza, que o Tribunal de Justiça só tem competência para exercer o controle concentrado de inconstitucionalidade sobre atos normati-

vos ou leis municipais, quando estes violarem, *direta e expressamente*, dispositivos da Constituição Estadual.²⁴

Afirma, categoricamente, que:

Em relação às leis ou atos normativos municipais ou estaduais contrários às Constituições Estaduais, compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar, originalmente, a ação direta de inconstitucionalidade.

Ressalte-se que esta previsão é da própria Constituição Federal, ao dispor no art. 125, § 2º, que os Estados organizarão sua Justiça cabendo-lhes a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

Note-se que, se a lei ou ato normativo municipal, além de contrariar dispositivos da Constituição Federal, contrariar, da mesma forma, previsões expressas do texto da Constituição Estadual, mesmo que de repetição obrigatória e redação idêntica, teremos a aplicação do citado art. 125, § 2º, da CF, ou seja, competência do Tribunal de Justiça do respectivo Estado Membro.

No caso em estudo, não há possibilidade de se repetirem os dispositivos, já que a Constituição Federal atribui, privativamente, à União o poder de legislar sobre a radiodifusão (CF – art.21, IV), com exclusão, óbvia, do Estado-Membro. A repetição a que o doutrinador se refere é aquela, por exemplo, pela qual se impõem regras aos servidores públicos (CF – art.37). Mesmo assim, o simples fato da repetição não dá poderes aos Tribunais de Justiça de decidirem causas de servidores federais, já que a matéria federal é de competência da Justiça da União (CF – arts. 106 e 109, I).

Este é o entendimento predominante há muito em nossos tribunais, notadamente no Supremo Tribunal Federal. Tanto assim é que essa Veneranda Corte suspendeu, liminarmente, o dispositivo da Constituição do Estado de São Paulo, que autorizava o controle concentrado (ADI 347-0/600).

Com efeito, o art. 74, e seu inciso XI, da Constituição do *Estado de São Paulo*, que conferia competência à Justiça Estadual para conhecer e julgar “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestado em face da Consti-

²³MORAIS, 2003: 611.

²⁴MORAIS, 2003: 610.

tuição Federal”, foi objeto de impugnação perante o Excelso Supremo Tribunal Federal, que suspendeu a eficácia da expressão “Federal” contida no citado artigo²⁵, a ver pela ementa, abaixo, do julgamento:

Ementa – Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de suspensão liminar da expressão “Federal”, contida no inciso XI do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989, o qual atribuiu competência ao Tribunal de Justiça para processar e julgar originalmente “a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal, contestado em face da Constituição Federal.

Ocorrência, no caso, de relevância da fundamentação jurídica do pedido, bem como da conveniência da suspensão liminar da eficácia da expressão impugnada.

Liminar deferida para suspender a eficácia da expressão “Federal” contida no inciso XI do art. 74 da Constituição do Estado de São Paulo, promulgada em 5 de outubro de 1989. (STF –v.u. J. 15/08/1990 – DJU 26/10/1990).

Como salientou o Ministro Moreira Alves, ainda na vigência da Constituição de 1969, restava consolidado o entendimento no sentido da inconstitucionalidade de dispositivo de Constituição estadual que atribuísse ao Tribunal de Justiça a competência para processar e julgar representação de inconstitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Federal, a ver:

[...] Prevaleceu, então, a tese, por mim sustentada, de que se aquela Emenda (Emenda Constitucional 1/1969) não havia atribuído tal competência ao Supremo Tribunal Federal, isso decorreria do propósito do constituinte federal de excluir do âmbito da representação de inconstitucionalidade as leis municipais, e não de lacuna inconsciente, a permitir o seu preenchimento pelos constituintes estaduais em favor dos Tribunais de Justiça, até porque, decorrendo da natureza mesma da decisão dessa representação sua eficácia *erga omnes*, ficaria o Supremo Tribunal Federal que a ela assim estaria sujeito, impedido de exercer o seu papel incontestável de guardião da Constituição Federal.[...].

²⁵ Igualmente a expressão “e da Constituição da República”, contida no artigo 106, I, alínea “h”, da Constituição do Estado de Minas Gerais, teve sua eficácia suspensa, em virtude de liminar deferida pelo STF, na ADIn 508-1 (DJ 23.08.91; RTJ 136/1.063).

Por sua vez, advertiu o Ministro Carlos Velloso, em seu voto, “[...] se diversos Estados da Federação consagrassem este tipo de controle concentrado, cada Estado teria, sob certos aspectos, uma Constituição Federal diferente, porque o Supremo Tribunal Federal não exerceria o controle das decisões dos Tribunais Estaduais, dadas as características do controle concentrado.[...]”.

Na lição de insígnies e modernos constitucionalistas²⁶,

O inciso XI do art.74 da Constituição do Estado de São Paulo, que dispunha sobre a competência do Tribunal de Justiça do Estado para julgar, originalmente, a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, foi suspenso em ação direta de inconstitucionalidade (STF, ADI 347). Do contrário, um tribunal estadual estaria produzindo decisão com efeito *erga omnes* na sua área de competência, vinculando até mesmo o STF.

Hoje, portanto, inexistente ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal, devendo o controle ser feito pela via de exceção ou por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A mesma matéria já havia sido objeto de julgamento anterior perante o Supremo Tribunal Federal (Reclamação 337-0/190-DF), quando mereceu a mesma resposta, no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição Estadual.

O voto do Ministro Paulo Brossard, na condição de relator, esclarece bem a questão, ora *sub judice*:

Voto – O ministro Paulo Brossard (Relator): em duas hipóteses a Constituição Federal prevê a ação direta: contra lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal; e b) contra lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Estadual. No primeiro caso, para conhecer da espécie é competente o Supremo Tribunal Federal; no segundo, o Tribunal de Justiça.

2. A Constituição não prevê a hipótese de ação direta em que se argua a inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal.

3. Se a Constituição não cuidou da hipótese, mantendo-se fiel aos antecedentes introduzidos em 1965, com a Emenda 16 à Constituição de 1946, parece não caber ação direta no caso, restando o

²⁶ CHIMENTI, CAPEZ, ELIAS ROSA e SANTOS, 2004: 361.

contencioso constitucional *in concreto* nos casos de colisão de lei municipal com a Constituição Federal. Nesse sentido, pelo menos, foi o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no regime anterior, assim no RE 87.484, Relator o Ministro Néri da Silveira, JSTF, Lex , 69/110; RE 91.740, Relator o Ministro Xavier de Albuquerque, RTJ, 93/458; RE 92.287, Relator o Ministro Rafael Mayer, RTJ, 97/428; RE 93.088, Relator o Ministro Soares Muñoz, JSTF, Lex 33/181; RE 93.131, Relator o Ministro Alfredo Buzaid, RTJ 104/724 e RE 94.039, Relator o Ministro Moreira Alves, RDA, 145/156.

4. Nos REs 92.169, 93.088 e 94.039 o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a letra e, do inc. I, do art.54, da Constituição paulista de 1967, cujo preceito foi repetido no inc.XI, do art.74, da atual Constituição daquele Estado, 1989; este preceito, no entanto, foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, até o julgamento da causa, ao conceder liminar na Ação Direta nº 347.

[...]

6. Dada a evidente anomalia criada com o processamento de uma ação para a qual o Tribunal de Justiça não tem competência, ação direta de inconstitucionalidade frente à Constituição Federal, dada a virtual invasão de competência do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, se existisse a ação direta para o caso, teria de ser federal a competência e dada a responsabilidade da Corte como guarda precípua da Constituição, conhecimento da reclamação para: a) suspender a liminar concedida pelo Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.517, Desembargador Arione Vasconcelos Ribeiro; b) sobrestar o andamento do feito, até julgamento final desta reclamação; e c) requisitar informações ao Tribunal reclamado, a fim de instruir a presente reclamação.

Nesse julgamento, o Ministro Carlos Velloso observou que o controle concentrado da inconstitucionalidade de lei municipal, em face de dispositivos da Constituição Federal, “[...] poderia gerar a situação que atentaria contra a competência da Corte Suprema: realizado o controle *in abstracto*, nos termos mencionados pelo Tribunal de Justiça e não interposto o recurso extraordinário, poderia ocorrer de que o guardião-mor da Constituição, a Corte Constitucional, que é o Supremo Tribunal Federal, ver-se impossibilitado de manifestar-se de decisão do Tribunal Estadual, tendo em vista a natureza *erga omnes* da decisão.[...]”.

No caso de lei municipal regendo o serviço de radiodifusão comunitária, não há dispositivo da

Constituição Estadual afrontado diretamente pela lei municipal, já que os mencionados são da Constituição Federal que, *privativamente*, atribuem a competência à União Federal. Logo, sequer podem ser repetidos na Constituição Estadual. A simples menção a dispositivos genéricos, da Constituição Estadual, não autoriza o uso excepcional do controle concentrado Estadual, quando a fundamentação do pedido repousa, indubitavelmente, na inconstitucionalidade da lei municipal em face de dispositivos expressos da Constituição Federal e afronta à lei federal.

Todavia, se o egrégio Tribunal de Justiça interferir, manifestando-se sobre um conflito eminentemente federal — em que não está em discussão nenhuma matéria estadual —, cabe contra a sua decisão a *reclamação* perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos consubstanciados no art. 102, inciso I, alínea l, da Constituição Federal.

Há inúmeros precedentes do STF — como o exposto acima — no sentido de que os Tribunais de Justiça estaduais não podem se intrometer, legítima e validamente, na questão federal em conflito unicamente entre a União e os Municípios.

17 Decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba

Recentemente, conforme noticiado no *site*, na internet, do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, o seu plenário, em sessão ordinária ocorrida no dia 10/05/2006, decidiu que aquele sodalício não tem competência para efetuar o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Mesa Diretora da Câmara Municipal de João Pessoa visando suspender a eficácia de três leis municipais que regulam os serviços de radiodifusão comunitária naquela capital.

Falando por uma Corte unânime, o eminente Desembargador Antônio Elias de Queiroga, Relator do processo, afirmou, enfaticamente, ao acatar a preliminar suscitada pela parte contrária, que as leis sancionadas pelo prefeito municipal de João Pessoa “não afrontam diretamente a Constituição Estadual, daí a incompetência do TJ em julgar essas leis, devendo extinguir a ação sem julgamento de mérito”²⁷.

²⁷ www.tj.pb.gov.br/noticias.

18 Conclusão

Em face do exposto, posso afirmar, categoricamente, que lei municipal que verse sobre a autorização sobre o serviço de radiodifusão comunitária, definida como aquela de baixa potência e alcance restrito, não padece de nenhum vício de inconstitucionalidade.²⁸

Ao contrário, sua edição resgata, definitivamente, a autonomia política e administrativa do município, que está sendo usurpada pela União Federal, quando instituiu, *ex vi* da Lei 9.612, de 19/02/1998, o serviço de radiodifusão comunitária, tomando como parâmetros aspectos estritamente locais.

Para preservar justamente sua competência constitucionalmente conferida, o município tem o dever inafastável de defendê-la contra os ataques usurpativos comumente feitos pela União Federal que, por tradição, mantém no Poder Executivo a cultura imperial, em que a vontade solitária do presidente da República (e de um Congresso submisso pelo fisiologismo) se sobrepõe às instituições democráticas, haja vista o arbitrário alargamento do uso constitucionalmente restrito das medidas provisórias e das prerrogativas criminais de foro de quem detém função ou cargo político (verdadeiros tribunais de exceção, vedados por nossa Carta Magna — *CF – art. 5º, XXXVII – Não haverá juízo ou tribunal de exceção*).

A função do princípio federalista é evitar a tirania e a opressão do poder central, ao instituir os entes políticos periféricos e descentralizados, porém com força política autônoma, naquilo que lhes competir pela repartição constitucional do poder político. Aos municípios foi reservada a competência legislativa, independente e privativa, sobre os assuntos locais (*CF – art. 30, I*).

Na lógica constitucional, a lei municipal não vale menos do que a estadual ou federal. Cada uma só dispõe, de modo são e correto, nos estritos limites da competência constitucionalmente conferida a cada ente político, que busca a legitimidade e validade de sua legislação na Lei Fundamental, fonte única e per-

manente do poder político, já que, em tese, quando não outorgada pelo próprio governo – mas debatida pela sociedade civil e política, antes de ser legitimamente promulgada –, ela representa a vontade política do povo, do qual todo poder político emana (*CF – art. 1º, parágrafo único*).

A partir do momento em que o município recobra sua parcela de poder político indevidamente usurpada pela União, ele resgata sua autogovernabilidade política, como quer a Constituição Federal, e proporciona ao seus munícipes o poder de decidirem o melhor modo de vida, relativamente a cada comunidade, evidenciado pelos interesses locais. Com isso, haverá maior participação política dos indivíduos, que formam a comunidade, que é a base política do Estado. No momento presente, contudo, essa base se encontra desagregada e estagnada, por força do domínio imperial do governo central. Com o enfrentamento político, resgata-se, também, a dignidade tanto do ente político periférico, como da comunidade local e — por que não dizer — do próprio indivíduo, que fica e se sente mais valorizado, eis que, dentro do município, ele é capaz de atuar com mais desenvoltura, na medida em que suas idéias e opiniões são avaliadas e aproveitadas ou rejeitadas.

A não ser assim, a autonomia do município fica comprometida e o país, longe de se constituir numa república democrática, federativa, sob o Estado de Direito, continua a ser uma espécie de monarquia disfarçada, caminhando os entes políticos periféricos para se transformarem, cada vez mais, em meras autarquias administrativas, subordinadas política, financeira e economicamente ao poder central, deveras dominante e opressor.

Nesse contexto sombrio e fúnebre para a democracia, sempre em risco de ser substituída pela ditadura, o indivíduo é aniquilado. Nada vale. Suas idéias e opiniões não têm influência, já que as decisões políticas são tomadas lá longe, em Brasília, fora do alcance de sua mente criativa e de seus olhos fiscalizadores. A própria imprensa local fica restrita a assuntos triviais, já que o comentário sobre fatos acontecidos em lugares distantes pouco interesse desperta para aquele que sobre eles não pode exercer um juízo seguro e uma opinião sensata, ou uma crítica certa e severa.

Há de se resgatar o princípio federalista, se quisermos ter uma verdadeira democracia, na qual o po-

²⁸Já há leis municipais, baseadas em minutas de minha autoria, dispondo sobre o serviço de radiodifusão comunitária nas capitais de São Paulo (SP) e João Pessoa (PB) e nas cidades de Campinas (SP), Santo André (SP), São Gonçalo (RJ), Montes Claros (MG) e Uberaba (MG) entre outras.

der político é repartido e pulverizado, de modo a não permitir o domínio de pessoas ou grupos. A verdadeira democracia pressupõe governo limitado, governo de leis e não de homens. É hora de se começar pela democratização da mídia, eliminando-se o monopólio de reduzido grupo de famílias e dando-se voz ao povo, em suas comunidades, independentemente da coloração partidária do governante de cada município vigente no momento.

Não há democracia sem a efetiva participação do povo na livre e ampla troca das idéias e no sincero debate das questões públicas. A radiodifusão comunitária destina-se a ser a base dessa inovadora abertura política. Ela permite o intercâmbio de opiniões, visões e experiências dos indivíduos. Elas são muito significativas para ser ignoradas. E o governo, se for democrático, não tem o direito de desperdiçá-las.

20 Referências

ANDRADE, Paes e BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Senado Federal. Brasília, 1989.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Ed.Forense, RJ. 2ª ed. 1960.

BRANDEIS, Louis D. U.S.Supreme Court Associate Justice *in New State Ice Co. v. Liebmann* 285 U.S.262 (1932).

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. Ed.Coimbra, Portugal. 6ª ed., 1995.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, CAPEZ, Fernando, ELIAS ROSA, Márcio F e SANTOS, Marisa F. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva – 2004.

COELHO NETO, Armando. *Rádio comunitária não é crime*. Ícone Ed., SP, 2002.

GARVEY, John H. and ALEINIKOFF, Alexander T. *Modern constitutional theory: a reader*. St. Paul: West Publishing, USA., 1991.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Ed. Coimbra. Portugal. 2ª ed., 1983.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Ed. Atlas. 14ª ed. 2003.

MOREIRA, João Batista – Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Na Apelação em Mandado de Segurança 1999.01.00.013489-4/MA, de 30/09/2004 (data do julgamento).

QUEIROGA, Antônio Elias de – Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, *site* do TJ, notícias do dia 10/05/2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. Ed. Rev. Trib. 6ª ed., 1990.

SHCHEIBER, Harry N. *Federalism and the Judicial Mind*. University of California, USA.1992.

SILVEIRA, Paulo Fernando:

Rádios comunitárias. Ed. Del Rey, BH, 2001(a).

Devido processo legal (Due process of law). Ed. Del Rey, BH, 3ª ed. 2001(b).

Freios & contrapesos (Checks and Balances). Del Rey, BH. 1999.

500 anos de servidão. OAB Editora. Brasília, 2004.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. Foundation Press, U.S.A, 2ª ed. 1988.

WHITE, Byron R. U.S. Supreme Court Associate – *in Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969).

1 Introdução

O presente trabalho destina-se a focar o caráter plural da sociedade atual, identificando-a como uma sociedade complexa, dotada de diversidade ínsita de valores e percepções de mundo, integrada por projetos de vida distintos, mas interdependentes, em uma crescente percepção de destino comum, sociedade esta envolvida no fenômeno da globalização, que pode ser propulsor da emancipação humana, pela realização dos direitos humanos, ou mesmo, em viés outro, configurar-se de forma contrária a esta emancipação. A integração mundial, catalisada em aguda medida pelo fenômeno da globalização, não obstante fatores nada pouco importantes em prol do desenvolvimento humano, igualmente se revela em uma faceta não menos estarrecedora de exclusão, opressão e implicações tanto quanto nocivas aos direitos humanos.

Relevando-se o contexto em questão, procura-se identificar em primeiro plano os fatores que revelam a integração em heterogeneidade da sociedade atual, igualmente caracterizando o fenômeno de uma sociedade global. Em passo seguinte, procura-se analisar o processo de globalização e distinguir as diversas feições assumidas pelo mesmo, assim como as implicações por ele produzidas, assumindo como norte teórico as proposições de Boaventura de Sousa Santos. Considerando-se a contextualização da sociedade como sociedade global, necessário é traçar em que contexto se posicionam os direitos humanos.

A globalização efetiva-se de forma heterogênea, tanto em relação a localidades e regiões do mundo, e mesmo, em diversidade de formas, em uma mesma região no mundo, quanto em relação a pessoas e grupos humanos. Considerando-se as propostas a que se destina o presente trabalho, buscar-se-á identificar potenciais respostas às seguintes interrogações: o que diferencia a sociedade hodierna de configurações ou-

tras já existentes? A globalização possui feição única? Se não, quais feições assume a globalização e quais os consectários das mesmas sobre a perseguição da efetivação dos direitos humanos? Em que liames ostenta-se a relação entre direitos humanos e democracia?

2 Sociedade global

A sociedade atual assume contornos de definição lastreados na fluidez e instabilidade das relações sociais, as quais se reconfiguram em um permanente redesenhar. Os valores de uma sociedade, antes identificados e por vezes hierarquizados em uma percepção estancada e homogênea, são hoje disformes e polissêmicos em seu teor, e a própria sociedade, antes definida em uma homogeneidade estamental, atualmente permeada está por um embaralhamento de projetos de vida e pensamentos críticos. Não obstante, depara-se na história da humanidade com um enfeixamento de esforços em determinadas comunidades no estabelecimento de uma ordem social rígida, com o estabelecer de destinos e panoramas de vida obrigatoriamente compartilhados pelos indivíduos, em uma máxima possível previsibilidade de expectativas ordenadamente construídas.

Bauman¹, efetivando paralelo entre os estados físicos da matéria e a estruturação das sociedades, considerando a maleabilidade e flexibilidade das mesmas ou uma preponderância na rigidez da ordem social e no direcionamento de expectativas e projetos de vida, identifica características que revelam um padrão de sociedade como sólido ou líquido. São características identificadas para um padrão de composição sólido de uma sociedade: a ausência de uma fluidez interna, de uma dinâmica de expectativas incertas em sua possibilidade; linearidade na estruturação e função das instituições em resistência a mudanças, as quais se efetivam de forma lenta e paulatina. Já a sociedade tida por líquida é marcada por fluidez interna, por uma dinâmica incessante de reconfiguração das relações sociais e por um redesenhar constante das

*Procurador Federal – Advocacia-Geral da União. Professor das Faculdades Integradas do Oeste de Minas – FADOM. Pós-graduado em Processo Constitucional. Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional – PUC-RIO. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas.

¹BAUMAN, 2001.

instituições, postas em debate e sempre em questão quanto à sua funcionalidade. Confrontam-se assim perspectivas sólida e líquida de sociedades. O paralelo engenhoso se elucida na explicação de Bauman:

O que todas essas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a mudá-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos, podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas.²

A modernidade apresenta um corrente derretimento de sólidos, uma freqüente modificação de estruturas, salientando a dissolução de vínculos de pré-definição existencial entre sociedade e indivíduo, em uma quebra de padrões de uniformidade: “os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluída, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas”³.

Conceitos como família, casamento, nacionalidade, nacionalismo, trabalho, globalização, estilo de vida, e mesmo conceitos de público e privado, ou a concepção de guerra e sua motivação, dentre outros, estão caracterizando-se por uma crescente fluidez, uma impossibilidade de delimitação rígida, em uma propensão direta para a admissão de uma estável instabilidade.

Os papéis sociais, de antemão fixados para vida desde o nascimento nos estamentos da sociedade feudal, ou o signo do destino da vida política e do poder em uma sociedade monárquica, e mesmo o absolu-

tismo do controle econômico oriundo da Revolução Industrial, ou o controle mental de projetos de vida sempre desenvolvido em regimes totalitários, não são mais antevistos, ou mesmo críveis como suscetíveis de permanência e legitimidade, não há mais uma articulação de destinos para os projetos de vida, ao que a articulação da compreensão da sociedade desceu, segundo Bauman, do “nível macro para o nível micro do convívio social”⁴.

A quebra de espaço e tempo se processam a ponto de determinados autores, como Rodrigo Constantino, não obstante a feição de conservadorismo extrapolado que imprime em seu livro *Prisioneiros da Liberdade*, questionarem os porquês do sentimento de unidade em dada comunidade:

Rotulações e generalizações são sempre perigosas e injustas. O que é o brasileiro? Como unificar em alguns poucos adjetivos tanta gente diferente? Tal simplificação não tem como não ser grotesca, e leva a conclusões absurdas, xenofobia, preconceito. Um indivíduo nascido por acaso no Brasil pode ter mais em comum com alguém da Austrália, do outro lado do mundo, do que com seu vizinho. Portanto, não é razoável alguém suprimir sua individualidade em prol de um grupo que pode não guardar nada em comum com seus valores.⁵

A sociedade contemporânea é marcada assim por uma crise de identidade, em decorrência de uma crise de valores, não no sentido pejorativo e negativo, mas em tom de reflexão. Os valores, assim como as vidas, não se passam mais em estática pré-formatação, a diferenciação social, a formação de grupos atômicos na comunidade, revelam um construir valorativo paralelo na sociedade. Inviável rotular pessoas ou grupos em seus valores, pois, mesmo quando pertencentes a um grupo comum, os indivíduos enfrentam conflitos internos no interior do mesmo e, mais, participam concomitantemente de grupos de ideais e valores distintos. Possível encontrar-se em uma associação de defesa do meio ambiente um socialista e um liberal, juntos, possuindo valores diversos e valores comuns (os quais lhes reuniram em dita associação), enfrentando partidários de grupo contrário, igualmente formado por pessoas diversas, havendo, em conflitos

² BAUMAN, 2001: 8.

³ BAUMAN, 2001: 12.

⁴ BAUMAN, 2001: 14.

⁵ CONSTANTINO, 2004: 83.

outros, como políticos, alinhamento cruzado entre os participantes. O aliado de agora é ao mesmo tempo o adversário de agora (e não mais do amanhã), a diversidade de valores impede totalmente a formação de grupos homogêneos, a heterogeneidade é a regra da sociedade contemporânea.

Não obstante, a diversidade não corresponde a uma anomia, mas sim à estabilidade pela instabilidade, à exigência atual de formação de consensos produzidos pela participação dos envolvidos em seus próprios destinos, operando-se tal por meio de uma estrutura comunicativa procedimental, sem a fixação de conteúdos para a mera homologação social. A participação crítica é fenômeno de reflexão contínua em toda a sociedade contemporânea: não existem padrões de vida corretos em uma antevisão da vida; ideais democráticos tendem a penetrar na consciência coletiva em prol de uma crescente tolerância da diferença. A formação de consensos pressupõe a imprescindibilidade da plena tolerância da diferença, da aceitabilidade do argumento e do pensamento contrário, e, por via de consequência, da tolerância de valores diversos, contrastantes e concorrentes, sem a fixação de graduação alguma, ou de uma tutela jurídica sobre valores setoriais.

Isso não quer dizer que os nossos contemporâneos sejam guiados tão somente por sua própria imaginação e resolução e sejam livres para construir seu modo de vida a partir do zero e segundo sua vontade, ou que não sejam mais dependentes da sociedade para obter as plantas e os materiais de construção. Mas quer dizer que estamos passando de uma era de grupos de referência predefinidos a uma outra de comparação universal, em que o destino dos trabalhos de autoconstrução individual está endêmica e incuravelmente subdeterminado, não está dado de antemão, e tende a sofrer numerosas e profundas mudanças antes que estes trabalhos alcancem seu único fim genuíno: o fim da vida do indivíduo.⁶

Prolongando-nos na ótica apresentada, pode-se dizer que a atual sociedade configura-se, sob o prisma da atuação privada e pública do indivíduo, como uma sociedade gasosa. As moléculas gasosas estão em constante colisão, em um ir e vir permanente. O gás pode sofrer uma pressão e reduzir seu alcance no es-

paço, ou mesmo pode se expandir por pressão menor, ao que seu volume é plenamente variável. A diversidade dos indivíduos, a diversidade de programas de vida, de concepções do mundo, a multiplicidade de projetos de vida em constante interação e convívio permite aos indivíduos hodiernos um contínuo embate com a diversidade, colide-se constantemente com a reflexão, em emaranhados de uma cadeia de informação interminável. Os projetos de vida colidem mesmo que silenciosamente, tal como ao cruzar de olhos de um militar ortodoxo com um *hippie*, sentados lado a lado, no metrô, seja para a mais bravia reprovação oculta, pois o contato com a diferença ocasiona a reflexão (mesmo que esta seja ignorada pelo sujeito), seja para ratificar as posturas e valores de cada um, seja para problematizá-los. A diversidade da configuração da globalização dependerá da feição plural e de tolerância que acompanhe a mesma, assim como de tais funções dependerá a real assunção por uma coletividade determinada do ideal democrático.

Em meio ao contexto de estabilidade na instabilidade, em que há diversidade de projetos de vida coexistentes, sem uma adoção de valores universais, porquanto mesmo inviável, por vezes exurgem discursos calcados em enrustida repressão à diversidade, em intolerância justificada por valores opacos e teleguiados por vezes a interesses de grupos auto-intitulados pró-moralizadores em meio a uma entidade em degenerescência. Como destaca Macedo, a mesma situação fática por vezes é tida pelos opressores por ser mantida em razão da segurança, e pelos oprimidos a ser modificada em razão da justiça:

Gonella (La Nozione di Bene Comune, Milano, Giuffrè, 1959, p. 57) traz uma explicação histórica das sociedades na qual se evidencia que elas “colocam o relevo ora na justiça, ora na segurança” e que os oprimidos sempre falam de justiça, enquanto os dominadores (exploradores) falam de segurança”, sendo ademais “os pobres anticonservadores é que apelam para a justiça, enquanto os ricos, conservadores, apelam sempre para a segurança”.⁷

Não se pode olvidar ainda que, sob discursos de resguardo e defesa de valores tidos por hierarquicamente superiores, em franca justificação da intolerância, freqüentemente se camuflam discursos políticos

⁶ BAUMAN, 2001: 14.

⁷ MACEDO, 1986: 128.

de manipulação, em verdadeira retórica que visa aflorar os ânimos das massas e estabelecer a existência de um valor “bom” (aquele defendido pelo discurso) e um valor “mau” (tutelado pelo adversário), irrompendo assim uma situação de intolerância, onde diferenças são vistas como degeneradas e a força assume a condição única de defesa dos “bons valores” socialmente admitidos. Em verdade, trata-se de forma de dominação⁸, calcada em uma suposta tradição ameaçada, da segurança de determinado padrão por vezes do ser e em extensa dimensão do ter, utilizada pelo autor do discurso para justificar atos de exceção, e constantemente marcados pela violência. Interessante notícia veiculada na imprensa quanto a discursos políticos miscíveis a fundamentos valorativo-religiosos como fundamento “legitimador” para atos estatais:

Bush é um born again — expressão fundamentalista que significa, literalmente, “nascido de novo”. Ele conta que levava uma vida vazia — era um playboy rico e bebedor pesado —, quando recebeu, aos 40 anos, uma mensagem divina. Tornou-se, então, segundo sua própria definição, um defensor dos chamados valores americanos, como família e democracia, e um combatente do mal. Com esse lema, condenou à morte 120 prisioneiros quando era governador do Texas. Sua retórica está recheada de alusões messiânicas. “Os Estados Unidos foram abençoados pela fé em Jesus. O mundo espera que o guiemos pelo bom caminho moral”, disse na véspera da eleição que o levou ao segundo mandato.⁹

A estabilidade na instabilidade, a reflexão constante de modos de vida diversos, em repensar dos valores da vida e da coletividade em uma tolerância na diversidade, é característica emergente de uma sociedade cada vez mais mundial, em interlocução permanente. Luhmann (1985), em sua *Sociologia do Direito*, sustenta a formação de uma verdadeira sociedade mundial. Paradoxal a realidade se demonstra: a pregação da diversidade acentua-se em escala crescente, a diversidade de valores, crenças ou projetos de vida constitui uma sociedade heterogênea e ao mesmo tempo formula, a partir da própria comunicação, uma

sociedade mundial, marcada por laços de unidade e dependência, tornando homogênea a heterogeneidade, na medida em que equaciona destinos comuns que sustentarão a diversidade de destinos individuais. Como afirma Luhmann, a sociedade contemporânea possui uma “intersubjetividade universal”, um contexto global de interação, apontando os seguintes fatores que constituem uma sociedade mundial:

Surge uma história mundial concatenada. A morte conjunta de todos os homens torna-se possível. As relações econômicas ligam todas as partes do planeta terrestre, possibilidades de comparação em escala mundial fazem parte do cálculo econômico, e as interdependências daí decorrentes transmitem perturbações e crises. Inovações de cunho político, entre outras, são reportadas e julgadas universalmente, e as organizações que com elas lidam podem avaliar quais temas obterão ressonância e atenção em que lugar. Pelo menos nas cidades e nas rotas do tráfego mundial formam-se regras tipicamente expectáveis do comportamento frente a estrangeiros desconhecidos. E, principalmente, a ciência e a técnica, com suas possibilidades, implicações e desempenhos reais, podem contar com expectativas generalizadas de reconhecimento e, na medida do possível, de aplicação. Em todos os lugares eletricidade vale como eletricidade, dinheiro como dinheiro, homem como homem — com as exceções que sinalizam um estado patológico, atrasado e ameaçado. Em todos esses planos pode-se registrar um rápido crescimento de coerências em escala mundial.¹⁰

Trata-se da pura integração e complementação das esferas pública e privada. Tanto o devoto que decide guiar sua vida para a religião quanto o ateu que somente crê na engenhosidade do comercializar sofrerão os efeitos de uma guerra em grande escala no mundo, ou mesmo, em escala local, serão igualmente afetados pela poluição das águas que abastecem o município em que moram. Por mais diversos que sejam os projetos de vida, possuirão sempre um ponto de afetação comum. A sociedade atual revela-se como global em seu destino comum, mas diferenciada em suas particularidades e diversidades ínsitas valorativas, e mesmo em interesses imediatos, mas concomitantemente se revela em permanente, contínua transformação e reflexão, em uma estável instabilidade de sentidos e valores, pressupondo como elementar con-

⁸Conceitua Max Weber o que significa dominação: “Segundo a definição já dada (capítulo I, § 16), chamamos dominação a probabilidade de encontrar obediência para ordens específicas (ou todas) dentro de determinado grupo de pessoas” (WEBER, 1994: 139).

⁹PADILLA, 2005: 69.

¹⁰LUHMANN, 1985: 154-155.

dicionante para um progressivo caminhar sustentável a tolerância à diferença e a consciência da falibilidade, da interdependência subjetiva na coletividade.

Neste contexto de intersubjetividade universal, de interação global em um compartilhamento de fatos e conseqüências, emerge com ascendente importância o fenômeno da globalização. Inegável a importância do fenômeno da globalização, inclusive por acentuar-se a extensão da incidência de seus postulados motrizes de interligação global, consoante salienta Habermas: “Os processos de globalização — que não são apenas de natureza econômica — acostumam-nos mais e mais a uma outra perspectiva, a partir da qual fica cada vez mais evidente a estreiteza dos teatros sociais, o caráter público dos riscos e o enredamento dos destinos coletivos”¹¹.

Em efeito, a globalização, em uma de suas características, proporciona fluxo intenso de informações, aguçando a comunicação com o conseqüente intercâmbio de experiências e pensamentos. Ressalta José Luiz Quadros de Magalhães que “o aparecimento de instrumentos de telecomunicação extremamente eficientes permitiu a viabilidade desse conceito, reduzindo as distâncias a nada”¹². O intercâmbio de informações acarreta igualmente um intercâmbio valorativo, proporcionando miscigenação valorativa e sobremaneira postando em convivência pessoas e grupos com valores diversos, ao que se erige a busca atual de proporcionar integração social em meio à diferença de valores, pensamentos e crenças.

3 Globalização neoliberal e globalização solidária

A interatividade da sociedade global em sua dinâmica comunicacional é permeada de constante intercâmbio de valores e informações, em torno do que gravita o fenômeno da globalização, o qual nos interessa aqui em sua acepção contemporânea. O fato em si da globalização não indica que esta seja propulsora da tolerância e democracia, podendo assumir viés de expansão opressora, contrademocrática, em feição hegemônica pré-direcionada de perspectivas e

condutas.

Destarte, a globalização não pode ser visualizada em uma perspectiva simplista ou unitária, pelo inverso, necessário identificar seu processo de atuação e reflexos sobre os direitos humanos, em prol de uma intersubjetividade mundial pautada na tolerância e na construção de padrões solidários de existência universal. Para tanto, abordar-se-á a dinâmica do processo de globalização e a diversidade de compreensões a que o termo pode remeter, com inevitáveis conseqüências para o padrão de interação a ser assumido em uma sociedade global em sua existência.

A globalização pode ser compreendida, dentre outras, em perspectivas tecnológicas; econômicas, com a interinfluência das decisões econômicas no padrão mundial; comunicacional, em seu sentido restrito, como mera interligação de informações. Em sua definição de globalização, Boaventura de Sousa Santos¹³ privilegia a conceito de globalização voltado para dimensões sociais, políticas e culturais. O fenômeno globalização não se encontra circunscrito em delineamentos precisos de incidência em dada comunidade, pelo contrário, afeta a própria natureza do existir e coexistir da mesma, tal como mecanismo de ação e reação contínuas. Sendo as comunidades marcadas por diferentes conjuntos de relações sociais, cedem espaço a diferentes tipos de globalização. Considerando a diversidade de enquadramentos concretos para a própria inter-relação global e local, não há uma globalização, conforme acentua Boaventura de Sousa Santos¹⁴, mas diversas globalizações. Boaventura explicita a seguinte definição de globalização: “Proponho, pois, a seguinte definição: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou entidade rival”¹⁵.

Tem-se que a definição de globalização de Boaventura¹⁶, perfilhada para os fins do presente trabalho, explicita que o fenômeno globalizado parte de determinado local. O fator a ser globalizado possui uma origem local, o qual, por fatores de influência na

¹¹ HABERMAS, 2001: 72.

¹² MAGALHÃES, 2002: 73.

¹³ SANTOS, 2003.

¹⁴ SANTOS, 2003.

¹⁵ SANTOS, 2003: 433.

¹⁶ SANTOS, 2003.

coletividade constituinte da sociedade global, logra ser generalizado de maneira bem-sucedida. Por consectário, o avanço da proposição que sucede por globalizar-se efetiva-se sobre outra, ainda existente, ou então existente, em locais diversos que não o centro emanador, a qual, diametralmente, passa a ser reputada como local. Por consectário, o admitir a globalização é igualmente afirmar que determinadas práticas, culturas, proposições quaisquer de infinita ordem, assumem a condição de locais. Mais, se a globalização emerge de fator emanado de determinado ponto para insurgência ampla, induz ações e reações na seara receptora, então reputada por local.

Considerando que não há uma globalização, mas globalizações diversas, heterogêneas entre si e mesmo quanto aos seus fundamentos e desideratos, há igualmente diversos modos de produção de globalização. Boaventura de Sousa Santos¹⁷ relaciona os seguintes modos de produção de globalização: localismo globalizado, globalismo localizado, cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade.

O localismo globalizado constitui-se na produção da globalização através da generalização e mundialização de determinado fenômeno ou proposição até então local, a qual é tida em escala “universal” a partir de seu bem-sucedido incremento. Identifica-se como localismo globalizado, exemplificativamente, as redes de alimentação *fast-food*, a generalização de determinados tipos de moda, em especial determinadas vestimentas, e mesmo propagação de programas televisivos de mesma estrutura, proposição e exposição.

O globalismo localizado configura-se em um encadeamento de ação e reação a partir do bombardeio das proposições externas constritivas sobre a comunidade local, afetando a estruturação e dinâmica própria desta em um redefinir orientado por aquelas, em maquinação de condutas desnaturalizadoras do local em prol de nova estrutura implicando uma percepção aparente de naturalidade. Exemplificativamente, tem-se o deslocamento de indústrias poluentes dos países centrais para os periféricos, a fim de fornecer, por demanda daqueles, o resultado final da produção em exportação, restando-se com estes os ônus, a lesividade ecológica e humana também gerada pela produção.

Consoante assevera Boaventura de Sousa Santos¹⁸, países centrais especializam-se em localismos globalizados, em propagações de suas proposições de identidade, enquanto países periféricos restam-se a escolher globalismos localizados, em uma dinâmica de ação-reação. Os localismos globalizados e os globalismos localizados constituem a denominada globalização hegemônica, ou neoliberal, de imposição performativa de uma dinâmica pré-estabelecida para manutenção da relação centro-periferia, geradora de ganhos setorizados e elitizados em detrimento de perdas e ônus generalizados. Justamente no sentido de crítica ao fenômeno da globalização neoliberal ou hegemônica, insurge-se Bauman¹⁹, explicitando uma globalização pró-capital em profundas correntezas geradas em mazelas humanas como suas conseqüências imediatas e mediatas.

Conforme destaca Bauman, o processo de globalização neoliberal projeta fatores lesivos à própria sociedade global, introjetando em comunidades locais fatores de risco ao desenvolvimento humano e contrários aos postulados regentes de tutela dos direitos humanos. A globalização neoliberal não se coaduna com os postulados democráticos de tolerância e desenvolvimento humanos, pelo contrário, reflete uma indiferença para com o próprio resguardo de direitos fundamentais.

Ser local num mundo globalizado é sinal de privação e degradação social. Os desconfortos da existência localizada compõem-se do fato de que, para com os espaços públicos removidos para além do alcance da vida localizada, as localidades estão perdendo a capacidade de gerar negociar sentidos e se tornam cada vez mais dependentes de ações que dão e interpretam sentidos, ações que elas não controlam — chega dos sonhos e consolos comunitaristas dos intelectuais globalizados.²⁰

Acrescente-se que os processos de globalização produzem uma segregação espacial, com progressiva separação e exclusão, exaltando uma cultura globalizada enquanto hegemônica e rotulando resistências como um desenfocar deturpado e digno de censura. Neste sentido, a globalização neoliberal é produtora de intolerância e cerceadora do diálogo na intersubje-

¹⁸SANTOS, 2003.

¹⁹BAUMAN, 1999.

²⁰BAUMAN, 1999: 8.

¹⁷SANTOS, 2003.

tividade mundial. Destaca Bauman:

As tendências neotribais e fundamentalistas, que refletem e formulam a experiência das pessoas na ponta receptora da globalização, são fruto tão legítimo da globalização quanto a "hibridização" amplamente aclamada da alta cultura — a cultura globalizada. Uma causa específica de preocupação é a progressiva ruptura de comunicação entre as elites extraterritoriais cada vez mais "localizada." Os centros de produção de significado e valor são hoje extraterritoriais e emancipados de restrições locais — o que não se aplica, porém, à condição humana, à qual esses valores e significados devem informar e dar sentido.²¹

A volatilidade do capital, com a remessa de valores e venda de ações empresariais em um fluxo eletrônico, acarreta a independência recém-adquirida das elites globais face às unidades territoriais de poder político e cultural, com conseqüente perda de poder de tais unidades locais, sujeitas a condições impostas sem discursividade ou preocupações voltadas para o desenvolvimento humano, justificadas sempre em adágios propagados em uma implicação matemática de verdade universal e evidente, como lucratividade, empreendedorismo, qualificação profissional, todas sob o pálio de uma impiedosa lei de mercado, assumida enquanto decorrência natural, da qual não se pode escapar. Banhada em carga discursiva, a globalização hegemônica ou neoliberal ainda insere nas localidades abandonadas pelo volátil e indiferente capital verdadeiro sentimento de culpa por deixá-lo partir, atribuindo-se a má sorte que lhe coube, por não se portar da forma devida em uma seleção artificial naturalizada.

A globalização neoliberal exerce-se ainda em exclusão, em franca concentração de capital e crescente estrangular do trabalho e das garantias que resguardam este frente àquele, impulsionando mecanismos de controle social frente à exclusão gerada, dentre os quais se destaca a prisão, segregando o refugio produzido e desnecessário à reprodução do capital. Abordando o tema, e considerando a sistemática da prisão a partir da Penitenciária de Pelican Bay, situada nos Estados Unidos, destaca Bauman:

A prisão de Pelican Bay não foi projetada como fábrica de disciplina ou do trabalho disci-

plinado. Foi planejada como fábrica de exclusão e de pessoas habituadas à sua condição de excluídas. A marca dos excluídos na era da compreensão espaço-temporal é a imobilidade. O que a prisão de Pelican Bay leva quase à perfeição é a técnica da imobilização.

Se os campos de concentração serviram como laboratórios de uma sociedade totalitária nos quais foram explorados os limites da submissão e servidão e se as casas de correção panópticas serviram como laboratórios da sociedade industrial nos quais foram experimentados os limites da rotinização da ação humana, a prisão de Pelican Bay é um laboratório da sociedade "globalizada" (ou "planetária", nos termos de Alberto Melucci) no qual são testadas as técnicas de confinamento espacial do lixo e do refugio da globalização e explorados os seus limites.²²

Entretanto, se a globalização neoliberal, ou hegemônica, impõe-se como contrária ao pleno desenvolvimento humano e antagônica à realização efetiva dos direitos humanos, e não-falseada em discursos de dominação, há igualmente feição produtora da globalização em favor da realização dos direitos humanos e plena interatividade positiva da sociedade global. A globalização voltada à efetivação dos direitos humanos e a uma integração discursiva enlaçada na tolerância é denominada por Boaventura de Sousa Santos²³ globalização solidária, ou contra-hegemônica, caracterizada por um desenvolvimento de-baixo-para-cima e contrário à diretriz globalizante centro-periferia. A globalização solidária efetiva-se por meio das formas de produção cosmopolitismo e patrimônio comum da humanidade.

O cosmopolitismo não é concebido por Boaventura sob o ângulo da terminologia convencional, ou seja, enquanto um universalismo desenraizado, em individualismo voltado para uma cidadania mundial com negação de fronteiras territoriais ou culturais. Trata-se, sim, de verdadeira solidariedade de comunidades ou grupos da sociedade global, uns para com os outros, em fundamentos e objetivos distintos da denominada globalização hegemônica. Constitui-se o cosmopolitismo, conforme explicita Boaventura²⁴, por um complexo de iniciativas, movimentos e orga-

²¹ BAUMAN, 1999: 9.

²² BAUMAN, 1999: 121.

²³ SANTOS, 2003.

²⁴ SANTOS, 2003.

nizações, mesmo que heterogêneas, que possuam por desiderato a luta contra a discriminação, exclusão social, lesões a grupos minoritários, abusos políticos ou mesmo perpetrados pelo próprio capital, assim como ante agressões ambientais, provocadas ou acentuadas pela relação globalismo localizado e localismo globalizado. Para tanto, utilizam-se de instrumentos ou meios de integração, possibilitados pelo desenvolvimento tecnológico e pela capilarizada rede de comunicações mundial.

O patrimônio comum da humanidade, enquanto fonte produtora da globalização, exsurge da própria essência de destino comum partilhado pela sociedade global. A interação é motivada e ao mesmo tempo destina-se a influir em fatores que repercutem diretamente em toda a comunidade internacional enquanto comunidade humana global, seja voltando-se para fatores de implicação hodierna, seja para fatores de implicação na vida existencial da humanidade, em gerações futuras, mesmo considerando progressões temporais aparentemente reputadas por longínquas.

A globalização solidária prende-se assim à realização do desenvolvimento humano, em propulsão dos direitos humanos como postulado de progresso da sociedade global, em interação discursiva não impositiva unilateralmente, mas sim em uma construção discursiva e guiada pela tolerância.

Concebidos os direitos humanos como direitos universalmente imponíveis por decisões unilaterais (por vezes imperialmente direcionadas pelos interesses de grupos hegemônicos no Ocidente), postam-se suas proposições como instrumental de choque entre civilizações, como justificativa de opressão face à diferença, renegando a discursividade e tolerância em prol da fixação de concepções unilaterais. Os direitos humanos em tal perfilhar estão imanentemente situados na excludente globalização hegemônica ou neoliberal. Nos ditames de uma globalização solidária, os direitos humanos são compreendidos enquanto projeto cosmopolita, possuindo premissas próprias de legitimidade em seu existir e implementar. Primeiramente, relaciona Boaventura,²⁵ há que se proceder à superação do debate sobre o universalismo e o relativismo cultural, todas as culturas são relativas, incompletas em si, exigindo-se uma integração pela

tolerância, por meio de diálogos interculturais sobre preocupações convergentes. A institucionalização de programas de desenvolvimento humano e perseguição de um progresso não ideologizado, enquanto instrumental de dominação camuflada, exige composições em constante reflexão e reconstrução plural do devir.

Rejeitar proposições de minimização dos direitos humanos, efetivar uma auto-reflexão intercultural do caráter fragmentado de todas as culturas, incompletas em sua essência interconjugada para com culturas diversas, exigindo assim tolerância para com a diferença, interconectando diferença e igualdade, ou melhor, integrando em verdadeiro direito de igualdade na diferença, em recíproco interagir e formulação. Os direitos humanos, enquanto fundamento e base para a emancipação humana, somente podem ser compreendidos em uma globalização solidária.

Os direitos humanos assim compreendidos são dotados de indivisibilidade, em total indissociação para fins de emancipação humana, em sua autonomia privada e pública, ao que direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais somente podem ser compreendidos em sua plenitude a partir de uma viabilidade de realização conjunta. Nestes termos, salienta João Ricardo W. Dornelles: “Assim, a indivisibilidade dos direitos e a sua universalidade passam a ser características que fundamentam ações globais na busca de soluções para problemas globais”²⁶.

A globalização solidária pode ser visualizada enquanto momento da evolução dos direitos humanos. Conforme salienta Dornelles²⁷, pode-se visualizar os seguintes momentos de evolução dos direitos humanos: primeiramente, os direitos humanos passam do campo dos valores e se convertem em direito positivo no âmbito nacional; segue-se uma generalização dos direitos humanos como referência axiológica e jurídico-positiva; enfim, alcança-se (ou, em vias progressivas, há que se alcançar) a internacionalização dos direitos humanos: “cidadania coletiva internacional”. A internacionalização dos direitos humanos há que acompanhar-se de mecanismos e implementação dos mesmos:

Foi necessária a criação de mecanismos e

²⁵SANTOS, 2003.

²⁶DORNELLES, 2004: 183.

²⁷DORNELLES, 2004.

instrumentos de fiscalização e controle da ação dos Estados em relação ao respeito àqueles que habitam ou se encontram em seu território e do respeito aos princípios do direito internacional. Para tanto, foram organizados sistemas regionais de proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais, buscando a adesão, por parte dos Estados, a uma política internacional de resolução pacífica dos conflitos e de efetivo respeito ao elenco de direitos reconhecidos internacionalmente, independente de nacionalidade, raça, sexo, idade, religião, opinião, política, condição social, etc.²⁸

Entretanto, como assinala Dornelles²⁹, o caráter coercitivo ante as violações aos direitos humanos ainda é débil, contrastando com os postulados ainda vigentes de soberania nacional externa: princípio da não-intervenção ainda apresentado em teor intocável, centrando-se excessivamente na figura do Estado. A efetiva consagração dos direitos humanos enquanto veículo emancipatório exige o reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direito no plano internacional.

Dessa maneira, a universalização do tema dos direitos humanos é um fenômeno da nossa época, que acompanha o desenvolvimento da política internacional, da economia globalizada e a evolução jurídica da matéria através do direito internacional. Portanto, o prévio reconhecimento do ser humano como sujeito de direito das normas internacionais é condição indispensável para falarmos em proteção internacional dos direitos humanos.³⁰

No que se refere à internacionalização dos direitos humanos, sobressai-se em importância a 11ª Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada no ano de 1993, em Viena. Esta teve por elementar preocupação a efetivação dos direitos humanos, assim como explicitou significativos sinais que indicam a perspectiva da globalização solidária. Não obstante os conflitos internos quanto à dimensão e perspectiva dos direitos humanos em relação aos diversos Estados, como destaca Dornelles³¹, tem-se por inegáveis os avanços auferidos, tais como a profusão da indivisibilidade dos direitos humanos, a inserção de mecanismos internacionais de fiscalização e controle para

implementação dos direitos humanos, sejam vinculados a organizações internacionais, sejam mecanismos da própria sociedade global, como as organizações não-governamentais, o reconhecimento da interdependência entre democracia e direitos humanos, o caráter universal destes combinados com uma perspectiva encadeada com a conjuntura cultural, histórica e religiosa da comunidade local.

A apreensão dos direitos humanos em uma perspectiva de globalização solidária há que igualmente proceder a uma extensão dos mesmos para além da restrita ótica estatal na dinâmica mundial, compreendendo os direitos humanos em uma conjuntura ampla e irrestrita, em que não somente os Estados Nacionais estejam em grau de comprometimento para com aqueles, mas igualmente instituições outras, abrangendo as organizações internacionais e os próprios grupos econômicos, donde o próprio capital está sujeito ao confrontar de suas práticas para com os direitos fundamentais para com a emancipação humana.

A plena realização dos direitos humanos para fins de implementação da emancipação humana, da autonomia do ser humano em esferas privada e pública, exige proteção efetiva e irrestrita, donde inviável entender-se progresso econômico sem progresso humano,volvendo-se o capital em sua função humanitária³², sendo assim importante agente na emancipação humana e desenvolvimento da condição humana em constante rumo à sua realização plena. Neste sentido salienta Dornelles:

Dessa maneira, o respeito aos direitos humanos é imposto e obrigatório, não apenas para os Estados, mas para os organismos internacionais e os grupos que detêm o poder econômico, visto que as suas decisões têm repercussão, direta ou indireta, na vida de todos os seres humanos, especialmente aqueles em situação de vulnerabilidade. A legitimidade que passa a existir, a partir de Viena, é mais um ponto positivo para o prolongado processo de construção de uma nova ética, de novos paradigmas a partir do fortalecimento de uma

²⁸ DORNELLES, 2004: 179-180.

²⁹ DORNELLES, 2004.

³⁰ DORNELLES, 2004: 179-181.

³¹ DORNELLES, 2004.

³² O termo aqui utilizado não o é no sentido de altruísmo, mas sim no sentido análogo à expressão função social da propriedade no direito interno, ao que o capital encontra-se livre em sua disposição e utilização, mas há que se preencher por um direcionamento de inclusão humana, e não de exclusão, em que a renegação humana é o preço da acumulação monetária.

cultura universal de reconhecimento e respeito, entendendo que os direitos humanos perpassam todas as áreas da atividade humana.³³

Enquanto fundamento condicionante da emancipação humana, de composição elementar para a plena autonomia privada e pública do ser humano, tanto no exercício dos denominados direitos individuais quanto para participação na vida pública da sociedade, tanto local quanto global, os direitos humanos atrelam-se em uma conjunção igualmente indissociável, interdependente e concomitantemente definidora para com a democracia³⁴, percebida para além do exercício eleitoral, mas enquanto viabilizadora da interação humana, em postulados de tolerância e respeito consagrado na igualdade pela diferença, voltada a possibilitar a construção pelo ser humano de seu próprio destino, em relação ao qual se consagra como autor e destinatário.

Assim, se coloca o anseio pela existência de uma vida democrática, ou da vida social em um ambiente democrático, como uma reivindicação ou uma demanda humana — tanto individual, quanto coletiva — onde a existência de um Estado Democrático de Direito aparece como o resultado das práticas dos cidadãos e do respeito aos direitos fundamentais. Trata-se, desta maneira, de entender a democracia não como simples regime político, ou como forma de governo, mas sim como forma social.³⁵

Nestes termos, globalização solidária, democracia e direitos humanos interagem-se, mas nunca enquanto fins em si mesmos, mas sim enquanto veículos fomentadores e fundadores da emancipação humana em sua integridade.

4 Conclusão

A sociedade global convive com o fenômeno da globalização, entretanto somente uma ação proativa desta própria sociedade global pode revelar e impul-

sionar uma globalização solidária para a própria subsistência em heterogeneidade homogênea da sociedade, implicando a emancipação do ser humano por meio da implementação de direitos humanos.

A sociedade global é formada por um conjunto heterogêneo, em dinâmica interação entre culturas, valores e referências de viver, ocasionando pluralidade de projetos de vida e perspectivas paralelas de compreensões de mundo. Nesta contextualização, exaltado encontra-se o fenômeno da globalização, o qual não possui uma unidade em sua apresentação, pelo contrário, possui diversas modalidades de compreensão e formas de produção. Conforme destaca Boaventura de Sousa Santos³⁶, são modos de produção da globalização: o globalismo localizado, o localismo globalizado, o cosmopolitismo e o patrimônio comum da humanidade.

O globalismo localizado e o localismo globalizado são modos de produção de uma globalização excludente e segregadora, contrária à plena efetivação e implementação dos direitos humanos e, por consectário, à realização do desenvolvimento da pessoa humana, configurando a denominada globalização neoliberal ou hegemônica. Paralelamente à globalização neoliberal ou hegemônica, posta-se a globalização solidária, de índole contra-hegemônica, efetivada por meio do cosmopolitismo e do patrimônio comum da humanidade. A globalização solidária volta-se para a consolidação do desenvolvimento humano, em propulsão dos direitos humanos enquanto meio de emancipação humana e da própria sociedade global, em interação discursiva não arbitrária ou sob perspectiva de instrumentais de dominação ocultados, mas sim em uma construção discursiva e guiada pela tolerância.

A fim de alcançarem condição de veículo emancipador do ser humano, os direitos humanos necessitam ser compreendidos em sua indivisibilidade, galgando não somente pretensão universal, mas efetiva implementação universal na sociedade global, enquanto fundamento e fim na resolução dos problemas que o envolvem, em uma impositiva perspectiva de internacionalização. Entretanto, a internacionalização há que ser respaldada por mecanismos de

³³ DORNELLES, 2004: 193.

³⁴ Os direitos humanos, enquanto realização da emancipação do ser humano, confrontam-se com as bases de sustentação de um Estado Totalitário, antagônico ao Estado Democrático, em que, conforme assinala Dornelles (2003), confunde-se de forma absoluta a esfera pública com a esfera estatal, invadindo a esfera pública a esfera privada, sufocando a autonomia individual, em detrimento das liberdades civis e políticas.

³⁵ DORNELLES, 2003: 33.

³⁶ SANTOS, 2003.

controle e fiscalização, conforme destaca Dornelles³⁷, ultrapassando-se uma ótica puramente estatal, a fim de reconhecer-se a pessoa humana como sujeito de direito internacional.

Os direitos humanos não de ser postos em efetivação não somente tendo em consideração as práticas estatais, mas abrangendo sua imperatividade para todas as organizações existentes, aí abrangendo as organizações internacionais e o próprio capital em suas multiformes feições nacionais e internacionais. A plena realização dos direitos humanos para fins de implementação da emancipação humana, da autonomia do ser humano em esferas privada e pública, exige proteção efetiva e irrestrita, donde inviável entender-se progresso econômico sem progresso humano.

Os direitos humanos interligam-se em indissociável vinculação com a democracia, em uma interação tanto local quanto global, segundo postulados de tolerância e respeito consagrados na igualdade a partir da diferença. Por fim, reitera-se em ênfase: globalização solidária, democracia e direitos humanos interagem-se, mas nunca enquanto fins em si mesmos, mas sim enquanto veículos fomentadores e fundadores da emancipação humana em sua integridade.

5 Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CONSTANTINO, Rodrigo. *Prisioneiros da liberdade*. Belo Horizonte: Soler, 2004.

DORNELLES, João Ricardo W. A internacionalização dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, n. 4 e Ano V, n. 5, p. 177 a 195, 2003-2004

DORNELLES, João Ricardo W. *Direito a viver em uma sociedade democrática: uma breve análise sobre democracia, direitos humanos e cidadania*. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, v. 9, n. 22/23, p. 31 a 42, jan./dez. 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios*

políticos. Tradução: Márcio Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Vol. II. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACEDO, Silvio de. *Curso de axiologia jurídica: os valores jurídicos em nova perspectiva*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Tomo I. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002

PADILLA, Ivan. As cruzadas estão de volta: o embate mundial entre fundamentalistas cristãos e muçulmanos alimenta os grandes conflitos de hoje. *Revista Época*. Rio de Janeiro, v. 351, 68-73, fev. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen E. Barbosa. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

³⁷ DORNELLES, 2004.

Confederação Suíça: estudo do Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça

Hugo Wolovikis Braga*

Introdução

O presente artigo tem por objeto examinar aspectos jurídicos e constitucionais, nas relações entre o Brasil e a Suíça, principalmente no tocante ao acordo de cooperação jurídica em matéria penal em fase de tramitação no Congresso Nacional.

Pesquisar-se-á algumas modificações no ordenamento jurídico suíço referente à lavagem de dinheiro e ao crime organizado internacional.

Far-se-á uma pequena análise do ordenamento constitucional e infraconstitucional de ambos os países.

2 Suíça

Aspectos históricos

Embora estejamos falando sobre a história, é sempre bom lembrar as lições dos mestres Antônio Manoel Hespanha e Arnaldo Godoy, que demonstram a relativa interpretação histórica dos fatos ocorridos em determinado Estado em determinada era.

Formação do Estado suíço

No século I antes de Cristo, a tribo dos helvécios deixou o que é hoje a Alemanha meridional para atingir o Planalto suíço, estendeu o seu movimento para o ocidente, onde confrontaram com os romanos, sendo definitivamente rechaçados e impelidos para o Planalto suíço pelas tropas de Júlio César no ano de 58 antes de Cristo.

A partir de então, o território helvécio encontrava-se sob o domínio romano, e a sociedade sofria a sua primeira importante transformação. Foi criada

uma rede de estradas, os povoados desenvolveram-se — entre os quais a bela vila de Aventicum (Avenches), nova capital dos Helvécios e de Augusta Raurica (August) no outro lado do país.

Na Idade Média a nobreza e o clero enriqueceram e transformaram positivamente a atividade cultural. Verifica-se tal fato com o surgimento de fortalezas imponentes, castelos, conventos e novas cidades foram edificadas (séculos X e XIV).

A assinatura da Carta de Aliança em 1291, pelos representantes dos cantões florestais de Uri, Schwyz e Unterwalden, criou a Confederação Helvética. O conceito de aliança de Estados que se associaram, mas que conservaram a respectiva soberania, já estava presente no encontro de mesma data — ocasião em que juraram entre si uma assistência mútua.

Essa aliança respondia ao desejo de salvaguardar os direitos tradicionais (autonomia de jurisdição e de gestão) contra a política hegemônica dos Habsburgos. Reza a tradição que o juramento foi prestado em 1º de agosto de 1291, na planície de Grütli, às margens do lago dos Quatro-Cantões.

Os camponeses da Suíça central lançaram-se em uma série de guerras para impor a sua lei aos feudos do Planalto e estenderam a aliança a outras cidades, para formar uma Confederação de oito, depois treze cantões, em 1513. Esta associação frágil serviu, *a priori*, para a defesa comum da independência, reivindicada por cada um dos cantões e, depois, numa segunda fase, para conquistar novos territórios.

Após a ocupação da Suíça pelas tropas do Diretório (tropas francesas) em 1798, foi criada uma República Helvética unitária, que assistiu à supressão de todos os privilégios e à concessão da liberdade de culto e de imprensa.

Em 1803, Napoleão Bonaparte pôe fim à luta que opõe federalistas e centralizadores editando uma Ata de Mediação, pela qual a Suíça se tornaria uma República Federativa de 19 cantões. Com a queda do

*Advogado de Brasília-DF, mestrando pela Universidade Católica de Brasília.

imperador, torna-se novamente uma Confederação de Estados bastante frôuxa, de 22 cantões. Os direitos democráticos foram limitados em favor das cidades e da aristocracia. Em 1815, a neutralidade da Suíça foi reconhecida no plano internacional e após 1830, sob a pressão de vários movimentos populares, doze cantões introduziram ideais liberais em suas constituições.

Em 1848, ao termo de uma curta guerra civil entre sete cantões católicos conservadores (que tinham concluído uma aliança em separado “Sonderbund” com o objetivo de preservar a soberania cantonal) e os cantões protestantes (já providos de governos liberais), assistiam à fundação do Estado Federativo Suíço, marcado pela concretização de idéias republicanas progressistas em pleno coração da Europa de monarquias restauradas. A nova Constituição é aceita nesse mesmo ano, em votação popular. Foi totalmente revisada em 1874 e, mais tarde, adaptada, à medida que novas exigências iam aparecendo.

A histórica neutralidade Suíça foi muito discutida por ocasião das guerras mundiais.

Na segunda guerra mundial não só os judeus (que não tinham pátria, portanto não investiam em “terras”) como os alemães descontentes com a inflação no seu país levaram seus valores para os bancos suíços.

Houve muitas transações realizadas principalmente entre os bancos privados suíços e o Reichsbank, da Alemanha. As primeiras somas em ouro para lavagem chegaram aos bancos do país vizinho em 14 de janeiro de 1940, pouco depois da invasão da Polônia. O auge desses depósitos teria ocorrido em 1943, quando foram armazenados 592 milhões de francos suíços em barras e moedas. Entre 1939 e 1945, os depósitos totalizaram 1,7 bilhões de francos suíços.

A justificativa do governo suíço para sua colaboração com os nazistas se apoia em três princípios:

Segundo Ziegler:

(I), o fato de o Banco Nacional estar ligado ao padrão-ouro obrigava-o a comprar o ouro que lhe era oferecido;

(II), o Reichsbank tinha por certo reservas declaradas;

(III) a política de agressão externa de Hitler afluíu ao Reichsbank de modo legal. Para entender essa cooperação, Ziegler ressalta que é preciso

compreender o funcionamento do Estado suíço. Segundo ele, é uma ilusão ver aquele país como um Estado plurinacional. Ele explica que as razões para isso estão no fato de que seus múltiplos povos não vivem juntos, mas lado a lado, ignorando-se e tolerando-se mutuamente; a segunda é que se trata não de um Estado, mas de uma comunidade de defesa. “Só o estrangeiro preserva a Suíça da dissolução”. Por outro lado, é preciso “satanizar” o estrangeiro. “Se ele deixasse de representar perigo, de onde viria a pressão externa de que necessitamos para nossa coesão interna?”

A criação da conta numerada pela Suíça coincidiu com a eleição de Adolf Hitler, na Alemanha Nazista, no ano de 1934, e o apogeu industrial no mundo ocidental. Este tipo de conta veio a ser extinta na Suíça somente em 2001 graças à nova legislação antilavagem de dinheiro, de 1997, facilitando assim o controle de capital mandado para os bancos suíços. Tal fato foi imposto pelas nações ricas que se julgam ser, realmente, as controladoras do dinheiro no mundo.

Os aliados (EUA, Grã-Bretanha, França bem como a URSS) sempre usaram o manto do sigilo bancário suíço, para suas operações financeiras especiais. Com a imigração dos judeus e outros povos para exercerem atividades econômicas em países do ocidente e com a extinção da Guerra Fria é que começaram os esforços para acabar com as contas numeradas na Suíça.

Aspectos constitucionais

A Confederação Suíça é um Estado Federativo situado em um território de 41.285 km² localizado no centro da Europa, tendo como capital a cidade de Berna. São quatro os idiomas considerados oficiais: alemão, francês, italiano e romanche.

É habitada por uma população de aproximadamente 7,2 milhões, distribuídos em um solo pobre em matérias-primas e uma superfície coberta por lagos, montanhas e florestas, o que dificulta a produção de alimentos para a própria subsistência, tornando o país dependente da importação, do seguimento financeiro e da exportação dos seus produtos de ponta.

A moeda em circulação é o franco suíço, e a política econômica adotada garante, de acordo com a Constituição Federal, a liberdade de comércio e empresa, através de baixas taxas aduaneiras, pouquíssimos limites de importação e intervenção do Estado limitada.

Essas medidas liberais e opostas ao protecionismo do mercado interno, refletem no alto padrão de vida da população e também no maior número de comércio exterior por pessoa.

A Suíça é o único país do mundo que adota uma posição neutra no contexto internacional. Essa postura foi engajada desde 1815, quando o país aderiu formalmente à “neutralidade armada perpétua”, com o estatuto garantido pelo Direito Internacional. A neutralidade internacional da Suíça permaneceu intacta mesmo com o referendo popular que decidiu que o país deveria fazer parte do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU).

O país é solícito, colabora e participa ativamente nas relações internacionais, defendendo a coexistência pacífica entre os Estados.

Historicamente neutros, os suíços não participaram em nenhuma das guerras mundiais. Em 2002, de acordo com a Constituição Federal de 1999, a Suíça finalmente se tornou membro integral das Nações Unidas.

A Suíça não aderiu à União Européia (EU), bloco econômico europeu composto por 25 países, por vontade de seus cidadãos.

Constituição Suíça

Desde sua fundação em 1848, a Confederação Suíça adotou no mesmo ano uma Constituição com idéias republicanas progressistas. Tal Constituição foi totalmente revisada em 1874 e, mais tarde, adaptada.

Em 1967 foi encetada uma revisão completa da Constituição e, em 1987, o Conselho federal foi encarregado de submeter ao Parlamento um projeto que foi aprovado pelo povo e pelos cantões, dando origem à nova Constituição. Em 1999, uma nova Constituição foi criada na Confederação Suíça.

Segundo a Constituição Suíça de 1999:

Preâmbulo

Em nome de Deus Omnipotente!

O povo suíço e os cantões, conscientes de sua responsabilidade perante a criação, no esforço de reiterar a Confederação, para fortalecer a liberdade e a democracia, a independência e a paz, em solidariedade e sinceridade perante o mundo, no anseio de viver em unidade a sua pluralidade, com respeito mútuo e consideração, conscientes das

conquistas comuns e da responsabilidade perante as gerações futuras, na certeza de que somente é livre aquele que faz uso de sua liberdade e que a força do povo se mede no bem-estar dos fracos, se dão a seguinte Constituição1:

De acordo com a Constituição de 1999, os cantões detêm soberania, desde que sua soberania não seja limitada pela Constituição. O parlamento bicameral suíço, a Assembléia Federal, é primariamente quem exerce o poder. As duas casas, o Conselho de Estados e o Conselho Nacional, têm poderes iguais em todos os aspectos, inclusive quanto à iniciativa legislativa.

Os 46 membros do Conselho de Estados (dois de cada cantão e um de cada um dos antigos semicantões) são eleitos diretamente em cada cantão, enquanto os 200 membros do Conselho Nacional são eleitos diretamente num sistema de representação proporcional. O mandato dos membros da Assembléia é de quatro anos. Por intermédio de referendos, o povo pode contestar qualquer lei votada pelo parlamento federal e por iniciativas introduzir emendas à Constituição federal, o que faz da Suíça uma democracia semidireta.

O órgão executivo máximo é o Conselho Federal, um colegiado de sete membros. Embora a Constituição determine a responsabilidade da Assembléia Federal pela eleição e supervisão dos membros deste Conselho, aquele assumiu gradualmente um papel de destaque na direção do processo legislativo, além de sua atribuição na execução da lei federal. O Presidente da Confederação é eleito dentre os sete conselheiros pela Assembléia Federal, e por um ano assume funções representativas especiais.

Desde 1959, os quatro partidos majoritários estão representados no Conselho Federal de acordo com a “fórmula mágica”, proporcional à sua representação no Parlamento federal: dois democratas cristãos (CVP/PDC), dois social-democratas (SPS/PSS), dois radicais democratas (FDP/PRD), e um do Partido Popular da Suíça (SVP/UDC). Esta distribuição tradicional dos assentos, entretanto, não é sustentada por nenhuma lei, e nas eleições de 2003 para o Conselho Federal o CVP/PDC perdeu seu segundo assento para o SVP/UDC.

O Tribunal Federal zela pelo cumprimento da lei e resolução de conflitos oriundos de violações de

autonomias cantonais e comunais, bem como de tratados internacionais; aprecia, além disso, reclamações por violação de direitos constitucionais. Seus juízes são eleitos pela Assembléia Federal para mandatos de seis anos.

A Constituição Suíça de 1999 possui 197 artigos e está dividida em cinco partes (1 Disposições Gerais, 2 Direitos Fundamentais, Cidadania e Objetivos Sociais, 3 Confederação, cantões e municípios, 4 Povos e Cantões, 5 Autoridades Federais) que tratam dos inúmeros elementos formadores e reguladores da Confederação Suíça.

Após o preâmbulo, a Constituição suíça trata no seu Título I (Disposições Gerais) sobre os cantões formadores da Confederação Suíça juntamente com os princípios que regem tal confederação.

O Título II cuida dos Direitos Fundamentais, Cidadania e Objetivos Sociais, sendo estes três assuntos divididos em capítulos 1, 2 e 3, respectivamente. Vale ressaltar o art. 8º da Constituição, que enfatiza a igualdade entre homens e mulheres.

Art. 8º – Homens e mulheres têm os mesmos direitos. A lei vela pela igualdade jurídica e efetiva, particularmente no que se refere à família, à formação e ao trabalho. Homens e mulheres têm direito ao mesmo salário para um trabalho equivalente.

Sobre a cidadania, a Constituição define no seu art. 37 que cidadão suíço ou cidadã suíça é quem possui a cidadania de um município e a cidadania do cantão. Deixando assim a incumbência do reconhecimento da cidadania do povo suíço para os municípios e cantões. O restante do capítulo que trata sobre a cidadania dá linhas gerais para a obtenção e perda da cidadania, exercício dos direitos políticos e sobre os suíços residentes no estrangeiro.

O Título III refere-se à Confederação, cantões e municípios onde trata com relação à competência e organização dos referidos institutos. O título III regulamenta diversas atividades, competências e obrigações que os elementos da confederação são responsáveis.

No Título IV, a Constituição traça diretrizes para coordenar a Confederação e os Cantões traçando as competências, tarefas e cooperação entre os cantões e a confederação.

Vale ressaltar neste título a secção 7 que trata da parte econômica do Estado Suíço, primando pela liberdade econômica. Os suíços no mesmo capítulo tratam da regulamentação dos jogos de azar.

O Título V refere-se às autoridades federais e suas competências. O sigilo no âmbito da Administração Pública é tratado nesse capítulo e segundo o art. 169 ele não é no sempre absoluto.

Art. 169 Supervisão

1 A Assembléia Federal supervisiona o Conselho Federal e a Administração federal, os tribunais federais e os demais detentores de atribuições da Confederação.

2 As delegações especiais de comissões de fiscalização previstas por lei não podem ser contestadas com base em nenhuma obrigação ao sigilo (Grifo nosso)

Finalmente, o Título VI se refere à revisão constitucional e às disposições transitórias.

Art. 192 Princípio

1 A Constituição Federal poder ser revisada sempre, parcial ou totalmente.

2 Onde a Constituição Federal e a legislação nela fundamentada não dispuserem de outra forma, efetua-se a revisão por via da legislação.

Art. 193º Revisão total

1 A revisão total da Constituição Federal pode ser proposta pelo povo, por um dos dois Conselhos ou decidida pela Assembléia Federal.

2 Se a iniciativa partir do povo ou se os dois Conselhos discordarem entre si, cabe ao povo a decisão sobre a realização da revisão total.

3 Se o povo aprovar a revisão total, ambos os Conselhos devem ser novamente eleitos.

4 As disposições imperativas do Direito Internacional não devem ser violadas. (grifo nosso)

A Suíça, além de país desenvolvido, possui uma das mais evoluídas democracias do mundo, deixando que até o cidadão, em ato conjunto com outros, possa mudar a lei fundamental do Estado suíço.

2 Globalização e o crime organizado internacional

Após a Segunda Guerra Mundial pode-se perceber um esforço muito maior do que o até então visto para a internacionalização dos capitais.

O fim da Guerra Fria (1946-1989) estabeleceu um marco para a intensificação dessa internacionalização do capital. O mundo socialista estava desagregado e representava um novo território a ser conquistado pelo capital, uma vez que constituía fronteiras de negócios, espaço perfeito para a transferência de capitais excedentes e de tecnologias, intensificando a generalização dos movimentos de capital em escala mundial.

Nas duas últimas décadas, a lavagem de dinheiro e os crimes correlatos [...] tornaram-se delitos cujo impacto não pode mais ser medido em escala local. [...], seus efeitos perniciosos hoje se espalham para além das fronteiras nacionais.

O GAFI, (Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro) ou FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering), é um dos principais organismos internacionais de referência nesse trabalho e o principal agente de integração e coordenação das políticas internacionais neste sentido. Foi criado em 1989 por iniciativa dos países do G-7 (Estados Unidos, França, Alemanha, Reino Unido, Japão, Itália, Canadá e posteriormente temos a entrada da Rússia).

“Esse organismo internacional publicou, em 1990, um documento denominado “Quarenta Recomendações”, cujos objetivos principais são o desenvolvimento de um plano de ação completo para combater a lavagem de dinheiro e a discussão de ações ligadas à cooperação internacional com vistas a esse propósito.”

O combate à lavagem de dinheiro passou a ser tema de encontros e convenções, “chefes de Estado e de governo, bem como organismos internacionais, passaram a dispensar mais atenção à questão. Poucas pessoas param para pensar sobre a gravidade do problema, principalmente porque a lavagem de dinheiro parece distante de nossa realidade.”

Luiz Flávio Gomes destaca como fato marcante na história do combate à lavagem de dinheiro o encontro da ONU realizado em Nápoles em 1994, na Itália, “momento em que foi dada grande atenção a uma necessidade cada vez mais crescente em identificar grupos empresariais que aplicam o dinheiro do crime, movimentando milhões de dólares todos os anos sem ter que justificar tal movimentação, sendo que o seqüestro dos bens adquiridos com o dinheiro do crime e o congelamento das fortunas seriam pon-

tos a serem abordados para um tratamento legal mais intensificado.”

Lei de Lavagem de Dinheiro Suíça

O crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se por:

Um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.

A legislação de combate à lavagem de dinheiro na Suíça é proveniente do ano de 1990, foi de vanguarda e definiu concisamente o crime de “blanchissage d’argent” no art. 305 do Código Penal, com a seguinte redação:

1. Quem cometeu um ato idôneo a pôr obstáculos à identificação da origem, à descoberta ou à confiscação de valores patrimoniais, os quais ele sabia ou deveria presumir que eram provenientes de um crime, será punido com aprisionamento ou multa.

2. Nos casos mais graves, a pena será de reclusão de 5 (cinco) anos no máximo ou aprisionamento. A pena privativa de liberdade será cumulada com uma multa de um milhão de francos no máximo.

O caso será grave, notadamente quando o delinqüente:

- a) age como membro de uma organização criminosa;
- b) age como membro de uma quadrilha formada para praticar sistematicamente a lavagem de dinheiro;
- c) realiza uma receita ou um ganho (lucro) importante praticando profissionalmente a lavagem de dinheiro.

3. O delinqüente também será punido ainda quando a infração principal tiver sido cometida no estrangeiro, desde que esta seja punível no Estado onde foi cometida.

Segundo Castellar:

Vê-se que, curiosamente, nos dispositivos penais suíços não há nenhuma referência expressa ao tráfico de drogas ilícitas, ou a quaisquer outros crimes em particular, constando, todavia, a agra-

vante relativa à organização criminosa. Deve-se registrar, entretanto, que o art. 305 *ter* do Código Penal suíço prevê a figura do “*default de vigilance en matière d’operations financieres et de droit de communication*” estipulando que “*quem profissionalmente tenha aceitado, conservado, ajudado a colocar ou a transferir valores patrimoniais de um terceiro e que tenha se omitido em verificar a identidade do titular do direito econômico, conforme a vigilância requerida pelas circunstâncias, será punido.*”

A Suíça no ano de 1998 adotou uma nova e complementar legislação de combate à lavagem de dinheiro que aperfeiçoou indiscutivelmente os sistemas referentes à manutenção de registros contábeis, identificação dos clientes e denúncia das transações suspeitas. A legislação citada afeta não só os bancos, mas também contadores, advogados e consultores financeiros independentes, bem como as companhias seguradoras.

Vale ressaltar, mesmo que brevemente, o caso do ano de 2000, na cidade de Feira, em Portugal, onde a Suíça foi pressionada pela União Européia para que o país entregasse informações bancárias através de trocas automáticas. Contudo os suíços deixaram bem claro que o segredo bancário não era negociável.

Segundo Martins:

Para acalmar os ânimos, a Suíça oferecia um desconto anônimo na fonte de 35% sobre os lucros dos depósitos europeus em seus bancos. Desses 35%, 9% seriam retidos pelos bancos para cobrir despesas e comissões e os 26% restantes seriam creditados nos países de residência de seus depositantes. Tratava-se de uma manobra contábil para evitar a identificação dos clientes.

Os acordos bilaterais entre Suíça e EU, em 2004, permitiram que os suíços prorrogassem o acordo de desconto de imposto na fonte, em lugar da transparente troca de informações. Assim os depositantes europeus terão inicialmente um desconto de 15%, calculado sobre os lucros ou juros obtidos com o seu dinheiro depositado na Suíça. Esse desconto subirá gradativamente até atingir 35% em 2011, sem necessidade de se revelar a identidade dos depositantes descontados.

Departamento de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional – DRCI

O DRCI do Ministério da Justiça, criado em 2003, tem entre suas atribuições rastrear e repatriar bens que forem fruto da lavagem de dinheiro. Já foram encontradas divisas em contas de paraísos fiscais, como as Ilhas Cayman e a Suíça, com indício de lavagem de dinheiro. A pedido do governo brasileiro, tais quantias encontradas nessas contas bancárias foram bloqueadas. Contudo, a volta da moeda só deverá ocorrer depois da sentença *transitada em julgado*, sendo esta a regra internacional dos processos de repatriação. É a primeira vez que o governo federal tem uma política clara para recuperar recursos desviados para o exterior.

O acordo bilateral com a Suíça, em tramitação no Congresso, possui alguns pormenores a mais do que os outros como, por exemplo:

Prevenção da apreensão dos bens enquanto o processo ainda está em andamento”. Nem todos os países permitem tais termos nos seus acordos. A legislação de cada país onde está o dinheiro é de importante consideração, pois a evasão de divisas, *crime no Brasil*, não é considerada em outro.

O Brasil assinou, em Berna, com o governo suíço um acordo de cooperação jurídica em matéria penal. O tratado visa a ampla troca de informações entre Brasil e Suíça para o combate à lavagem de dinheiro, uma das modalidades mais frequentes do crime organizado em todo o mundo. As novidades do tratado são a possibilidade de cooperação em fraude fiscal e, em casos excepcionais, a permissão de repatriamento do dinheiro de origem ilegal antes mesmo de sentenças definitivas (transitadas em julgado) contra os acusados.

“Este é um tratado de cooperação, desburocratização e facilitação da cooperação internacional para a perseguição do crime organizado e, principalmente para o combate à lavagem de dinheiro. Porque quando combatemos a lavagem de dinheiro, combatemos o crime organizado pela sua finalidade. É fundamental que se estabeleça no Brasil uma mentalidade, uma cultura de combate à lavagem de dinheiro. E essa cultura passa necessariamente pela cooperação internacional, sem a qual não se pode ir muito longe”, afirmou o Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos durante a assinatura do tratado que foi feita em con-

junto com o Ministro da Justiça e Conselheiro Federal da Suíça, Christoph Blocher. O ministro explicou que, por meio do acordo, ao invés de grandes dossiês que normalmente são enviados, a partir de agora basta uma comunicação inicial para que se façam os bloqueios devidos nas contas suspeitas. As provas serão produzidas quando possível juntas, e, assim como os serviços de inteligência, serão permutadas entre os dois países.

O tratado firmado com a Suíça é um moderno instrumento bilateral e prevê, entre outras medidas, assistência em favor de procedimento penal no Estado requerente para a tomada de depoimentos e troca de informações. Prevê, além disso, a entrega de documentos e elementos de prova (administrativa, bancária, financeira, comercial e societária), a restituição de bens e valores, busca pessoal e domiciliar, apreensão, seqüestro e confisco de produtos de delito, intimação de atos processuais e transferência temporária de pessoas detidas para fins de audiência ou acareação.

Registros e documentos também poderão ser fornecidos e incorporados como provas em processos criminais que estejam tramitando no Brasil. Ou seja, este acordo tem o papel de facilitar, ao máximo, a execução de investigações e ações penais em crimes de lavagem de dinheiro, evasão fiscal e demais atividades ilícitas.

O acordo com a Suíça e outras nações que tenham grande potencial de cooperação internacional com o Brasil, além daquelas conhecidas como paraísos fiscais, representam uma das principais metas do governo brasileiro e estão definidas na Estratégia Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro (Encla/2004).

A parceria entre o Brasil e a Suíça foi negociada em maio e agosto de 2003, sob a articulação, na parte brasileira, da secretária nacional de Justiça, Cláudia Chagas, e do diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça, Antenor Madruga.

Atualmente, o Brasil tem acordos de cooperação jurídica com Portugal, Estados Unidos, Canadá, Colômbia, França, Itália, Peru e Coréia do Sul, além dos países do Mercosul, entre outros. Estão em negociações tratados com o Reino Unido, Bahamas, África do Sul, Alemanha e Liechtenstein. O objetivo é ter, ao final do mandato do presidente Lula, tratados de

cooperação jurídica firmados com os 50 países com os quais o Brasil tem maior potencial de cooperação internacional.

4 Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre Brasil e Suíça

O Tratado de cooperação penal referido no capítulo anterior constitui-se de um instrumento moderno destinado a ampliar a cooperação jurídica penal bilateral, que incorpora o uso de instrumentos de vanguarda para o fim da cooperação penal, como audiências por videoconferências e o traslado de peritos e testemunhas residentes no Estado solicitado para fins de depoimento no Estado solicitante.

O tratado impõe a obrigação recíproca de conceder a cooperação para tomada de depoimentos e outras declarações; entrega de documentos, registros e elementos de prova, inclusive os de natureza administrativa, bancária, financeira, comercial e societária; restituição de bens e valores; troca de informações; busca pessoal e domicilia; busca, apreensão, seqüestro e confisco de produtos de delito; intimação de atos processuais; transferência temporária de pessoas detidas para fins de audiência ou acareação; quaisquer outras medidas de cooperação compatíveis com os objetivos deste Tratado e que sejam aceitáveis pelos Estados contratantes.

O pedido de cooperação será executado conforme o direito do Estado requerido, a menos que nada obste em seu ordenamento jurídico a que seja estabelecido procedimento específico a pedido do Estado Requerente, que deverá descrevê-lo no ato do pedido de cooperação.

Somente se típica a conduta sobre a qual versa o pedido de cooperação no Estado Requerido é que medidas de cooperação de caráter coercitivo serão aceitas. O Tratado não é aplicável nos casos de busca, detenção ou prisão de uma pessoa processada ou julgada penalmente com o intuito de obter sua extradição ou para efeitos de execução de sentenças penais. Por esse motivo, a transferência de pessoas detidas ocorrerá sempre em caráter temporário, desde que haja consentimento, entre outras hipóteses.

São motivos para a recusa para a cooperação jurídica os fatos:

1 – o pedido é sobre infração ou crime considerado delito político ou delitos ou crimes conexos;

2 – sobre delito militar que não constituam delitos de direito comum;

3 – sobre infrações fiscais puramente;

4 – se a execução do pedido atentar contra a soberania do Estado Requerido, sua segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais do Estado;

5 – se existirem razões essenciais do Estado;

6 – se existirem razões ponderáveis para se formar convicção de que o pedido ancora-se em razões ligadas à raça, religião, origem étnica, sexo ou opiniões políticas da pessoa a que se intenta processar ou punir; e se existirem razões para acreditar que o procedimento penal contra essa pessoa não respeita as garantias estipuladas na legislação internacional de proteção aos direitos da pessoa.

O Ato consagra princípios do Direito Penal Internacional, como o *ne bis in idem*, pelo qual a cooperação será recusada se o pedido visar fatos pelos quais a pessoa processada foi definitivamente absolvida quanto ao mérito ou se, condenada no Estado Requerido por delito essencialmente correspondente, a sanção esteja em fase de execução ou já tenha sido executada. Excetuam-se as hipóteses de que os fatos objeto do julgamento tenham sido cometidos, no todo ou em parte, no território do Estado Requerente sem que o tenham sido no Estado Requerido; se os fatos visados pelo julgamento constituam delito contra a segurança ou contra outros interesses essenciais do Estado Requerente; e se os fatos foram cometidos por funcionário do Estado Requerente com violação a seus direitos funcionais.

O tratado prevê a adoção de medidas cautelares pelo Estado requerido “caso o procedimento visado pelo pedido não pareça manifestamente inadmissível ou inoportuno (...) a fim de proteger interesses jurídicos ameaçados ou de preservar elementos de prova (...) [e quando houver] perigo na demora”. Nesse ponto, parece que o tratado reduziu os quesitos impostos pelo ordenamento pátrio à adoção de tais medidas, dos quais ainda consta a *fumaça do bom direito*.

O Estado requerente arcará, por solicitação do Estado requerido, apenas com as despesas referentes a indenizações; despesas de viagem e estada das testemunhas; despesas referentes ao transporte de pes-

soas detidas; honorários, despesas de viagem e estada de peritos; custos com o estabelecimento da conexão para videoconferência, bem como custos ligados à sua disponibilizarão no Estado requerido; a remuneração dos intérpretes; indenizações às testemunhas, seus gastos de deslocamento no Estado requerido.

O Brasil tem ampliado a malha de acordos de cooperação jurisdicional nas áreas civil e penal, valendo-se, tal como afirma a Exposição de Motivos do Ministro de Estado, de instrumento de cooperação dos mais preclaros e modernos, criado para combater a criminalidade, que hoje se beneficia como nunca antes da porosidade das fronteiras transnacionais.

Dessa forma se interpreta, por exemplo, como condição de inadmissibilidade de aceitação de pedido de medida cautelar (art. 7), pela parte brasileira, a ausência da fumaça do bom direito que, aliada ao perigo da demora, formam os quesitos previstos no ordenamento pátrio para a autorização do procedimento, ainda que o primeiro assegure de forma expressa no artigo citado.

5 Conclusão

A Suíça e o Brasil assinaram vários tratados bilaterais em áreas como a Aviação Civil, a Cooperação Técnica e Científica e a Promoção e Proteção de Investimentos Diretos. Este último, assinado em 1994, ainda aguarda a ratificação do Congresso Nacional. Faz-se relevante mencionar que na área judicial existe entre ambos os países um Tratado de Extradicação, celebrado em 23 de julho de 1932.

A Suíça e o Brasil assinaram em julho de 1995 uma declaração na qual as partes em questão concordam em reatar as negociações, o mais rápido possível, para um Acordo bilateral para evitar a bitributação. Reuniões entre especialistas da área tributária de ambos os países já foram realizadas, sendo que a última em setembro de 2002.

A Suíça e o Mercosul têm mantido vários contatos com vistas a uma cooperação. No final de 1998, a Suíça — em nome da AELE — submeteu ao Mercosul um projeto para fortalecer esta cooperação.

Finalmente o Acordo de Cooperação Jurídica em Matéria Penal foi assinado pelas autoridades suíças e brasileiras em maio de 2004. Este poderoso ins-

trumento, que facilitará o trabalho conjunto dos dois países na luta contra o crime, deverá ser ratificado pelo Congresso Nacional (no Brasil) e pelo Parlamento (na Suíça) para que possa entrar em vigor.

Trata-se, o presente Pacto Internacional, de instrumento que representa importante avanço na cooperação judiciária entre Brasil e Suíça, tornando mais efetiva a atuação dos dois países no que se refere ao combate das mais diferentes formas do crime organizado transnacional.

Hodiernamente, com o advento da globalização, um dos maiores desafios para os Estados constitui o combate aos crimes transnacionais. As ações delituosas assumiram novas formas que transcendem os limites territoriais de um país. As fronteiras físicas entre os Estados deixaram de ser barreiras efetivas contra a prática de crimes. Assim, a efetiva prevenção e a persecução de crimes transnacionais requerem, antes de qualquer coisa, o esforço conjunto das nações. A repressão uniforme e a cooperação internacional, estabelecendo instrumentos de fiscalização e intercâmbio de informações são ações imprescindíveis, sem as quais o combate à moderna criminalidade é praticamente impossível.

Para tanto, o Brasil tem procurado celebrar acordos internacionais com diversos países cujo fim precípua é estabelecer assistência judiciária mútua em matéria penal. Assim, nesse diapasão, foi celebrado o presente instrumento internacional de cooperação jurídica em matéria penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça.

“Se vires um banqueiro suíço saltar de uma janela, salta atrás dele. Há certamente dinheiro a ganhar”
Voltaire

“Neutros nas grandes revoluções de Estados que os circundam, os suíços se enriquecem dos males dos outros e fundaram um banco sobre a calamidades humanas.”
Chateaubriand

“Deus Reina no Céu e o Ouro na terra.
Por Dinheiro até o Diabo Dança”
Provérbio Suíço

Referências bibliográficas

- CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro — A questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- CONSTITUIÇÃO, da Confederação Suíça, de 1999.
- GODOY, Arnaldo. *Direito e história: uma relação equivocada*.
- GOMES apud SADDI, Jairo. Lavagem de dinheiro no direito comparado: a experiência americana. *Revista de direito mercantil*. São Paulo, ano XXXIX, v. 117, p. 118-119, jan.-mar. 2000.
- HESPANHA, Antônio Manoel. *A Técnica da História do Direito*.
- OECD: <http://www1.oecd.org/fatf/pdf/40Rec-1996_pt.pdf>. 05/07/2005
- MARTINS, Rui. *O dinheiro sujo da corrupção: por que a Suíça entregou Maluf*. Rui Martins, São Paulo, 2005, 78 p.
Revista Época, edição 13 (17/08/1998).
- SENNA, Adrienne Giannetti Nelson de. Cartilha sobre lavagem de dinheiro. *Ministério da Fazenda – Conselho de Controle de Atividades Financeiras*, Brasília.
- SITE da Embaixada Suíça em Brasília: http://www.eda.admin.ch/brasil_emb/p/home/ch.html
- Sobre o COAF. Ministério da Fazenda – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Brasília. Disponível em: https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/i_sobrecoaf.htm.
- ZIEGLER, Jean. *A Suíça, o Ouro e os Mortos*, Record: São Paulo, 1999.

Conflito de competência entre juízes federais dos Juizados Especiais Federais e Varas Federais de rito comum

Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca*

Regras de competência delimitadas na Constituição Federal. Aplicabilidade do art. 108, I, e. Conflito de competência. “Compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar originariamente os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal”. Inaplicabilidade do CC 7.081-6/STF.

Com o presente articulado ousou analisar a atual polêmica residente nos recentes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, que se afirma competente para julgar conflitos de competência suscitados por juízes federais vinculados ao mesmo Tribunal Regional Federal, mas lotados em varas criminais comuns e especializadas em juizados especiais.

Feita pesquisa nos anais das Cortes Superiores, verifiquei que a partir de acórdão proferido pela Suprema Corte no Conflito de Competência 7.081-6/MG, o Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento, que até então seguia a linha externada por ocasião dos CC 32.497/BA, relator Min. Castro Filho, *DJ* de 24/03/2003 e CC 14.991/SP, relator Min. Ari Pargendler, *DJ* de 11/12/1995, consistente em reconhecer a competência dos Tribunais Regionais Federais para julgar esses incidentes suscitados entre juízes federais a eles vinculados, à luz do art. 108, I, e da Constituição Federal.

Essa mudança ocorreu ao fundamento de que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mencionado conflito (CC 7.081-6), teria definido a competência como sendo do Superior Tribunal de Justiça, porquanto não haveria vinculação entre juízes das varas comuns e aqueles lotados em varas federais de rito especial, ao fundamento de que esses têm seus recursos julgados pelas Turmas Recursais, e aqueles, pelo respectivo Tribunal Regional Federal. Tem afirmado, portanto, que se aplica a regra do art. 102, I, o, da Constituição Federal.

No entanto, *data venia*, não foi esse o entendimento da Suprema Corte, conforme se infere do voto

condutor do Acórdão, que possui a seguinte fundamentação:

Diz o art. 102, I, o, da Constituição Federal que compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, “os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro Tribunal”. Não é o caso dos autos, pois o conflito negativo de competência ocorre entre *Tribunal de Alçada* (que é Tribunal, mesmo, e de 2º grau) e um *órgão colegiado de juízes de 1º grau*, que não é propriamente um Tribunal, no sentido tradicionalmente usado pelas Constituições e leis brasileiras e que não está sujeito à jurisdição daquele. A meu ver, não se aplica à hipótese *sub judice* o precedente lembrado no parecer da Procuradoria Geral da República, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em Questão de Ordem no Conflito de Competência 7.094/MA (*DJ* de 04/05/2001, p. 3), pois fora suscitante a parte interessada no processo, figurando, como suscitados, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. E o que se decidiu foi que não poderia haver conflito entre o Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal de Justiça, pois a decisão deste prevalecia sobre a daquele com base no princípio da hierarquia de jurisdição. Mas ao Supremo Tribunal Federal competia conhecer do conflito, como suscitado, com base no art. 102, I, o, da CF, ainda que para considerá-la inexistente. E foi o que fez (SJ de 04/05/2001, Ementário 2029-2). No caso presente, porém, o conflito negativo envolve um Tribunal estadual de Justiça comum (não especializada) e um *órgão* colegiado de juízes de 1º grau, da justiça especializada, não sujeito à jurisdição daquele. Também não se aplicam à hipótese os precedentes lembrados no parecer da PGR, quando o STF decidiu que compete ao Tribunal de Justiça dirimir conflito entre juiz de Direito e Juizado Especial do mesmo Estado (CC 7.096, Relator Ministro Maurício Corrêa; e CC 7.095-GO, Relator Ministro Ilmar Galvão, *DJ* 04/08/2000, p. 3), outro podendo ser lembrado, no mesmo sentido: CC 7.098-GO, Relator Ministro Moreira Alves.

Aqui a hipótese é diversa, pois, de um lado está um Tribunal de Alçada (de 2ª instância), cujas decisões não estão sujeitas à jurisdição do Tribunal de Justiça do Estado; e, de outro, um órgão co-

* Juíza Federal. Titular da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais.

legiado de juízes de primeiro grau, não submetido à jurisdição de um ou de outro.

Na verdade, a norma que pode ser invocada para a solução do impasse verificado é a do art. 105, I, *d*, da CF, segundo a qual compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, “os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, *o*, bem como *entre Tribunal e juízes a ele não vinculados* e entre juízes vinculados a tribunais diversos...”

Portanto, resta claro que o Supremo Tribunal Federal declarou a competência do Superior Tribunal de Justiça porque o conflito então em análise ocorreu entre Tribunal de Alçada e juiz a ele não vinculado. Inclusive, deixou patente, naquele julgamento, que as Turmas Recursais são órgãos colegiados de Juízes de 1º Grau e não Tribunal, o que significaria dizer que os integrantes do órgão mantêm sua identidade e vinculação funcional como juízes de 1º grau.

De ver-se que toda a celeuma tem como berço a classificação dos Juizados Especiais como instituição, quando em verdade cuida-se simplesmente de aplicação do rito diferenciado por Juízes Federais lotados nas Varas especializadas. Nada mais. Não se criou nova estrutura judiciária com órgãos próprios, paralela à Justiça Federal, sem vinculação com o respectivo Tribunal Regional Federal. Permanece a vinculação funcional, estando apenas os recursos, na ritualística abreviada e simples atinente aos Juizados Especiais Federais, sujeitos à análise pelos próprios juízes de 1º Grau, em composição colegiada.

Sabe-se que as regras de competência não permitem interpretação extensiva. Em virtude dessa assertiva, conclui-se inexoravelmente que o art. 105, I, *d*, da Magna Carta (conflitos entre tribunais, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos) não recepciona a compreensão de que compete ao Superior Tribunal de Justiça apreciar conflitos de competência entre juízes federais lotados na mesma seção judiciária ou mesma região.

Por outro lado, verifica-se que o art. 108, I, *e*, da Constituição Federal agasalha perfeitamente a exege-se em esboço, pois define expressamente que compete aos Tribunais Regionais Federais decidir os conflitos de competência *entre juízes federais vinculados ao Tribunal*. Não há limitação da vinculação à atividade

jurisdicional ou à revisão das decisões proferidas. O critério utilizado é exclusivamente vinculação, que, reiterar-se, os juízes federais não perdem em relação ao respectivo TRF pelo fato de utilizarem o rito sumaríssimo da Lei 10.259/2001 ou por lotação em vara federal especializada.

A vinculação administrativo-funcional permanece íntegra, tanto que as varas sujeitam-se às correções rotineiras feitas pelos tribunais, à organização administrativa, inclusive à investidura dos integrantes das turmas, lotação de juízes, enfim, todas as sujeições e vínculos decorrentes da composição constitucional dos tribunais e seções judiciárias.

De outra vertente, reconhecer como competente o Superior Tribunal de Justiça significa ampliar a regra constitucional para permitir a resolução do conflito entre juízes federais somente porque lotados em varas com ritualística diferenciada. Repita-se que não se trata de juízes vinculados a tribunais diversos, mas sim vinculados ao mesmo Tribunal, haja vista que Turma Recursal não tem natureza jurídica ou mesmo personalidade jurídica de Tribunal.

Assim, estamos diante da utilização de métodos hermenêuticos não compatíveis na seara da competência constitucionalmente delineada, eis que se restringe a competência (interpretação restritiva do termo vinculação) dos Tribunais Regionais Federais e amplia-se a do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema¹, quando em conflito juízes de Direito de Vara Criminal e Juiz de Direito do Juizado Especial Federal, concluindo que, em sendo os juízes integrantes do Poder Judiciário de um mesmo Estado-membro, o conflito de competência deve ser solucionado pelo Tribunal de Justiça local. Inclusive, no voto proferido no CC 7.096-0/GO, relator Ministro Maurício Corrêa, ficou assentado, em referência à competente que: “*Quanto à do Superior Tribunal de Justiça do Superior Tribunal de Justiça, igualmente, não lhe cabe dirimir este conflito, dado que o art. 105, I, d, da Carta Federal dispõe que é competente para processar e julgar ‘os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre*

¹ CC 7.096-0/GO, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA; CC 7.095-1/GO, Relator Ministro ILMAR GALVÃO; CC 7098-6/GO, Relator Ministro MOREIRA ALVES.

Tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.”

Igualmente, a 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região² tem conhecido reiteradamente dos conflitos entre juízes lotados em varas criminais de Juizados.

Registro, por fim, que entendimento diverso situa-se na contramão da linha de desenvolvimento interpretativo do Supremo Tribunal Federal, pois esse, em 23/08/2006, decidiu, por oito votos a três, declinar da competência para julgar *habeas corpus*³ impetrado contra decisão de Turma Recursal, por concluir que se deve seguir o critério da hierarquia funcional e, por isso, o processamento do remédio constitucional contra decisão de turma recursal deve ser no respectivo Tribunal de Justiça e não diretamente naquela Corte Superior.

Esse precedente corrobora a argumentação supra expandida, pois não há limitação constitucional à vinculação processual ou jurisdicional. O termo é amplo e abarca certamente a hierarquia funcional, restando incontestes a competência dos Tribunais Regionais Federais para apreciar os conflitos suscitados entre juízes federais a eles vinculados, ainda que um deles esteja lotado em Varas Especializadas dos Juizados Especiais Federais.

² CC 2005.01.00.053171-9/MG, Relator Desembargador Federal I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES, 2ª Seção, DJ 30/01/2006.

CC 2003.01.00.028776-8/BA, Relator Desembargador Federal CÂNDIDO RIBEIRO, 23/11/2005.

CC 2005.01.00.002268-7/BA, Relator Desembargador Federal OLINDO MENEZES, DJ 23/11/2005.

³ HC 86.834 – Informativo 437

Direito previdenciário na união homossexual*

Gláucio Maciel Gonçalves**

A Constituição brasileira, no seu art. 194, define a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à assistência e à previdência sociais. O direito à saúde é direito de todos os indivíduos, a ser prestado pelo Estado, por meio de um sistema único, independentemente de qualquer contribuição específica. O direito à assistência social tem por objetivo ajudar os hipossuficientes e, por isso mesmo, dispensa, igualmente, pagamento por parte do assistido, a fim de usufruir benefícios previstos na lei de regência — Lei 8.742/1993 —, notadamente o direito a um salário mínimo mensal da pessoa portadora de deficiência que não tenha condições de desenvolver atividades laborativas e do idoso maior de 65 anos, desde que a renda *per capita* familiar mensal seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Sendo direitos usufruídos pelos próprios indivíduos, não derivados de uma união com outra pessoa, seu gozo independe de sua orientação sexual.

O regime previdenciário, por sua vez, é um regime cuja característica principal, sob o ponto de vista de sua receita, é a contributividade, ou seja, só terá direito a determinadas prestações previstas pela lei aquele que contribuir, ainda que em parte, para um fundo específico. No Brasil, são dois os regimes previdenciários: o obrigatório e o facultativo, sendo que o obrigatório subdivide-se em regime geral de previdência social, que atinge principalmente os trabalhadores privados e os autônomos, a cargo do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social –, e regime próprio para os servidores públicos da União, dos estados-membros e dos municípios. Cada um tem princípios e regras próprios. O regime facultativo é o regime complementar de previdência, ao qual cada um contribui visando a proporcionar, no futuro, uma renda maior.

Os benefícios previdenciários mais comuns são as aposentadorias (por tempo de contribuição, por idade, por invalidez e especial), o auxílio-doença, o auxílio-acidente, o salário-família, o salário-maternidade, a pensão por morte, o auxílio-reclusão e o auxílio-funeral. Tratando-se de um sistema contributivo, se a pessoa, vinculada a um dos regimes de previdência, satisfaz o requisito para sua percepção, como, por exemplo, contribuir com mais de trinta anos de serviço, estar doente, ter sofrido um acidente em serviço ou ter filhos, tem ela direito a um dos mencionados benefícios. Da mesma forma que o direito à assistência social e o direito à saúde, para a percepção de alguns benefícios previdenciários não importa a orientação sexual daquele que contribuiu.

O problema surge quando o direito ao benefício previdenciário é derivado, ou seja, não é percebido pelo próprio contribuinte, mas por sua família. É o caso da pensão por morte, do auxílio-reclusão e do auxílio-funeral, devidos sempre à família do contribuinte, então segurado do regime geral ou servidor público. Daí a necessidade de verificação se o companheiro ou a companheira homossexual pode concorrer aos benefícios como se sua relação fosse equiparável à união estável ou como se ambos constituíssem uma família.

A Constituição, no art. 226, diz que a família é a base da nossa sociedade e, por isso, tem especial proteção do Estado. Trata do casamento e dá enfoque à união estável, dizendo que ela também goza de proteção estatal, mas a definindo como a união entre o homem e a mulher.

A mencionada norma, que estabelece como união estável a união entre o homem e a mulher, não entre duas pessoas, é do texto originário da Constituição. Assim, nos termos de precedentes do Supremo Tribunal Federal, que incorporaram na jurisprudência clássica teoria, não é possível cogitar de sua inconstitucionalidade frente aos princípios da igualdade ou da dignidade da pessoa humana, já que é defeso falar de normas constitucionais originárias inconstitucionais.

Como, então, conciliar a realidade — diversas uniões entre pessoas do mesmo sexo, que algumas ve-

* Texto-base de palestra proferida no dia 24/08/2006, no Seminário Homossexualidade e Direito, promovido pelo Movimento Gay Mineiro, durante a 9ª Rainbow Fest, em Juiz de Fora.

** Juiz Federal da 1ª Vara de Juiz de Fora, especializada em matéria previdenciária e em juizado especial federal. Mestre e Doutorando em Direito pela UFMG. Ex-professor do Uniceub/DF, da Faculdade de Direito Milton Campos/MG, da UFMG e da UFPA.

zes duram até mais que uniões heterossexuais — com a norma supostamente impeditiva do reconhecimento do companheiro ou da companheira sobrevivente à pensão por morte ou ao auxílio-funeral, previsto se se tratar de servidor público civil e militar federal, ou mesmo do companheiro ou companheira em caso de prisão do outro?

Simple: embora não seja possível, em razão da política do legislador constituinte de classificar a união homossexual como união estável, tendo em vista que esta, por força do § 3º do art. 226 da Constituição, é somente entre o homem e a mulher, basta qualificar a união homossexual como família. Como família, a Constituição a protege no *caput* do art. 226, ainda que não a conceitue, o que também não é papel de uma constituição.

A união entre pessoas do mesmo sexo, conquanto não configure união estável, é protegida pela norma jurídica, por constituir um núcleo familiar, ou seja, duas pessoas, que se unem pelo afeto, em busca da felicidade, escolhendo uma vida em comum. A proteção constitucional exsurge tanto do mencionado *caput* do art. 226 quanto do inciso III do art. 1º, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, do inciso IV do art. 3º, que dispõe ser um dos objetivos fundamentais do nosso País a promoção do bem de todos, sem quaisquer outras formas de discriminação, bem como do *caput* do art. 5º, garantidor da igualdade entre homens e mulheres.

Mesmo não tendo lei específica sobre a união homossexual, é possível reconhecê-la, utilizando para tanto, por analogia, as normas existentes no Código Civil sobre a união estável. Dessa forma, existindo a união de duas pessoas do mesmo sexo, com convivência pública, contínua e duradoura, com o propósito de afeto, de constituição de família, nascem dela os mesmos direitos que emergiriam se se tratasse de uma união estável entre homem e mulher.

No campo previdenciário, como visto, é necessário distinguir o regime previdenciário geral, o dos trabalhadores do setor privado, e o dos servidores públicos civis e militares. Cada um tem regramento próprio.

No regime geral de previdência, estabelecido pela Lei 8.213/1991, com suas diversas regulamentações, a situação do casal homossexual é mais tranqüila. Não porque a Administração foi mais condescendente, mas porque foi baixada norma interna, por força de decisão

judicial. Sentenciada uma ação civil pública que tramitou na Justiça Federal de Porto Alegre, o INSS não teve outra solução a não ser cumpri-la, embora tenha interposto recurso, sem sucesso. Adveio, então, uma instrução normativa, posteriormente revogada pela hoje vigente, a Instrução Normativa INSS/DC 118, de 14/04/2005 (*DOU* de 18/04/2005), que, em seu art. 30, dispõe que o companheiro ou a companheira homossexual de segurado inscrito na previdência passa a integrar o rol dos dependentes, tendo direito à pensão por morte e ao auxílio-reclusão.

Dessa forma, o tratamento a ser dispensado a participe de uma união estável é o mesmo de um participe de uma união homossexual. Basta a prova da vida em comum, com o vínculo afetivo, para ter direito aos benefícios do regime geral de previdência.

Só uma observação: a atual norma, diferentemente da anterior (Instrução Normativa INSS 95, de 07/10/2003, revogada), exige a dependência econômica de um dos companheiros em relação ao outro. Ora, a determinação da mencionada decisão na ação civil pública foi conferir igualdade de tratamento aos companheiros de uma união estável e de uma união homossexual. Se, por força do § 4º do art. 16 da Lei 8.213/1991, a dependência econômica entre companheiros da união estável é presumida, também deve sê-lo a dependência econômica entre pessoas do mesmo sexo que estejam vivendo em união homossexual.

Está ocorrendo descumprimento da decisão, por parte do INSS, que pode ser chamado a pagar multa por tal ato. De qualquer forma, para o companheiro sobrevivente de segurado do regime geral, não é necessário, pelo menos em princípio, ajuizar demanda na justiça, a fim de ver resguardado o direito à pensão por morte. Idem para o companheiro ou companheira daquele que foi preso. Basta um pedido administrativo. Somente depois, com a demonstração do indeferimento, é que se deve procurar a justiça.

No regime previdenciário do servidor público federal civil ou militar, a situação não é simples. De acordo com o princípio da legalidade, a Administração somente pode fazer aquilo previsto na norma. Se a norma — Lei 8.112/1990 para o servidor civil e Lei 3.765/1960, com a redação da Medida Provisória 2.215-10/2001 para o servidor militar — não estipula a possibilidade de o companheiro do mesmo sexo do servidor receber pensão por morte, auxílio-reclusão ou auxílio-funeral

(benefício inexistente no regime geral), é imprescindível acionar o Poder Judiciário, a fim de que seja reconhecido o direito ao benefício previdenciário.

E os juízes estão enfrentando a questão. O Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão monocrática do Sr. Ministro Celso de Mello na ADI 3.300/DE, embora não tenha resolvido o problema posto — inconstitucionalidade das normas que tratam da união estável apenas entre homem e mulher —, sinalizou sua importância para o direito e ressaltou a necessidade da proteção da união homossexual. O Tribunal Superior Eleitoral, no REspe 24.564/PA, da relatoria do Sr. Ministro Gilmar Mendes, deu valor jurídico à união homossexual entre a prefeita reeleita do município de Viseu e uma deputada estadual no Pará, candidata à prefeita de Viseu, para, nos termos do art. 14, § 7º, da Constituição, impedir a candidatura da última, porque seria perpetrar a influência da família na chefia do poder Executivo daquele município. No campo do Direito Previdenciário, registram-se, além dos acórdãos dos tribunais de apelação, federais e estaduais, acórdão precursor na matéria, tirado no REsp 395.904/RS (*DJ* 06/02/2006), oriundo da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, no qual, à unanimidade, assim decidiu, na parte que interessa:

Recurso Especial. Direito Previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício.

3 – A pensão por morte é: “o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido — a chamada família previdenciária - no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou, pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes.” (Rocha, Daniel Machado da, *Comentários à lei de benefícios da previdência social*/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2004. p. 251).

4 – Em que pese as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obriga-

toriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo ‘Da Família’ Em face dessa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise.

5 – Diante do § 3º do art. 16 da Lei 8.213/1991, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, ali gizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao Direito Previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva.

6 – Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que se interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que assim estabeleceu, em comando específico: “Art. 201 – Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2º.”

7 – Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do Direito Previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito.

8 – Outrossim, o próprio INSS, tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa 25 de 07/06/2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, mercedoras do mesmo tratamento.

9 – Recurso especial não provido.”

Embora a lei não consiga acompanhar a sociedade, não é ela a única fonte de direito. O juiz, que é pago pelo contribuinte, não deve ter religião, não importa se é homem ou mulher e não deve ter conceitos pre-determinados. Se ele desempenhar bem o seu papel estatal, saberá, com o conhecimento jurídico adquirido na escola e na vida, examinar um caso de união homossexual como se união estável fosse. Isso porque o direito não deve e não vai ficar atrás das transformações sociais. Não adianta ir contra o sol.

1 A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo

1.1 Histórico — a extinção da punibilidade com o pagamento integral do débito antes do recebimento da denúncia

A Lei 8.137, de 27/12/1990, dispunha, no art. 14, que os crimes previstos em seus arts. 1.º a 3.º teriam extinta sua punibilidade quando o agente (contribuinte ou servidor público) promovesse o pagamento do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia. Esse dispositivo legal foi revogado pelo art. 98 da Lei 8.383, de 30/12/1991, deixando de ser, portanto, efeito do pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia a extinção de punibilidade. Logicamente, em face do princípio da irretroatividade da lei penal mais severa (*lex gravior*), essa alteração não se aplicou aos fatos anteriores.

Ocorre que a Lei 9.249, de 26/12/1995, em seu art. 34, restaurou o preceito nos seguintes termos: “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

Dessa maneira, a causa de extinção da punibilidade decorrente do pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia foi restaurada, voltando a vigor em nosso ordenamento jurídico, em face do citado art. 34 da Lei 9.249/1995.

Por se tratar de norma penal mais benigna, houve, portanto, sua retroatividade, nos termos do art. 5.º, XL, da Constituição Federal – CF, que consagra o princípio da *retroatividade da lei mais benigna (lex mitior)*, atingindo os feitos em andamento, que tiveram, quando preenchidas as condições legais, qual

seja, o pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia, a decretação da extinção da punibilidade.

Ressalte-se, ainda, que a retroatividade da lei penal mais benigna atinge, também, a eficácia da coisa julgada. Dessa forma, caso alguém tenha pago o tributo antes do recebimento da denúncia, sem gerar o efeito extintivo de punibilidade, em face da ausência de previsão legal à época do pagamento, a *lex mitior* retroagirá, mesmo que tenha sido posteriormente condenado.

1.2 A extinção da punibilidade com o pagamento integral do débito em qualquer fase do processo

Com o advento da Lei 10.684, de 30/05/2003, que trata do Programa de Recuperação Fiscal (Refis), o legislador ordinário alterou o posicionamento tradicional de nosso ordenamento jurídico, passando a considerar que o pagamento integral do débito, mesmo após o recebimento da denúncia, é causa extintiva da punibilidade do autor do delito contra a ordem tributária.

Esta é a determinação constante do art. 9.º, § 2.º, da Lei 10.684/2003, nos seguintes termos:

Art. 9.º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

[...]

§ 2.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Como podemos verificar, o texto legal não faz qualquer menção ao recebimento da denúncia ou ao momento processual em que o pagamento pode ser efetuado para que ocorra a extinção da punibilidade. Daí a conclusão necessária de que, em qualquer fase do processo, o pagamento poderá ser feito e o seu efeito será a extinção da punibilidade.

*Promotor de Justiça da Cidadania da Capital (São Paulo) e Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus.

Embora o texto legal mencione o pagamento por meio de pessoa jurídica, a solução deverá ser a mesma para o pagamento da pessoa física, por meio da utilização da interpretação extensiva da lei em análise.

Trata-se, mais uma vez, de lei posterior mais benéfica ao réu e, portanto, tem aplicação retroativa.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), 1.^a T., no *Habeas Corpus* (HC) 81.929/RJ, rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, j. em 16/12/2003, publicado no *Informativo STF* 334, com a seguinte ementa:

Ação Penal. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9.^o da Lei federal 10.684/2003, c/c. art. 5.^o, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário.

Importante questão a ser dirimida abrange o alcance do dispositivo legal em relação à espécie de tributo devido.

Como a referida lei federal não fez diferenciação entre os tributos para sua aplicação, entendemos ser aplicável a extinção da punibilidade, com o pagamento integral do débito, para todos eles, municipais, estaduais ou federais. A norma que trata da extinção da punibilidade é de natureza penal e não há que se questionar a competência federal para a sua edição, abrangendo processos na justiça federal ou estadual.

Ainda que o Município ou o Estado não disponha sobre o parcelamento dos respectivos débitos tributários (Refis), quando acontecer o pagamento integral do débito, ocorrerá a extinção da punibilidade, em qualquer fase do processo penal.

Concluimos, então, que o pagamento integral do tributo passou a ser causa de extinção da punibilidade, aplicável em qualquer fase do processo penal pelos crimes de sonegação fiscal.

2 O parcelamento do débito tributário (Refis) e as suas conseqüências penais

2.1 Histórico

Antes da legislação do Refis, muito se debatia

a respeito do parcelamento do débito tributário e as suas conseqüências penais, havendo posições antagônicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Autores e acórdãos equiparavam o parcelamento ao pagamento do débito, propugnando pela extinção da punibilidade; outros entendiam que inexistiam conseqüências penais do parcelamento, uma vez que a legislação somente referia-se ao pagamento do tributo; por fim, outros ainda entendiam que deveria haver a suspensão da ação penal, aguardando o pagamento integral do débito tributário.

A discussão findou com a Lei 9.964/2000, na qual foi instituído o Refis, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). O ingresso no Refis significa que a pessoa jurídica faz jus a regime especial de consolidação e parcelamento de débitos fiscais.

No art. 15, a referida lei determina a *suspensão da pretensão punitiva* do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.^o e 2.^o da Lei. 8.137/1990, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal.

Durante esse período de suspensão da pretensão punitiva, não corre a prescrição penal, *sendo o prazo prescricional igualmente suspenso* (art. 15, § 1.^o, da Lei. 9.964/2000).

A extinção da punibilidade ocorrerá quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive seus acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento (art. 15, § 3.^o, da mesma lei).

A lei estende a solução supra-referida para os parcelamentos obtidos alternativamente ao ingresso no Refis pela pessoa jurídica, inclusive de débitos não tributários inscritos em dívida ativa (art. 15, § 2.^o, II).

2.2 A situação atual do Refis

Atualmente, está em vigor a Lei 10.684/2003 que alterou a legislação sobre o Refis, ampliando a proteção legal em seu art. 9.^o. Abrangeu, primeiramente, na sus-

pensão da pretensão punitiva não apenas os arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990, mas também os arts. 168-A (Apropriação Indébita Previdenciária) e 337-A (Sonegação de Contribuição Previdenciária) do Código Penal (CP).

Além disso, o art. 9.º não exige que o Refis tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia penal para a obtenção da suspensão da pretensão punitiva, como fazia a Lei 9.964/2000, podendo ocorrer a suspensão em qualquer fase do processo.

O egrégio Tribunal Regional Federal (TRF) já firmou posição ao decidir:

Crimes contra a ordem tributária. Parcelamento. Suspensão da pretensão punitiva do Estado. 1. Dispõe o art. 9.º da Lei 10.684, de 30/05/03, que 'É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime do parcelamento.' 2. O benefício está ligado somente à obtenção do parcelamento, independentemente de ser ele anterior ou posterior ao recebimento da denúncia, diferentemente do que dispunha a Lei n. 9.964, de 10/04/2000 (art. 15), que instituiu o Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, bastando apenas que a parte interessada faça prova inequívoca da adesão ao Programa de Parcelamento Especial, isto é, da sua regularidade fiscal, o que não ocorre na espécie. 3. Denegação da ordem de *habeas corpus*" (TRF, 1.ª Região, 3.ª T., HC. 01000392813/AC, rel. Des. Federal Olindo Menezes, DJU de 06/08/2004, p. 43).

Foram mantidas pela Lei 10.684/2003 a suspensão da prescrição durante o período de suspensão da pretensão punitiva e a extinção da punibilidade com o pagamento integral dos débitos, inclusive acessórios.

Tratando-se de extinção da punibilidade com o pagamento integral do débito, notamos que, a partir da Lei 10.684/2003, ela poderá ocorrer em qualquer fase do processo e não apenas antes do recebimento da denúncia. Como é lei mais benéfica ao réu, possui aplicação retroativa. Nesse sentido, firmou entendimento o STF, 1.ª T., HC 81.929/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, j. em 16/12/2003, *Informativo STF 334*.

As conseqüências do Refis alcançam apenas os crimes previstos na lei, não produzindo efeitos para os

crimes conexos. Assim, por exemplo, caso haja denúncia por quadrilha ou bando e sonegação fiscal, o ingresso do agente no programa do Refis causará a suspensão da pretensão punitiva apenas da sonegação fiscal, não atingindo o crime de quadrilha ou bando. Nesse sentido, também decidiu o STF, 1.ª T., HC 84.223-2/RS, rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/08/2004, p. 71.

3 A Autonomia da Instância Penal

Entendemos que as instâncias penal e administrativa são autônomas, não sendo necessário para a propositura da ação penal, ou mesmo para a instauração do inquérito policial, o prévio esgotamento da via administrativa. Ressalte-se que a apuração do débito fiscal, na instância administrativa, não constitui condição de procedibilidade da ação penal.

A lei penal descreve fatos típicos que são independentes e autônomos em relação aos fatos econômicos propriamente ditos. Da mesma maneira, a interposição de recurso na instância administrativa não afeta a jurisdição penal, de modo que impeça a persecução penal em juízo.

O oferecimento da denúncia, assim, dispensa esgotar a via administrativa, posto não ser essa pressuposta nem tampouco condição jurídica necessária para a atuação do Ministério Público.

O plenário do STF, entretanto, no julgamento do HC 81.611/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 10/12/2003 (*Informativos STF 286, 326 e 333*), por maioria de votos (vencidos os Ministros Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Carlos Britto), alterou posicionamento anterior, decidindo que nos crimes referidos no art. 1.º da Lei 8.137/1990, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade, configurando-se como elemento essencial à exigibilidade da obrigação tributária, cuja existência ou montante não se pode afirmar até que haja o efeito preclusivo da decisão final em sede administrativa.

A conseqüência desse posicionamento é que, enquanto pendente recurso administrativo, não há justa causa para o oferecimento da ação penal. A referida decisão do STF ainda impõe a suspensão da prescrição até o julgamento definitivo do processo administrativo.

3.1 A representação fiscal do art. 83 da Lei 9.430/1996

Conforme o texto da Lei 9.430/1996, a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público (MP) depois de proferida decisão final na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Evidentemente, a norma legal não instituiu condição processual de procedibilidade para a propositura da ação penal, por parte do MP, tratando-se a representação aludida de mera decorrência do direito de petição, no caso, para informar sobre eventual crime praticado.

A norma é voltada para a administração pública, mais especificamente para as autoridades e agentes fazendários, evitando-se a remessa de representação ao MP antes da solução administrativa, porém obrigando-a após o término dessa.

Assim, em face da autonomia e independência da instância penal, a lei em questão não impede qualquer investigação a ser realizada pela polícia judiciária, ou eventuais requisições do MP ou do Poder Judiciário e a propositura da ação penal correspondente.

Nesse sentido, o Plenário do STF decidiu que “o art. 83 da Lei 9.430/1996 não criou condição de procedibilidade da ação penal por delito tributário”, afirmando que “esse dispositivo rege atos da administração fazendária, prevendo o momento em que as autoridades competentes da área da administração federal devem encaminhar ao Ministério Público Federal expedientes contendo *notitia criminis* acerca de delitos contra a ordem tributária descritos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990”, e, por fim, concluindo que “não está o Ministério Público impedido de agir antes da decisão final no procedimento administrativo”.

Como observou o Min. Néri da Silveira:

é de observar, ademais, que, para promover a ação penal pública, *ut* art. 129, I, da Lei Magna da República, pode o MP proceder às averiguações cabíveis, requisitando informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal (CF, art. 129, VI), requisitando também diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII), o que, à evidência, não se poderia obstar por

norma legal, nem a isso conduz a inteligência da regra *legis* impugnada ao definir disciplina para os procedimentos da Administração Fazendária. Decerto, o art. 83 em foco quer que não aja a Administração desde logo, sem antes concluir o processo administrativo fiscal, mas essa conduta imposta às autoridades fiscais não impede a ação do MP, que, com apoio no art. 129, e seus incisos, da Constituição, poderá proceder, de forma ampla, na pesquisa da verdade, na averiguação de fatos e na promoção imediata da ação penal pública, sempre que assim entender configurado ilícito, inclusive no plano tributário. Não define o art. 83 da Lei 9.430/1996, desse modo, condição de procedibilidade para a instauração da ação penal pública, pelo MP, que poderá, na forma de direito, mesmo antes de encerrada a instância administrativa, que é autônoma, iniciar a instância penal, com a propositura da ação correspondente” (ADI 1.571, plenário, rel. Min. Néri da Silveira, j. em 20/03/1997, *Informativo STF*. 64,02/04/1997).

No mesmo sentido: “A representação fiscal a que se refere o art. 83 da Lei 9.430/1996 estabeleceu limites para os órgãos da administração fazendária, ao determinar que a remessa ao Ministério Público dos expedientes alusivos aos crimes contra a ordem tributária, definidos nos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/1990, somente será feita após a conclusão do processo administrativo fiscal. Todavia, não restringiu o citado dispositivo legal a ação do Ministério Público (CF, art. 129, I)” (STF, 2.ª T., HC 75.723-5/SP, rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* de 06/02/1998, seção I, p. 5).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.571/DF, decidida em 10 de dezembro de 2003, o STF, por meio do rel. Min. Gilmar Mendes, por maioria de votos (vencidos os Ministros Carlos Britto e Ellen Gracie), julgou improcedente a ação ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 83, *caput*, da Lei 9.430/1996, por entender que a norma impugnada, sendo dirigida à autoridade fazendária, não impede a atuação do MP no tocante à propositura da ação penal.

Ocorre que, com a nova posição adotada pelo STF quanto à necessidade do exaurimento da via administrativa para a propositura da ação penal, restaram apenas possibilidades investigativas ao MP enquanto não houver a decisão final na esfera administrativa.

A fórmula *Estado social e democrático de Direito* na Constituição da Espanha, no século XXI

Jeferson Schneider*

O presente trabalho tenta desvelar uma interpretação adequada para o século XXI da formulação política *Estado social e democrático de Direito*, inscrita no artigo 1.1 da Constituição da Espanha de 1978¹. Entre as múltiplas possibilidades de organizar-se política e juridicamente, o povo espanhol, por meio de referendo popular, fundou uma organização que tem por elemento essencial o ser Estado, não qualquer estado, mas um *Estado de Direito*, acrescido dos adjetivos *social e democrático*. O princípio mencionado é o coração da Constituição. Uma reforma de qualquer um de seus elementos importaria em uma profunda alteração de toda a Constituição. Não seria mais o mesmo Estado, mas outro.

É do coração da Constituição que emana toda a orientação política e jurídica da organização estatal nos mais diversos níveis. A fórmula político-jurídica não só configura e ordena o Estado, mas a própria sociedade civil. Assim como do pulsar do coração o sangue irriga todos os membros do corpo, levando nutrientes e mantendo vivas todas as células, também o princípio constitutivo da Espanha é a fonte da qual brota a vida e a forma de *ser* e de *dever-ser* do Estado e da sociedade civil. Morto o princípio, ferido de morte estará o Estado. Exatamente por esta razão, por sua transcendência e vital importância na vida do Estado e da sociedade espanhola, é que centramos toda a nossa atenção no estudo e reflexão da fórmula política do *Estado social e democrático de Direito* olhando para o futuro.

Interpretação da Constituição a partir da Constituição

O conteúdo normativo da fórmula político-jurídica do *Estado social e democrático de Direito* so-

mente pode ser cotejado por meio da interpretação. O texto legal é o objeto e a norma o produto final da interpretação². A ciência do Direito já se ocupou a definir vários métodos para levar a cabo a interpretação de um texto legal, começando pelos métodos dogmáticos elaborados pela Escola da Exegese e Escola Histórica na Alemanha (Savigny)³, para as quais o intérprete somente utilizava sua capacidade intelectual⁴. Savigny distinguiu quatro métodos básicos de interpretação, isto é, gramatical, lógico, histórico e sistemático⁵. Em pouco tempo, o método cognitivo mostrou-se insuficiente, sofrendo críticas das teorias da instituição (Hauriou⁶ e Santi Romano⁷), sociológicas (Erlich)⁸, e, na atualidade, da argumentação em suas diversas versões (Perelman⁹, Aarnio¹⁰, Alexy¹¹)¹².

O que parece certo é que, com o passar do tempo, muitos mitos presentes na análise da interpretação caíram por terra, assim como houve um crescen-

² Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madri: Tecnos, 1984, p. 254.

³ Cf. M.F.C. Savigny. *Sistema del Derecho Romano actual*. Madri: Centro Editorial Góngora, s. d.

⁴ Maria Luiza Balaguer Callejón. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos: Madri, 1997, p. 86.

⁵ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos..., op. cit.*, p. 259.

⁶ Cf. Maurice Hauriou. *La teoría de la institución y de la fundación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

⁷ Cf. Santi Romano. *El ordenamiento jurídico*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

⁸ Cf. Maria Luisa Balaguer Callejón. *Interpretación..., op. cit.*, p. 87-89.

⁹ Cf. Chaim Perelman. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*. Trad. Julia Sevilla Muñoz. 1ª ed. Madri: Gredos, 2000.

¹⁰ Cf. Aulis Aarnio. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

¹¹ Cf. Robert Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

¹² Cf. Maria Luisa Balaguer Callejón. *Interpretación..., op. cit.*, p. 98-103.

* Juiz Federal titular da 2ª Vara do Estado do Mato Grosso.

¹ "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político." (Art. 1.1 da Constituição da Espanha de 1978)

te reconhecimento da importância da participação do intérprete no processo interpretativo. O Direito não paira mais sobre a sociedade de forma abstrata e eterna, mas é seu produto, sofrendo todos os reflexos de sua historicidade. O Direito não está reduzido ao ordenamento jurídico, que, por sua própria natureza, é incompleto, possui vácuos legislativos, às vezes é contraditório, não tem vontade própria, vale dizer, não são mais plausíveis as teses da existência de vontade da lei ou do legislador, da racionalidade e coerência das leis e do ordenamento jurídico. As expressões da lei são ambíguas, elásticas ou simplesmente não podem ser compreendidas, o que impossibilita o simples uso de raciocínios lógico-formais, como o da mera subsunção da lei ao caso concreto. A exclusiva atividade intelectual, sustentada pelas teorias dogmáticas, capaz e suficiente de descobrir ou revelar a única interpretação correta, não é confirmada pela inescapável presença de uma atividade voluntária do intérprete na escolha de uma entre as várias interpretações possíveis. Assim, interpretar, ademais de ser um ato intelectual, também é um ato de vontade.

A simples definição dos métodos de interpretação da dogmática, gramatical, lógico, histórico e sistemático, não resolveu o difícil problema da atividade interpretativa, isto porque ainda não foi identificado um caminho seguro a ser trilhado pelo intérprete, pois não há uma ordem de precedência ou relevância entre os vários métodos. O que de fato ocorre é a utilização conjunta de todos eles (Savigny), sem uma ordem de precedência ou relevância rigorosa, para, ao final, uma vez comparados e relacionados os resultados da interpretação realizada pelos diversos métodos, escolher aquela interpretação possuidora dos melhores argumentos jurídicos.

O legislador ordinário, no intento de resolver esta intrincada questão, definiu no art. 3.1 do Código Civil, em sua modificação de 1974, uma ordem de precedência entre os diversos métodos interpretativos, ao dizer que “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad del precepto*”. Como vemos, embora o legislador tenha estabelecido uma ordem definida de precedência entre os diversos métodos interpretativos, nada fora dito sobre o peso ou o grau de relevância de cada um dos métodos na ativi-

dade interpretativa, não estando, assim, garantido um resultado único.

Da mesma forma que a questão da interpretação, em que pese o art. 3.1 do Código Civil, não está resolvida para a legislação ordinária, o mesmo vale para a interpretação da Constituição, norma fundamental do ordenamento jurídico, da qual todas as demais normas recolhem seu fundamento de validade e legitimidade, ademais do Código Civil, norma infraconstitucional, não poder servir de ponto de partida, pena de submissão da Constituição ao Código.

O motivo pelo qual o Código Civil não pode ser utilizado como ponto de partida para a interpretação do art. 1.1 da Constituição é simples. A norma constitucional não pode estar sujeita a uma norma infraconstitucional, em razão de sua hierarquia e força normativa. Para evitar o inconveniente, alguns autores, como Pablo Lucas Verdú e Miguel Ferreiro de Miñon, atribuíram ao art. 3.1 do Código Civil a natureza de norma materialmente constitucional¹³. O argumento é insustentável, porque, ainda que assim fosse, a reforma do Código Civil não obedece ao rigoroso procedimento de reforma das normas constitucionais, o que permitiria ao legislador ordinário alterar o conteúdo do art. 3.1 e, possivelmente, modificar o resultado da interpretação do art. 1.1 da Constituição.

Como consequência lógica da natureza fundamental e normativa da Constituição, o ponto de partida da interpretação *da* Constituição deve ocorrer *a partir da* própria Constituição. Assim, o conteúdo da fórmula político-jurídica do *Estado social e democrático de Direito* deverá ser encontrado dentro da própria Constituição, a partir dos diversos conceitos fundamentais contidos no corpo de seu texto, especialmente os valores superiores — superada a tese procedimental da Constituição —, os quais, por sua vez, concretizam-se nos princípios e direitos constitucionais.

A interpretação da Constituição deve ser analisada sob dois enfoques, isto é, devemos partir da distinção entre interpretação *da* Constituição e inter-

¹³Cf. Maria José Falcón y Tella et al. Constitución Española de 1978 y Estado social y democrático de Derecho. In: *El Estado de Derecho en la España de hoy; Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Actas, 1996, p. 169-171.

pretação *a partir da* Constituição¹⁴. Na interpretação *da* Constituição, o objeto de interpretação é a própria Constituição. Na interpretação *a partir da* Constituição, o objeto de interpretação é as leis infraconstitucionais, à luz da Constituição.

É o próprio art. 1.1 da Constituição que trata de imputar um maior grau de concretude à formulação do *Estado social e democrático de Direito*, ao dizer que este mesmo Estado “*propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”. Se o Estado social e democrático de Direito é o coração, os valores superiores são o sangue. O Estado toma forma e se realiza por meio dos valores superiores. A Constituição, ao positivar os valores superiores, define, normativamente, o ponto de partida e de chegada do Direito¹⁵, enquanto o ordenamento jurídico, impositivamente, determina uma referência suprema ao Direito e “*incorpora una propuesta de Derecho justo al Derecho positivo*”¹⁶.

Os valores incorporados à Constituição reclamam efetividade na interpretação da própria Constituição e do desenvolvimento do ordenamento jurídico, razão pela qual os valores superiores devem ser critérios de interpretação¹⁷. A interpretação da fórmula político-jurídica do Estado social e democrático de Direito deve, obrigatoriamente, sem qualquer outra possibilidade, passar pelos valores superiores consignados no próprio texto constitucional.

Reconhecer a Constituição e seus conceitos fundamentais como ponto de partida de interpretação *da* Constituição, embora seja um grande passo, não é tudo. O conteúdo dos conceitos fundamentais encontrados ao longo do texto constitucional é estabelecido livremente pelo homem por meio de convenções, ou seja, seu conteúdo é definido por meio de acordos entre os interlocutores. Isto significa que os conceitos

integrantes de nosso estudo, o *Estado*, o *social*, o *democrático* e o *Direito*, bem como os valores superiores do ordenamento jurídico, *liberdade, justiça, igualdade e pluralismo político*, não possuem um núcleo central ou uma essência congênita (tese essencialista), mas convencional¹⁸.

Embora os conceitos não possuam um conteúdo exato, dado de antemão, prévio ao texto constitucional, seu conteúdo aflora no curso da reflexão racional na história, dentro de seu contexto rotineiro de uso e costume, sofrendo, assim, alteração de seu conteúdo convencional ao longo do tempo. A origem convencional do conteúdo dos conceitos traz um alto grau de dificuldade no labor interpretativo. A título de exemplo, todos os conceitos integrantes da formulação *Estado social e democrático de Direito*, nos mais diversos graus, sofrem de indeterminação e possuem zonas cinzentas nas quais, muitas vezes, não é possível saber se ainda estamos dentro ou se já saímos do conceito¹⁹. Entretanto, essa inafastável dificuldade não invalida o esforço intelectual no desafio de identificar algumas características desses conceitos, as quais, cautelosamente, poderíamos chamar de “essenciais”, pena de desvirtuarmos esses conceitos, desde que não olvidemos a sua verdadeira natureza convencional.

Uma consequência lógica da natureza convencional dos conceitos fundamentais é a de que a interpretação importa em um ato de imputação ou de atribuição de um sentido²⁰ entre os vários possíveis, e não de um simples descobrir ou revelar do único e verdadeiro sentido. Assim, de antemão, já sabemos que os conceitos integrantes da fórmula possuem um conteúdo sedimentado por convenções, com um grau não desprezível de indeterminação.

Diante desta característica, o operador do Direito assume uma enorme responsabilidade no procedi-

¹⁴Cf. Maria Luisa Balaguer Callejón. *Interpretación...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵Gregorio Peces-Barba Martínez. Los valores superiores. *In: Jornadas de Estudio sobre El Título Preliminar de la Constitución*. Madrid: Centro de Publicaciones, 1988, p. 37.

¹⁶Gregorio Peces-Barba Martínez, *Los valores superiores...*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷Gregorio Peces-Barba Martínez, *Los valores superiores...*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 255-256.

¹⁹Cf. Alessandro Baratta, El Estado de Derecho: Historia del concepto y problemática actual. *Sistema*, Madrid, nº 17-18, p. 11, nota 1, Abril, 1977; Marisa Iglesias Vila, Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. *In: Francisco J. Laporta (Ed.). Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 255.

²⁰Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 271.

mento interpretativo, pois a interpretação passa a ser um procedimento no qual encontram-se mescladas a racionalidade e a vontade do intérprete. Segundo Gregorio Peces-Barba “*La voluntad razonable de la interpretación supone la incorporación a la decisión de elementos éticos y políticos, de influencia de la personalidad, de la formación y de los intereses de los grupos (partidos políticos en el supuesto de la interpretación legislativa), y de los operadores jurídicos habilitados por la norma, en el caso de la interpretación*”²¹.

Este espaço livre da *vontade razoável*, isto é, da liberdade para escolher uma entre as diversas possibilidades de interpretação do texto constitucional, deve estar impregnado de *vontade constitucional* (Konrad Hesse)²². O intérprete deve comprometer-se com a máxima efetividade da Constituição, escolhendo entre as interpretações possíveis aquela que proporcionará a maior efetividade à Constituição.

Uma necessária decomposição da fórmula

Não é possível compreender a fórmula político-jurídica do *Estado social e democrático de Direito*, do art. 1.1 da Constituição da Espanha, sem um olhar para a história de construção e sedimentação desse postulado, o que permitirá a percepção de que cada um desses elementos é o resultado de uma construção histórica, dentro da qual receberam um determinado conteúdo convencional, os quais vêm sofrendo constantes modificações por meio de uma continuada atualização, em face das necessidades contemporâneas da sociedade²³.

Desde uma perspectiva histórica, o primeiro conceito construído da fórmula foi o *Estado*, inicialmente qualificado por seu absolutismo, isto é, o Estado Absoluto²⁴, que caracterizou-se basicamente pela identificação do Estado com o monarca (“*princeps le-*

gibus solutus est” ou “*L’État c’est moi*”) e pela concentração do poder no Estado. Estas características fizeram com que o Estado, na pessoa do monarca, estivesse excluído do alcance da normatividade estatal, ou seja, as normas não eram editadas pelo Estado e para o Estado, mas pelo Estado para a sociedade. A norma não vinculava o Estado e o monarca. Mais tarde, dentro de um contínuo processo de autolimitação, o Estado perdeu o caráter absoluto assumindo as feições de um Estado de Direito, vale dizer, limitado pelo Direito (*rule of law*). A *primeira fase* do Estado de Direito ficou conhecida por *Estado liberal de Direito*, isto porque, em seu conteúdo axiológico, prevalecia o valor liberdade. Já em uma *segunda fase*, o Estado recebeu o qualificativo de social, quando passa então a chamar-se de *Estado social de Direito*. Neste trânsito do Estado liberal ao Estado social de Direito não houve uma pura e simples substituição do elemento axiológico liberal pelo social, mas ocorreu um acréscimo de conteúdo. Em outras palavras, ao elemento liberal foi agregado um novo conteúdo, o social, de natureza axiológica igualitária, sendo que dentro da fórmula Estado social de Direito passariam a conviver as duas dimensões do Estado, a liberal e a social, em uma constante relação dialética.

Paralelamente a esta contínua sedimentação de novos conteúdos axiológicos ao primitivo Estado, o que inicialmente entendeu-se por *democracia* foi sofrendo uma progressiva ampliação de significado, passando de uma visão meramente formal à material. Os dois elementos, o formal e o material, não são incompatíveis entre si, mas fazem referência a duas perspectivas distintas de análise do mesmo fenómeno, a democracia. É possível afirmar que a democracia formal corresponde ao período do Estado liberal de Direito e a democracia material ao Estado social de Direito, com uma perspectiva de futuro, o *Estado democrático de Direito*²⁵.

Cada uma dessas características do Estado é uma resposta jurídico-política às exigências da sociedade, diante das estruturas de poder. Assim, o Estado liberal de Direito resulta como resposta ao absolutis-

²¹ Gregorio Peces-Barba Martinez. *Los valores superiores...*, op. cit., p. 41-42.

²² Cf. Konrad Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional* (selección). Trad. Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 59 e ss.

²³ Cf. José Ramón Cossío Díaz. *Estado Social y derechos de prestación*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 26-35; Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza: Madri, 1985, p. 93-94.

²⁴ Anteriormente a sociedade esteve organizada em famílias, aldeias, cidades-estados, impérios e feudos.

²⁵ Cf. Pablo Lucas Verdú. *La Lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 135.

mo do Antigo Regime²⁶; o Estado social de Direito ao individualismo e abstencionismo do Estado liberal; e o Estado democrático de Direito à sobrevivência das estruturas do poder liberal²⁷.

É dentro deste itinerário histórico das diversas fases do Estado que passaremos a percorrer os elementos compreendidos na fórmula constitucional do art. 1.1 da Constituição espanhola, em um processo de decomposição, para, ao final, recompô-la em seus elementos, a fim de que possamos saber, à luz dos valores superiores definidos na própria Constituição, o que cada um deles tem a contribuir no atual Estado espanhol.

O Estado liberal de Direito

O Estado Polícia, ainda durante o Antigo Regime, é o antecessor do Estado de Direito. No Estado Polícia, o princípio da legalidade exige, para que uma lei seja considerada válida e legítima, somente a satisfação de seus requisitos formais, não havendo qualquer alusão ao seu conteúdo, é o chamado princípio de estrita legalidade formal, ou seja, contenta-se com o cumprimento do processo legal para a edição da lei. Seu conteúdo não tem nenhuma relevância. A lei é um instrumento de absoluta disponibilidade nas mãos do Estado.

A atividade legislativa está vinculada somente aos procedimentos legais, não estando, portanto, o legislador obrigado a respeitar determinados valores, pois aqui não existem valores imunes à iniciativa legislativa. A inexistência de valores fora do alcance do legislador significa que, por meio da lei, podem ser cometidas injustiças sob o manto da legalidade. O cidadão frente ao Estado não possui outras garantias, a não ser a de que a atuação estatal ocorrerá por meio da lei.

O Estado de Direito contrapõe-se ao Estado Polícia, basicamente porque introduz conteúdos imunes às iniciativas do legislador ordinário e, portanto, à lei. O Direito começa a adquirir conteúdo axiológico com os primeiros direitos fundamentais de defesa do

cidadão contra o próprio Estado²⁸. Apesar da carência de sentido unívoco, a expressão Estado de Direito, no decurso do tempo, terminou por sedimentar um certo resíduo comum ideológico dos principais aspectos da expressão na história do Estado moderno²⁹.

Para Adela Cortina, o Estado de Direito apresenta-se através de quatro perspectivas fundamentais: como garantia da paz, frente ao estado de natureza de todos contra todos (Hobbes); como protetor da justiça privada (Locke-Nozick); como expressão da vontade geral (Rosseau); e como garantidor da liberdade externa (Kant). Para a autora, “*Estas exigencias alumbran el nacimiento del llamado Estado de derecho de la tradición liberal, que garantiza alcanzar las metas comentadas por medio del imperio de la ley*”³⁰.

Ao tratar da história do conceito do Estado de Direito, Alessandro Baratta divide seu desenvolvimento em duas fases. Uma primeira, externa à Alemanha, transcorrida especialmente na Inglaterra e França e, uma segunda, dentro da Alemanha, a partir das experiências inglesa e francesa. Na história externa, o Estado de Direito consolidou-se principalmente em dois elementos, o da *legalidade*, no sentido de garantia das liberdades individuais — *rule of law* de origem inglesa (Locke)³¹ — e o da *separação dos poderes* — *séparation des pouvoirs* de origem francesa (Montesquieu)³². Na história interna, o conceito do Estado de Direito realiza uma união dos dois elementos anteriores, alterando os seus significados, os quais passam a ter por elemento nuclear a *autolimitação* do Estado por meio do Direito. A garantia das liberdades indivi-

²⁶Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. Sobre el estado de derecho y su significación constitucional. *Sistema*, Madri, nº 57, p. 52, Novembro, 1983.

²⁷Pablo Lucas Verdú. *La Lucha por el Estado...*, *op. cit.*, p. 131-132.

²⁸Cf. Lénio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2000, p. 84; Ernesto Benda et al, *El Estado social de Derecho*. In: *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2ª ed. Madri: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 505.

²⁹Cf. Alessandro Baratta, *El Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 14; José Luis Cascajo Castro, *Sistema*, Madri, nº 17-18, p.10, abril, 1977.

³⁰Adela Cortina. *Del Estado de bienestar al Estado de justicia*. Claves de razón práctica, Madri, nº 41, p. 14, Abril, 1994.

³¹Cf. John Locke. *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Trad. Francisco Giménez Gracia. Madri: Alianza, 1998.

³²Cf. Montesquieu. *Del Espíritu de las Leyes*. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. 4ª ed. Madri: Tecnos, 1998.

duais é substituída pelos direitos públicos subjetivos, e a separação dos poderes, inicialmente concebida com a finalidade de conferir supremacia à lei, passa a servir de limite³³.

Conforme relata Pérez Luño, os precursores da idéia do Estado de Direito, Carl Welcker (1813), Johann Cristoph Freiherr von Aretin (1824), Robert von Mohl (1829, 1832-1833), constataram no Estado de Direito uma espécie de Estado com uma *exigência de conteúdo axiológico*, a qual poderia resumir-se da seguinte forma: 1 – organização e regulação das atividades do Estado segundo princípios racionais, Estado da razão; 2 – o Estado está a serviço de todo o povo; 3 – limitação das atividades do Estado, por meio da lei, aprovada pelos representantes da vontade geral, para a garantia da liberdade, da segurança e da propriedade privada. Ao final, Pérez Luño conclui dizendo que *“en sus prístinas manifestaciones, el concepto de Estado de Derecho no era una categoría puramente formal e indiferente respecto a los objetivos y contenido de la legalidad, a la que debía someterse en bloque la actividad política estatal”*³⁴.

Assim, nos primórdios do Estado de Direito, não bastava ao legislador o cumprimento das regras do processo legislativo para a promulgação de uma lei válida e legítima. Ademais do procedimento, o legislador deveria respeitar o conteúdo subtraído de seu campo de atuação, ou seja, o legislador não era mais soberano, fosse ele um déspota ou o próprio parlamento. O conteúdo, imune às alterações legislativas, estava compreendido pelos valores superiores e suas concreções, vale dizer, os princípios e os direitos fundamentais, os quais passariam a servir de pauta de orientação ao legislador. Dentro desta concepção inaugural de Estado de Direito, nem toda a lei era válida e legítima, era necessário que a lei não violasse o conteúdo axiológico a ela imune. Desta forma, o Estado somente poderia realizar suas atividades por meio de uma lei conforme determinados conteúdos³⁵.

Em virtude destas circunstâncias, o cidadão, dentro do Estado de Direito, estava protegido da in-

terferência estatal e de outros concidadãos, porque os direitos fundamentais encontravam-se assegurados por integrarem o conteúdo axiológico subtraído da atuação legislativa. A atividade estatal deveria obedecer o princípio de legalidade, atuando conforme a lei, a qual, por sua vez, jamais poderia violar os direitos fundamentais assegurados pelo conteúdo axiológico³⁶. O Estado de Direito não somente garantia um conteúdo mínimo, mas comprometia-se a atuar conforme esse mesmo conteúdo — conjunto de valores, princípios e direitos fundamentais.

O processo de constitucionalização³⁷ foi o meio legal pelo qual outorgou-se proteção ao conteúdo axiológico. Entretanto, para que isto fosse possível, a Constituição deveria obrigatoriamente estar dotada de algumas qualidades, sem as quais o conteúdo axiológico não estaria a salvo das iniciativas do legislador ordinário. Entre essas qualidades, temos: 1 – a supremacia normativa; 2 – a divisão dos poderes; 3 – a independência do Poder Judiciário; e 4 – o princípio da legalidade³⁸. Como é fácil perceber, no Estado Polícia o eixo fundamental estava no princípio da estrita legalidade formal. Por outro lado, no Estado de Direito foram incluídos mais três eixos fundamentais, sendo que a supremacia normativa da Constituição exerceria a função de *fundamento dos fundamentos*.

Este trânsito do Estado Polícia ao Estado de Direito é resultado do embate entre os movimentos revolucionários do liberalismo e do absolutismo³⁹. A idéia de liberdade do indivíduo nasce em um período muito anterior à Revolução Francesa (1789). Na verdade, surge especialmente da Revolução Inglesa (1688), a partir do pensamento filosófico político da época (Locke), começando pela liberdade religiosa — tolerância religiosa — e passando pela liberdade política

³⁶Cf. Vicente Bellver Capella, La dimensión prestacional de los derechos fundamentales en el estado social de derecho. *València: Revista General de Derecho*, nº 642, p. 1.882, março, 1998.

³⁷Cf. Evaristo Palomar Maldonado et al. La construcción del Estado de Derecho en España. In: *El Estado de Derecho en la España de hoy; Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madri: Actas, 1996, p. 104.

³⁸Cf. Pablo Lucas Verdú. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 23-24.

³⁹Cf. Luis Bouza-Brey. El poder y los sistemas políticos. In: Miquel Caminal Badia (ed.). *Manual de Ciencia Política*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1999, p. 53.

³³Alessandro Baratta. *El Estado de Derecho...*, op. cit., p. 16-18.

³⁴Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 58-59.

³⁵Cf. Manuel Garcia-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 52-53.

e econômica. Definir o liberalismo não é tarefa fácil, porque esse conceito sofreu muitas matizações⁴⁰. Miller, citado por Joan Antón, sustenta que os diversos liberalismos poderiam ser reunidos sob alguns postulados: ausência na natureza de uma norma moral; prioridade da liberdade sobre a autoridade; secularização da política; promulgação de constituições; adoção de princípios jurídicos limitadores da atuação do governo e definidores de direitos do cidadão contra o Estado⁴¹. Em síntese, poderíamos dizer que o liberalismo concebe um Estado limitado em seu poder e funções, contrapondo-se, por um lado, ao antigo Estado Absoluto e, por outro, ao futuro Estado social de Direito (Norberto Bobbio)⁴². O *Estado liberal de Direito* ou Estado liberal distingue-se do Estado Absoluto, por estar limitado pelos direitos individuais de liberdade, agora constitucionalizados, assim como distingue-se do futuro Estado social de Direito por possuir funções mínimas, ou seja, um Estado mínimo, que se restringe ao amparo e garantia dos direitos individuais de liberdade (Nozick)⁴³. Trata-se de limitar o poder absoluto do Estado mediante os direitos fundamentais, a fim de garantir liberdade do cidadão. Definir uma esfera de não-interferência do poder estatal, dentro da qual o cidadão possa transitar livremente. Para alcançar a liberdade diante do Estado, este precisa ser debilitado, limitado e dividido⁴⁴, devendo ser eliminado tudo que possa impedir ou dificultar a liberdade individual, a qual integra a condição natural do homem⁴⁵.

Partindo das teorias contratualistas do Estado,

⁴⁰Cf. Francisco Vergara. *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*. Trad. de Francisco Javier Cid. Madrid: Alianza, 1999.

⁴¹Joan Antón, El liberalismo. In: Miquel Caminal Badia (ed.). *Manual de Ciencia Política*. Manual de Ciencia Política. 2ª ed. Madrid: Tecnos, Madrid, p. 88, 1999.

⁴²Corina Yturbe. *Pensar la democracia*: Norberto Bobbio. México: Universidad Nacional Autónoma de México y Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2001, p. 162.

⁴³Cf. Robert Nozick. *Anarquía, estado y utopía*. Trad. Rolando Tamayo. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1991.

⁴⁴Cf. Enrico Pascucci et al. La aparición del Estado de Derecho: limitaciones del poder y separación de poderes. In: *El Estado de Derecho en la España de hoy: Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Actas, p. 88, 1996; Evaristo Palomar Maldonado. *La construcción...*, op. cit., p. 100.

⁴⁵Cf. Joan Antón. *El liberalismo...*, op. cit., p. 89.

o contrato social materializou-se em uma Constituição. Por esta razão, o liberalismo reivindica direitos fundamentais, a limitação e divisão dos poderes e uma Constituição⁴⁶. A idéia da necessidade de uma Constituição está vivamente consolidada na própria Declaração de 1789, quando constou em seu art. 16 que somente há Constituição se houver divisão de poderes e reconhecimento de direitos fundamentais, isto é, a divisão de poderes, assim como os direitos fundamentais, passou a fazer parte da essência do que se entendia por Constituição.

As barreiras ou defesas do cidadão contra o Estado são os direitos fundamentais, os quais estão garantidos pela supremacia da Constituição, divisão dos poderes, independência do Poder Judiciário e o princípio da legalidade⁴⁷. Dentro desta concepção de proteção do cidadão frente ao Estado, o conteúdo básico dos direitos fundamentais no Estado liberal resume-se à *liberdade* e à *igualdade formal*, reconhecidas como direitos naturais, inatos ao homem, sendo que a inserção no ordenamento jurídico do Estado não passaria de um simples ato de reconhecimento ou de declaração de direitos preexistentes ao próprio Estado, que incumbiu-se garanti-los.

Como dissemos no princípio, os conceitos fundamentais da Constituição, entre eles os valores superiores, padecem de um alto grau de indeterminação. Assim, segundo Benjamin Constant⁴⁸, a liberdade dos antigos (liberdade autonomia) não pode ser equiparada com a liberdade dos modernos (liberdade não-interferência), assim como a liberdade do Estado liberal não equivale à liberdade do Estado social de Direito. A liberdade é liberdade *de algo* e *para algo*. Assim, em cada época a sociedade ou um determinado grupo de pessoas pode postular a liberdade *de algo* que lhe foi ou está sendo retirado, bem como a liberdade *para algo* que pretende realizar⁴⁹. A liberdade postulada pelos modernos era a liberdade frente ao Estado Absoluto, de não-interferência, de ausência de impedimentos

⁴⁶Cf. José Ramón Cossio Díaz, *Estado social...*, op. cit., p. 30.

⁴⁷Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos...*, op. cit., Capítulo 2.

⁴⁸Cf. Benjamin Constant, De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. Trad. Maria Luisa Sánchez Mejía. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁴⁹Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 55.

ou constrangimentos. Liberdade para o exercício das liberdades civis, do direito à vida, à livre circulação, à livre expressão, à livre associação, ao livre comércio de bens e trabalho, o que supunha uma profunda mudança no Direito pré-liberal derivado do feudalismo.

Aproveitando os dois conceitos de liberdade concebidos por Isaiah Berlin⁵⁰, quando divide a liberdade em negativa e positiva — liberdade dos modernos e liberdade dos antigos, respectivamente, segundo Benjamin Constant — é possível afirmar que a liberdade do Estado liberal restringe-se à *liberdade negativa*, ou seja, a liberdade *de* ou a liberdade do Estado Absoluto, liberdade esta que impõe ao Estado sua abstenção ou não-intervenção na esfera de liberdade do cidadão, o que ocorre pela constitucionalização dos direitos individuais de liberdade frente ao Estado e pela divisão de poderes. Por outro lado, a *liberdade positiva* é uma liberdade *para* participar do poder político, liberdade de autodeterminação. A liberdade negativa tem por conteúdo os direitos individuais de liberdade ou de primeira geração ou dimensão, isto é, os direitos civis, os quais caracterizam-se por serem direitos frente ao Estado, de natureza não intervencionista. Estes direitos não implicam nenhuma prestação por parte do Estado, pelo contrário, impõem-lhe a abstenção, razão pela qual também são conhecidos por direitos negativos.

Ao lado da *liberdade negativa*, apresenta-se como valor do Estado liberal a *igualdade diante da lei* ou *igualdade formal*⁵¹. A sociedade do Antigo Regime estava dividida em estamentos submetidos ao monarca. Não havia mobilidade entre os estamentos, sendo que o nascimento era o fator definidor do estamento ao qual a pessoa pertenceria pelo resto da vida. O sistema de privilégios estava legitimado pela teocracia. A burguesia, classe social incipiente, pertencia ao terceiro estamento ou terceiro Estado na Assembléia dos Estados. Diante dessas circunstâncias históricas, a burguesia proclamava a igualdade de todos os cidadãos diante da lei, com a finalidade de pôr fim aos privilégios de alguns estamentos em detrimento de outros. Assim, a igualdade do Estado liberal deve ser entendida como uma proclamação contra o sistema

de desigualdade estamental⁵².

O conteúdo axiológico do Estado liberal de Direito impõe ao próprio Estado o abstencionismo no processo econômico e social, gerando por consequência uma rigorosa separação entre o Estado e a sociedade. O Estado não desenvolve nenhuma política social ou econômica, restringindo-se a editar leis, razão pela qual tornou-se conhecido por ser um Estado meramente legislador. A ausência do Estado na sociedade é o resultado da liberdade absoluta exigida pelo liberalismo, o que permitiu um grande desenvolvimento da classe dos detentores do poder econômico em detrimento da classe trabalhadora, cada vez mais empobrecida, gerando um profundo abismo entre essas camadas da sociedade e um crescente processo de injustiça social. A pura liberdade não era suficiente para corrigir os desajustes e as injustiças na sociedade. A corrosão dos pilares do Estado liberal não se dá a partir de suas próprias estruturas jurídicas, mas da realidade social, isto é, são os crescentes conflitos sociais que desafiam a racionalidade do Estado liberal⁵³.

Estando a maior parte da sociedade excluída dos benefícios do Estado liberal, começa a surgir uma natural pressão social por mudanças e por uma maior participação nas decisões políticas, o que ocorre, finalmente, por meio de uma progressiva ampliação do sufrágio e pelo reconhecimento dos direitos de reunião, associação e livre expressão, direitos essenciais para a mobilização, organização e reivindicação dos interesses dos trabalhadores. O Estado liberal começa, por uma questão de sobrevivência, a democratizar-se⁵⁴. As duas principais reivindicações, o sufrágio universal e o direito de associação, eram direitos políticos básicos e necessários no processo social de aprofundamento da liberdade negativa e da igualdade formal.

À *liberdade negativa* será acrescentada a *liberdade positiva*, ou seja, ademais da liberdade frente ao Estado, reivindicava-se uma liberdade de participação nas decisões políticas do Estado, o que teve

⁵⁰ Cf. Isaiah Berlin. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1988.

⁵¹ Cf. José Ramón Cossío Díaz. *Estado social...*, *op. cit.*, p. 28.

⁵² Cf. Ferran Requejo Coll. *Las Democracias*; Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar. Barcelona: Ariel, 1990, p. 82.

⁵³ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, *op. cit.*, p. 165-166.

⁵⁴ Cf. Ferran Requejo Coll. *Las Democracias...*, *op. cit.*, p. 88.

início a partir de uma gradual ampliação do sufrágio universal e da formação de grupos de interesses. São os chamados direitos políticos, também integrantes da primeira geração de direitos. Até aqui o sufrágio não era universal, mas censitário, estando reservado exclusivamente à classe de proprietários, com exclusão de todos os demais, e o direito à associação estava proibido. Com a liberdade positiva, um maior número de varões passou a participar das decisões políticas — somente mais tarde as mulheres tiveram direito ao voto —, assim como a sociedade beneficiou-se do direito de formação de grupos de interesse, aperfeiçoando e aprofundando as organizações sociais. Com o surgimento da democracia no Estado liberal, o valor básico das democracias liberais passou a ser o da “*libertad igual*”⁵⁵.

Se a liberdade, até o momento presente apenas em seu aspecto negativo, tem seu conteúdo ampliado pela liberdade positiva, o mesmo irá ocorrer com a igualdade diante da lei. A igualdade, até então restrita aos direitos civis, oriundos da liberdade negativa, é estendida aos direitos políticos como consequência da liberdade positiva. A igual participação no processo político, por meio do sufrágio universal, confere ao Estado liberal igualmente a qualidade de democrático, isto é, a *democracia-liberal*. A democracia não afasta do núcleo do Estado de Direito o valor liberdade, o que faz dessa democracia uma democracia-liberal, de natureza formal ou meramente procedimental.

Paralelamente à construção do Estado liberal e de seu processo de democratização, ocorrem dois fenômenos, os quais irão desvirtuar o Estado de Direito, transformando-o em um *Estado Legal*. O primeiro desses fenômenos acontece no âmbito da *teoria do Estado*, na qual a razão deixa de ser parâmetro de legitimidade do Estado de Direito (Kant)⁵⁶ para assumir a função de fundamento do próprio Estado (Hegel)⁵⁷, passando a identificar-se o Estado com a legalidade, absorvendo-se, assim, na legalidade, os direitos individuais. O segundo fenômeno manifesta-se dentro da

teoria do Direito, com o positivismo jurídico formal⁵⁸, no qual a razão é abandonada como limite de atuação do Estado para passar a lei, editada pelo próprio Estado, a atuar como seu limite, ou seja, o Estado passaria a se autolimitar⁵⁹.

A teoria do Estado será desenvolvida por Otto Mayer, Gerber, Laband e Jellinek, culminando sua elaboração com Hans Kelsen⁶⁰, na qual o Estado Legal assume a sua forma mais acabada. Nessa concepção, o Estado apresenta-se como despolitizado, neutro e fiador do livre jogo dos interesses econômicos, a partir de uma profunda separação entre Estado e sociedade; abstém-se de intervenções na sociedade, garantindo liberdade e igualdade no plano formal, sem correspondência no social e econômico; e identifica-se com a legalidade, suprimindo todo o conteúdo axiológico, ou seja, a validade e legitimidade da lei são reduzidas à validade jurídico-formal, razão pela qual o Estado passa a identificar-se com o Direito⁶¹.

Em síntese, o Estado liberal de Direito é convertido em um Estado Legal, no qual suprime-se o conteúdo axiológico da lei, passando o Direito a identificar-se com a lei e a lei com o Estado (Hans Kelsen). O positivismo jurídico formal torna-se o instrumento da burguesia liberal, por meio do qual paulatinamente serão eliminados os conteúdos iusnaturalistas da concepção do Estado liberal de Direito até reduzi-lo a um Estado Legal⁶².

Com a redução do Estado liberal de Direito a um Estado Legal, desaparece o conceito de *legitimidade*, ou melhor, este se funde no de *legalidade*. Até então, entendia-se a legitimidade como um juízo de valor sobre a justiça ou injustiça da lei, juízo este que atuava como uma limitação. Tratava-se de um julgamento profundo da lei, no qual, inclusive, esquadrinhava-se o conteúdo axiológico da lei, tendo por paradigma uma

⁵⁵ Cf. Ferran Requejo Coll. *Las Democracias...*, op. cit., p. 89-90; Corina Yturbe. *Pensar la democracia...*, op. cit., p. 170.

⁵⁶ Cf. Immanuel Kant. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Trad. Roberto R. Aramayo. Madri: Alianza, 2002.

⁵⁷ Cf. Hegel. *Filosofía de la historia*. Trad. Emanuel Suda. Buenos Aires: Claridad, 1976.

⁵⁸ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 166.

⁵⁹ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 59-60.

⁶⁰ Cf. Hans Kelsen. *Teoría general del Estado*. Granada: Comares, 2002.

⁶¹ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 61-62.

⁶² Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 53.

ordem de valores transcendentais às leis do Estado.

No Estado Legal, a legitimidade não é encontrada fora do Estado, mas na lei. A legalidade é reconhecida somente pela submissão do Estado às leis por ele editadas. Em outras palavras, o Estado se autolimita por suas leis, não existindo nenhum julgamento sobre a justiça ou injustiça das mesmas. A *legitimidade é justificada pela legalidade*, independentemente de sua justiça, derivando, assim, a legitimidade da mais pura legalidade⁶³. A validade da lei não depende mais de sua sintonia com a legitimidade, mas apenas de sua regularidade jurídico-formal (Hans Kelsen).

A crise do Estado liberal de Direito

O Estado liberal, inclusive antes de experimentar os influxos do positivismo formalista, já encontrava-se vocacionado ao formalismo e ao distanciamento da realidade social. Essa vocação é consequência lógica de seu próprio conteúdo inicial: liberdade negativa e igualdade diante da lei. Este conteúdo não impõe, pelo contrário, obriga a uma abstenção ou ausência do Estado na sociedade, abandonando à livre sorte todos os indivíduos desafortunados e encobrindo a injustiça social com uma aparente justiça formal⁶⁴. A concepção do Estado liberal não estava instrumentalizada para fazer frente às reivindicações sociais, pois não possuía ou eram reduzidos os mecanismos de intervenção, o que levou à crise⁶⁵.

Juntamente com o postulado da não-intervenção como elemento inerente do Estado liberal, o positivismo formalista contribuiu decisivamente para reforçar a formalidade do Estado ao reduzir o Direito à lei e a lei ao Estado, no qual a legitimidade do Estado foi reduzida à legalidade⁶⁶. Esvaziada a lei de todo o conteúdo axiológico, esta poderia passar a ser utilizada até mesmo para o cometimento de *injustiças legais*.

⁶³ Cf. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda et al. La conculcación del Estado de Derecho: Legalidad versus Legitimidad. In: El Estado de Derecho en la España de hoy: *Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Actas, 1996, p. 237-241.

⁶⁴ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 62; José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 163.

⁶⁵ Luis Bouza-Brey. *El poder y los sistemas...*, op. cit., p. 53.

⁶⁶ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 166.

Diante de uma profunda crise social e de legitimidade do Estado, surgem como propostas alternativas ao Estado liberal os Estados autoritários e totalitários⁶⁷. O nazismo na Alemanha, possivelmente, seja o caso mais emblemático de como é possível o surgimento de um Estado totalitário por dentro do sistema legal. O Partido Nacional Socialista – PNS participou, junto com os demais partidos alemães, sob a Constituição de Weimar (1919), de todas as eleições anteriores à ascensão ao poder por Adolf Hitler. Nas eleições de dezembro de 1924, o PNS obteve 3% das cadeiras no parlamento alemão; em maio de 1928, 2,6%; em setembro de 1930, 18,5%; em julho de 1932, 37,3%; em novembro de 1932, 33,1%. Com 1/3 do parlamento, Adolf Hitler é nomeado chanceler em 30 de janeiro de 1933. Convocadas novas eleições em março de 1933, o partido nazista obtém 43,9% das cadeiras no parlamento. Em coligação com pequenos partidos, obtém a maioria de 2/3, número suficiente para uma reforma constitucional, o que permitiu Adolf Hitler aprovar uma lei de plenos poderes em 24 de março de 1933, na qual, sem revogar a Constituição de Weimar, recebeu plenos poderes para legislar, até mesmo em sentido contrário à Constituição. Formalmente a Constituição de Weimar nunca chegou a ser revogada.

O progressivo processo de democratização política nos países onde o Estado liberal estava instalado, com a ampliação do sufrágio universal e com o reconhecimento do direito à associação, assim como uma crescente intervenção do Estado na sociedade, não foram suficientes para a sobrevivência do Estado liberal, o que levou à necessidade de uma nova formulação de Estado, o Estado social de Direito.

O Estado social de Direito

No fim do século XIX, as pressões contra as injustiças sociais alcançam níveis insuportáveis para o Estado liberal, o que dá causa a uma lenta, mas progressiva reforma do Estado. A transformação do Estado liberal em um *Estado social de Direito* ou Estado social é o resultado de uma árdua luta da classe trabalhadora por melhores condições de vida. A implementação do Estado social não ocorre do nada, não cai do céu, nem é uma concessão, por amor, da

⁶⁷ Cf. Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, op. cit., p. 92.

classe dominante, mas é o fruto de uma constante e aguerrida disputa por melhores condições de vida⁶⁸. O rei, para não perder os dedos, entregou os anéis à burguesia. Agora chegou a vez da burguesia entregar os anéis para não perder os dedos. Por esta razão Adela Cortina afirma que o Estado social nasce mais por “*estrategia política que por exigencia ética*”⁶⁹.

A preocupação com a questão social e as críticas ao Estado liberal partiram de diversas correntes, desde as mais radicais como o marxismo (Karl Marx) até as mais moderadas como o socialismo (Louis Blanc), o socialismo inglês (Shaw, Wells, Webb), a social democracia (Lassalle, Bernstein) e a Igreja católica, por meio da encíclica *Rerum Novarum* de 1891⁷⁰. Lorez von Stein (1850) foi o primeiro autor a teorizar sobre a monarquia social como solução para as desigualdades sociais provocadas pelo Estado liberal. Entretanto, foi Hermann Heller (1929)⁷¹ o primeiro a teorizar sobre a idéia de um Estado social de Direito em meio à crise do Estado liberal e da democracia, como uma forma de salvar o Estado da ditadura fascista, da degeneração motivada pelo positivismo jurídico formalista e da apropriação do Estado pela elite econômica⁷².

Como vemos, a preocupação pelas questões sociais antecede à formulação do Estado social. No fim do século XIX já existiam políticas sociais setoriais, as quais não tinham por objetivo transformar a estrutura social, mas minimizar seus mais graves problemas. No entanto, dentro da nova concepção de Estado, a política social é estendida a todos os setores da sociedade, não mais como reação aos fatos, mas, sim, como uma ação que se antepõe aos fatos, deflagrando a realização de uma programação integrada e sistematizada de política social⁷³.

Uma parte da doutrina distingue Estado de Bem-estar, Assistencial ou Providência do Estado social de Direito. O primeiro conjunto de expressões indicaria somente uma das funções do Estado, a satisfação de algo mais do que as necessidades mínimas, isto é, os infinitos desejos do homem. A segunda expressão realçaria a configuração global do Estado, que teria por objetivo realizar os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais de natureza social e econômica básicos para assegurar uma vida digna⁷⁴.

O Estado social pode ser interpretado de diversas formas, isto é, como amparo dos interesses dos hipossuficientes; como rechaço do individualismo e valorização da responsabilidade geral; ou, ainda, como garantia da liberdade. Os diversos enfoques não supõem contradições de fundo, mas indicam diversidade de perspectivas. O denominador comum entre elas é a relação entre indivíduo e comunidade⁷⁵. A relação entre a liberdade do indivíduo e a justiça na sociedade.

A constitucionalização da fórmula Estado social aparece pela primeira vez em 1949, na Lei Fundamental da República Alemã, quando define, em seu art. 20, a Alemanha como “*um Estado federal, democrático e social*”, e, no art. 28, como “*um Estado democrático e social de Direito*”. Entretanto, a Constituição mexicana (1917) e a Constituição da República de Weimer (1919) já continham em seus textos os primeiros fragmentos de uma concepção social de Estado, embora restrita a alguns setores da sociedade⁷⁶. A concepção do Estado social generalizou-se no constitucionalismo europeu ocidental depois da Segunda Guerra Mundial, a partir das políticas keynesianas adotadas pelos países industrializados e do *Relatório Beveridge* em 1942. Nos Estados Unidos, o *Plano Marshall* foi responsável pela reativação da economia.

⁶⁸Cf. Juan-Ramón Capella. La crisis del “Estado del Bienestar” en la crisis de civilización. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 178.

⁶⁹Adela Cortina. *Del Estado de bienestar...*, op. cit., p. 17.

⁷⁰Maria Tereza Gallego Méndez, Estado social y crisis del Estado. In: Rafael de Águila (Ed.). *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Trotta, 1997, p. 108-110.

⁷¹Cf. Herman Heller. *Teoría del Estado*. Buenos Aires: Fondo de la Cultura Económica, 1992.

⁷²Cf. Manoel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 16-17.

⁷³Cf. Manoel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 18-19.

⁷⁴Cf. Adela Cortina. *Del Estado de bienestar...*, op. cit., p. 20; Ulrich K. Preuss. El concepto de los derechos y el Estado del Bienestar. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 68; Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 48; Alfonso Fernández-Miranda Campoamor. El Estado social, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, nº 69, p. 139-140, setembro/dezembro, 2003.

⁷⁵Cf. Ernesto Benda. *El Estado social...*, op. cit., p. 524.

⁷⁶Cf. Maria Tereza Gallego Méndez. *Estado social...*, op. cit., p. 110-113.

O conteúdo do Estado social recai sobre os mesmos valores do Estado liberal, ou seja, liberdade e igualdade, entretanto, dentro de um processo integrador de uma nova visão ou dimensão daqueles valores. Cascalho Castro afirma tratar-se de “*um processo integrativo mais que corretivo*”. Para Habermas, lembrado pelo citado autor, os princípios do Estado liberal e do social são os mesmos, os quais, após as mudanças sociais, passaram a exigir a superação da forma liberal⁷⁷. Os valores do Estado liberal, liberdade e igualdade, recebem no Estado social um novo sentido, ou seja, são os mesmos valores, mas com novidade de conteúdo, pois “*Quando o mundo troca, troca com ele o significado das palavras*”⁷⁸. Não tratar-se-ia de excluir a primeira dimensão valorativa, correspondente ao Estado liberal, mas de acrescentar uma nova perspectiva até então não revelada pela razão histórica.

No Estado liberal preponderava a liberdade sobre a igualdade, a partir da própria configuração do Estado, na qual este assumia uma função de garantidor da liberdade, não intervindo na sociedade para corrigir eventuais distorções ocasionadas pelo exercício da liberdade. Todos são iguais diante da lei e dentro dessa concepção de não-intervenção, o Estado não socorre a ninguém que possa encontrar-se em situação de risco de vida, pois esta não é sua função primordial⁷⁹.

No Estado social, ao contrário, prepondera a *igualdade sobre a liberdade*⁸⁰, no qual aflora uma nova concepção de liberdade quando comparada àquela do Estado liberal, ou seja, passa a ser função do Estado corrigir as distorções ou injustiças sociais provocadas

pela liberdade⁸¹. É a chamada *igualdade material*⁸². Nessa nova concepção ocorre uma alteração de peso na relação entre os valores da liberdade e da igualdade e, por conseqüência, acrescentam-se novos princípios e direitos fundamentais como resultado dessa mudança. No Estado liberal os direitos fundamentais restringiam-se aos direitos civis e políticos, direitos de primeira geração ou dimensão. Por outro lado, no Estado social os direitos fundamentais, ademais dos consagrados no Estado liberal, começam também a garantir a igualdade material, introduzindo direitos de natureza social e econômica, direitos de segunda geração ou dimensão⁸³.

A nova concepção de igualdade, sob o prisma da materialidade, tem por objetivo corrigir as distorções ou injustiças sociais produzidas pela liberdade ou pelo excesso de liberdade, isto é, a igualdade material, ao concretizar-se, sob um certo aspecto reduz a liberdade⁸⁴, ou em outras palavras, quanto maior a igualdade, quanto mais o Estado necessitar intervir, menor será o grau de liberdade e, por conseqüência, o espaço de liberdade de ação do indivíduo⁸⁵.

O valor igualdade, ao contrário da liberdade, não possui um conteúdo definido, podendo concretizar-se das mais diversas formas, ou seja, é possível “*comprenderlo como categoría abierta donde tienen cabida una variedad muy grande de contenido*”⁸⁶. Esta grande flexibilidade do valor igualdade, permite sua constante reformulação e adaptação aos novos tempos, de acordo com as necessidades do presente e do futuro, o que faz do Estado social de Direito “*un concepto abierto bajo el que cabe comprender muchas y diferentes co-*

⁷⁷ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 168-169; Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 56; Elias Dias. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1986, p. 83.

⁷⁸ Cf. Juan-Ramón Capella. La crisis del “Estado del Bienestar” en la crisis de la civilización. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 177.

⁷⁹ Cf. Pietro Barcellona. Los sujetos y las normas: El concepto de Estado social. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 32; Enrique Olivas. Problemas de legitimación en el Estado social. In: _____. *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 12.

⁸⁰ Cf. Ernesto Benda, *El Estado social...*, op. cit., p. 548; Antonio-Enrique Pérez Luño, *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 62.

⁸¹ Cf. José Luis Mirete Navarro et al. La justicia social como correctora de la justicia protectora. In: *Estudios de Derecho Constitucional: Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*. Murcia: Universidad de Murcia, 1997, p. 566, vol. I.

⁸² Cf. Ferran Requejo Coll. *Las Democracias...*, op. cit., p. 93.

⁸³ Cf. Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.885; José Ramón Cossio Díaz. *El Estado social...*, op. cit., p. 33; Adela Cortina. *Del Estado de bienestar...*, op. cit., p. 16.

⁸⁴ Cf. Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.885; Ernesto Benda, *El Estado social...*, op. cit., p. 545.

⁸⁵ Cf. Luis López Guerra. *Las dimensiones...*, op. cit., p. 172.

⁸⁶ José Ramón Cossio Díaz. *El Estado social...*, op. cit., p. 33.

sas”⁸⁷, ou segundo Hermann Heller, uma “*fórmula de carácter utópico*”, sempre aberta ao futuro.

Atualmente não cabe a menor dúvida na doutrina de que a liberdade e a igualdade são valores que podem conviver harmonicamente dentro de uma mesma ordem constitucional. A concepção do Estado social é uma “*fórmula de compromisso*” de respeito às liberdades individuais e de realização da justiça social. A partir de Hermann Heller, segundo Pérez Luño, surgem outros autores os quais irão desenvolver e acentuar a dimensão democrática do Estado, na tentativa de encontrar uma forma de convivência da liberdade e da igualdade, tais como Richar Bäumlín, que fala de *mútuo condicionamento* entre os princípios da democracia e o Estado de Direito; Werner Kági de uma *necessária síntese* entre a democracia e o Estado de Direito, como desafio de nosso tempo; no mesmo sentido, Konrad Hesse refere-se a uma *necessária síntese* dos dois princípios constitucionais, o democrático e o Estado de Direito; por fim, Wolfgang Abendroth aponta para uma *interna conexão* entre democracia e intervenção estatal quando ocorre o domínio político pelas forças econômicas em uma democracia apenas político-formal⁸⁸.

O Estado social, por um lado, não pode abandonar as garantias proporcionadas pelo Estado liberal, assim como, por outro, não pode quedar-se inerte por falta de força normativa suficiente, ou seja, reduzido a uma mera norma programática vazia de conteúdo vinculante. Os valores liberdade e igualdade necessitam ser relativizados para uma *harmônica convivência*, pois, do contrário, acabariam por excluir-se mutuamente⁸⁹. São as próprias constituições dos Estados sociais que propõem a convivência dos dois valores, os quais devem ter seus conteúdos complementados a partir desta relação dialética, a exemplo da Constituição espanhola de 1978, que em seu art. 1.1 propugna como valores superiores do ordenamento jurídico a liberdade e a igualdade. A liberdade do Estado social não é a liberdade frustrada ou reprimida do Estado liberal, mas uma nova liberdade. Segundo Bidart Cam-

pos, aos valores clássicos de igualdade e liberdade são “*acrecidos contenidos como “igualdad de oportunidades y de trato”, y como libertad real “para” acceder efectivamente al goce y ejercicio de numerosos derechos*”⁹⁰.

O Estado social acolhe os valores básicos do Estado liberal, a liberdade e a igualdade formal, para fazê-los mais concretos. No Estado social há uma atualização dos valores liberais. Para García-Pelayo “*no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real*”. Até esse momento pensava-se que a liberdade era um pressuposto da dignidade humana, o que justificava a preeminência do valor liberdade sobre o da igualdade. Dentro da nova concepção de Estado a dignidade humana há uma inversão, passando a dignidade humana a ser pressuposto da liberdade⁹¹, o que justifica a relevância da igualdade material, a qual concretiza-se na existência de condições mínimas de vida⁹², ou seja, não é mais possível falar-se da liberdade sem que tenham sido previamente implementadas as condições materiais mínimas para uma vida digna. Por esta razão, no Estado social passa a ser imprescindível a definição do que são as condições mínimas de existência, isto é, “*qué necesidades consideramos lo que algunos llaman un ‘mínimo decente’ otros un ‘mínimo absoluto’, por debajo del cual no puede quedar ese Estado, si pretende legitimidad*”⁹³.

Este novo catálogo de direitos fundamentais, sociais e econômicos, agora fundados na relação de valores estabelecida entre a igualdade material⁹⁴ e a liberdade impõe ao Estado a intervenção na sociedade para realizar a igualdade material, pois a inércia

⁸⁷ Cf. Ernesto Benda. *El Estado social...*, op. cit., p. 522; Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, op. cit., p. 90.

⁸⁸ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., 65-66.

⁸⁹ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 168-169.

⁹⁰ Gérman Bidart Campos et al. La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho). In: *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México) e Servicio Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense de Madrid), Madrid, 2001, p. 714, Tomo II.

⁹¹ Cf. Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.892.

⁹² Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 26; Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 63.

⁹³ Adela Cortina. *Estado social...*, op. cit., p. 124.

⁹⁴ Marisa Tereza Gallego Méndez. *Estado social...*, op. cit., p. 122.

estatal, característica fundamental do Estado liberal, não proporcionará as condições adequadas para o enfrentamento da crise e a realização dos novos direitos fundamentais proclamados pelo Estado social. Com a ampliação do catálogo dos direitos fundamentais, estes deixam de ser meramente negativos para assumirem uma configuração positiva, desfazendo o abismo entre o Estado e a sociedade⁹⁵. A separação entre Estado e sociedade provocada pelo Estado liberal desaparece, e o Estado começa a desenvolver medidas de intervenção na sociedade, assim como a sociedade amplia sua participação no Estado⁹⁶.

Se não existe mais dúvida de que a separação ou contraposição, até então existente entre o Estado e a sociedade, desaparece no Estado social, a questão emergente é a de quais seriam os limites dessa intervenção do Estado ou qual seria o grau de ingerência na sociedade que o Estado deveria ou poderia assumir como necessário e desejável.

Como vimos, a democracia política floresceu com a ampliação da liberdade e a igualdade política, mantendo-se, entretanto, no âmbito do processo político. No Estado social, por outro lado, a democracia adentra na sociedade, devendo-se entender a democracia social não somente como a participação na tomada de decisões fundamentais da política econômica, mas também como a participação na gestão, produção empresarial e distribuição de bens⁹⁷.

Na concepção liberal do Estado, a sociedade defende-se do próprio Estado. Por esta razão, sua preocupação maior é conceber um Estado enfraquecido, no qual o poder limitado e dividido não teria condições de interferir na liberdade do cidadão. Para alcançar esse objetivo, o processo de constitucionalização deve estar dotado de algumas características fundamentais, sem as quais correria sério risco de ser violado. Entre essas características apontaríamos a supremacia normativa da Constituição, a divisão dos poderes, a independência do Poder Judiciário e o princípio de legalidade.

⁹⁵ Cf. Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.885.

⁹⁶ Manuel Garcia-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 21; José Ramón Cossío Díaz. *El Estado social...*, op. cit., p. 32.

⁹⁷ Cf. Manuel Garcia-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 50.

O processo de constitucionalização, com as características acima apontadas, até então inexistente, é incorporado pelo Estado social, ao qual, ademais, são acrescentados novos conteúdos axiológicos ademais daqueles concebidos pelo Estado liberal, não apenas para a tutela da liberdade e da igualdade formal, mas para a salvaguarda da igualdade material e da liberdade. À parte dos direitos constitucionais ancorados na liberdade e na igualdade formal, de primeira geração, agora surgem os novos direitos constitucionais, fundados na igualdade material e na liberdade, de natureza social e econômica, de segunda geração, gerando um catálogo mais amplo de direitos⁹⁸. O processo de positivação e constitucionalização dos direitos segue um curso gradual, começando por sua aparição em cartas de declarações e em preâmbulos constitucionais, até terminarem dentro dos próprios textos constitucionais⁹⁹.

Ademais dos direitos sociais e econômicos constarem nos textos constitucionais, para que saiam da folha de papel e entrem na vida das pessoas, necessitam de um sistema de garantias, isto é, devem estar dotados de uma adequada potencialidade e de efetivos instrumentos processuais de garantia, sem os quais o Estado social não passaria de uma promessa não cumprida. No Estado social a jurisdição passa a ser o mais profícuo instrumento de garantia dos cidadãos diante do Estado e dos demais concidadãos. Não é por outra razão que Mauro Cappelletti e Bryant Garth reconhecem que “*El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico — el ‘derecho humano’ más fundamental — en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos*”¹⁰⁰.

A força normativa da Constituição, até então virtual, primeiramente, em razão da redução do Estado liberal a um Estado Legal pelo positivismo jurídico formal e, segundo, pela inexistência de um instrumen-

⁹⁸ Cf. Pietro Barcellona. *Los sujetos...*, op. cit., p. 34.

⁹⁹ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos...*, op. cit., Cap. 2.

¹⁰⁰ Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 12-13; Luis López Guerra. *Las dimensiones...*, op. cit., p. 175; José Luis Cascajo Castro. *La voz “Estado social...”*, op. cit., p. 22.

to de garantia da superioridade normativa da Constituição, em caso de violação, encontra no Estado social de Direito a consolidação de um sistema de controle de constitucionalidade que permite dar uma maior efetividade aos conteúdos constitucionais¹⁰¹.

O princípio da divisão dos poderes, dentro de uma concepção clássica liberal, estava orientado pelo valor liberdade e, desta forma, concebido como uma espécie de freio à interferência do Estado na esfera de liberdade do cidadão, o que abandonava cada poder no âmbito de suas próprias fronteiras institucionais. A nova função assumida pelo Estado social repercute na tradicional divisão dos poderes, impondo uma atividade concertada entre os poderes, os quais passam a ser responsáveis pela função de fazerem efetivos os direitos constitucionais sociais e econômicos. A divisão de funções entre os poderes, até então delimitada, desaparece, passando cada poder a realizar distintas funções, assim como uma mesma função passa a ser realizada por mais de um dos poderes.

A independência do poder judiciário no Estado social recebe um novo fundamento e uma nova função constitucional. Com a constitucionalização da igualdade material e da liberdade, a Constituição é substantivada por valores superiores, princípios e direitos constitucionais. A Constituição, como “*norma das normas*”, passa a ser fundamento e marco de desenvolvimento de toda a legislação infraconstitucional, assim como pauta de interpretação não só da própria Constituição como também de toda a legislação¹⁰². O controle de constitucionalidade compete ao poder judiciário e ao Tribunal Constitucional, os quais, ademais de examinarem a formalidade da lei, também esquadrinham sua dimensão material.

Este ressurgimento da legitimidade a partir da constitucionalização de valores, garantida pelo controle de constitucionalidade dos atos legislativos e administrativos, permite ao poder judiciário um controle sobre os outros poderes públicos, o que dá ensejo a uma nova fase do Estado conhecida por judicial. A primeira fase é a do Estado legislativo, período do Estado abstencionista. A segunda fase é a do Estado

executivo, período do Estado administrador. E, a terceira e última fase é a do Estado judicial, na qual todos os poderes estão submetidos à Constituição material e ao controle de constitucionalidade realizado pelos magistrados. A constitucionalização dos direitos fundamentais é para o Luigi Ferrajoli o principal fundamento de legitimação da jurisdição e da independência do poder judiciário em relação aos outros poderes, exatamente porque estes poderes são poderes de maioria. O que significa, em outras palavras, segundo Otto Bachof, que na atual concepção do Estado moderno encarregou-se aos tribunais a tutela dos valores constitucionais, inclusive contra os ataques das maiores eventuais¹⁰³.

A constitucionalização dos direitos¹⁰⁴, agora garantidos por um efetivo controle de constitucionalidade, restabelece a distinção entre os conceitos de legalidade e legitimidade, os quais haviam sido fundidos na crise provocada pelo positivismo jurídico formal quando reduziu o Estado liberal a um Estado Legal¹⁰⁵. O Estado liberal ou formal começa novamente a ganhar conteúdo axiológico, transformando-se em um Estado social ou material¹⁰⁶. O retorno ao cenário jurídico do conceito de legitimidade, necessariamente não restaurou seu antigo fundamento iusnaturalista, pois o próprio positivismo matizado pela materialidade da constituição trata de conceber um Direito orientado por uma ética pública construída pela racionalidade histórica.

O princípio da legalidade concebido pelo Estado liberal, igualmente, sofre profundas alterações com a chegada do Estado social. Ademais da lei, agora existe Constituição substantiva e com força normativa, em relação à qual a lei deve adequar-se, pena de ser expulsa do sistema. A lei, em cada uma das concepções de Estado, foi concebida de acordo com as funções do Estado e com a ideia de racionalidade de cada época. A lei no Estado liberal possuía uma normatividade genérica e abstrata, orientada unicamente à regulamen-

¹⁰¹ Cf. Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, op. cit., p. 94.

¹⁰² Ver Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.887.

¹⁰³ Cf. Otto Bachof. *Jueces y Constitución*. Madri: Civitas, 1985, p. 42.

¹⁰⁴ Cf. Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías; La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001, p. 15-35.

¹⁰⁵ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 166.

¹⁰⁶ Cf. M. J. Falcón y Tella. *Constitución Española...*, op. cit., p. 179.

tação das relações entre as pessoas com a finalidade de colocar ordem na sociedade. Já no Estado social a lei não somente regulamenta as relações entre as pessoas, mas também desempenha ações em concreto (leis medidas), “no crean un orden para la acción, sino que son en sí mismas acción”, e isto por tratar-se de um Estado administrador e não mais meramente legislador. A lei liberal era a manifestação de uma racionalidade objetiva revelada na discussão parlamentar. Por outro lado, a lei social decorre da manifestação de uma racionalidade subjetiva, instrumental, orientada para estabelecer uma relação entre meios e fins, cujo valor pode medir-se por sua funcionalidade¹⁰⁷.

Como afirmamos anteriormente, o Estado social não derogou o Estado liberal. Ao contrário, a partir dos valores básicos do Estado liberal, liberdade e igualdade, realizou uma releitura desses valores fundamentais, os quais receberam uma nova dimensão.

A crise do Estado social de Direito

Teorizado na primeira metade do século XX e consolidado depois da Segunda Guerra Mundial, o Estado social, desvirtuado e convertido em um Estado do máximo bem-estar, não demorou mais de duas décadas para começar a apresentar sinais de esgotamento em sua capacidade para solucionar a crise social, agora situada dentro de um contexto maior, a crise da humanidade.

A consolidação e o aprofundamento do Estado social deram-se ao longo de contínuas e incessantes pressões sociais por uma maior intervenção do Estado na sociedade, agora instrumentalizadas por amplo sufrágio.

A democracia liberal com a conseqüente participação cada vez maior dos cidadãos nas decisões políticas do Estado, especialmente da grande massa excluída da partilha da riqueza produzida pelo esplendor do Estado liberal, possibilitou uma grande pressão social por aumento, às vezes indiscriminado, de serviços e prestações estatais. A demanda social

por uma crescente intervenção pública no processo econômico e social deu causa a um incremento dos investimentos públicos em relação ao Produto Interno Bruto – PIB, aumento dos gastos públicos em ritmo mais acelerado que o PIB.

O Estado social, inicialmente pensado e orientado para a satisfação das necessidades mínimas ou das condições mínimas de existência, as quais o próprio homem não pode garantir individualmente, transpassa esse mínimo¹⁰⁸ para terminar desvirtuando-se em um Estado do Bem-estar. Adela Cortina faz uma distinção muito clara entre o Estado social e o Estado do Bem-estar. O primeiro tem uma justificação ética, a satisfação dos mínimos direitos fundamentais para uma vida digna, o segundo uma justificação econômica, a expansão indefinida da demanda. Na história ocorreram juntos, entretanto, há que distinguir-se entre justiça e bem-estar¹⁰⁹.

De um lado, a sociedade exigindo uma maior intervenção do Estado com prestações e serviços e, de outro, o sistema econômico necessitando dessa intervenção para fins de incrementar o consumo e manter a atividade econômica. Essa demanda convergente, da sociedade e do sistema econômico, fez com que o Estado hipertrofiasse, gerando déficit público. Em síntese, para o Juan-Ramón Capella, a crise do Estado do Bem-estar resume-se, por um lado, em uma crescente demanda social por prestações e serviços públicos e, por outro, em uma decrescente capacidade orçamentária do Estado para fazer frente a esses gastos¹¹⁰.

A crise econômica gera a crise do Estado do Bem-estar, do Estado social, do Estado liberal e da democracia. É uma crise global da própria concepção de Estado. Para Juan-Ramón Capella a crise do Estado do Bem-estar ocorre dentro da crise da civilização¹¹¹.

A capacidade do Estado social de realizar os valores, princípios e direito constitucionais, especialmente, os direitos fundamentais de segunda geração,

¹⁰⁸Cf. Maria Tereza Gallego Méndez. *Estado social...*, op. cit., p. 129.

¹⁰⁹Cf. Adela Cortina. *Del Estado de bienestar...*, op. cit., p. 16.

¹¹⁰Cf. Juan-Ramón Capella. *La crisis del...*, op. cit., p. 180.

¹¹¹Juan-Ramón Capella. *La crisis del...*, op. cit., p. 187; Francisco Serra. El futuro del Estado social. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madri: Trotta, 1991, p. 167.

¹⁰⁷Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 62-64; Perfecto Andrés Ibáñez. El juez del Título Preliminar (La justicia del “Estado de Derecho” en la crisis del “Estado social”). In: *Jornadas de Estudio sobre El Título Preliminar de la Constitución*. Madri: Centro de Publicaciones, 1988, vol. I, p. 643.

pressupõe uma capacidade orçamentária para fazer frente aos investimentos e gastos públicos. Por esta razão, ForsthoFF questiona a normatividade da categoria Estado social diante da impossibilidade de sua efetividade na hipótese de escassos recursos públicos. Todavia, a falta de recursos públicos não deixa de obrigar os poderes públicos a perseguirem, como projeto de futuro, um crescente grau de efetividade dos direitos constitucionais, os quais tanto descrevem (ser) como prescrevem (dever ser), cabendo aos poderes públicos aproximar ao máximo o *ser* do *dever ser*. Neste processo de aproximação e, possivelmente, de um *dever ser* nunca acessível ou utópico, sempre haverá graus não cumpridos de efetividade que deverão ser permanentemente combatidos. Entretanto o *dever ser* sempre deverá ser definido a partir das condições culturais, sociais, políticas, econômicas, religiosas etc., de uma determinada comunidade, sob pena de esvaziamento total da efetividade e legitimidade da norma constitucional.

As “*promesas incumplidas*” (Norberto Bobbio)¹¹² do Estado social de Direito provocam a perda de sua legitimidade, a qual não se encontra mais na lei, isto é, na consonância da lei com os valores, princípios e direitos constitucionais, mas no grau de efetividade dos mesmos, isto é, a “*legitimidad se refrenda o se pierde según el grado de garantía efectiva que otorga a los derechos fundamentales*”¹¹³. A crise de efetividade e de legitimidade do Estado social, provocada por sua conversão em um Estado de Bem-estar, abre o debate sobre a necessidade de redução do tamanho do Estado, sobre o grau de intervenção na sociedade e das prestações e serviços públicos. O fundo da questão não está mais na ativação da cláusula social do Estado social de Direito, mas na sua desativação, ou seja, o núcleo do debate é saber até onde o Estado pode ser reduzido e se nesta redução estão ou não garantidos os direitos mínimos de existência.

Há um consenso sobre a crise do Estado social, mas não sobre suas causas e propostas de superação. De um lado, a satisfação das necessidades mínimas e do bem-estar; de outro, as necessidades da economia

e do mercado, a eficiência e o lucro. O velho e sempre presente conflito entre a comunidade e o indivíduo. No âmbito deste debate surge um leque de propostas, desde as neoliberais, as quais propõem a redução do Estado, às neokeynesianas, as quais defendem uma maior expansão do Estado de Bem-estar.

O debate sobre a crise do Estado social de Direito não pode circunscrever-se ao sistema econômico, isto é, as razões econômicas não podem prevalecer sobre as razões políticas e sociais, a ponto de subordiná-las ao desenvolvimento econômico como se este fosse um fim em si mesmo. A consideração exclusiva de argumentos econômicos ou “*la aceptación incondicionada de la lógica económica supone ya una ruptura del pacto constituyente que dio lugar al Estado social*”¹¹⁴.

O Estado democrático de Direito

O processo de democratização do Estado tem início com o Estado liberal e amplia-se no Estado social. Historicamente é um processo paralelo à formulação dos conceitos do Estado liberal e do Estado social de Direito. No Estado liberal a democracia liberal assume uma concepção de natureza formal, restrita ao campo político, enquanto que no Estado social a democracia social assume uma concepção de natureza material, isto é, sem perder os aspectos positivos da democracia formal, a possibilidade de acesso ao poder político de um maior número de pessoas, adentra no campo social, assegurando essa participação também no campo econômico e social.

A cláusula democrática dos Estados generaliza-se especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, até como forma de legitimação de sistemas políticos autoritários. A utilização indiscriminada do termo, às vezes totalmente divorciada da realidade política e social, terminou por esvaziar de conteúdo o conceito, dificultando o labor do intérprete quando da análise da fórmula político-jurídica do *Estado democrático de Direito*.

Segundo Falcão e Tella a fórmula do Estado democrático de Direito surge na Alemanha com o Abendroth (1954) e Jahrheiss e na Suíça com Bau-

¹¹²Norberto Bobbio. *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza & Janés, 1985.

¹¹³Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.886.

¹¹⁴Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, op. cit., p. 96.

mlich (1954)¹¹⁵. Na Espanha é introduzida por Elías Dias (1966)¹¹⁶. A formulação democrática do Estado sofre de um grau maior de indeterminação do que o próprio conceito do Estado social, o que faz de sua interpretação uma árdua tarefa. Em pontos extremos de sua interpretação, iremos de uma democracia formal ou procedimental, restrita ao poder político, até uma democracia material, semelhante à proposta do socialismo¹¹⁷. Ou, em outras palavras, de uma democracia liberal a uma democracia socialista. Por fim, a cláusula democrática pode ser trabalhada dentro do próprio Estado social, no qual as fórmulas Estado social de Direito e Estado social e democrático de Direito são equiparadas ou, ainda, como uma *terceira fase* no processo histórico de evolução do Estado de Direito, ou seja, o *Estado democrático de Direito como fase superadora do Estado social de Direito*¹¹⁸.

De um lado, as interpretações conservadoras da fórmula democrática desenvolvem seu conteúdo dentro do Estado social, entendendo as fórmulas do Estado social de Direito e do Estado social e democrático de Direito como expressões equivalentes. Essas correntes interpretativas sofrem algumas matizações entre si, existindo aquelas que falam da democracia nos moldes liberais e outras em moldes sociais. De outro lado, as interpretações progressistas advogam a superação do Estado social pelo Estado democrático de Direito com um conteúdo específico e distinto daquele à semelhança do socialismo. Nós tentaremos demonstrar que o Estado democrático de Direito, com conteúdo próprio, parte da segunda fase do Estado liberal, passa pelo Estado social, propondo um aprofundamento de seus conteúdos. Em um primeiro momento trataremos do Estado democrático de Direito como a consolidação de um específico ordenamento jurídico e, posteriormente, como paradigma de Estado.

O Estado democrático de Direito possui um conteúdo próprio, distinto dos conteúdos axiológicos

encontrados nos Estados liberal e social de Direito. O Estado liberal, em seu início, não era democrático, o que leva à conclusão de que nem todo Estado liberal é necessariamente democrático. O mesmo ocorre com o Estado social de Direito, isto é, obrigatoriamente o Estado social não precisa ser democrático, pois, em tese, é possível existir Estado social não democrático, assim como Estado de Bem-estar não democrático. A história é testemunha da existência de Estados liberais e Estados sociais e de Bem-estar não democráticos. Se estes Estados podem existir sem democracia, significa que a cláusula democrática da fórmula político-jurídica *Estado social e democrático de Direito* possui um conteúdo próprio, a qual não pode ser esvaziada ou equiparada simplesmente à cláusula social.

No Estado democrático, assim como no Estado liberal e no Estado social de Direito, os valores liberdade e igualdade coexistem, sendo a uma vez fundamento de constituição, parâmetro de procedimento e fim último da fórmula político-jurídica. Entretanto, no Estado democrático de Direito há um aprofundamento dos conteúdos apresentados pelo Estado liberal (liberdade e igualdade formal) e pelo Estado social (igualdade material e liberdade) chegando-se à dignidade da pessoa, fundamento dos valores liberdade e igualdade, em suas versões formal e material. A dignidade da pessoa opera como síntese dos valores liberdade e igualdade¹¹⁹. A síntese dos valores liberdade e igualdade também pode ser encontrada no valor justiça¹²⁰, o que faz com que alguns nomeiem o Estado democrático de Direito como Estado de justiça.

A dignidade da pessoa está fundada em sua natureza racional (Kant)¹²¹, qualidade esta que dota o ser humano de liberdade para sua autodeterminação, bem como para a definição, sob sua responsabilidade, dos fins a perseguir. Segundo Werner Maihofer, “*el ser que el hombre produce a partir de sí mismo mediante el cultivo de su naturaleza, en libre autodeterminación y*

¹¹⁵Maria José Falcón y Tella. *Constitución Española...*, *op. cit.*, p. 184.

¹¹⁶Cf. Elías Dias. *Estado de Derecho...*, *op. cit.* Cap. IV.

¹¹⁷Cf. Enzo Sciacca. *Interpretación de la democracia*. Madri: Editoriales de Derecho Reunidas y Editorial de la Universidad Complutense, 1994, p. 8.

¹¹⁸Cf. Elías Dias. *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 91-92, 111, 114 y ss.

¹¹⁹Cf. Werner Maihofer et al. Principios de una democracia en libertad. In: Trad. Antonio López Pina. *Manual de Derecho Constitucional*. Madri: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 278.

¹²⁰Cf. Gregorio Peces-Barba. *Los valores superiores...*, *op. cit.*, p. 38.

¹²¹Cf. Immanuel Kant. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Trad. Roberto R. Aramayo. Madri: Alianza, 2002.

establecimiento de fines bajo su propia responsabilidad, es su propia obra, la que determina su dignidad. Esta dignidad del hombre es la que vulnera todo aquel que le niegue o le prive de la libertad de autodeterminación y la responsabilidad respecto de sí mismo, con lo que le sustrae precisamente aquello mediante lo que crea su propio valor, lo que determina su dignidad”¹²². Assim, para a garantia da dignidade da pessoa é imprescindível a tutela de sua autonomia.

A dignidade da pessoa, ademais de expressar-se por meio da autonomia da pessoa, em razão do homem não poder viver isolado nem ser onipotente, também expressa-se por meio da solidariedade entre os homens. Há momentos na vida em que somente a liberdade não seria suficiente para conservar a dignidade, sendo necessária a solidariedade. Segundo Werner Maihofer, “considerado desde el punto de vista del correspondiente otro, pues, del que dependo, a cuya merced me encuentro, al que por ello necesito, para llegar a ser o seguir siendo un hombre entero, la dignidad humana tiene que ver con el existir para otros y apoyar a otros por principio, con la benevolencia hacia ellos, propios del hombre”¹²³.

Como conclusão, temos que se a dignidade da pessoa somente pode ser garantida pela tutela da autodeterminação e da solidariedade entre os homens, essas condições fundamentais da dignidade da pessoa passam a ser objeto de respeito, amparo e promoção pelo Estado democrático de Direito, isto é, os direitos humanos e seus valores fundadores, liberdade e igualdade, como derivações da dignidade da pessoa, devem ser tutelados pelo próprio Estado, sob pena de violação da dignidade da pessoa¹²⁴.

Ao contrário do postulado pelo Estado liberal, no qual prevalece a liberdade sobre a igualdade formal, e do Estado social, onde prevalece a igualdade material sobre a liberdade, no Estado democrático estes valores sintetizam a dignidade da pessoa, não sendo mais possível a opção pelo domínio de um ou outro valor. A liberdade e a igualdade são encon-

tradas igualmente na dignidade da pessoa. A inexistência ou a redução irrazoável de um desses valores afeta diretamente a dignidade da pessoa, razão pela qual o grande desafio está em encontrar um espaço de convivência harmônica desses valores, embora, naturalmente, tendam a rivalizar. A questão não é tanto optar por um ou outro valor. Quem faz opção pela liberdade, em verdade, decide pela liberdade de alguns em detrimento da liberdade de outros. É o mesmo que não só decidir contra a igualdade, mas também contra a própria liberdade. Quem opta pela igualdade, em verdade, decide pela igualdade de alguns em detrimento da igualdade de outros. Em outras palavras, não somente decide contra a liberdade, mas também contra a própria igualdade. Em síntese, *liberdade em igualdade e igualdade em liberdade*¹²⁵. A relação, até então existente entre os valores liberdade e igualdade, fundada em uma concepção de necessário predomínio de um valor sobre o outro, deve ceder espaço para uma concepção de complementaridade.

Em uma concepção moderna de liberdade, esta não pode ser concebida somente como uma liberdade formal ou procedimental. A liberdade também deverá assumir um contorno material ou substancial, ou seja, um conteúdo econômico e social. A liberdade somente poderá ser efetivada se estiverem presentes as condições econômicas e sociais necessárias para seu pleno exercício¹²⁶, pois do contrário, não apenas a igualdade mas a própria liberdade restará violada. Por exemplo, a inexistência de um mínimo de educação viola o direito à liberdade de escolha.

A igualdade no Estado democrático não pode ser resumida à igualdade formal ou à igualdade diante da lei, pois essa igualdade gera desigualdade social e acarreta, por consequência, uma desigual liberdade. A ausência de igualdade material não apenas corrompe a própria igualdade como a liberdade.

Ademais desta aproximação e complementaridade dos valores liberdade e igualdade no Estado democrático, como derivação da dignidade da pessoa e da autodeterminação, também verificamos que a dignidade da pessoa funda-se na solidariedade entre

¹²²Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 280-281.

¹²³Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 281-282.

¹²⁴Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 283.

¹²⁵Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 302.

¹²⁶Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 292.

os homens. O Estado democrático de Direito, além de tutelar a liberdade e a igualdade, deverá promover a solidariedade entre os homens, entendida esta como ajuda e compromisso com o outro. O Estado democrático está obrigado a promover a humanização das relações e das condições sociais¹²⁷. A humanização democrática não está circunscrita a compensações econômicas por meio de serviços e prestações sociais, como proposto pelo Estado social, mas implica a dedicação do homem ao homem, a qual não é possível comprar nem regulamentar¹²⁸. Assim, necessariamente um Estado democrático, apoiado na dignidade da pessoa, estará baseado em valores, princípios e direitos humanos, devendo-se entender a cláusula democrática como uma democracia liberal, social e humana¹²⁹.

A dignidade da pessoa, como fundamento último do Estado e da sociedade, fundada na autodeterminação e na solidariedade, expressada por meio dos valores da liberdade, igualdade e solidariedade, princípios e direitos fundamentais, dá origem a uma “*democracia como forma de vida*”¹³⁰, que atua como pressuposto da “*democracia como forma de Estado e de governo*”, estabelecendo uma relação circular entre a democracia como forma de vida e a democracia como forma de Estado e de governo.

A democracia como forma de Estado e de governo no Estado democrático tem como elemento existencial a legitimidade do ordenamento constitucional, da titularidade e do exercício dos poderes constituídos. A cláusula democrática é uma forma de legitimação política¹³¹. A cláusula democrática da fórmula político-jurídica do Estado democrático de Direito está fundada no princípio da soberania popular, para o qual todo o poder político emana do povo¹³². Todo

o exercício do poder ou toda a atividade do Estado, seja legislativa, executiva ou jurisdicional, deve estar necessariamente legitimada, legitimação esta que não tem outro objetivo que garantir a efetiva participação do titular do poder político e sua autodeterminação¹³³. A origem deste poder, sua titularidade e exercício não são dados, mas justificados (legitimados) pelo próprio povo e não por alguém alheio ao povo¹³⁴.

A autodeterminação não somente fundamenta e justifica a origem do poder político, mas define os limites de seu exercício por meio dos direitos fundamentais¹³⁵. A soberania popular manifesta-se através do poder constituinte, da qual o povo é o titular. Este poder de *constituir* é a força e autoridade pré-constitucional para *constituir*, *manter* e *revogar* uma Constituição com pretensão normativa. O poder constituinte não se resolve em um ato constitutivo, mas existe de forma permanente, isto é, a “*fuera normativa de la Constitución depende de ello*”¹³⁶.

Uma vez assentada a interdependência entre a democracia como forma de vida e a democracia como forma política, temos que a cláusula democrática impõe limites ao poder tanto de natureza formal como material. Como limites de uma democracia formal ou procedimental temos o princípio de legalidade, o princípio de divisão de poderes e o princípio de eleições periódicas¹³⁷, embora seja intuitivo que mesmo as democracias formais não podem ser concebidas sem um mínimo de liberdade e igualdade. Por outro lado, como limites de uma democracia material, ademais dos limites formais devem ser acrescentados limites materiais, os quais encontramos nos direitos

¹²⁷ Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 306-312.

¹²⁸ Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 315.

¹²⁹ Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 317.

¹³⁰ Cf. Carl J. Frierich. *La democracia como forma política y como forma de vida*. Madri: Tecnos, 1966, p. 22-23.

¹³¹ Cf. José Luis Cascajo Castro. *El Estado democrático...*, op. cit., p. 115 y 125.

¹³² Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Soberanía popular y Estado de Derecho*. In: Franciso J. Laporta (Ed.). *Constitución:*

problemas filosóficos. Madri: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2003, p. 45-74.

¹³³ Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado...*, op. cit., p. 53-56.

¹³⁴ Cf. Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Trotta, 2000, p. 48.

¹³⁵ Cf. Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado...*, op. cit., p. 49.

¹³⁶ Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado...*, op. cit., p. 51.

¹³⁷ Cf. Manuel Aragón Reyes et al. Constitución y Derechos fundamentales. In: *Estudios de Derecho Constitucional*; Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal. Murcia: Universidad de Murcia, 1997, p. 96-97, vol. I.

fundamentais constitucionalmente garantidos¹³⁸. Segundo Aragón Reis, a inclusão de limites materiais opera no modelo um “salto qualitativo”¹³⁹.

O núcleo central da Constituição, os direitos fundamentais, concreção dos valores liberdade, igualdade e solidariedade, atuam como limite material da democracia, ou seja, os direitos fundamentais decorrentes desses valores estão “fuera de lo decidible” pelas eventuais maiorias democráticas. A democracia exercida dentro dos marcos constitucionais está limitada materialmente pela democracia constitucional¹⁴⁰. Segundo Andrés Ibáñez “Los derechos fundamentales dejan de ser una suerte de punto de referencia externo para constituirse en “fundamento funcional de la democracia” según señala Häberle” ou, ainda, como a “...“esfera de lo indecidible” (Ferrajoli), es decir, un límite de derecho democráticamente impuesto a la mayoría, o sea, a la política, en garantía de la democracia...Integran “la dimensión sustancial de la democracia” (Ferrajoli), dan sentido a la política y al derecho y son su paradigma de legitimación, y de deslegitimación, por tanto”¹⁴¹.

A Constituição é a fusão do Estado de Direito com a democracia. O “Estado constitucional no es más que el intento de juridificar la democracia”¹⁴². A Constituição não tem outra função que limitar o poder do Estado. O povo, no exercício do poder constituinte, por meio da Constituição, define quem é o verdadeiro poder soberano e estabelece as limitações formais e materiais de seu exercício. Como limitações formais, comparecem o princípio da legalidade, o princípio de divisão de poderes e o princípio das eleições periódicas, e como limitação material, os valores da liberdade, igualdade, solidariedade, os princípios e os direitos fundamentais.

¹³⁸ Cf. Manuel Aragón Reyes. *Constitución y Derechos...*, op. cit., p. 100.

¹³⁹ Manuel Aragón Reyes. *Constitución y Derechos...*, op. cit., p. 98-99.

¹⁴⁰ Cf. Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, op. cit., p. 93.

¹⁴¹ Perfecto Andrés Ibáñez. *Garantía judicial de los derechos humanos*. Claves de razón practica, Madri, nº 90, p. 11, março, 1999.

¹⁴² Manuel Aragón Reyes. *La democracia constitucional. In: Constitución y constitucionalismo hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 94-99.

A constitucionalização dos direitos fundamentais altera substancialmente os elementos constitutivos do Estado de Direito. Os direitos não são mais direitos legais, mas direitos constitucionais. Os direitos não valem mais nos limites definidos pela lei, mas é a lei que passa a ter validade nos limites definidos pelos direitos constitucionais¹⁴³. A lei sofre um processo de desmitificação, passando os direitos fundamentais a encontrarem fundamento não na lei, mas nos valores e princípios constitucionais¹⁴⁴. Essa supremacia e normatividade da Constituição é garantida pelo controle de constitucionalidade realizado por um poder judicial independente.

Os direitos fundamentais de primeira e segunda geração ou dimensão, os direitos civis e políticos, assim como os direitos sociais e econômicos, respectivamente, concebidos no Estado liberal e no Estado social, da mesma forma encontram-se presentes no Estado democrático. A abertura para o futuro da cláusula social é potencializada pela cláusula democrática, ampliando as demandas da sociedade, permitindo o surgimento de novas gerações de direito, os chamados direitos de terceira e quarta gerações.

A cláusula democrática não constitucionaliza uma teoria democrática em abstrato, mas define os marcos normativos para uma praxis, embora a necessária “interpretación integradora de la fórmula constitucional” leva obrigatoriamente a concluir-se por uma democracia material, isto é, “la lógica de la democracia conduce políticamente a la realización del Estado social”¹⁴⁵. A normatividade constitucional outorga esta mesma qualidade aos valores, princípios e direitos constitucionais, os quais possuem um núcleo essencial que não pode ser vulnerado pelas maiorias eventuais, embora democráticas, pois estas maiorias somente podem atuar dentro dos limites previamente definido pela democracia constitucional. Respeitada a normatividade de todas as disposições da Constituição, assim como o núcleo essencial dos

¹⁴³ Cf. Manuel Aragón Reyes. *La democracia constitucional...*, op. cit., p. 101.

¹⁴⁴ Cf. Alessandro Baratta. *El Estado de Derecho...*, op. cit., p. 21.

¹⁴⁵ Cf. José Luis Cascajo Castro. *El Estado democrático...*, op. cit., p. 118-119 y 137.

direitos fundamentais¹⁴⁶, emerge uma multiplicidade de possibilidades de concreção destes direitos, isto é, a Constituição não positiviza uma política concreta, mas estabelece os limites dentro dos quais a política deverá ser desenvolvida. A cláusula social inserida na cláusula democrática obriga o legislador ordinário a atuar conforme a Constituição. O postulado social não define uma única possibilidade de atuação das forças políticas, mas deixa aberto o caminho das realizações ao livre jogo democrático, que em nenhuma hipótese pode trilhar por abaixo do mínimo necessário para uma vida digna.

A cláusula democrática estabelece um projeto de Estado e de sociedade inacabados, em estado de permanente construção diante dos desafios do futuro¹⁴⁷. Não se trata de uma cláusula de conteúdo estático, cristalizado no tempo¹⁴⁸, mas de uma cláusula dinâmica, em contínua relação de interação com a realidade¹⁴⁹. A “*democracia es un concepto bifronte (empírico y normativo) que además se mueve en el tiempo, en la historia*”¹⁵⁰, em uma constante luta pela efetividade do Estado democrático¹⁵¹. A cláusula democrática apresenta-se concomitantemente como *ser* e *dever ser*. Entre o *ser* e o *dever ser* deverá ser encontrado um caminho que não se contente nem com a mera descrição do que somos, nem com uma proposta de democracia inalcançável. Em outras palavras, a cláusula democrática deverá partir do que somos e apontar para o que poderemos chegar a ser¹⁵².

¹⁴⁶Cf. Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁴⁷Cf. Fernando Vallespín. *La democracia como proyecto inacabado*. Claves de razón práctica, Madrid, nº 13, Junio/1991, p. 48.

¹⁴⁸German Bidart Campos. *La positivización...*, *op. cit.*, p. 718; Konrad Hesse. *Escritos de derecho...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁹Cf. Adela Cortina. *Democracia*; El dogma de nuestro..., *op. cit.*, p. 26; Gurutz Jáuregui. *Globalización y democracia*. Claves de razón práctica, Madrid, nº 99, p. 13, janeiro-fevereiro, 2000.

¹⁵⁰Cf. Fernando Vallespín. *La democracia como...*, *op. cit.*, p. 46; Carl J. Friedrich “*La constitución debe, pues, ser reconocida y concebida como “Constitución viviente”*”. *La democracia como...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵¹Cf. Alessandro Baratta. *El Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 23; José Luis Cascajo Castro. *La voz ‘Estado social...*, *op. cit.*, p. 11; Maria José Falcón y Tella. *Constitución Española...*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁵²Cf. Fernando Vallespín. *La democracia como...*, *op. cit.*, p. 44.

Esta abertura ao futuro da cláusula democrática revela uma dimensão utópica do Estado democrático de Direito. Aqui não estamos fazendo referência à utopia clássica, sem compromissos com a possibilidade de realização, a-histórica, nem à utopia completamente realizável, histórica. A utopia completamente inalcançável somente serve para constatar a distância que há entre o paradigma utópico e a realidade. A utopia completamente acessível deixa de ser utopia no momento em que concretiza-se. A utopia democrática deve estar a meio caminho entre o totalmente possível e o totalmente impossível, ou seja, deve estar no campo da possibilidade de concreção.

A tarefa de concreção da utopia democrática permite a realização somente de aspectos parciais e não de sua totalidade, isto porque no instante em que um determinado aspecto do paradigma utópico democrático é alcançado, imediatamente este mesmo aspecto passa a ter um novo paradigma utópico a ser alcançado. Não é por outra razão que a cláusula democrática é um constante fazer e refazer.

A crise do Estado democrático de Direito

No momento em que a cláusula democrática alberga a cláusula social, isto significa que a crise do Estado social também alcança o Estado democrático. A ampliação das demandas sociais conduz ao aumento dos gastos públicos com prestações e serviços sociais¹⁵³. A ausência de recursos públicos para fazer frente à crescente demanda social reflete diretamente no grau de inefetividade dos direitos e na perda de legitimidade do Estado.

Entretanto, esta não é a única crise do Estado democrático. A própria cláusula democrática encontra-se em crise na sua relação com a forma de Estado e de governo. A cláusula democrática da fórmula está fundada no princípio da soberania popular, vale dizer, todo o poder político, o domínio de homens sobre homens, emana do povo. Desta forma, a legitimidade democrática da atividade desenvolvida pelo Estado depende do grau de influência e controle do povo, em uma palavra, participação. Quanto menor este grau de participação da sociedade, quanto mais afastado está o povo dos centros de poder nos quais as decisões

¹⁵³Cf. Werner Maihofer. *Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 227.

políticas sobre o futuro de suas vidas são tomadas, quanto menor sua influência e controle, menor será o grau de legitimidade da atividade estatal. Tal fenômeno ocorre porque a cadeia ininterrupta de legitimação democrática não parte do povo nem a ele retroage, razão pela qual o grau de liberdade está sendo reduzido, pois o povo participa cada vez menos das decisões políticas que repercutirão sobre sua vida¹⁵⁴.

A perda de legitimidade democrática do Estado é conseqüência de vários fatores internos e externos aos Estados-nacionais, fatores estes que atuam conjuntamente na erosão do grau de legitimidade democrática. No âmbito interno Norberto Bobbio identificou alguns obstáculos à realização democrática ou falsas promessas da democracia: 1 — O surgimento de corpos intermediários entre o cidadão e o Estado, os quais atuam como organizações corporativas de interesses específicos, fazendo com que alguns interesses estejam melhor representados que outros; 2 — O interesse público não suplantou os diversos e difusos interesses particulares; 3 — O poder político não chegou a ser democratizado, em razão da sobrevivência das elites do poder; 4 — Todas as decisões importantes para a sociedade não passam por uma decisão democrática; 5 — A ausência de transparência por parte do poder público na tomada das decisões dá origem à falta de controle democrático sobre essas decisões; 6 — O exercício da democracia não educou o cidadão, ao contrário, desiludiu¹⁵⁵.

No âmbito externo dos Estados-nacionais, surgiram nas últimas décadas alguns novos fenômenos, os quais agravaram a crise democrática de legitimidade. Entre estes poderíamos citar a globalização da economia e suas conseqüências sobre os Estados, os processos de integração supranacional, os problemas políticos derivados da diversidade e do pluralismo étnico e cultural e a crescente influência dos meios de comunicação de massa no processo político. Com o crescimento das economias e das sociedades, as quais ultrapassam os limites territoriais dos Estados, ocorre uma internacionalização dos centros de poder políti-

co sobre os quais o cidadão a pé não tem nenhum tipo de influência ou controle, embora as decisões tomadas nesses centros afetem sua vida. O Estado democrático enfrenta um déficit democrático em razão da desterritorialização dos espaços políticos, é a crise do espaço público¹⁵⁶.

Analisando estes fenômenos, Fernando Vallespín aponta cinco blocos de problemas para a democracia: 1 — Os problemas existentes nos canais de mediação entre a sociedade e o sistema político, o que afeta sobretudo o instituto da representação democrática; 2 — Os problemas referentes à especialização e complexidade da vida política, o que leva a um número cada vez maior de decisões políticas assentadas em critérios técnicos colhidos no ambiente da tecnocracia; 3 — O problema da crescente influência dos meios de comunicação de massa nos resultados políticos; 4 — O problema da colonização da política pela economia, debilitando o sistema político e o desenvolvimento de políticas de solidariedade e promoção da cláusula social; 5 — O problema da diversidade cultural e étnica dentro dos Estados sem uma devida acomodação política; 6 — O problema da qualidade da democracia¹⁵⁷.

A cláusula democrática até o momento sempre foi teorizada apenas no âmbito interno dos Estados e nunca no âmbito internacional. Os Estados, da porta para dentro são democráticos, entretanto, da porta para fora, em suas relações internacionais, com a finalidade de proteger a sua independência, adotam posturas radicalmente antidemocráticas, como a carreira armamentista, as guerras preventivas e estratégicas, os protecionismos comerciais etc.¹⁵⁸, os quais invariavelmente levam à morte, pobreza e fome de milhões de pessoas.

Uma necessária recomposição da fórmula

Uma vez identificados os núcleos dos significados de cada um dos elementos integrantes da fórmula político-jurídica do *Estado social e democrático de Di-*

¹⁵⁴Ernesto Garzón Valdés. *Optimismo y pesimismo en la democracia*. Claves de razón práctica, Madri, nº 131, p. 24-32, abril, 2003.

¹⁵⁵Cf. Corina Yturbe. *Pensar la democracia...*, op. cit., p. 231-233; Francisco J. Laporta. *El cansancio de la democracia*. Claves de razón práctica, Madri, nº 99, p. 20, janeiro-fevereiro, 2000.

¹⁵⁶Cf. José Luis Cascajo Castro. *El Estado democrático...*, op. cit., p. 116; Ignacio Sotelo. *Crisis del Estado, crisis de la democracia*.

¹⁵⁷Cf. Fernando Vallespín. *El futuro de la democracia...*, op. cit., p. 5-6.

¹⁵⁸Cf. Gurutz Jáuregui. *Globalización...*, op. cit., p. 14.

reito e suas respectivas crises, impõe-se estabelecer alguns critérios para sua interpretação dentro do sistema constitucional a fim de desentranhar uma norma de orientação sistemática para todo o ordenamento jurídico.

Embora tenhamos partido do art. 1.1 da Constituição da Espanha, certo é que até agora trabalhamos com elementos culturais, históricos e filosóficos pré-constitucionais, ou seja, com aquele acervo de conhecimento também acessível ao legislador constituinte por ocasião da elaboração da Constituição, que de uma forma ou outra serviu para sua orientação.

Diante da relativa elasticidade dos conteúdos assumidos pelo Estado liberal, Estado social e Estado democrático de Direito, todos eles elementos integrantes da fórmula Estado social e democrático de Direito, temos que a única maneira de construir um conteúdo integrador da fórmula seria a partir do próprio texto constitucional. Como vimos acima, a construção do Estado moderno passou por várias fases e, na atualidade, especificamente na Constituição da Espanha, a contribuição e originalidade de cada uma dessas fases está condensada na fórmula constitucional. A fórmula última do Estado espanhol não é apenas o resultado de uma soma dos conteúdos das fases anteriores, mas trata-se de uma integração desses conteúdos em uma *relação de sinergia* entre seus elementos em uma mesma direção, fazendo surgir uma nova concepção de Estado¹⁵⁹.

Como pressuposto da interpretação da fórmula do Estado social e democrático de Direito devemos ter presente a normatividade integral da Constituição, incluindo, portanto, a própria fórmula¹⁶⁰. A normatividade do texto constitucional não é um atributo lógico e natural de toda e qualquer Constituição, mas o resultado de uma imputação dessa qualidade ao texto. Assim, embora o texto constitucional esteja carregado de normatividade, este atributo é cotidianamente desafiado em razão da carência de efetividade de algumas normas constitucionais, isto é, algumas normas constitucionais são mais efetivas do que outras ou, possivelmente, mais normas do que outras. A questão

toda está em que a normatividade e o grau de efetividade do texto constitucional, em boa medida, depende do intérprete que, não raras vezes, escudando-se em argumentos técnicos esvazia a normatividade e, por consequência, sua efetividade.

O reconhecimento da *máxima normatividade da Constituição*¹⁶¹ é a definição de um *método de interpretação*, com exclusão de outros métodos. Os aspectos axiológico, cultural, político, social e econômico necessariamente deverão ser levados em consideração. Entretanto, a Constituição e sua normatividade não são apenas um elemento a mais na interpretação, mas o *ponto de referência* em torno do qual os demais aspectos devem ser interpretados¹⁶². Para Cascajo Castro o importante não é tanto adotar definições especulativas do que poderia entender-se com a fórmula, mas o que poderia ser definido como “*contenido normativo vinculante, deducible desde el propio texto por medios racionales*”, ou seja, “*desentrañar su significación como idea conductora de todo el ordenamiento jurídico, donde despliegue una orientación sistemática*”¹⁶³.

Por fim, ademais da normatividade da Constituição, outros princípios de interpretação devem ser levados em consideração como os princípios da unidade e da coerência do texto constitucional. A Constituição não pode ser interpretada em tiras, em partes isoladas, nem de forma contraditória ou incoerente, mas deve ser interpretada em seu todo, de forma harmônica. É o *finalismo constitucional* que dá um sentido unitário ao sistema axiológico contido na Constituição. A finalidade está definida pelos valores e princípios constitucionais, estando o Estado obrigado a realizá-los, bem como erradicar todos os desvalores. A positivação dos valores superiores, provenientes do sistema moral, não retira a função crítica e de pressão sobre o sistema jurídico, possibilitando sua ampliação e aprofundamento¹⁶⁴.

¹⁶¹ Konrad Hesse. *Escritos de derecho...*, op. cit., p. 61-84; Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madri: Civitas, 1983, p. 63-105.

¹⁶² Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, op. cit., p. 89.

¹⁶³ José Luis Cascajo Castro. *La voz 'Estado social...*, op. cit., p. 13-14.

¹⁶⁴ Cf. Gregorio Peces-Barba. *Los valores superiores...*, op. cit., p. 30.

¹⁵⁹ Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 96, 103-104.

¹⁶⁰ Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 95.

À parte dos valores e princípios, de fundamental importância para a interpretação constitucional, o enunciado do art. 9.2 da Constituição obriga os poderes públicos, legislativo, executivo e judicial, a promover *todas* as condições para que a liberdade e a igualdade de *todos* os indivíduos e dos grupos em que estão integrados sejam reais e efetivas, assim como esses mesmos poderes deverão remover *todos* os obstáculos que possam impedir ou dificultar a plenitude desses valores e, ainda, facilitar a participação de *todos* os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social¹⁶⁵.

¹⁶⁵Cf. B. Callejón. *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 102; "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social." (Art. 9.2 da Constituição da Espanha de 1978).

Corte Especial

Mandado de Segurança

2005.01.00.073181-0/AP

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes

Impetrantes: Elias da Costa Farias e outros

Advogado: Dr. Márcio Alves Figueira

Impetrados: Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado do Amapá

Interessados: Rosan Paulo Soares Alves
José Carlos Silva da Fonseca
Vivaldo José de Sousa Santos

Publicação: DJ 2 de 01/09/2006

Ementa

Administrativo. Concurso público. Candidato aprovado. Direito à nomeação. Poder discricionário da Administração. Inexistência de claro de lotação.

I. Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, e não direito subjetivo, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados, na ordem de classificação, de acordo com a sua conveniência e oportunidade. O direito à nomeação somente surge na hipótese de haver quebra da ordem de classificação na nomeação dos aprovados.

II. Não havendo claro de lotação a ser preenchido no quadro de pessoal da Seção Judiciária, pois todos os cinco cargos efetivos de Analista Judiciário, especialidade: Execução de Mandados, estão regularmente ocupados, não resta espaço legal para a pretensão veiculada no mandado de segurança — nomeação dos impetrantes, candidatos aprovados em concurso público —, não se configurando, conseqüentemente, nenhum ato omissivo ilegal a ser imputado à Presidência do Tribunal.

III. Denegação do mandado de segurança.

Acórdão

Decide a Corte Especial denegar a ordem, à unanimidade.

Corte Especial do TRF 1ª Região – 03/08/2006.

Desembargador Federal *Olindo Menezes*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Elias da Costa Farias, Israel Maciel dos Reis e Saulo Carneiro Ribeiro, servidores públicos federais, contra ato omissivo atribuído ao Presidente do TRF 1ª Região e ao Juiz Federal Diretor do Foro da Seção

Judiciária do Estado do Amapá, que, até a presente data, deixaram de nomeá-los para o cargo de Analista Judiciário, Área Judiciária, Especialidade: Execução de Mandados, para o qual foram aprovados na 2ª, 3ª e 4ª posições, em concurso público homologado em 11 de junho de 2002, que teve a validade prorrogada por mais dois anos, a contar de 11 de junho de 2004.

Sustentam, no núcleo, que as autoridades coatoras insistem em permanecer com terceiros para executar as funções que legalmente são acometidas aos cargos para os quais foram aprovados, irregularidade que ocorreria com a nomeação de dois serventuários de nível médio da Seção Judiciária do Amapá, e de um Analista Judiciário originário do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, para desempenho das funções de Analista Judiciário, Área Judiciária, Especialidade: Execução de Mandados, isto é, Oficial de Justiça *ad hoc*; e que, instado por meio de recomendação do *Parquet* Federal no Amapá para sanar a dita irregularidade e nomear os impetrantes, o Presidente do TRF 1ª Região, por meio do Diretor-Geral da Secretaria, informou que a Seção Judiciária do Amapá possui 5 (cinco) cargos de Analista Judiciário — Especialidade: Execução de Mandados, “todos providos, nenhum vago, ou seja, não há cargo vago para a nomeação de qualquer candidato habilitado em concurso público”, informando ainda a autoridade que a referida Seção Judiciária não tem três cargos vagos de Analista Judiciário — Especialidade: Execução de Mandados, como afirmado.

Dizem os impetrantes, outrossim, que o direito subjetivo à nomeação surgiu no momento em que a Administração providenciou o recrutamento, através de contratação precária, de terceiros para exercer as mesmas funções do cargo para os quais foram aprovados, uma vez que das 08 (oito) vagas relativas ao cargo para o qual concorreram somente 5 (cinco) seriam ocupadas por Analistas Judiciários dentro da respectiva especialidade, estando as outras 3 (três) vagas ocupadas, como já dito, por dois Técnicos Judiciários e um Analista Judiciário requisitados de outro órgão.

Asseveram, por fim, que a remoção de três servidores para outras Seções Judiciárias gerou um déficit de pessoal qualificado para o desempenho das atribuições do cargo de Analista Judiciário, na Especialidade Execução de Mandados na Seção Judiciária do Amapá, pedindo a concessão de liminar, para operar-lhes as pretendidas nomeações e, a final, a concessão da segurança, para garantir, em definitivo, o direito à nomeação.

Processado o pedido sem liminar (fl.137), presta informações o Des. Federal Jirair Aram Meguerian, então em exercício da Presidência desta Corte, esclarecendo que a Resolução 5, de 13/04/1999, deste Tribunal, ao dispor sobre o número de cargos efetivos de Analista Judiciário, Especialidade: Execução de Man-

dados, em cada Seção Judiciária, não vedou a remoção dentro do Quadro de Pessoal da Justiça Federal de Primeira Instância, mormente porque a legalidade da prática do instituto da remoção está cristalizada na Lei 8.112/1990; que a aprovação em concurso público não gera nada mais que mera expectativa de direito à nomeação e posse no cargo para o qual se concorreu, que somente se concretiza ante a existência de vaga e o interesse da Administração em preenchê-la; que o pressuposto para a nomeação de candidato habilitado em concurso público é a existência de cargo efetivo vago, o que não ocorre na Seção do Amapá, que possui cinco cargos Analista Judiciário, Área Judiciária, Especialidade: Execução de Mandados, todos preenchidos; e que a designação dos servidores Rosan Paulo Soares Alves (Portaria 129, de 06/10/1998), José Carlos Silva da Fonseca (Portaria 135, de 27/10/1999) e Vivaldo José Souza Santos (Portaria 186, de 05/10/2004), para as funções comissionadas de Executante de Mandados – FC05, depende somente de prévia designação, não havendo nisso nenhuma ilegalidade. (Cf. peça de informações de fls. 143-153.)

Prestou informações, também, o Juiz Federal José Alexandre Essado, Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado do Amapá, aduzindo que, em razão da remoção de três servidores ocupantes do cargo de Analista Judiciário, Especialidade: Execução de Mandados, da Seção do Amapá outras Seções Judiciárias, o quadro local, nessa categoria, restou deficitário no quantitativo de 3 (três) cargos; que, visando reduzir o prejuízo decorrente das remoções, em face do crescente volume da atividade jurisdicional na Seção, deslocou servidores da área-meio para o cumprimento de mandados judiciais, designando-os como Oficiais de Justiça *ad hoc*, de modo a assegurar a força de trabalho de oito servidores nessas atividades; e que os três servidores acima referidos não ocupam os cargos pretendidos pelos impetrantes, cargos que, na realidade, estão ocupados pelos servidores removidos. (Cf. manifestação de fls. 154-155.)

O Ministério Público Federal nesta instância, em parecer firmado pelo Procurador Regional da República Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho, opina, a bem da eventualidade, pela citação dos litisconsortes passivos e, a final, pela denegação da segurança. (Cf. parecer de fls. 167-165.)

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Ao despachar a inicial, negando a liminar, destaquei que a doutrina e a jurisprudência são no sentido de que o candidato aprovado em concurso público não tem direito líquido e certo à nomeação, cabendo à Administração, em face do poder discricionário que tem, proceder à nomeação de acordo com sua conveniência e oportunidade. O direito que lhe assiste é o de não ser preterido na nomeação, quando esta for decidida pelos interesses da Administração. Essa é a jurisprudência tradicional, em cuja linha cito dois precedentes do STJ, com as seguintes ementas:

Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança. Concurso público. Expectativa de direito. Nomeação. Ato discricionário. Prazo de validade. Prorrogação. Discricionariedade administrativa. Ordem denegada.

1 - Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, os concursandos não possuem direito subjetivo à nomeação, mas apenas expectativa. Assim sendo, não há qualquer imposição à Administração de nomear os aprovados dentro do prazo de validade do certame, a menos que tenha havido preterição na ordem classificatória ou contratação a título precário, o que não se verifica na hipótese dos autos. Precedentes.

2 - O surgimento de novas vagas, dentro do prazo de validade do concurso, não impõe à Administração o dever de preenchê-las, porquanto a nomeação dos aprovados sujeita-se ao juízo discricionário da Administração. Precedentes.

3 - A prorrogação do concurso público constitui faculdade outorgada à Administração Pública, que a exerce consoante critérios de conveniência e oportunidade, os quais escapam ao reexame feito pelo Poder Judiciário, que está adstrito à verificação da legalidade extrínseca do ato. Precedentes.

4 - Ordem denegada. (MS 9909/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 30/03/2005).

*Votaram com o Sr. Relator os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Mário César Ribeiro, Luciano Tolentino Amaral, Cândido Ribeiro (convocado em substituição ao Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian), Carlos Moreira Alves (convocado em substituição ao Desembargador Federal Souza Prudente), Italo Fioravanti Sabo Mendes, Carlos Olavo, Daniel Paes Ribeiro e Maria do Carmo Cardoso. Ausentes, justificadamente, os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Tourinho Neto, João Batista Moreira e Selene Maria de Almeida.

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Concessão de efeito infringente. Excepcionalidade. Tempestividade do agravo interno. Concurso público. Candidata aprovada. Mera expectativa de direito à nomeação. Ausência de preterição. Precedentes. Embargos acolhidos, com a concessão de efeito modificativo.

I - As características intrínsecas dos embargos de declaração estão delineadas no art. 535 do Código de Processo Civil, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade na sentença ou no acórdão. E mais, os efeitos modificativos somente são concedidos ao recurso integrativo em casos excepcionalíssimos, respeitando-se, ainda, os indispensáveis contraditório e ampla defesa, como ocorre *in casu*, onde se reconhece a tempestividade do agravo interno anteriormente interposto.

II - A doutrina e jurisprudência pátria já consagraram o brocardo de que a “aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito”. Com isso, compete à Administração dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbitrios e preterições.

III - A candidata aprovada em concurso público detém mera expectativa de direito à nomeação pela Administração Pública, que não tem nenhuma obrigação de nomeá-la dentro do prazo de validade do certame.

IV - Não restando caracterizada qualquer preterição na ordem classificatória e nem na ordem de concursos, que não há que se falar em direito líquido e certo à nomeação a ser tutelado na via do *writ*. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

V - Embargos de declaração acolhidos, com a concessão do excepcional efeito infringente, para reconhecer a tempestividade do agravo interno anteriormente interposto e lhe negar provimento. (EDcl/AgRg/MS 17.276/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 07/03/2005).

Não havendo claro de lotação na Seção Judiciária do Amapá, como afixam as informações, sequer poderia a administração do Tribunal optar pela nomeação dos impetrantes, que, por via de consequência, não podem alegar preterição na ordem classificatória, o que elide a possibilidade de falar em direito subjetivo à nomeação.

Há, é certo, precedentes do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a mera expectativa se convola em direito de fato a partir do momento em

que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.*

Mas essa não é a situação dos autos, para cuja compreensão é mister analisar a situação do quadro de pessoal da Justiça Federal do Amapá: pela Resolução 5, de 13/04/1999, deste Tribunal, que dispôs sobre o número de cargos efetivos de Analista Judiciário, Especialidade: Execução de Mandados, em cada Seção Judiciária, o número ideal desses servidores seria quatro por Vara, o que implicaria em oito cargos efetivos na Seção do Amapá; tendo a mesma Resolução, por outro lado, criado funções comissionadas de Executante de Mandados (FC-05) em igual número, o que tem provocado confusão do entendimento do quadro de pessoal da Seção.

Sucede que, mesmo em face de uma previsão ideal, posta em resolução — que não pode criar cargos públicos efetivos —, de oito cargos efetivos de Analista Judiciário, Especialidade: Execução de Mandados, naquela Seção, as leis vigentes somente criaram cinco desses cargos, que estão ocupados, como dizem as informações da Presidência do Tribunal, sendo o déficit — três cargos ainda não criados — contornado pela designação de servidores outros para ocupar as funções comissionadas de Executante de Mandados (FC-05), o que nada tem de ilegal nem implica usurpação dos direitos dos impetrantes à nomeação, pois, seja repetido, não existe cargo vago de Analista Judiciário, Especialidade Execução de Mandados.

Como afirma o Juiz Federal Diretor do Foro, a questão do déficit vêm sendo suprida por servidores designados para funções comissionadas de Executante de Mandados (FC-05), até que lei crie tais cargos efetivos no quadro de pessoal da Seção. Os impetrantes estão confundindo o cargo efetivo de Analista Judiciário, Especialidade: Execução de Mandados, com a Função Comissionada de Executante de Mandados — FC-05, destinada a Oficiais de Justiça.

Não se registra, portanto, a suposta contratação e/ou designação de pessoas estranhas ao concurso de

forma precária, como forma de burlar o direito dos impetrantes à nomeação, que obviamente não pode ocorrer em caráter efetivo sem que haja o devido claro de lotação. A designação dos servidores Rosan Paulo Soares Alves, pela Portaria 129, de 06/10/1998; de José Carlos Silva da Fonseca, pela Portaria 135, de 27/10/1999; e de Vivaldo José Souza Santos, pela Portaria 186, de 05/10/2004, para as funções comissionadas de Executante de Mandados — FC/05, depende somente de prévia designação, não havendo nisso nenhuma ilegalidade. Esses servidores não estão ocupando os cargos pretendidos pelos ora requerentes, mas apenas funções comissionadas de livre designação.

O ideal, naturalmente, seria que as atividades ora desempenhadas pelo mecanismo de funções comissionadas o fossem por servidores efetivos, mas para tanto é imprescindível que a lei os crie, o que ainda não ocorreu, não traduzindo o exercício por servidores designados nenhuma ilegalidade ou inconveniência, e sim uma forma de atender aos jurisdicionados até que sejam criados, no quadro de pessoal da Seção do Amapá, os cargos de Analista Judiciário, Área Judiciária, Especialidade: Execução de Mandados.

Em suma, não havendo claro de lotação a preencher no Amapá, na especialidade em exame — a descrição da inicial não corresponde à real situação funcional daquela Seção —, não tem espaço legal a pretensão dos impetrantes, que de tal forma desarrazoada, sequer justifica a citação dos litisconsortes, como sugere a Procuradoria Regional da República, o que não passaria de perda de tempo.

Em face do exposto — inexistência de ilegalidade, dada a ausência completa de direito subjetivo à nomeação, menos ainda líquido e certo —, denego o mandado de segurança. Custas pelos impetrantes, não sendo cabível a condenação em honorários advocatícios (Súmulas 105-STJ e 512-STF).

É o voto.

*REsp 476.234/SC, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, decidido em 15/04/2003.

Primeira Seção

Conflito de Competência

2006.01.00.010133-0/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves

Parte autora: Maria de Fátima Résio de Souza

Advogado: Dr. Gisley Alves

Parte ré: Fundação Nacional de Saúde – Funasa

Procurador: Dr. Antônio Roberto Basso

Suscitante: Juízo Federal da Subseção Judiciária de Anápolis – GO

Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara – GO

Publicação: DJ 2 de 08/09/2006

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Juiz Federal. Redistribuição de processos por força do provimento-Coger 19/2005 e Resoluções 600-17 e 600-18 - TRF 1ª Região. Inexistência de ofensa aos princípios da legalidade e do juiz natural. Conhecimento do conflito para declarar a competência do juízo suscitante.

I. A redistribuição de processos entre Juízos da Seção Judiciária e Subseção Judiciária do mesmo Estado, determinada pelo Tribunal, em razão da criação e conseqüente instalação de novas varas, não ofende aos princípios da legalidade e do juiz natural, pois atenta a uma melhor prestação jurisdicional, equilibra a quantidade de processos em tramitação nas Varas, sem qualquer impedimento de ordem legal ou constitucional.

II. Precedentes desta Corte Regional e do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

III. Conflito conhecido, declarada a competência do Juízo Federal da Subseção Judiciária de Anápolis, Estado de Goiás, ora suscitante.

Acórdão

Decide a Primeira Seção, à unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Anápolis, suscitante, nos termos do voto do Relator.

Primeira Seção do TRF da 1ª Região – 29/08/2006.

Desembargador Federal *Carlos Moreira Alves*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:
— Com base no Provimento 19, de 15 de agosto de 2005, da Corregedoria-Geral da Justiça Federal da Primeira Região, regulamentador da redistribuição de processos decorrente da criação de varas federais em novas subseções judiciárias no âmbito de jurisdição da região, o Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária

do Estado de Goiás determinou a remessa, ao Juízo Federal da recém criada e instalada Subseção Judiciária de Anápolis, de ação sob procedimento ordinário proposta à União Federal por Maria de Fátima Résio de Souza, com propósito de ver reconhecido direito ao restabelecimento da paga de gratificação que fora excluída de seus proventos de inatividade.

Invocando o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, posto no art. 87 do Código de Processo Civil, e

os princípios do juízo natural e da eficiência, este não reconheceu sua competência, suscitando o presente conflito que, encaminhado a esta Corte Regional, teve deliberação inicial, por força do disposto no art. 120 do mesmo diploma legal, designando o Juízo suscitante para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes concernentes à ação em que suscitado.

Mediante parecer às fls. 24/26, de pena ilustre do Dr. Hugo Gueiros Bernardes Filho, digno Procurador Regional da República, o Ministério Público Federal opinou pela declaração de competência do Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Goiás, o suscitado.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Moreira Alves:
— É orientação jurisprudencial assente nesta Corte a de que a determinação de redistribuição de processos, em virtude da instalação de novas varas federais, não viola os princípios do juiz natural, da legalidade, da indelegabilidade da jurisdição e da *perpetuatio jurisdictionis*, não existindo qualquer impedimento, de natureza constitucional ou legal, para que seja levada a efeito com a finalidade de se obter maior equilíbrio no acervo processual, celeridade e efetividade na prestação jurisdicional. Dentre vários outros precedentes, pode se chamar à luz os seguintes julgados, reproduzidos por suas respectivas ementas:

Processual Civil. Conflito negativo de competência. Criação e instalação de novas varas (Subseções Judiciárias). Provimento/Coger/TRF1 19, de 15/08/2005: Critérios objetivos para redistribuição dos processos. Violação aos princípios do Juiz Natural e da perpetuação da jurisdição: não ocorrência.

1. A redistribuição de processos entre juízes da mesma competência, em face da criação e instalação de nova vara (subseção judiciária), nos termos em que disciplinada pelo Provimento/COGER/TRF1 19, de 15/08/2005, não viola o princípio do juiz natural nem da perpetuação da jurisdição.

*Votaram com Sr. Relator os Exmos. Srs. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva e Desembargador Federal Aloisio Palmeira Lima. Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Desembargador Federal José Amílcar Machado.

2. Conflito de competência de que se conhece para declarar competente o suscitante, juízo federal da vara única da Subseção Judiciária de Anápolis/GO.

3. Peças liberadas pelo Relator, em 22/03/2006, para publicação do acórdão (4ª Seção, CC 2006.01.00.008667-0/GO, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ 31.3.2006, pág. 5).

Processual Civil. Competência. Criação de novas varas. Redistribuição de processos.

1. A redistribuição de processos, determinada por Provimento da Corregedoria-Geral, em face da criação de novas Varas Federais, não fere os princípios da legalidade, do juiz natural, da indelegabilidade da jurisdição e da “*perpetuatio jurisdictionis*”, consoante decidiu o Plenário do TRF da 1ª Região, no julgamento do CC 1999.01.00.084663-5/GO.

2. Precedentes desta Seção.

3. Conflito negativo de competência conhecido e julgado procedente, para declarar a competência do Juízo suscitado (3ª Seção, CC. 1999.01.00.076230-1/GO, Rel. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, DJ 04/02/2001, pág. 52).

Processual Civil. Conflito de competência. Redistribuição de processos por força do provimento 60/98 – TRF 1ª Região. Inexistência de ofensa aos princípios da legalidade e do Juiz Natural. Conhecimento do conflito para declarar a competência do juízo suscitado.

1) A redistribuição de processos entre Juízos da mesma Seção Judiciária determinada pelo Tribunal, em razão da criação e conseqüente instalação de novas varas, não ofende aos princípios da legalidade e do juiz natural, pois atenta a uma melhor prestação jurisdicional, equilibra a quantidade de processos em tramitação na Seccional, sem qualquer impedimento de ordem legal ou constitucional.

2) Precedente do Plenário do Tribunal Regional Federal da Primeira Região (CC 1999.01.00.0846635/GO, rel. p/ ac. Juiz Cândido Ribeiro, DJ/II de 11.05.2000, pág. 9).

3) Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 3ª Vara da Seccional do Estado de Goiás, ora suscitado (1ª Seção, CC 1999.01.00.076238-0/GO, Rel. Desemb. Fed. Plauto Ribeiro, DJ 11.12.2000, pág. 2).

Processo Civil. Conflito negativo de competência. Criação e instalação de novas Varas Federais. Redistribuição de feitos. Violação a princípios constitucionais. Inexistência.

1. A redistribuição de processos, entre juízos da mesma competência, na forma como determinado pelo Provimento 60/98 desta Corte Regional Federal, em virtude da criação e instalação de novas varas federais na Seção Judiciária do Estado de Goiás, não violam os princípios constitucionais do juiz natural, da legalidade, da indelegabilidade da jurisdição e da *perpetuatio jurisdictionis*. Precedentes da 2ª Seção deste Tribunal Regional Federal.

2. Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência do MM. Juízo Federal Suscitado (2ª Seção, CC 1999.01.00.076229-1/GO, Rel. Desemb. Fed. Italo Mendes, *DJ* 02.10.2000, pág. 12).

Processual Civil. Conflito de competência. Provimento 60/98 - TRF 1ª Região. Ofensa aos princípios da legalidade e juiz natural. Inexistência.

I. A redistribuição de processos entre os juízes competentes no âmbito da mesma jurisdição, conforme determinado pela Corregedoria deste TRF, não ofende aos princípios da legalidade e juiz natural, porquanto objetivou melhor divisão do acervo processual visando à uma prestação jurisdicional mais célebre.

II. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Suscitado (Corte Especial, CC 1999.01.00.084663-5/GO, Rel. p/ ac. Des. Federal Cândido Ribeiro, *DJ* 11.05.2000, pág. 9).

Igual entendimento orientou a colenda Quinta Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça:

Penal e Processual Penal. Recurso Especial. Art. 316, do CP. Criação de novas varas. Redistribuição. Violação ao art. 75, do CPP. Inexistência. Desclassificação para o delito de corrupção passiva. Matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Dosimetria da pena. Art. 59, do CP.

I. A redistribuição do feito, no caso em tela, ocorreu com total respaldo no Provimento 009/1999, da Corregedoria Geral de Justiça Federal da 2ª Região, ao regulamentar a instalação de novas Varas Federais. Portanto, sem nenhuma ilegalidade, já que realizado entre juízes de idêntica competência, de forma a estabelecer igualdade numérica do acervo feito para cada juízo.

II. Não se conhece de recurso especial que, para o seu objetivo, exige o reexame da *quaestio facti* (Súmula 7 – STJ).

III. A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela

não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

IV. Com a nova faixa de apenamento (dois anos de reclusão), extinta está a punibilidade em razão da prescrição da pretensão punitiva (arts. 107, IV c/c 109, V e 110, §2º, todos do CP), pois entre a data do recebimento da denúncia (17/12/1993) e o dia em que a sentença condenatória foi tornada pública em cartório (11/07/2000) decorreu um lapso temporal superior a 4 (quatro) anos. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, com a extinção da punibilidade (Resp. 675.262/RJ, Rel. Min. Félix Fischer, *DJ* de 02.05.2005, pág. 399).

Pelo exposto, conheço do conflito para declarar competente o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Anápolis, Estado de Goiás, o suscitante.

É como voto.

Segunda Seção

Mandado de Segurança

2006.01.00.017230-7/GO

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz
Rel. p/ Acórdão: A Exma. Sra. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada)
Impetrantes: Avestruz Master Agro – Comercial Importação e Exportações Ltda. – em recuperação judicial e outro
Advogado: Dr. Nielsen Monteiro Cruvinel
Impetrado: Juízo Federal da 11ª Vara/GO
Interessada: Justiça Pública
Publicação: DJ 2 de 08/09/2006

Ementa

Processo Penal. Seqüestro e indisponibilidade de bens. Direitos dos impetrantes atingidos. Estranhos à lide penal. Postulação por terceiros prejudicados. Mandado de segurança. Conflito positivo de jurisdição suscitado perante o egrégio Superior Tribunal de Justiça. Preliminar de sobrestamento. Rejeição. Separação entre os bens das pessoas físicas e os das jurídicas, pessoas jurídicas que estão em recuperação e as que não estão em recuperação. Seqüestro de bens é o instituto de Direito Penal mas de essência civil. Juízo penal tem por interesse tão-somente a preservação dos bens seqüestrados. Incompetente. Juízo Estadual tem por finalidade a recuperação patrimonial da empresa buscando manter o patrimônio e resguardar os interesses das vítimas. Sede competente para a administração dos bens seqüestrados. Concessão da ordem.

I. O presente mandado de segurança tem por objetivo cassar a decisão que, nos autos da Ação Penal 2006.35.00.003838-0/GO, decretou o seqüestro e indisponibilidade de bens atingindo direitos dos impetrantes, estranhos à lide penal, razão pela qual postulam neste *mandamus* como terceiros prejudicados. Admissibilidade do mandado de segurança à luz da Súmula 202 do egrégio Superior Tribunal de Justiça.

II. Rejeição da preliminar levantada pela Procuradoria Regional da República, no sentido de se suspender o julgamento do feito até decisão final do conflito positivo de competência suscitado perante o egrégio Superior Tribunal de Justiça.

III. Verificam-se nos autos do Mandado de Segurança 2006.01.00.014333-7/GO constar como impetrantes Avestruz Master Agro-Comercial Importações e Exportações Ltda. – em recuperação judicial, Abatedouro Struthio Gold – em recuperação judicial e Masterbom Avestruz Criação e Comércio Ltda. – em recuperação judicial, razão pela qual extingui o processo sem resolução de mérito por litispendência em relação a essas empresas.

IV. No tocante ao mérito mister se faz separar os bens das pessoas físicas e os das jurídicas, pessoas jurídicas que estão em recuperação e as que não estão em recuperação. Não se sustentam os fundamentos jurídicos ou econômicos elencados neste mandado de segurança em relação às pessoas físicas. Quanto às pessoas jurídicas, segundo informado pelo eminente Relator, apenas duas das dez que compõem o grupo encontram-se com os bens disponíveis.

V. A finalidade do seqüestro é resguardar os interesses das vítimas, instituto, nesse caso, de direito penal, mas de essência civil, dessa forma, não se vislumbra razão para manter a medida, com relação aos bens da pessoa jurídica em recuperação, medida esta, caso adotada, contrária aos interesses das vítimas.

VI. O *periculum in mora*, que fundamentaria essa medida assecuratória no processo penal, diante de fato

superveniente, qual seja, buscar a recuperação da empresa em prol dos investidores, não subsiste.

VII. Não mais subsiste o receio motivador do presente mandado de segurança, qual seja, lapidação do patrimônio, estando sob a administração judicial e em fase de recuperação do crédito.

VIII. A sede adequada para verificação da viabilidade ou não dessa recuperação na empresa, é no juízo estadual competente, cuja finalidade na recuperação judicial é bem mais abrangente.

IX. Mandado de segurança concedido, para que os bens das pessoas jurídicas em recuperação judicial passem à administração e à disposição do juiz estadual competente para o respectivo processo.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, vencido o eminente Relator, admitir o presente mandado de segurança e, também, por maioria, conceder a segurança.

2ª Seção do TRF 1ª Região – 19/07/2006.

Juíza *Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca*, Relatora.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Cuida-se de Mandado de Segurança impetrado por Avestruz Master Agro-Comercial – Importações e Exportações Ltda. abatedouro *Struthio Gold* Importação, Exportação e Comércio Ltda. Masterbom Avestruz Criação e Comércio Ltda. JRF Avestruz Ltda. *Struthio Master* Avestruzes Ltda. Avestruz Master Agro – Comercial Ltda. Latruch – Ostrich Restaurante Ltda, Avestruz Master Hotelaria e Serviços Ltda. – Me, *African Black* Tecnologia em Criação de Avestruzes Ltda, *Struthio Arts* Artigos de Couro de Avestruz Ltda, contra o Juiz Federal da 11ª Vara de Goiás, objetivando cassar a decisão que, nos autos da Ação Penal 2006.35.00.000383-0/GO, decretou o seqüestro e indisponibilidade de bens, terminando por atingir direitos dos impetrantes, estranhos à lide penal, e que ora, com o presente, postulam como terceiros prejudicados.

Dizem os impetrantes que, estando submetidos a recuperação judicial, têm direito ao desembaraço de seus bens, em proveito daquele processo, eis que, “com a concessão da recuperação judicial pela r. decisão que homologou a decisão da assembléia geral dos credores pela aprovação do plano de recuperação, deu-se, imediatamente a novação dos créditos existentes perante as ora impetrantes (art. 59 da Lei 11.101/2005), com a conseqüente quitação de todas

as suas dívidas, a qual, no presente caso, deu-se pela entrega, aos credores, da titularidade do domínio de ações da sociedade anônima criada pela fusão de todas as empresas em recuperação judicial, as quais são as proprietárias dos bens arrestados pela r. decisão da autoridade coatora.” (fl. 05), salientando, ainda, que “a discrepância entre o valor da dívida (um bilhão e quatrocentos milhões de reais) e o valor dos bens seqüestrados (duzentos milhões de reais) deixa evidente que nada sobraria para a União após a indenização cujo seqüestro visa — em tese — garantir.” (fl. 06).

Instam pela pertinência do pleito, destacando:

Ocorre que, para iniciar seu funcionamento é fundamental que qualquer empresa tenha capital de giro e, funcionando, ela precisa de seus bens liberados para poder ter crédito junto a fornecedores.

Os bens para propiciar este capital de giro são justamente uma pequena parte dos bens totais da empresa, no valor de R\$ 6.000.000,00. São aqueles bens não essenciais à atividade, que podem ser vendidos em prol do todo, da manutenção da empresa e de sua capacidade de geração de faturamento e lucro.

E os bens que, liberados, possibilitariam a empresa ter crédito junto aos seus fornecedores são seus demais bens.

Todos estes bens estão hoje totalmente liberados, a empresa nada deve (vez que seus credores viraram sócios).

O único empecilho a seu normal funcio-

namento é que tanto sobre os bens destinados à formação de capital de giro, quanto em relação a todos os demais bens, pende o seqüestro determinado pela autoridade coatora.

E, com o seqüestro não há como pagar as contas vencidas, manter a atividade da empresa até que haja o recebimento de suas vendas, em suma, não há como arcar com as despesas que seriam adimplidas com este capital de giro, nem tão pouco há como conseguir crédito junto a fornecedores (fl. 07).

Ressaltam que, “mantido o seqüestro, apesar da vontade maciça dos credores e hoje acionistas das impetrantes, elas terão que abrir falência, porque não tem, rigorosamente como continuar a funcionar.” (fl. 07).

A esse propósito, repisam:

Tal seqüestro inviabiliza a recuperação judicial e, assim, prejudica, de forma irremediável, todos aqueles que pretendem reaver o valor investido, através dos dividendos que os acionistas receberão com a continuação do empreendimento e pela venda das ações da empresa em pleno funcionamento.

E foi isso que os credores, pretensas vítimas que o seqüestro visa teoricamente proteger, decidiram.

Se o seqüestro criminal tem por único objetivo assegurar bens para garantir a indenização das vítimas a ser apurada na esfera cível, qual o sentido de sua manutenção neste caso, onde, nesta mesma esfera cível, as vítimas já ficaram proprietárias dos bens seqüestrados?

De outro lado, com a recuperação judicial, o patrimônio resta salvaguardado e sua administração passa diretamente pela fiscalização do juiz e do administrador judicial, além de ser exercida pelos próprios credores, que passam a formar seu conselho de administração e conselho fiscal (fls. 08/09).

E acrescentam:

Pergunta-se: Com a recuperação judicial aprovada e a transferência do patrimônio aos credores através da criação da Sociedade Anônima e a distribuição de ações, qual o interesse que se pretende resguardar mantendo o seqüestro?

O próprio parágrafo único do art. 133 do CPP dispõe que o dinheiro apurado com a venda dos bens seqüestrados será revertido inicialmente em favor dos supostos lesados ou terceiros de boa-fé.

No caso em tela, todo patrimônio foi transferido aos cinquenta e cinco mil credores das empresas em recuperação judicial, através da criação da S.A. e a distribuição de ações, onde foi respeitado o percentual de cada um sobre o patrimônio de acordo com o valor de seu crédito.

Seria absurdo que um juiz pretendesse resguardar “interesses de credores” na medida em que esses mesmos credores são donos/acionistas das impetrantes e, por conseqüência, proprietários do patrimônio que se encontra bloqueado.

A viabilidade do empreendimento, conforme contemplado no estudo de viabilidade econômica apresentado pelas empresas de recuperação e corroborado por estudo da Fundação Getúlio Vargas, contratado pelo juízo da recuperação, passa obrigatoriamente pela necessidade de alienar aqueles bens das empresas que não se coadunam com a atividade fim do empreendimento.

Por isso, é preciso vender avião, lotes, helicópteros, veículos, para fazer frente às despesas iniciais do abatedouro, que está no início de suas atividades, bem para como pagar funcionários, água, luz, telefone e, especialmente, ração para as aves.

Sem isso, o empreendimento para, os funcionários entram em greve, as aves morrem e falência será inevitável.

Com a falência o patrimônio será sucateado, vendido aos pedaços e os credores não terão a menor chance de reaver seus créditos (fls. 09/10).

Enfatizam, outrossim:

O seqüestro criminal visa o ressarcimento das vítimas a ser pleiteado no juízo cível (art. 143 do Código de Processo Penal).

O art. 63 (da Ação Civil) do CPP permite ao ofendido, seus representantes legais ou herdeiros pleitear a execução da sentença condenatória no juízo cível.

Desta forma, a natureza do seqüestro, embora medida prevista no Código de Processo Penal, visa assegurar direito a ser pleiteado no âmbito cível. Portanto, o seqüestro criminal, como qualquer outro, em última instância, deverá se resolver no mesmo juízo que deferiu a recuperação judicial. Assim, inconcebível é a manutenção do seqüestro dos bens das impetrantes, já que os possíveis lesados são hoje acionistas das empresas, nos termos do plano de recuperação aprovado e homologado.

Inclusive em conflito de competência suscitado perante o Superior Tribunal de Justiça, onde figura como suscitado o Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária de Goiás (autoridade coatora),

o Ministro Humberto Gomes de Barros, Relator, deixa claro que os demais atos, “posteriores ao deferimento da recuperação, seriam nulos, em tese, porque há disposição legal determinando a suspensão de todas as ações e execuções (art. 6º da Lei 11.101/2005), exceto as execuções fiscais (art.6º, parágrafo 7º, da Lei 11.101/2005). E se há algum juízo que não atendeu ao comando da lei que determina a suspensão das ações no período da recuperação (art. 6º, parágrafo 4º, da Lei 11.101/2005, tal fato deve ensejar o recurso adequado” (decisão em anexo).

Assim, como a decisão atacada foi proferida após o deferimento da recuperação judicial, nulo é o seqüestro, o que torna, por mais essa razão, procedente o presente mandado de segurança (fls. 10/11).

E mais:

A condição de terceiros das impetrantes no presente caso dispensa maiores tergiversações.

Os bens das impetrantes não pertencem às pessoas que respondem a ação penal, mas sim às pessoas jurídicas que, com a aprovação e homologação do plano, pertencem aos credores, possíveis lesados aos quais o seqüestro eventualmente serviria como garantia de ressarcimento.

O que os acusados na ação penal possuem são ações das impetrantes, não o próprio patrimônio das impetrantes. Isto é o óbvio do óbvio. Conseqüentemente, por obrigações pessoais dos acusados, o que a justiça, seja ela criminal ou cível, poderia seqüestrar seriam as ações dos réus da respectiva ação penal junto as impetrantes, nunca os próprios bens das impetrantes.

O que ocorreu no presente caso foi, portanto, um absurdo sem precedentes, uma decisão totalmente teratológica.

É de se focar que, hoje, nem ações os acusados possuem, já que tais ações já foram dadas em substituição ao seqüestro no plano de recuperação, até o julgamento final da ação penal da Justiça Federal.

Não há interesse processual que justifique a manutenção deste seqüestro, a não ser um afã de se decretar a falência da empresa por vias indiretas.

O direito líquido e certo das impetrantes reside na pretensão legítima dos credores, na condição de sócios das empresas em recuperação judicial de administrarem seus bens de forma a possibilitar-lhes o ressarcimento por eventuais prejuízos sofridos (fls. 11/12).

A liminar foi negada (fls. 308/309).

Das informações prestadas, destaco:

Em 06/11/2005, o MM. Juiz Plantonista, Dr. Leonardo Buíssa Freitas, determinou nos autos do Procedimento n 2005.35.00.020370-4, o bloqueio das contas bancárias e a indisponibilidade dos bens de quatro empresas do Grupo Avestruz Master, dos sócios e de alguns familiares do indiciado Jerson Maciel da Silva. Entre os representados, figuravam como pessoas jurídicas: Avestruz Master Agro-Comercial – Importações e Exportações Ltda., Sena Avestruz Criação e Hotelaria Agro Comercial Ltda., Abatedouro Struthio Gold e Avestruz Master Agropecuária e Participações S/A.

O pronunciamento, provocado por representação conjunta da Procuradoria da República e da Autoridade Policial, se baseou em indícios de materialidade e autoria relativos ao cometimento de vários crimes e que havia risco de ocultação de patrimônio, invocando para tanto os arts. 125/126 do CPP.

Em 07/11/2006, foram expedidos os respectivos ofícios e mandados de busca e apreensão. Em 14/11/2005, as medidas foram estendidas a Emerson Ramos Correia, genro do representado Jerson Maciel da Silva, e Zaida Ramos de Castro, mãe de Emerson.

Em 18/11/2005, foram juntados mandados cumpridos.

Em 14/11/2005, nos Autos 2005.35.00.021654-0, a Avestruz Master Agro-Comercial Imp. Exp. Ltda. requereu a liberação quinzenal do valor de R\$ 480.377,84 em favor da empresa Centro Oeste Rações Ltda. para a alimentação das aves. Diante do risco de óbito, foi, após a oitiva do Ministério Público Federal, parcialmente deferido o pedido, com algumas condicionantes. Sucede, porém, que a requerente não cumpriu tais condicionantes, embora devidamente intimada.

Nos mesmos autos, Jorge Luiz Cantarelli e Outros, na condição de administradores nomeados pelo Juízo Estadual da 8ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, ao tempo em que informou a existência de medida daquele Juízo liberando valores para o pagamento de funcionários e contas de energia e aquisição de alimentos para os trabalhadores e para as aves, peticionou o saque no valor já autorizado na referida ação judicial (R\$ 700.000,00), bem como a liberação sucessiva da mesma quantia para o pagamento de despesas futuras.

Em 25/11/2005, tal pleito foi deferido, parcialmente, em pronunciamento, com base no seguinte:

Não custa lembrar que é fato público e notório, dispensando a produção de prova, que

os animais necessitam de alimentos para a sobrevivência e que a morte das avestruzes servirá tão-só para incrementar o dano causado, o que a ninguém interessa.

Como os requerentes apresentaram documentação que confere legitimidade para pleitear, inclusive judicialmente, medidas que assegurem a sobrevivência do plantel tendo indicado a mesma empresa referida na decisão anterior como fornecedora de alimentação para os semoventes, expeça-se ofício autorizando o desbloqueio apenas do montante já especificado anteriormente como primeira parcela (R\$ 288.226,70) e com a finalidade ali prevista, compra de ração para a sobrevivência dos animais, sob pena de desobediência.

Em 02/12/2005, nos autos do procedimento 2005.021372-2, este Juízo, diante das despesas imprescindíveis à manutenção do patrimônio vivo da empresa (aves), tais como, ração, medicamentos, saldo de salário de funcionários, contas de energia elétrica e alimentos para os trabalhadores das fazendas, foi deferido parcialmente (R\$ 413.973,12) o pedido de desbloqueio de contas bancárias, com finalidade exclusiva de cobrir tais despesas. Na ocasião, entre outras medidas, restou determinado que os pagamentos fossem acompanhados pela DRT (Delegacia Regional do Trabalho), pela Fetaeg (Federação dos Trabalhadores na Agricultura no Estado de Goiás) e pela ABPAN (Associação Brasileira de Proteção aos Investidores da Avestruz Master). O pedido de futuras liberações, foi condicionado às solicitações do Juízo Trabalhista ou Falimentar competente.

Em 05/12/2005, no Procedimento 2005.35.00.020370-4, *Jerson Maciel e Outros* requereu a juntada de procuração. Na mesma data Avestruz Master Agro-Comercial Importação e Exportação Ltda. requereu fosse expedida ordem em face da ação civil pública em trâmite na 8ª Vara Cível da Comarca de Goiânia a fim de sustar os efeitos da liminar que bloqueou várias contas da empresa e que reconheceu legitimidade a um grupo de pessoas, nomeando-as administradoras do patrimônio vivo da empresa. Em 07/12/2005, foi juntada procuração outorgando poderes de representação judicial aos seguintes advogados: Nielsen Monteiro Cruvinel, 12.242 OAB/GO; Carlos Augusto Jorge, 20.567 OAB/GO; Vicente Chelotti, 19.021 OAB/DF; Neilson Monteiro Cruvinel, 12.835 OAB/GO; Neilton Cruvinel Filho, 10.046 OAB/GO; José Carlos Gomes de Oliveira, 4.285 OAB/GO; Karina dos Santos Maciel, 115.370 OAB/RJ; Celso Luiz Braga de Lemos, 17.338 OAB/DF; Leo Rocha Miranda, 10.889 OAB/DF.

Em 16/12/2005, foram juntados os comprovantes de várias diligências cumpridas (man-

dados de busca e apreensão e de seqüestro e depósito, restrições no Detran/GO, ofícios dos bancos e de tabelionatos de notas).

Ainda no Procedimento 2005.35.00.0203704, em 19/12/2006, tendo em conta o Ofício 2.153/2005, foi proferida a seguinte decisão:

O Juízo Estadual da 11ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO solicita seja determinada a transferência de quantias arrecadadas por ordem deste Juízo Criminal relativas à empresa Agro-Comercial Importação e Exportação Ltda. para a conta corrente judicial à disposição daquele Juízo. Solicita ainda a relação de bens e valores apreendidos pertinentes às várias empresas do Grupo Avestruz Master.

Intimada, a Procuradoria da República opinou pelo deferimento, invocando as razões da manifestação de fl. 742.

Como afirmado, não é propósito deste Juízo inviabilizar a atividade lícita do Grupo, tampouco incrementar os prejuízos dos credores e investidores, causados por condutas, tudo indica, delituosas.

Nesse contexto, e conforme já adiantado no pronunciamento de fls. 337/344, a via própria e a competência relativas ao ajuizamento de ações cíveis dos credores e devedores em situações como a dos autos pertence ao Juízo falimentar, o que torna legítima e razoável a r. solicitação do Douto Juiz Estadual.

Sucedo, porém, que há notícia de outros bloqueios judiciais em ações cíveis, os quais não são alcançados pelo Juízo Criminal, mas, sim, pelo Juízo Falimentar, e torna inconveniente a expedição de ordem para a transferência, seja por meio de ofício, seja por meio de alvará, pois certamente ensejaria a configuração de decisões conflitantes por Juízos distintos, causando tumulto processual.

Noutro lado, a liberação pura e simples de valores poderia permitir operações relacionadas às contas bancárias da empresa sem que se atendesse ao fito proposto, qual seja, centralizar no Juízo Estadual a disponibilidade das quantias depositadas, daí porque se mostra necessária a cautela para efetivação da liberação de valores.

Quanto às informações sobre os bens, também não há óbice legal na solicitação. Ao revés, é de todo útil e adequado noticiar ao Juízo da falência sobre os bens apreendidos na esfera criminal.

Diante do exposto, determino o desbloqueio das contas bancárias das empresas referidas no Ofício 2153/2005 oriundo da 11ª Vara Cível da Comarca de Goiânia.

Envie-se àquele Juízo a relação de bens e

das pessoas jurídicas indicadas na representação formulada pela Procuradoria da República e pela Polícia Federal (fls. 2/18).

Levanto o sigilo dos autos, permanecendo a reserva de publicidade processual no que toca à documentação bancária e fiscal, eventualmente, juntada.

Em 20/12/2006, em recesso da Justiça Federal, foi cumprida a determinação.

Em 31/12/2006, a MM. Juíza Plantonista, Dra. Pollyanna Kelly Maciel Medeiros Martins Alves, em atenção ao Ofício 2214/2005, oriundo da 11ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO, após parecer favorável do Ministério Público Federal, autorizou o levantamento do seqüestro da Fazenda Máster II em favor daquele Juízo Estadual.

Em 01/01/2006, em atenção à solicitação do Juízo do Trabalho Plantonista, e conforme parecer da Procuradoria da República, a MM. Juíza Plantonista, Dra. Pollyanna Kelly Maciel Medeiros Martins Alves, decidiu:

Nos termos do ofício 2453/2005 (fl. 756) e da decisão de fls. 758/759, foram solicitados e deferidos o desbloqueio e a transferência das quantias pertencentes às empresas do Grupo Avestruz Master ao Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, foro em que tramita a ação de recuperação judicial relativa ao mencionado grupo.

Por tal razão, entendo que o pedido contido no Ofício do Juízo Trabalhista deve ser dirigido ao Juízo da recuperação judicial.

Na mesma data (01/01/2006), por não vislumbrar urgência que autorizasse pronunciamento do Juízo Plantonista e invocando o princípio do juízo natural, o pedido de revogação do seqüestro e indisponibilidade, formulado por empresas do Grupo Avestruz Master em 30/12/2005 não foi conhecido.

Em 06/01/2006, no Ofício 2.385/2005, o Juízo da 11ª Vara Cível solicitou que os bens apreendidos fossem disponibilizados àquele Juízo Estadual a fim de alcançar as metas traçadas pelos arts. 47 e 60 da Lei 11.101/2005. A Procuradoria da República opinou favoravelmente.

Em 27/01/2006, também nos Autos 2005.35.00.020370-4, foram juntados diversos documentos, entre os quais ofícios de diversas escriturarias notariais e decisão do Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia/MG na ação civil pública promovida pela Promotoria de Justiça em face das seguintes pessoas físicas e jurídicas: Struthio Master Avestruzes Ltda., JRF Avestruzes Ltda. Jerson Maciel da Silva, Ramires Tosati Junior, Fabricio Silva Ferreira Tavares e Elisabete Helena Maciel da Silva Almeida.

Em 22/02/2006, foi juntada decisão no Conflito de Competência 57.564/GO aforado no Superior Tribunal de Justiça negando seguimento ao incidente suscitado pelo Banco do Brasil S/A. Na mesma data, foi adunado cópia do Ofício 66/2005 do Juízo 4ª Vara Cível de Uberlândia solicitando à Corregedoria do Tribunal providências no sentido de comunicar ao TRF 1ª Região a prevalência da decisão judicial na referida ação civil pública sobre todas as outras ações.

Em 07/03/2006, o Ministério Público Federal denunciou, nos Autos 2006.35.00.003838-0, Jerson Maciel da Silva, Emerson Ramos Correia, Patrícia Áurea Maciel da Silva e Jerson Maciel da Silva Junior pela prática dos delitos previstos nos artigos 7º, II, da Lei 7.492/1986; 6º, da Lei 7.492/1986 c/c artigo 1º do mesmo diploma legal; 171, *caput*; e 2º, IX, da Lei 1.521/1951, todos c/c os artigos 29 e 71, *caput*, do Código Penal, além daquele regulado no artigo 7º, VII, da Lei 8.137/1990.

Para tanto, argumentou, em suma, que os acusados, em comunhão de esforços, mas com grau de participação variada, ofereceram valores mobiliários sem prévio registro de emissão na CVM, durante considerável lapso de tempo, especialmente entre os anos de 2004 e 2005. Além disso, induziram e mantiveram em erro os investidores sobre a situação financeira da empresa, sonogando-lhes informações e prestando-as falsamente. Apontou, ainda, naqueles autos a investigação levada a efeito pela Polícia Federal e pareceres da Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal, além de documentos apreendidos e perícias realizadas.

Na oportunidade, afirmou a acusação que os réus obtiveram, em benefício próprio, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo e mantendo em erro diversos cidadãos, mediante propagandas ostensivas e divulgação de tabelas fraudulentas (art. 171, CP). Ademais, tentaram obter ganhos ilícitos em detrimento de um número indeterminado de pessoas, por meio de condutas características de processo fraudulento conhecido como pirâmide (art 2º, IX, da Lei 1.521/1951). Por fim, veicularam, por intermédio dos meios de comunicação, informações enganosas e, com isso, acarretaram maior confiabilidade ao empreendimento e ludibriarem, assim, centenas de consumidores, insuflando-os a ingressarem no negócio (art. 7º, VII, da Lei 8.137/1990).

Como prova, apontou investigação levada a efeito pela Polícia Federal e pareceres da Comissão de Valores Mobiliários, além de documentos apreendidos e perícias realizadas, realçando o prejuízo econômico causado a cerca de 50.000 pessoas e que alcança a quantia aproximada de R\$

1.600.000.000,00.

Em 08/03/2006, este Juízo, nos autos da ação penal citada e após declarar a competência do Juízo para processar e julgar os fatos narrados na inicial, recebeu a denúncia. Não houve impugnação autônoma dos denunciados, no ponto.

Em 13/03/2006, após ratificação do Ministério Público Federal da cota que acompanhou a denúncia, o seqüestro foi mantido:

Recebida a denúncia, peticiona o Ministério Público Federal seja ratificado o seqüestro decretado por este Juízo, ainda não apreciado. De fato, o pronunciamento foi omissivo quanto ao pleito.

Observa-se que não há fato novo que altere o entendimento já explanado pelo Juízo Plantonista que decretou a indisponibilidade dos bens dos então investigados. Ao revés. O juízo positivo de admissibilidade da peça acusatória reforça a necessidade da medida, tanto mais quando, a despeito da constrição, os acusados continuam a demonstrar sinais exteriores de riqueza, como evidenciam a constante presença de seguranças a sua volta e a apreensão recente (13/02/2006), de veículo luxuoso em sua posse, indicando provável ocultação, em tese, do produto dos crimes.

Diante do exposto, ratifico o seqüestro anteriormente decretado nos autos do Procedimento 2005.35.00.020370-4 (fls. 332/337).

Ainda:

Em 26/04/2006, no procedimento 2005.35.00.020730-4, a Secretaria juntou cópia de sentença deferindo parcialmente o pedido de desbloqueio da conta bancária de Zaida Ramos Castro. A decisão determinou, ainda, a transferência da maior parte do numerário, tudo indica, desviado das empresas, para a conta judicial.

Em 27/04/2006, nos Autos 2006.35.00.006392-8 e 2006.35.00.006794-2, foi analisado pedido de restituição formulado, respectivamente, pela Avestruz Master Agroindustrial Com. Imp. e Exp. Ltda, e pelo Administrador Judicial nomeado pela 11ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO. O pronunciamento não conheceu do pedido formulado nos autos nº 2006.35.00.006392-8, por falha na representação, e indeferiu o pedido de restituição de bens formulado pela Administração Judicial (2006.35.00.006794-2).

Ante a informação de negociação de bens seqüestrados pelo Juízo foi determinada a expedição de mandado de busca e apreensão relacionado aos bens indicados pela requerente nos Autos 2006.35.00.006392-8, informando ao detento que, caso não devolvesse os automóveis, configurar-se-

á o crime de desobediência.

Ainda nos Autos 2005.35.00.020370-4, a Procuradoria da República opinou pela avaliação judicial e posterior alienação antecipada dos bens apreendidos." (fls. 341/342).

E mais:

Em 12/05/2006, nos Procedimentos 2006.35.00.007808-5 e 2006.35.00.007624-2, este Juízo ao apreciar pedido de restituição formulado por Associação Brasileira de Proteção aos Investidores da Avestruz Master; Jerson Maciel da Silva; African Black Tecnologia em Criação de Avestruzes Ltda.; Abatedouro Struthio Gold Importação, Exportação e Comércio Ltda. Avestruz Master Hotelaria e Serviços Ltda. Masterbom Avestruz Criação e Comércio Ltda. JRF Avestruz Ltda; Avestruz Agrocomercial Imp. e Exp. Ltda. Struthio Master Avestruz Ltda. e Latruch-Ostrich Restaurante Ltda, não conheceu do pedido das requerentes nos Autos nº 2006.35.00.007624-2, seja por falta de interesse processual, seja por falha na representação. A decisão indeferiu o pedido de restituição de bens formulado por Jerson Maciel da Silva, diante da condição de denunciado. No entanto, foi determinado o desbloqueio de valores financeiros, nos autos do Procedimento 2006.35.00.007808-5, diante da presença do dano inverso (risco de morte das avestruzes) aos investidores, sujeito passivo de crimes denunciados.

Em 15/05/2006, por meio do Ofício 85/2006, o Juízo da 11ª Vara Cível, ao tempo em que comunica, nos Autos 2005.35.00.020730-4, a homologação do pedido de recuperação judicial em trâmite naquela Vara, solicita a liberação dos bens seqüestrados em nome das empresas sujeitas ao referido plano. Na mesma data, o pleito é ratificado pelo Administrador Judicial nomeado por aquele Juízo, relacionando as despesas necessárias. O Ministério Público Federal opinou pela liberação em parte de bens bloqueados a fim de cobrir as despesas com funcionários e animais. Em 23/05/2006, foi suscitado, conforme decisão em anexo, conflito positivo de competência por este Juízo Criminal perante o Superior Tribunal de Justiça, diante do entendimento do Juízo Falimentar de que a aprovação da recuperação judicial de 10 (dez) empresas do Grupo afetaria o seqüestro decretado. Na oportunidade, foram transferidos à conta do Administrador Judicial todos os valores bancários dos representados (fl. 344).

E finalmente:

Ante a petição do Advogado Neilton Cruvinel Filho, a apelação de Jerson Maciel da Silva,

Emerson Ramos Correia e Patrícia Áurea Maciel da Silva atacando a ratificação do seqüestro, nos autos da ação penal, foi recebida no efeito meramente devolutivo. Na ocasião, foi determinada a formação do instrumento com cópia integral dos Autos 2005.35.00.020370-4, com cópia da referida decisão e com a peça recursal apresentada, oportunizando as contra-razões.

Em 02/06/2006, conforme cópia em anexo, houve nova decisão nos Autos 2005.35.00.020370-4, liberando veículos ainda não apreendidos e que não aparentavam nexos de instrumentalidade com o branqueamento de capitais em favor do Juízo Falimentar, com a finalidade de realizar pagamento de funcionários e compra de alimentação para as aves.

Convém, notar, por derradeiro, que os ora impetrantes não interpuzeram recurso de apelação contra os diversos indeferimentos de restituição, sendo certo, ainda, que apenas duas empresas, entre as dez, que estão em recuperação judicial têm bens seqüestrados por ordem deste Juízo. Além disso, apenas quatro representados do Procedimento 2005.35.00.020370-4, Emerson Ramos Correia, Zaida Ramos Correia, Patrícia Áurea Maciel da Silva e Jerson Maciel da Silva, protocolaram até a presente data apelação (fls. 344/345).

A PRR/1ª Região manifestou-se nas fls. 403/433, pela denegação da ordem, instando, todavia, que “uma vez suscitado o conflito, faz-se necessário o sobrestamento do julgamento do presente mandado de segurança, até que o Superior Tribunal de Justiça decida sobre o mesmo” (fl. 408), bem assim que “a mesma decisão que suscitou o conflito determinou a transferência dos valores financeiros ainda bloqueados — e eventualmente encontrados em nome de todos os representados (salvo àqueles referentes à representada Zaida Ramos de Castro) — para a conta da Administração Judicial, sem prejuízo do compromisso assumido pelo Administrador de apresentar prestação de contas.” (fl. 408).

É o relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Preliminarmente, entendo que o fato de ter o impetrado suscitado conflito positivo de jurisdição, perante o Superior Tribunal de Justiça, não inibe o julgamento do mandado de segurança em apreço.

Com efeito, aludido conflito ocorre nos autos do

Processo 2005.35.00.020370-4/GO de medida cautelar penal de seqüestro, tendo sido suscitado nos termos da decisão cuja cópia se vê nas fls. 989/1008 do MS 2006.01.00.014333-7/GO, com o mesmo objeto e em que figuram três dos impetrantes, decisão essa de que determino seja também junta da cópia aos presentes para dela destacar:

Não altera essa linha de entendimento, o fato de parte das empresas do Grupo Avestruz Master ter apresentado plano de recuperação judicial.

Deveras, as medidas assecuratórias não são anuladas pelo plano de recuperação judicial da empresa, ainda que homologado. Aqui, interessa registrar, não se questiona eventual pronunciação do Juízo Cível. Ao contrário, o douto magistrado titular do Juízo de Falência, é sabido, tem adotado postura exemplar na condução da complexa causa.

Acontece, porém, que em matéria criminal, salvo nos crimes de menor potencial ofensivo, a vítima não detém o poder de transigir, sendo certo que o produto do crime ou o mesmo instrumento, no caso de lavagem de dinheiro, pertence à União, que não participou da Assembléia Geral de credores, embora o resultado econômico da infração possa servir, também, ao ressarcimento das demais vítimas.

É que a recuperação de empresas, ainda que judicial, não apaga os indícios de cometimento dos crimes pelos quais os réus foram denunciados (estelionato, contra o sistema financeiro, o consumidor e a ordem econômica), tampouco implica restituição de bens, tudo indica, oriundos do proveito econômico da infração penal (STJ, ROMS 13675/PR, 5ª TURMA, decisão: 26/04/2005, DJ 23/05/2005, p. 307, Relatora LAURITA VAZ; TRF 4ª REGIÃO, ACR 200070000272889/PR, 7ª TURMA, decisão: 25/09/2001, DJU 17/10/2001, p. 1070, Relator JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA).

A propósito, há forte precedente do TRF 1ª Região que considera que mesmo a liquidação da empresa não impede o seqüestro de bens (TRF 1ª REGIÃO, ACR 9101126423/PA, 4ª TURMA, decisão: 17/08/1992, DJ 14/9/1992, p. 28124, Relator JUIZ NELSON GOMES DA SILVA). Em tela, oportuno asseverar que apenas duas empresas das dez que estão em recuperação judicial tiveram seus bens bloqueados por ordem deste Juízo, o que também afasta a alegação de inviabilidade do plano pela indisponibilidade, há muito, decretada.

Sucede, porém, que o entendimento do Digno Magistrado da 11ª Vara Cível da Comarca

de Goiânia, ao invocar o efeito novador de dividas do processo de recuperação, parece ser outro. Embora razoável, o entendimento não importa em mudança da interpretação que vem sendo adotada por este Juízo Criminal, o que autoriza considerar como configurado o conflito positivo de competência, a ser dirimido pelo Superior Tribunal de Justiça, em Brasília.

Antes, porém, importa esclarecer que uma das finalidades das medidas assecuratórias penais é exatamente garantir aos ofendidos, no caso a União e os demais sujeitos passivos, que passam a ser verdadeiros credores dos réus com a condenação, o ressarcimento do prejuízo. Em tela, a União figura como sujeito passivo do crime, contra o sistema financeiro, sendo indiferente eventual débito fiscal, porque não se cuida de crime contra a ordem tributária.

Assim, é imperioso reconhecer, como já decidido anteriormente no propósito de mitigar prejuízos econômicos das demais vítimas, a razoabilidade do desbloqueio de valores financeiros para o pagamento de salários atrasados e compra de ração para o plantel até que as aves sejam abatidas no frigorífico já inaugurado, segundo ampla divulgação na imprensa local e declarações de testemunhas de Defesa nos autos da Ação Penal 2006.35.00.003838-0.

Realmente, há risco de dano *in verso* com a morte das aves, especialmente no que toca ao aspecto ambiental e sanitário, embora a restrição judicial, remarque-se, alcance apenas duas empresas em recuperação, e os indícios até aqui produzidos apontem para a ocorrência de intensiva ocultação de patrimônio por parte dos representados acusados na ação penal, sobretudo quando os valores movimentados pelo empreendimento superam a considerável quantia de R\$ 1.000.000.000,00.

Por outro lado, não se mostra adequada a venda de bens bloqueados judicialmente sem a devida avaliação por oficial de justiça, tanto mais quando há notícia nos autos de alienação de bens depositados sem autorização deste Juízo, verdadeiro acinte ao Poder Judiciário, e pelos riscos de dilapidação do patrimônio sem a realização de leilão que garanta preços de mercado e, portanto, justos. Assinale-se que apenas recentemente foi requerida a alienação antecipada dos bens, que, a sua vez, não foram avaliados ainda pelos repetidos incidentes relativos ao procedimento, a maioria deles provocada pelos representados.

Na espécie, há que se levar em conta, ainda, a gravidade da informação prestada pelo Ministério Público Estadual ao afirmar que o levantamento da restrição judicial não assegurará a destinação

de recursos em quantidade suficiente à solução dos problemas sanitários e ambientais encontrados nos criatórios de avestruzes. Noticiou, também, o *parquet* o descumprimento das cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta, a resistência por parte do administrador NEILTON CRUVINEL FILHO em permitir a inspeção e fiscalização no Abatedouro realizada em 18/05/2005 e o vencimento da licença para a produção e criação dos animais nas fazendas do Grupo Avestruz Master.

Diante do exposto:

I - determino a transferência dos valores financeiros ainda bloqueados — e eventualmente encontrados em nome de todos os representados (salvo àqueles referentes à representada Zaida Ramos de Castro) — para a conta da Administração Judicial, sem prejuízo do compromisso assumido pelo Administrador de apresentar prestação de contas;

II - *suscito* conflito positivo de jurisdição perante o Superior Tribunal de Justiça (Carta Magna, art. 105, I, d). *Envie-se* cópia integral dos presentes autos ao Colendo Tribunal;

III - *deixo* a análise da existência, ou não, da infidelidade do depósito para a fase posterior à decisão sobre o presente conflito.

Oficie-se ao Desembargador Relator do MS 2006.01.00.014333-7/GO, bem como o Juízo Falimentar da Comarca de Goiânia.

Ora, enquanto não decidido esse conflito, continua o impetrado competente para o feito em que instalado, sujeitas as decisões que nele tomar ao reexame deste Tribunal, que a tanto não se pode escusar a pretexto da existência do conflito perante o Superior Tribunal de Justiça, sob pena de denegação de justiça.

Afasto, portanto, eventual prejudicialidade do incidente do conflito, para o julgamento do mandado de segurança, contrariando, no particular, o parecer do Ministério Público, no sentido de que, “a mesma decisão que suscitou o conflito determinou a transferência dos valores financeiros ainda bloqueados — e eventualmente encontrados em nome de todos os representados (salvo àqueles referentes à representada Zaida Ramos de Castro) — para a conta da Administração Judicial, sem prejuízo do compromisso assumido pelo Administrador de apresentar prestação de contas.” (fl. 408).

Excluo da lide as impetrantes Avestruz Master Agro-Comercial Importações e Exportações Ltda. — em recuperação judicial, Abatedouro *Struthio*

Gold — em recuperação judicial, e Masterbom Avestruz Criação e Comércio Ltda. — em recuperação judicial, porque, também impetrantes no MS 2006.01.00.014333-7/GO, com os mesmos fundamentos e objetos, em relação a essas empresas, verifica-se a situação de litispendência.

Considero, entretanto, de logo, não deva ser admitido, no caso, o mandado de segurança.

Registre-se que, ajuizando-o, buscam os impetrantes desconstituir seqüestro, em matéria penal, requerido, nesses termos:

O Ministério Público Federal, pelos Procuradores da República que esta subscrevem, tendo em conta o disposto nos artigos 125 a 144 do CPP e art. 4º da Lei 9.613/98, vem à douda presença de V. Exa. requerer o Sequestro e Indisponibilidade de Bens, Direitos ou Valores com Pedidos de Liminar *inaudita altera parte* de propriedade de

1- Jerson Maciel da Silva, brasileiro, divorciado, portador da CI 2564063-SSP/SP e CPF 507.947.108-59, residente e domiciliado na Av. T-4, Qd. 155, Lt. 01/20, Ed. Parque dos Girassóis, Bloco B, apto. 1.901, Setor Bueno, Goiânia/GO;

2- Maria do Carmo Amaro Rocha, brasileira, solteira, empresária, portadora da CI 6112693 - SSP/GO e CPF 518.408.128-34 e endereço na Av. T-4, Qd. 155, Lt. 01/20, Ed. Parque dos Girassóis, Bloco B, apto. 1901, Setor Bueno, Goiânia/GO e Rua S-5, 141, apt. 803, Setor Bela Vista, Goiânia/GO;

3- Elizabete Helena Maciel da Silva Almeida, brasileira, casada, técnica em estruticultura, portadora da CI 15.619.6113 SSP/SP e inscrita no CPF 051.408.508-85, residente e domiciliada na Rua S-5, nº 141, apt. 803, Edifício Palma de Maiorca, Setor Bela Vista, Goiânia/GO e Rua 15, 2160, Setor Marista, Goiânia/GO;

4- Jerson Maciel da Silva Júnior, brasileiro, casado, empresário, portador da CI 19148143 SSP/SP e CPF 094.149.208-70, residente e domiciliado na Rua T-28, nº 171, Residencial Costa do Sauípe, Apt. 1903, Setor Bueno, Rua 15, 2150, Setor Marista e Rua Nápolis, 331, Quadra 04, apt. 702, Residencial El Dourado Goiânia/GO;

5- Patrícia Áurea Maciel da Silva, brasileira, casada, advogada, portadora da CI 24243727-8 - SSP/SP e CPF 150.308.018-80 e endereço na Av. T-13, Qd. 160, Lt. 10/14, Bloco B, apt. 203, Setor Bueno, Goiânia/GO;

6- Jefferson Cavendish Maciel da Silva, brasileiro, solteiro, portador da CI 24243728 - SSP/DF e CPF 212.423.988-05, com endereço na Rua S-5,

141, apt. 803, Setor Bela Vista, em Goiânia/GO;

7- François Thibaut Marie Vicent Van Sebroek, brasileiro, casado, comerciante, portador da CI 8.392.335 - SSP/SP e CPF 870.245.868-34, residente e domiciliado na Rua 3, quadra F, lote 12, Vila São João, Goiânia/GO e Alameda Central, Quadra 10, Chácara 42, Centro, Senador Canedo/GO;

8- Avestruz Master Agro-Comercial Importações e Exportações Ltda. pessoa jurídica de direito privado, CNPJ com endereço na Rua 15, 2160, Quadra J-20, lote 20, Setor Marista, Goiânia/GO e Rodovia GO-20, Km 48, à direita, Fazenda Chaparral, Bela Vista de Goiás/GO e suas respectivas filiais, com CNPJ cito na Rodovia GO 020, Km 55, à esquerda, Fazenda Macau, em Bela Vista de Goiás e cito na Avenida T-10, quadra 104, lote 60, no Setor Bueno, em Goiânia/GO;

9- Sena Avestruz Criação e Hotelaria Agro Comercial Ltda, CNPJ com endereço no Rancho Dois Irmãos, Km 07, Senador Canedo/GO;

10- Abatedouro Struthio Gold, CNPJ com endereço nas Quadras 03 e 04, Lotes 12/16, no Distrito Industrial em Bela Vista de Goiás/GO e Rodovia GO-020, Km 48, à direita, Fazenda Chaparral, em Bela Vista de Goiás;

11- Avestruz Master Agropecuária e Participações S/A, CNPJ com endereço na Avenida T-10, 499, Sala 05, Setor Bueno, em Goiânia/GO

Dos Fatos

Tramita no juízo da 11ª Vara Federal o Inquérito Policial 661/2004, instaurado com o escopo de investigar possível prática de crime contra o sistema financeiro perpetrado por parte dos administradores das empresas do grupo “Avestruz Master”.

Desde a sua criação, a empresa tem investido em publicidade para atrair aplicadores, o que conferiu um vultoso resultado, caracterizado, sobretudo, pela sua rápida expansão. O principal fator de crescimento do grupo seria o apelo utilizado para persuadir as pessoas a aplicarem nesse negócio em razão da probabilidade de lucros rápidos e altos.

Tal fato chamou atenção das autoridades competentes. Destarte, a constatação da verdadeira natureza da atividade desenvolvida pelo grupo foi feita pela Comissão de Valores Mobiliários — CVM.

Assim, a mencionada instituição constatou que a Avestruz Master vinha captando recursos do público investidor por meio da venda daquilo que ela denominou Cédulas de Produto Rural, em conjunto com a utilização de outros instrumentos

contratuais que asseguravam ao adquirente desse título um direito de remuneração.

É sabido que a oferta ao público de títulos ou contratos de investimento que assegurem aos seus adquirentes um direito de remuneração deve, de acordo com a Lei 6.385/1976, ser submetido a prévio registro na CVM, devendo, igualmente, a empresa emissora estar registrada na CVM como companhia aberta. Segundo a CVM, o escopo de tal registro seria exigir a divulgação das informações sobre a empresa emissora desses títulos, necessárias para que o investidor pudesse tomar uma decisão consciente sobre o investimento ofertado, permitindo uma adequada avaliação dos riscos envolvidos, além de importar na obrigatoriedade de adoção de outras salvaguardas em prol dos interesses do público.

A constatação da verdadeira natureza da atividade desenvolvida pelo grupo foi efetivada pela CVM, o que gerou a Deliberação 473, de dezembro de 2004 proibindo a referida empresa de realizar oferta ao público de CPR representativa de vendas para entrega futura de aves com compromisso de recompra de aves e, ainda, determinou à empresa que se abstinisse de utilizar quaisquer documentos contendo estipulações que pudessem configurar um compromisso de recompra, pela empresa ou por terceiros, das aves alienadas por meio de CPR.

Contudo, em 30 março de 2005, a CVM revelou que fizera uma inspeção na Avestruz Master Agro-Comercial, Importação e Exportação Ltda. e em outras empresas a ela ligadas. Na ocasião, a Comissão constatou que tal empresa e seus revendedores, no momento da negociação das CPR com o público, informavam aos seus adquirentes que, simultaneamente à emissão deste título, era celebrado um contrato de compra e venda das aves com o Abatedouro Struthio Gold Importação, Exportação e Comércio Ltda., pertencente ao grupo, comprometendo-se a comprar tais animais na data do vencimento da CPR, de acordo com a tabela de preços divulgada pela imprensa e na página da Struthio Gold na internet. Tal conduta configurava descumprimento da Deliberação CVM 473.

Em 05 abril de 2005, a CVM voltou a divulgar nova informação ao público para refutar nota divulgada pela Avestruz Master. Dessa vez, após reiterar as notas anteriores, a CVM acrescentou que instaurou inquérito administrativo para apurar a colocação irregular de contratos de investimento coletivo pela empresa Avestruz Master, em razão de infração ao disposto no art. 19 da Lei 8.929/1994. Além disso, a Comissão informou que multou a empresa em decorrência do descumprimento da Deliberação CVM 473 e levou o fato ao

conhecimento do MPF para adoção das providências cabíveis.

Tal fato seria caracterizador do delito inculcado no art. 7º, incisos II e IV, da Lei 7.492/1986.

Se não bastasse isso, os cidadãos foram bombardeados com uma publicidade ostensiva sobre o suposto sucesso do empreendimento, propagando-se uma imagem de empresa próspera e sólida, em que pese não se ter notícia de ter havido qualquer transação com o mercado interno e externo das aves, e com a possibilidade de aferir rendimento exorbitante com o comércio das aves, algo que poderia ultrapassar o patamar de 11,06% ao mês, padrão considerado elevadíssimo em comparação a outros investimentos no mercado financeiro. O que não sabiam era da ainda inexistência de um mercado nacional ou internacional para recepção das avestruzes.

Com efeito, diariamente, o grupo publicava uma cotação, cuja base técnica é desconhecida, para os diversos tipos de casais de avestruzes comercializados. O intuito era fazer crer no investidor que aquele valor seria o recebido por ele na data final do contrato. O alegado mercado para exportação nunca pôde ser aferido, pois sequer uma ave foi abatida desde o início das atividades do grupo. Logo, nunca houve animal apto a ser exportado.

Como, então, sustentar um empreendimento com retorno exorbitante a seus investidores, mas com um mercado apenas potencial para o recebimento das aves? É praticamente impossível. Destarte, nada mais que esperada a derrocada do empreendimento, com um conseqüente prejuízo aos consumidores que pode chegar às cifras dos bilhões, como ocorreu com as Fazendas Reunidas Boi Gordo, onde o prejuízo ultrapassou R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais). Destarte, resta claro que, por meio da exploração dos meios de comunicação, os imputados obtiveram ganhos ilícitos em detrimento de um número indeterminado de pessoas mediante um processo absolutamente fraudulento, fato caracterizador, outrossim, do delito inculcado no art. 2º, IX da Lei 1.521/1951 ou, até mesmo, do art. 171 do Código Penal.

Noutro giro, é importante ressaltar que, paralelamente às providências adotadas pela CVM, o Ministério Público Federal requereu a esse juízo diversas medidas investigativas voltadas ao esclarecimento da origem dos vultosos recursos movimentados pelos sócios e pelas empresas do grupo Avestruz Master.

A partir das respostas enviadas em consequência dos pedidos formulados, foram obtidas as informações pertinentes às movimentações finan-

ceiras de cada um dos envolvidos. O resultado foi espantoso.

Conforme se pode observar dos dados descritos nos Autos 2005.35.00.006012-7, os valores movimentados pelos sócios e pelas empresas mostram-se incoerentes. Tais informações não deixam dúvidas da grandeza do volume de recursos captados pelo grupo da Avestruz Master.

Só para se ter uma idéia, apenas uma das empresas do grupo, a Avestruz Master Agro-Comercial – Importação e Exportação Ltda. movimentou, em 2004, mais de 340.000.000,00 (trezentos e quarenta milhões de reais). Interessante frisar que, ao todo, são mais de 40 (quarenta) empresas pertencentes ao grupo.

Pois bem, diante desses números alarmantes, bastante sugestivos da prática de lavagem de dinheiro, o *parquet* Federal requereu o rastreamento e monitoramento das contas bancárias dos principais envolvidos.

Apesar da medida ter sido prontamente deferida, o Banco Central, responsável pela sua execução, até o presente momento, não concluiu o trabalho, não tendo sequer apresentado os relatórios parciais exigidos.

Importa esclarecer que o rastreamento em andamento tem como escopo a obtenção de prova inequívoca da ocultação, por parte dos representantes das empresas do grupo, dos valores captados de maneira fraudulenta junto aos investidores, assim como visa identificar o destino final financeiro de tais recursos.

Devido ao atraso no envio do resultado do monitoramento bancário e acreditando poder haver por parte do responsável majoritário das empresas boa-fé, o Ministério Público Federal celebrou com o Sr. Jerson Maciel da Silva um Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, no qual a Avestruz Master se comprometeu a informar adequadamente aos investidores a proibição da empresa de garantir a recompra dos animais negociados. No mesmo documento, a empresa assumiu o compromisso de providenciar o seu registro junto à CVM.

Passados apenas cinco meses da assinatura do referido TAC, na data de 04 de novembro do corrente ano, a Avestruz Master, em comunicado dirigido à imprensa goiana, informou ter suspenso suas atividades em razão de problemas na transmissão de dados entre a empresa matriz e suas filiais. Nem os empregados da empresa tiveram acesso aos seus locais de trabalho.

Entretanto, para justificar a paralisação em Uberlândia e na Bahia, a mencionada empresa alegue problemas de outra natureza, tais como

transtornos oriundos da transferência da empresa de limitada para sociedade anônima.

Apesar de nos mencionados comunicados, a empresa ter afirmado a sua intenção de restabelecer suas atividades na data de 07 de novembro, não é necessário ser um *expert* para se ter certeza da falta de veracidade da informação.

Ora, o grupo Avestruz Master tem como fonte captadora dos recursos indispensáveis à operacionalização de suas atividades a credibilidade dos investidores, sem a qual não há como o negócio subsistir.

Pode-se concluir, também, ao ter paralisado suas atividades sem dar explicações claras e contundentes, a empresa deu sinais explícitos da sua intenção de não mais abrir as portas e, com isso, dar o maior calote financeiro já visto neste Estado. Analisando a trajetória percorrida pelo grupo, está claro que assinatura dos TACs com o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Goiás foi mais uma manobra dos responsáveis pelas empresas para ganhar tempo e, com isso, captar mais recursos de terceiros.

Ora, se os responsáveis pelo grupo decidiram “suspender” suas atividades às vésperas de ter seu pedido de registro junto à CVM analisado é porque tinham certeza do seu indeferimento. Do contrário, jamais teriam agido de maneira tão imprudente, principalmente considerando que se o registro fosse deferido, a Avestruz passaria a poder garantir a recompra dos animais negociados.

Outrossim, é público e notório nesta capital que, após o empreendimento delituoso, os requeridos, especialmente o Sr. Jefferson Cavendish Maciel da Silva, com os recursos adquiridos com o ilícito, começaram a ostentar um vultoso patrimônio, inclusive com a aquisição de grande quantidade de veículos (majoritariamente importados), aeronaves, imóveis e, possivelmente, jóias e objeto de arte. Resta luzente, portanto, que seus bens foram adquiridos com a prática ilícita.

Por outro lado, diante do quadro que se afigura, as pessoas jurídicas referentes às empresas pertencentes ao grupo Avestruz Master estariam, ao que tudo indica, escudando as atividades ilícitas de seus sócios. Tal fato violenta o significado da empresa como entidade que produz e faz circular riquezas, além de gerar empregos. Ora, o sistema jurídico-econômico não se compadece de estratégias que visam dissimular atividades ilícitas com graves lesões à sociedade.

Portanto, a medida cautelar de seqüestro dos bens móveis da empresa é necessária, vez que, ao buscar bens da empresa, quando esta foi instrumento do crime, atinge-se os responsáveis, aqueles

que serão acusados pela prática dos delitos.

Ressalte-se que alegar ser o patrimônio da pessoa jurídica distinto do patrimônio de seus sócios é procurar furtar-se à aplicação da norma penal, porque, em realidade, estão sendo imputados aos sócios a prática de delitos praticados enquanto administradores da sociedade. Destarte, se o meio para a prática do ilícito é a pessoa jurídica, então é o caso de se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, porque os sócios responsáveis locupletaram-se por meio da empresa, em detrimento, sobretudo, de um número indeterminado de pessoas. Com efeito, não se trata de atividade empresarial legítima, mormente quando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e seu patrimônio distinto dos sócios não existe para que estes possam ocultar ilícitos penais.

Portanto, além dos bens em nome das pessoas físicas, os bens móveis, veículos pertencentes à pessoa jurídica também deverão ser objeto de seqüestro.

Das Medidas Assecuratórias

A Lei 9.613/1998, em seu art. 4º, dispõe que o juízo poderá decretar o seqüestro de bens, direitos e valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos no mesmo diploma legal.

Nesse aspecto, a apreensão e o seqüestro dos bens constituiriam meios para eficientes tanto de prevenção como de repressão ao delito de lavagem de dinheiro, além de garantirem interesses do Estado ligados à proteção da saúde econômico-financeira e aos das vítimas da infração quanto a possíveis ressarcimentos.

Destarte, a lei autoriza o seqüestro dos bens, direitos e valores do investigado, ou existentes em seu nome, desde que existam indícios suficientes da ocorrência do crime antecedente e da autoria do crime de lavagem.

No caso vertente, já restou demonstrado alhures a prática, em tese, do delito do art. 7º, II e IV, da Lei 7.492/1986, antecedente do crime de lavagem de dinheiro, como também indícios de possível prática do delito da Lei 9.613/1998. Outrossim, como acima demonstrado, a pequena fortuna acumulada pelo grupo é produto da venda ilegal de valores mobiliários. Portanto, são bens de procedência ilícita e seu seqüestro é medida que se impõe.

Mesmo que se entenda não ser possível tal medida assecuratória com fulcro na lei de lavagem de capitais, o Código de Processo Penal assegura a possibilidade do seqüestro e arresto dos bens, observados o art. 125 e seguintes do Código de Processo Penal. Vejamos.

Convém, assim, discorrer acerca dos requisitos ensejadores da medida acautelatória de seqüestro, quais sejam:

1) bens seqüestráveis imóveis ou móveis;

2) existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens adquiridos (art. 126 do CPP).

In casu, como já assentado, ambas as condições para o deferimento dessa medida cautelar encontram-se satisfeitas, notadamente no que diz respeito aos indícios, sobre os quais assim pondera Eduardo Espínola Filho:

é admissível que se efetive o seqüestro ainda quando apenas indícios veementes existam; não se reclama prova plena de terem procedência ilícita (Código de Processo Penal Anotado, Ed. Rio, 1980, p. 377).

Note-se que indícios veementes são aqueles criadores de forte suspeição contra os requeridos.

Por outro lado, no que concerne a bens móveis indeterminados e adquiridos de forma fraudulenta, como jóias, obras de arte ou, até mesmo, valores em espécie, resta necessária a apreensão, tudo com fulcro no art. 132 do Código de Processo Penal, dispositivo este aplicável, outrossim, aos delitos de lavagem de dinheiro, conforme art. 4º, *caput*, da Lei 9.613/98. Urge ressaltar que, neste caso, devem-se observar as regras insculpidas nos arts. 240 a 250 do CPP.

Destarte, nesse caso, a decretação do seqüestro e indisponibilidade dos bens dos requeridos visa a assegurar a perda em favor da União dos bens que constituam proveito do crime, mormente quando pode haver a dilapidação ou o desvio do patrimônio dos investigados, como forma de frustrar a reparação de tal medida. Em resumo: busca-se garantir a real efetivação das conseqüências secundárias da sentença penal condenatória.

Há de se ressaltar não se configurar o seqüestro prévio ato de supressão patrimonial dos requeridos, tendo natureza meramente assecuratória, cautelar, uma vez que não compreendem atos de excussão de bens do acervo patrimonial, mas sim simples medidas de apontamento e reserva de prioridade para fins, outrossim, de satisfação futura de dívida difusa. Com a medida pretende-se simplesmente garantir a preservação das *res*, a fim de que elas não desapareçam ou sejam utilizadas para fins contrários ao interesse do Estado.

Tal medida, em sendo deferida, nenhum gravame causará aos requeridos, por ora; todavia, estará a resguardar o interesse público na satisfação do dano causado pelos delitos e na perda dos adquiridos com proveito do crime à União.

Outrossim, como já aventado no item anterior e a fim de conferir a máxima eficácia à medida assecuratória, faz-se imperativa a extensão do sequestro sobre os bens componentes do capital social da empresa, ou seja, sobre todo o acervo patrimonial da pessoa jurídica, o qual constitui o lastro econômico da participação social dos requeridos na pessoa jurídica.

Vale dizer, as quotas sociais somente possuem expressão econômica, material, enquanto subsistirem hígidos os bens da sociedade. Dessa sorte, é de ser estendida a cautelaridade sobre as benfeitorias e acessões fincadas no bem de raiz onde situadas as empresas, bem como, e principalmente, sobre todos os bens móveis, veículos e caminhões estacionados nos pátios das respectivas empresas.

Da mesma forma, observa-se, da análise dos documentos encaminhados pela Secretaria da Receita Federal e pelo COAF (processo 2005.35.00.006012-7), que os requeridos, a despeito da falta de completude das informações bancárias constantes dos autos, possuem vultosa movimentação bancária em diversas instituições financeiras.

Dessa sorte, considerando que as informações fiscais não especificam as agências bancárias e respectivos números de contas correntes, faz-se impositiva a requisição de bloqueio dos ativos financeiros mantidos em contas-correntes, aplicações, fundos de ações, poupança, *comodities*, e quaisquer outros investimentos mantidos pelos requeridos diretamente para os setores responsáveis pelo atendimento das requisições judiciais mantidos pelos referidos bancos, mediante ofício, sob a cominação da pena de cometimento de crime de desobediência na hipótese de falta de atendimento da requisição.

Com o escopo de agilizar a requisição e conferir máxima efetividade à medida constritiva, é de bom alvitre que a determinação de bloqueio dos ativos financeiros seja comunicada, de igual modo, pelo sistema "Bacenjud".

Dos Requisitos para Concessão da Medida e do Segredo de Justiça

Por fim, resta demonstrado o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* para a concessão da medida assecuratória.

Com efeito, a fumaça do bom direito é caracterizada pela prática em tese dos delitos ora apresentados, bem como pelo acúmulo de vultoso capital com a exploração da atividade ilícita.

O perigo da demora está claro. Com a suposta quebra do empreendimento, a tendência é a dilapidação dos bens, para, sobretudo, evitar

o ressarcimento às vítimas e a perda em favor da União.

Ademais, em se tratando de medida assecuratória criminal, marcada, indelevelmente, na sua ontologia, pela imprescindibilidade de tramitação sigilosa, com o escopo de conferir máxima efetividade na constrição dos bens, o feito deve tramitar, até o cumprimento das medidas, sob sigilo, com a finalidade, sobretudo, de evitar que os requerentes se orquestrem na ocultação da *res*, furtando-se da eficácia da ordem que se espera deferida.

Dos bens a serem seqüestrados, arrestados, indisponibilizados, apreendidos, bloqueados:

a - JERSON MACIEL DA SILVA:

I - MMC/L200 4X4 GL, cor prata, ano 2000, placa KEF-4223 (AQ.: 19 mai 03; Prop. Ant.: Aluizio Medeiros C. de Oliveira);

II - arma marca Taurus, espécie pistola, cadastrado no SINARM em 2003 com registro KJV92167;

III - jóias, obras de arte, numerários em espécie, títulos, escritura de imóveis, todos encontrados em sua residência;

IV - bloqueio de suas contas correntes;

V - demais bens encontrados em seu nome.

b - MARIA DO CARMO AMARO ROCHA:

I - Mini Cooper Conversiv, cor verde, ano 2004, placa NGN-1950 (AQ.: 05 mai. 05; Prop. Ant.: Forest Trade Com. Ser. Imp. Exp. Ltda.);

II- jóias, obras de arte, numerários em espécie, títulos, escritura de imóveis, todos encontrados em sua residência;

III- bloqueio de suas contas correntes;

IV- demais bens encontrados em seu nome.

c - ELIZABETE HELENA MACIEL DA SILVA ALMEIDA:

I - I/JEEP GCHEROKEE 2.7L TD, cor prata, ano 2003, placa KEC-1230 (AQ.: 24 nov. 04; Prop. Ant.: Samir Aji Kounboz);

II - arma marca Taurus, espécie pistola, cadastrado no SINARM em 2003 com registro KVC63778;

III - jóias, obras de arte, numerários em espécie, títulos, escrituras de imóveis, todos encontrados em sua residência;

IV- bloqueio de suas contas correntes;

V- demais bens encontrados em seu nome.

d - JERSON MACIEL DA SILVA JÚNIOR:

I - GB/Blazer Executive, cor preta, ano 1997, placa KDH-6006 (AQ.: 17 jan. 03; Prop. Ant.: Jus-sara de Barros);

II - FORD/KA GL, cor branca, ano 2000, placa KEF-2757 (AQ.: 19 jul. 02; Prop. Ant.: Reinaldo Siqueira Barreto);

III - I/JEEP GCHEROKEE LIMITED, cor preta, ano 2000, placa LNF-8555 (AQ.: 17 jun. 04; Prop. Ant.: JRC Asseio e Conservação Ltda.);

IV - I/BMW X5 FB31, cor preta, ano 2001, placa JOS-3553 (AQ.: 15 mar. 05; Prop. Ant.: Luiz Otávio Vargas Dumont);

V - arma marca Imbel, espécie pistola, cadastrado no SINARM em 2002 com registro 32593;

VI - arma marca Glock, espécie pistola, cadastrado no SINARM em 2002 com registro EFS902;

VII - arma marca Cbc, espécie carabina, cadastrado no SINARM em 2003 com registro ECG 143065;

VIII - jóias, obras de arte, numerários em espécie, títulos, escrituras de imóveis, todos encontrados em sua residência;

IX - bloqueio de suas contas correntes;

X - demais bens encontrados em seu nome.

e - PATRÍCIA ÁUREA MACIEL DA SILVA:

I - CITROEN/XSARA PICASSO EX, cor vermelha, ano 1993, placa NFF-4049 (AQ.: 12 set. 03; Prop. Ant.: Liberte Veículos Ltda.);

II - I/M.BENZ C180K, cor prata, ano 2002, placa JUR-9009 (AQ.: 30 mar. 05; Prop. Ant.: Safra Leasing S/A AR. Mercantil);

VIII - jóias, obras de arte, numerários em espécie, títulos, escrituras de imóveis, todos encontrados em sua residência;

IX - bloqueio de suas contas correntes.

f - JEFFERSON CAVENDISH MACIEL DA SILVA:

I - JTA/SUZUKI GSX 1300 R, cor preta, ano 2001, placa KEO-5775 (AQ.: 07 out. 04; Prop. Ant.: Avenir Gomes Rodrigues Júnior);

II - AUDI/A3 1.8T, cor preta, ano 2000, placa DDB-2887 (AQ.: 02 jul. 04; Prop. Ant.: Ramires Tosatti Júnior);

III - EB/LANA PEGASUS, cor branca, ano 2003, placa NFE-2380 (AQ.: 09 out. 03; Prop. Ant.: Durão Carretas e Engates);

IV - REB/LANA PEGASUS, cor branca, ano 2004, placa NFT-3680 (AQ.: 28 out. 04; Prop. Ant.: Waldir L. dos Passos);

V - I/Porsche Cayenne Turbo, cor prata, ano 2004, placa AQW-0070 (AQ.: 25 fev. 05, Prop. Ant.: DWA Serviços de Processamentos);

VI - jóias, obras de arte, numerários em espécie, títulos, escrituras de imóveis, comprovante de aquisição de bens, todos encontrados em sua residência;

VII - bloqueio de suas contas correntes.

g - FRANÇOIS THIBAUT MARIE VICENT VAN SEBROEK:

I - I/FORD RANGER XL 13D, cor verde, ano 2001, placa KES-0750 (AQ.: 31 ago. 04; Prop. Ant.: Josias Chaves de Amorim);

II - HONDA/C 100 BIZ ES, cor vermelha, ano 2005, placa NFO-6151 (AQ.: 02 fev. 05; Prop. Ant.: Moto For Dist. Honda Ltda.);

III - jóias, obras de arte, numerários em espécie, títulos, escrituras de imóveis, comprovantes de aquisição de bens, todos encontrados em sua residência;

IV - bloqueio de suas contas correntes.

h - AVESTRUZ MASTER AGRO-COMERCIAL IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES LTDA:

1. Gleba de Terra, com área de 24 alqueires e 68,93 litros, localizada no município de Bela Vista de Goiás e regularmente inscrita no Cartório de Registro de Imóveis sob o número 9.638;

2. Gleba de Terra, com área de 13 alqueires e 58,85 litros, localizada no município de Bela Vista de Goiás e regularmente inscrita no Cartório de Registro de Imóveis sob o número 8.435;

3. Gleba de Terra, com área de 02 alqueires, localizada no município de Senador Canedo e regularmente inscrita no Cartório de Registro de Imóveis sob o número 2.596;

4. Gleba de Terra, com área de 4 alqueires, localizada no município de Bela Vista de Goiás e regularmente inscrita no Cartório de Registro de Imóveis sob o número 8.035;

5. Gleba de Terra, com área de 18 alqueires e 10,71 litros, localizada no município de Bela Vista de Goiás e regularmente inscrita no Cartório de Registro de Imóveis sob o número 9.769;

6. Gleba de Terra, com área de 53 alqueires, localizada no município de Bela Vista de Goiás e regularmente inscrita no Cartório de Registro de Imóveis sob o número 9.467;

7. M. BENZ/L 1218R, cor azul, ano 2000, placa KEB-8434 (AQ.: 04 mai 04; Prop. Ant.: Jorcelino José de Almeida Neto);

8. GM/S10 2.8 D, Cor prata, ano 2001, placa KEG-4221 (AQ.: 25 nov 03; Prop. Ant.: Newton da Silva);

9. HONDA/CG 125 TITAN KSE, cor vermelha, ano 2002, placa KEM-7344 (AQ.: 27 fev 04;

Prop. Ant.: Marcelia Ângela Manfrim);

10. I/JEEP GCHEROKEE LIMITED, cor marrom, ano 2000, placa DDL-8898 (AQ.: 26 mar 04; Prop. Ant.: Soalgo-Sociedade de Arm. Gerais);

11. GM/S10 EXECUTIVE 2.8 4X4, cor prata, ano 2003, placa KES-8252 (AQ.: 03 mar 05; Prop. Ant.: Rogério Carvalho de Oliveira);

12. FORD/F350 G, cor prata, ano 2003, placa KEW-0246 (AQ.: 06 jan 04; Prop. Ant.: Vicente Gomes Loc de Snooker MA);

13. I/TOYOTA HILUX 2CDL DX, cor branca, ano 2003, placa NFF-1980 (AQ.: 05 ago 04; Prop. Ant.: Jarbas Ribeiro de Pádua);

14. MMC/L200 4X4 GLS, cor prata, ano 2003, placa NFM-3909 (AQ.: 08 nov 03; Prop. Ant.: Cotril Motors Ltda.);

15. HONDA/CG 125 TITAN KS, cor verde, ano 2002, placa HSW-7766 (AQ.: 25 mai 04; Prop. Ant.: Maria Luzia Ferreira);

16. HONDA/CG 125 TITAN ES, cor preta, ano 2003, placa NFK-1718 (AQ.: 17 dez 04; Prop. Ant.: Thiago Reis da Costa e Silva);

17. NISSAN/FRONTIER 4X2 SE, cor cinza, ano 2004, placa NFD-4992 (AQ.: 30 jan 04; Prop. Ant.: Akari Motors Comércio de Veículos Ltda.);

18. VW/KOMBI, cor branca, ano 2004, placa NFC-4323 (AQ.: 01 mar 04; Prop. Ant.: Saga S/A);

19. REB/MUTIRAO CME EX, cor azul, ano 2004, placa NFD-1463 (AQ.: 03 mar 04; Prop. Ant.: Rei do Engate Ind. e Com. Ltda.);

20. I/M.BENZ 313 CDI SPRINTERM, cor fantasia, ano 2003, placa NFE-7713 (AQ.: 03 mar 04; Prop. Ant.: Uberlândia Caminhões e Ônibus Ltda.);

21. HONDA/CG 125 TITAN KS, cor vermelha, ano 2003, placa JJR-5914 (AQ.: 28 mai 04; Prop. Ant.: Lindomar Rodrigues de Araújo);

22. HONDA/XR 250 TORNADO, cor vermelha, ano 2003, placa MVW-5139 (AQ.: 19 out 04; Prop. Ant.: Eutérpio Borges Sobrinho);

23. FIAT/FIORINO IE, cor branca, ano 2004, placa NFE-4467 (AQ.: 08 jul 04; Prop. Ant.: Ceval Cecílio Veículos Ltda.);

24. FIAT/UNO MILLE FIRE, cor branca, ano 2003, placa JGI-2657 (AQ.: 12 ago 04; Prop. Ant.: Quality Aluguel de Veículos Ltda.);

25. FIAT/UNO MILLE FIRE, cor branca, ano 2003, placa JGI-2527 (AQ.: 12 ago 04; Prop. Ant.: Quality Aluguel de Veículos Ltda.);

26. TOYOTA/COROLLA XLI16VVT, cor preta, ano 2004, placa NFR-0188 (AQ.: 25 jan 05; Prop. Ant.: Vanderlei de Sousa Lima);

27. VW/GOL 1.6 POWER, cor cinza, ano 2004, placa DKP-5541 (AQ.: 07 out 04; Prop. Ant.: José Sinval de Jesus);

28. VW/GOL 1.6 RALLYE, cor preta, ano 2004, placa NFJ-1955 (AQ.: 10 dez 04; Prop. Ant.: Sublime Serviços Gerais Ltda.);

29. I/FORD RANGER XLS 13F, cor prata, ano 2004, placa NGG-5550 (AQ.: 03 dez 04; Prop. Ant.: Morada Empreendimentos Imobiliária);

30. VW/GOL 1.6 POWER, cor prata, ano 2004, placa KEB-8434 (AQ.: 10 dez 04; Prop. Ant.: Sublime Serviços Gerais Ltda.);

31. FORD/F1000, cor amarela, ano 1984, placa BFP-8524 (AQ.: 18 nov 04; Prop. Ant.: Bombas Rio Preto Ltda. ME);

32. VW/GOL 1.6 POWER, cor prata, ano 2004, placa NFN-3887 (AQ.: 05 jan 05; Prop. Ant.: Laboratório Químico e Farm. Acti.);

33. HONDA/CG 150 JOB, cor vermelha, ano 2004, placa NFK-3361 (AQ.: 05 jan 05; Prop. Ant.: Motofor Automóveis Ltda.);

34. VW/GOL 1.6 POWER, cor preta, ano 2004, placa DHR-3491 (AQ.: 06 mai 05; Prop. Ant.: Rogério Soares da Cruz);

35. VW/KOMBI LOTAÇÃO, cor branca, ano 2005, placa NFO-6683 (05.020.463/0003-09) (AQ.: 28 abr 05; Prop. Ant.: Govesa);

36. HONDA/CG 150 JOB, cor vermelha, ano 2005, placa NFP-5143 (05.020.463/0003-09) (AQ.: 17 mai 05; Prop. Ant.: Moto For);

37. um avião Sêneca III, registro PT - VOL, avaliado em torno de US\$ 250.000,00 (Duzentos e cinquenta mil dólares), adquirido em fevereiro de 2005;

38. um Helicóptero Modelo Robinson RH 44, prefixo PT-YPV, registro nº 15.159, adquirido em 23 de setembro de 2005;

39. benfeitorias e acessões fincadas no bem de raiz onde situadas as empresas, bem como sobre todos os bens móveis, veículos e caminhões estacionados nos pátios da empresa e suas respectivas filiais;

40. bloqueio de suas contas correntes.

i - SENA AVESTRUZ CRIAÇÃO E HOTELARIA AGRO COMERCIAL LTDA, ABATEDOURO STRUTHIO GOLD, AVESTRUZ MASTER AGROPECUÁRIA E PARTICIPAÇÕES S/A;

1 - benfeitorias e acessões fincadas no bem de raiz onde situadas as empresas, bem como sobre todos os bens móveis, veículos e caminhões estacionados nos pátios da empresa e suas respectivas filiais;

2 - bloqueio de suas contas correntes.

Pedidos

Posto isso, com base nas razões acima expostas, para garantir, em caso de condenação, o perdimento dos bens em favor da União, requer o Ministério Público Federal, liminarmente, *inaudita altera parte*, já que a oitiva preliminar da requerida pode fatalmente inviabilizar o cumprimento das medidas preventivas ora pleiteadas:

a - a imediata determinação da apreensão, seqüestro e indisponibilidade dos bens acima enumerados, oficiando-se aos respectivos Cartórios de Registro de Imóveis e Departamento de Trânsito, bem como aos demais órgãos competentes para que estes procedam a sua anotação;

b - com fulcro no art. 132 c/c art. 240 e seguintes do Código Penal, a busca e apreensão nas residências dos requeridos de numerários, jóias, objetos de arte, títulos, escrituras de imóveis, comprovantes de aquisição de bens, bem como demais objetos de valor, devendo a autoridade ser exortada a observar o inciso XI do art. 5º da Carta Política, bem como o disposto no art. 245 do CPP. Após a apreensão, sejam depositados os valores junto à CEF em conta que fiquem a disposição do Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás;

c - o seqüestro das benfeitorias e acessões fincadas no bem de raiz onde situadas as empresas, bem como de todos os bens móveis e sobre todos os bens móveis (sic), veículos e caminhões estacionados nos pátios da empresa e suas respectivas filiais, nomeando, com relação aos veículos, maquinários e demais objetos necessários ao funcionamento das empresas, os sócios como depositários fiéis;

d - Requer que tais medidas sejam cumpridas por oficiais de justiça, devidamente acompanhados pela autoridade policial;

e - expedição de ofícios:

e.1 - aos Cartórios de Registro de Imóveis do Estado de Goiás, por meio da respectiva Corregedoria-Geral de Justiça, a quem cabe supervisioná-los, para que emitam certidões que comprovem a existência de bens imóveis, e caso haja bens em nome dos Requeridos, não efetuem nenhuma transferência deles até segunda ordem judicial, registrando-se na respectiva matrícula a existência do bloqueio judicial;

e.2 - aos Cartórios de Notas dos Estados de Goiás, por intermédio da respectiva Corregedoria-Geral de Justiça, a quem cabe supervisioná-los, para que encaminhe cópia de todas as escrituras públicas de compra e venda, de doação, de permuta de bens, de procuração para venda de bens (pro-

curação em causa própria), de procuração para administração de bens ou de negócios e de procuração para movimentação de contas bancárias em que os requerentes figurem como outorgantes ou outorgados;

e.3 - ao Detran do Estado de Goiás para que não efetue nenhuma transferência de veículos por acaso existente em nome dos Requeridos;

f - a decretação do bloqueio de todos os ativos financeiros mantidos em contas-correntes, aplicações, fundos de ações, poupança, *comodities*, além de outros investimentos mantidos pelos requeridos, bem como depósitos, créditos, títulos, valores mobiliários, ações, moeda estrangeira, que se encontrem em nome dos requeridos, depositados ou custodiados à qualquer título em instituições financeiras, determinando-se o imediato bloqueio dos saques, resgates, retiradas, pagamentos, compensações e quaisquer outras operações que impliquem em liberação de valores, devendo ainda os saldos porventura existentes, bem assim os que vierem a existir, serem transferidos para a Caixa Econômica Federal, em conta que fiquem à disposição do Juízo da 11ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás. Para fins de agilizar a requisição e conferir máxima efetividade à medida constritiva, é de bom alvitre a identificação das contas bancárias e a determinação de bloqueio dos ativos financeiros seja comunicada, de igual modo, pelo sistema “Bacenjud”;

g - a procedência do pedido, para o fim de decretar o seqüestro, o arresto, bloqueio e a indisponibilidade de todos os bens móveis e imóveis de propriedade dos Requeridos;

h - seja vedada a publicização no sistema de *internet* das fases processuais do presente feito, mantendo-as ocultas e inacessível o acesso ao seu número, decretando-se Segredo de Justiça (fls. 423/439 – cópia nos autos).

Apreciado em plantão, foi assim decidido:

O Ministério Público Federal, pelos Procuradores da República que assinam a inicial, vem a este juízo, durante o plantão, requerer o seqüestro e indisponibilidade de bens, direitos ou valores de Jerson Maciel da Silva e outros.

Indica o MPF que os requeridos são do grupo “Avestruz Master” e estão praticando crime contra o sistema financeiro, capitulado no art. 7º, II e IV, da Lei 7.492/1986. Assevera que o grupo está obtendo ganhos ilícitos em detrimento de um número indeterminado de pessoas através de um processo fraudulento. Informa que os membros do grupo estão ostentando um vultoso patrimônio, adquirindo vários bens, com os recursos adquiri-

dos através de práticas delituosas.

Assim sendo, pede a medida cautelar de seqüestro de bens da empresa, como também a indisponibilidade e a busca e apreensão de bens.

Junta os documentos de fls. 19-154.

É o breve relato.

Decido.

Em primeiro lugar, determino que este processo tramite de forma sigilosa, nos termos do pedido do MPF.

Como é cediço, para a concessão de medidas cautelares, tanto no processo civil, como no processo penal, é mister a ocorrência dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

No caso presente, há realmente fortes indícios da prática de crime contra o sistema financeiro por parte da “Avestruz Master”, como, aliás, se infere do inquérito policial em tramitação na Polícia Federal e na fiscalização da CVM. A princípio, parece que os requeridos estão mesmo captando recursos no mercado, sem que tenham o imprescindível registro junto à autoridade competente (art. 7º, II, Lei 7.492/1986) e sem que haja uma autorização prévia da autoridade para atuar no mercado (art. 7º, IV, Lei 7.492/1986). Outrossim, como bem assevera o órgão ministerial, podem estar presentes outros delitos, tais como os previstos no art. 2º, IX, da Lei 1.521/1951 e até mesmo o do art. 171 do Código Penal, a serem apurados pelas autoridades competentes.

O art. 125 do CPP indica ser cabível o seqüestro de bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração. Além disso, o art. 126 do diploma processual básico reza que para a decretação do seqüestro é bastante a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens. Não se olvide, ademais, da dicção do art. 132 do CPP de que pode haver seqüestro de móveis nas mesmas condições do art. 126 já mencionado.

A princípio, vejo que tem razão o MPF no seu pleito, eis que há mesmo indício de práticas delitivas e de que o patrimônio dos requeridos resulta do proveito de tais práticas apontadas, *a priori*, como ilícitas.

Não se pode deixar de salientar que há fortes rumores de que o grupo “Avestruz Master” não tem condições de saldar as suas dívidas com os “investidores”, rumores estes agravados pela abrupta e mal explicada paralisação de suas atividades na última sexta-feira. Assim, a medida cautelar ora pleiteada poderá, em tese, servir para o ressarcimento de futuros prejuízos, inclusive à União. Há um perigo de que os requeridos possam dilapidar o patrimônio do grupo, no afã de não quitar as

suas dívidas.

Assim sendo, previstos os requisitos necessários à concessão da medida cautelar, *DEFIRO* o pedido, nos termos do pleiteado pelo requerente, determinando o seqüestro, arresto e busca e apreensão dos bens arrolados às fls. 12-16, deferindo, portanto, todas as medidas requeridas nas alíneas “a” até “f” do pedido inicial.

Providencie a Secretaria de plantão os expedientes necessários à consecução desta decisão liminar.

I. (fls. 578/579 – cópia nos autos).

Alegam os impetrantes ter sido *descumprido* o art. 131-I do Código de Processo Penal, discorrendo:

30.1 Também não se pode olvidar que, com o decurso dos sessenta dias de vigência da medida constritiva, ao teor do art. 131 do CPP, ela, obviamente, perdeu a eficácia, automaticamente. Deveria até mesmo ter sido levantada, de ofício, com a devolução dos bens aos impetrantes.

30.2 Descaberia, assim, sua pura e simples ratificação, como feito pela r. decisão da Autoridade Coatora e o que é pior, nos autos principais, com sério prejuízo aos agravados pelo ato.

30.3 Necessário seria a decretação de novo seqüestro, via procedimento próprio. Nunca a pura e simples ratificação de medida judicial, já de todo ineficaz.

30.4 Ratificar, assim, seria fazer com que uma decisão já ineficaz voltasse a vigorar, após o prazo legal, a ter validade jurídica. Seria ressuscitar o que já estava morto, apenas não sepultado.

30.5 Por isso, também por esse ângulo, impõe-se a cassação da r. decisão da Autoridade Coatora, por não haver possibilidade jurídica de se ratificar ato judicial já ineficaz (fls. 26/27).

Não considero, porém, que o argumento tenha maior relevância, embora seja certo que o art. 131-I do Código de Processo Penal estabelece:

Art. 131. O seqüestro será levantado:

I - se a ação penal não for intentada no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data em que ficar concluída a diligência;

(...)

É que tal dispositivo não impede a ratificação do seqüestro pretensamente caduco, como no caso ocorreu, o que, aliás, destaquei ao denegar a liminar, consoante decisão cuja leitura procedi ao preferir o relatório e a que ora volto a reportar-me.

Apontam os impetrantes vício de forma do seqüestro, formulado na própria denúncia e deferido nos autos da ação penal, como ofensa ao art. 129 do Código de Processo Penal, ponderando a esse fim:

31.1 O pedido de ratificação do seqüestro foi feito na denúncia e, por isso, a r. decisão da Autoridade Coatora, acabou proferida nos próprios autos da ação penal, contrariando a exigência expressa do art. 129 do CPP, de que o seqüestro seja autuado em apartado, formando autos próprios (como, alias, ocorreu no seqüestro decretado na fase de inquérito policial).

31.2 Trata-se, portanto, de mais um vício processual que macula a decisão guerreada, impondo sua cassação.

31.3 O seqüestro, enquanto medida assecutoria, tem procedimento nitidamente incidental, com autuação em apartado, independente do andamento da ação penal.

31.4 Nesse contexto, procedimentalizado erroneamente, o seqüestro ratificado pela r. decisão da Autoridade Coatora apresenta-se, também por esta razão, formalmente irregular; o que impõe, *concessa venia*, a cassação da decisão aqui atacada. E não se trata de questão de somenos importância. Longe disso! Encartado tal procedimento nos autos principais, é fora de dúvida que ficam aqueles que tiverem seus bens constrictos inteiramente engessados, impossibilitados de ver seu recurso subir à segunda instância, posto que o magistrado processante não irá paralisar o feito principal, para dar andamento a uma questão incidente, remetendo os autos à autoridade judicial superior. Isso ocorreu na prática, vez que a apelação aviada pelos réus não teve qualquer movimentação, evidenciando o prejuízo causado pelo ato irregular.” (fls. 27/28).

Registro, de logo, que, ao oferecer a denúncia, o Ministério Público, através de petição em apartado, que intitulou cota denunciial, explicitou:

O Ministério Público Federal ratifica, ainda, reportando-se aos seus fundamentos, o pleito de seqüestro dos bens móveis e imóveis aviado nos Autos de 2005.35.00.020370-4 (ressalvados aqueles que já se encontram sob a responsabilidade do juízo falimentar), na forma dos arts. 125 e 132 do CPP, inclusive os apreendidos pela Polícia Federal, para garantir o seu perdimento e ressarcimento dos investidores lesados pelos denunciados, ao final, pois eles, comprovadamente, dedicam-se à atividade criminosa aqui descrita, não havendo notícias de que desenvolvam qualquer outra atividade econômica — tudo na forma do art. 126 do CPP.

Essa medida cautelar impõe-se, inclusive,

com vistas a impedir a prática do crime previsto no art. 1º da Lei 9.613/1998, vale dizer, à ocultação dos valores provenientes da prática de delito contra o sistema financeiro, se é que tal prática já não se aperfeiçoou.

Da mesma forma, requer seja ratificada a decisão que deferiu o pleito do *parquet* nos Autos 2005.35.00.020370-4 e seja inscrito o seqüestro nos respectivos Registros de imóveis desta capital e Municípios, dos quais devem ser requisitadas informações sobre a existência de bens em nome dos réus ou suas empresas, procedendo à imediata averbação do seqüestro, caso não tenha sido feita.

Ademais, requista seja oficiado o Detran/GO, para que anote, se já não feito, o seqüestro dos automóveis pertencentes aos réus (fl. 186).

Apreciando o pleito, decidiu o impetrado:

Recebida a denúncia, peticiona o Ministério Público Federal seja ratificado o seqüestro decretado por este Juízo, ainda não apreciado. De fato, o pronunciamento foi omissivo quanto ao pleito.

Observa-se que não há fato novo que altere o entendimento já explanado pelo Juízo Plantonista que decretou a indisponibilidade dos bens dos então investigados. Ao revés. O juízo positivo de admissibilidade da peça acusatória reforça a necessidade da medida, tanto mais quando, a despeito da constrição, os acusados continuam a demonstrar sinais exteriores de riqueza, como evidenciam a constante presença de seguranças a sua volta e a apreensão recente (13/02/2006) de veículo luxuoso em sua posse, indicando provável ocultação, em tese, do produto dos crimes.

Diante do exposto, ratifico o seqüestro anteriormente decretado nos autos do Procedimento 2005.35.00.020370-4. (fl. 728 – transcrição feita nas informações).

É certo que o artigo 129 do Código de Processo Penal dispõe:

Art. 129. O seqüestro autuar-se-á em apartado e admitirá embargos de terceiro.

Tal dispositivo, arguem os impetrantes, foi descumprido.

Tal descumprimento, contudo, não gera nulidade insanável, eis que comporta sanatória, nos termos dos arts. 564-IV e 572-II do Código de Processo Penal, que transcrevo:

Art. 564: A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

IV: por omissão de formalidade que constitui elemento essencial do ato.”

Art. 572: As nulidades previstas no artigo 564, III, “d” e “e”, segunda parte, “g” e “h”, e IV, considerar-se-ão sanadas:

II: se, praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim;

Para tanto, basta ao magistrado juntar aos autos originais do seqüestro cópia da cota do Ministério Público e de sua decisão, se é que ainda o não fez, que a irregularidade estará corrigida.

Pertinente, outrossim, para julgamento da causa, ter em conta o estabelecido nos seguintes dispositivos do Código de Processo Penal:

Art. 125. Caberá o seqüestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.”

Art. 126. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens.

Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público.

Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

Art. 137. Se o responsável não possuir bens imóveis ou os possuir de valor insuficiente, poderão ser seqüestrados bens móveis suscetíveis de penhora, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos móveis.

A citação desses artigos é feita para destacar que a decisão impugnada não desbordou dos ditames da lei, em ratificando a medida já decretada, mormente quando se considera o teor da denúncia, da qual destaco:

Por outro lado, a aparente higidez financeira da empresa era mais uma forma fraudulenta de manter os investidores em erro e atrair novos consumidores, com captação de poupança do público, porquanto destes dependiam para continuar seu plano de expansão. As informações sobre a saúde financeira da empresa divulgadas, mesmo veladamente, por meio de apelo publicitário, não correspondiam à realidade. Não existia nenhum controle ou demonstração da capacidade financeira, econômica ou gerencial da empresa, uma vez que, por ausência de registro na CVM, não havia divulgação, para conhecimento do público em geral, de demonstrativos contábeis das empresas e

da forma de administração dos recursos captados.

Destarte, desde o ano de 2004, o conjunto de bens e direitos não superava o conjunto de obrigações da empresa para com terceiros. Além disso, apesar de desejar transparecer o contrário, a atividade principal da empresa não era a venda de aves, mas se resumia, na verdade, preponderantemente, à captação de poupança popular, por meio de oferta pública de instrumentos com características de CIC(s), com promessas de rentabilidade que chegavam a mais de 10 vezes da oferecida pelas cadernetas de poupança. Os juros elevadíssimos se comparados com o mercado nacional ou internacional, fizeram crescer o endividamento da empresa a cada dia. Paralelamente, a criação de avestruzes mostrou-se atividade pouco expressiva.

Com efeito, da análise contábil da empresa (fls. 1490/1523 e fls. 1723/1747), referente aos últimos meses de 2004, não se verificaram custos de produção dos animais e não se apresentou registro ou indício de venda de aves. Outrossim, não havia receitas operacionais pela produção ou comercialização das aves, sendo o ingresso financeiro recebido pela empresa, decorrente, exclusivamente, da captação, cada vez mais volumosa, de recursos de terceiros, tinham quatro destinações:

a- pagamento das aplicações de investidores que venciam (recompra de aves — simples liquidação financeira de contratos ou CPR(s), pois não havia movimento contábil no estoque de aves, notas fiscais emitidas ou pagamento de tributos incidentes);

b- despesas operacionais, dentre as quais se sobressai a de publicidade (só com publicidade gastou-se cerca de R\$ 4.000.000,00 em 2004);

c- pequeníssima parcela dos recursos destinados ao financiamento da atividade de produção de aves;

d- fins não esclarecidos, sendo que, em 2004, os recursos desviados sem contabilização adequada situaram-se na faixa de R\$ 103.950.888,00 (com pretexto de aquisição de aves).

Em resumo: pelos lançamentos contábeis e pela falta de correção entre os montantes apurados de compras de aves e os custos diretos com manutenção de tal atividade, durante o ano de 2004 não foram desenvolvidas atividades típicas de operação no mercado de criação de avestruzes e seus derivados, mas sim características de mera captação de recursos de investidores com promessa de pagamento de valores corrigidos com altas taxas de juros mensais.

Além disso, com o escopo de demonstrar falsa higidez financeira, os denunciados fraudaram diversos resultados econômicos, fazendo

transferências formais de recursos das contas do passivo para contas de receita, dando a transparecer que a empresa tinha bom resultado financeiro, quando, na verdade, possuía passivo crescente (fls. 1490/1523 e fls. 1723/1747). Houve, assim, superavaliação do ativo e subdimensionamento do passivo, gerando patrimônio líquido fraudulentamente apreciado.

Na realidade, a empresa não obteve receitas operacionais, já que os valores registrados como tal constituíam adiantamento de clientes cujos títulos/contratos deveriam ser quitados no futuro. Por sua vez, das sobras de dinheiro entre as entradas (decorrentes da captação) e as saídas (para despesas e para devolução aos aplicadores), a empresa forjava lucro, da qual os denunciados faziam suas retiradas formais, como se lucro houvesse. Da mesma maneira, ao deixar de registrar os custos das mercadorias vendidas e, principalmente, por ter baixado as obrigações da empresa com terceiros — investidores — a empresa provocou o surgimento de passivo subavaliado e um resultado positivo do exercício bem acima do real (isto é, lucro).

Mesmo cientes da situação financeira da empresa, os denunciados continuaram, com a adoção de planos cada vez mais atrativos, a captar poupança popular, iludindo os já investidores e o público em geral quanto à higidez do empreendimento, algo que se acirrou nos últimos meses antes da cessação das atividades da empresa, ocorrido em 04/11/2005.

Nesse período, a captação aumentou vertiginosamente (fls. 1605/1619). Em agosto de 2005, foram captados do público R\$ 291.070.530,00; em setembro R\$ 327.374.491,00; em outubro R\$ 442.938.080,00, entre os dias 01 e 03.11.2005, véspera do inevitável colapso da empresa, houve captação de R\$ 40.632.987,00. Observa-se ter havido, de setembro a outubro, aumento de arrecadação na ordem de mais de R\$ 115.000.000,00, período que coincide com a volta da oferta do plano Masterzinho, bem como o condicionamento do resgate antecipado da CPR, desde que o cliente optasse por reinvestir valor acima de 70% do constante no título, visando a manter os clientes reinvestindo na empresa.

Dessa maneira, para aumentar ainda mais investimentos, inclusive por parte de pessoas de baixa renda, foi oferecido o plano de resgate em 60 (sessenta) dias a partir de agosto de 2005. Já com o escopo de atrair investidores de todas as camadas sociais, os denunciados retomaram o plano Masterzinho, visando ao investimento maior. Assim, se, por exemplo, alguém aderisse ao plano, investiria em aves R\$ 1.680,00 e resgataria, em 90 dias,

o valor de R\$ 2.260,00, o que significaria o retorno de impossíveis 34,52% em três meses, sobre o capital investido.

Em outubro de 2005, um mês antes do fechamento de suas portas, a Avestruz Master passou a estabelecer que quem aplicasse na empresa até o dia 31/10/2005 receberia um cheque pré-datado acrescido de taxa maior de juros, cheque este que seria assinado por Jerson Maciel da Silva.

Outrossim, em 03/11/2005, um dia antes do referido episódio, apesar de Jerson ter realizado uma reunião com a participação dos demais denunciados, na qual foi discutida a dificuldade financeira, continuaram captando recursos por intermédio de seus representantes, informando, inclusive, que a empresa estaria com plano novo, onde, aplicando-se o valor acima de R\$ 100.000,00, em um prazo de 60 (sessenta) dias, teria um rendimento de 12,5% ao mês, sendo que, como garantia, seria entregue um cheque com o valor do montante já acrescido dos juros.

A título de exemplo, em 03/11/2005, o cidadão Antônio de Oliveira Fernandes (fls. 1261/1262) foi convencido a aderir a um novo plano da empresa, que, naquela semana, estava oferecendo 15% de juros ao mês, ao contrário dos 11,28% do período anterior. Para atrair ainda mais a confiança do cliente, o representante, mostrando uma tabela da qual constavam os valores das aves, destacou também ser um investidor e, mesmo sabendo da devolução de alguns cheques por falta de fundos, afirmou ser a empresa financeiramente sadia. Por acreditar já terem sido concluídos 90% das obras do abatedouro e ser a transformação da empresa em uma sociedade anônima garantia maior de estabilidade, o cliente aceitou a oferta e aplicou montante de R\$ 100.000,00, recebendo, em garantia, um cheque pré-datado para janeiro de 2006, com o valor da aplicação acrescido dos juros prometidos.

Mesmo após a data de 04.11.2005, como se nada estivesse acontecendo, continuou existindo o ardiloso incentivo aos já investidores e aos potenciais investidores, buscando, assim, a captação de novos recursos. *Jerson Júnior*, aliás, chegou a utilizar os meios de comunicação, informando que existiam pessoas dispostas a aplicar no grupo. No mesmo sentido, foi enfático ao afirmar que todos os compromissos financeiros seriam cumpridos e que as aves continuariam com o mesmo preço. Tentou-se, mais uma vez, mesmo diante do colapso iminente e inevitável (resultado do projeto economicamente inviável e das fraudes que haviam perpetrado), convencer as pessoas da solidez da empresa, da viabilidade do negócio e da capacidade daquele de arcar com todas as responsabilidades.

Entretanto, verificou-se que a empresa não possuía cobertura alguma para possibilitar o resgate das aplicações de seus clientes, ocasionando, assim, lesão aos investidores.

Com efeito, no sistema de informática do grupo (fls. 1605/1619) constavam três tipos de contratos: Contrato puro e simples, CPR e Anexo de CPR. O total de CPR ou Anexos de CPR registrados como impressos foi de 244.444. Restringindo a consulta a somente CPR(s) são 172.298. Só em Goiás houve mais de 30.000 investidores, sendo em todo o país um total de 45.099. A quantidade de aves comercializadas em contratos em aberto era de 613.874. Foi constatado que o valor captado pela empresa estaria no montante de R\$ 1.182.127.428,00 (quando o investidor utiliza uma CPR vencida para compra de uma nova, já é considerado como sendo um novo investidor, portanto esse valor é contabilizado), enquanto que o valor a ser desembolsado para quitar suas dívidas com CPR(s) corresponde a R\$ 1.655.532.744,00, tendo como referência 25 de julho de 2006 a última data de resgate. Portanto, a empresa comandada pelos denunciados tinha mais de 40.000 clientes e não havia aves para sequer 10% deles.

Chega-se a tal conclusão ao observar que no levantamento efetivado pelo Procon/GO, que recebeu 2.320 reclamações dos consumidores deste Estado, constatou a existência, nas fazendas do grupo, de pouco mais de 38.000 aves e 17.000 ovos, perfazendo um total de pouco mais de 56.000 unidades (fls. 422/423 do Anexo VIII, vl. 02). Portanto, muito inferior ao número de aves efetivamente comercializadas. Em 09/11/2005, a ACAB (Associação dos Criadores de Avestruzes do Brasil) divulgou nota sobre a cotação e o número de aves existentes no plantel nacional, que perfaria cerca de 330.000 avestruzes, número que representa pouco mais da metade de todas as avestruzes comercializadas pela Avestruz Master.

Decerto, os investidores da Avestruz Master aplicaram em papel, não em aves. Assim, a empresa se sustentou, exclusivamente, com a captação de poupança popular, com promessas fraudulentas de rendimentos, para aplicação em suposta atividade produtiva. Como não foi realizada a comercialização de nenhuma ave, tanto no mercado interno, como no externo (apesar de suas propagandas induzirem o público a acreditar na existência de um mercado), o rendimento prometido era mantido exclusivamente com dinheiro dos investidores e não pelo negócio em si. Para justificar os rendimentos oferecidos, a empresa superavaliava suas aves. Na verdade, a divulgação dos valores serviria para indiciar o percentual dos juros a serem percebidos pelos investidores, pois

nenhuma outra empresa do ramo admitia tal avaliação. Ao fim e ao cabo, o conjunto de atos dos denunciados caracterizou, outrossim, o que se costuma denominar no mercado financeiro de “ciranda”, “corrente” ou “pirâmide”, por se tratar de negócio baseado sobre um conjunto crescente de investidores ludibriados, com a expectativa de ganhos irreais e impossíveis de serem gerados pelo funcionamento lícito e regular da economia.

Agindo dessa forma, durante determinado período, a empresa conseguiu pagar a alta lucratividade prometida em decorrência da elevada taxa de juros, atraindo uma gama de novos investidores e, outrossim, induzindo os já investidores a reinvestir na empresa no momento do vencimento de seu contrato/título, possibilitando, com isso, por um certo tempo, que fosse honrado o compromisso. Portanto, o resgate era pago com recursos dos próprios investidores. Chegaria, porém, como de fato chegou, inexoravelmente, o momento em que a esmagadora maioria dos investidores veria seus capitais virar pó, ante a inviabilidade econômica do esquema que os denunciados engendraram e executaram.

Entretanto, em determinado momento, com o pagamento de rentabilidade mensal chegando a mais de 10%, portanto fora dos padrões da situação econômica do país e bem superior ao praticado pelo mercado, as retiradas em curto prazo e o crescimento do passivo deixaram a empresa em situação insustentável. Com o passar do tempo, sem outra fonte de renda, senão a captação de recursos de terceiros, e com o aumento das retiradas evoluindo, somadas às despesas normais para manutenção da empresa, a perda de liquidez do grupo foi inevitável.

Dessa forma, enquanto o fluxo de entrada de capital foi maior que saída, a remuneração restou garantida. Contudo, com a retirada de capital superior ao ingresso, os derradeiros aplicadores na empresa foram lesados. Quem investiu há mais tempo, ganhou com a rentabilidade, até cobrir o capital investido, à custa dos valores aplicados pelos novos investidores. Com efeito, atraídos pela propaganda de retorno financeiro rápido e seguro, as vítimas, de todas as camadas sociais, acabaram por investir em negócio sem lastro. (fls. 175/179 – cópia nos autos).

Sob esse enfoque, a decisão não é manifestamente ilegal, de modo a autorizar, para sua pronta corrigenda, a via do mandado de segurança, que não é substitutivo do pedido de restituição, objetivando demonstrar que os bens apreendidos não podem ser considerados para os fins dos aludidos artigos do Có-

digo de Processo Penal, sendo legítima sua procedência.

Por oportuno, convém registrar que os denunciados, a saber, Jerson Maciel da Silva, Emerson Ramos Correia, Patrícia Áurea Maciel da Silva e Jerson Maciel da Silva Júnior, pelas condutas que se lhes atribuem, foram criminalmente enquadrados nos artigos 6º, combinado com os arts. 1º e 7º da Lei 7.492/1986, 2º, IX, da Lei 1.521/1951 e art. 171 do Código Penal, todos combinados com os arts. 29 e 71, *caput*, deste último, sendo veementes os indícios, conforme o teor da denúncia, de que os acréscimos patrimoniais que eles e suas empresas tiveram, são provenientes das práticas criminosas que se lhes imputa.

Transcrevam-se, a propósito, os tipos de incriminação.

Artigo 1º da Lei 7.492/1986:

Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Artigo 6º da Lei 7.492/1986:

Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonogando-lhe informação ou prestando-a falsamente:

Artigo 7º da Lei nº 7.492/1986:

Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida;

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Artigo 2º, inciso IX, da Lei 1.521/1951:

Art. 2º. São crimes desta natureza:

(...)

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);

(...)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.

Artigo 171 do Código Penal:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Argumentam, todavia, os impetrantes que a decisão impugnada estorva a recuperação judicial das empresas por ela atingidas, impedindo-as de executar o respectivo plano. Daí pedirem sejam esses bens postos à disposição do juízo universal da recuperação, a fim de que, alienados, seja investido o produto da venda na retomada dos negócios do grupo, passando os credores a seus acionistas.

Ocorre que, a despeito de terem comprovado o ajuizamento do pedido de recuperação judicial, cujo processamento foi deferido (fls. 253/256), tendo sido destituída a diretoria da Avestruz Master (fls. 258/268) e nomeado administrador judicial (fl. 270), já tendo, segundo alegam, apresentado plano de recuperação judicial, com demonstrativo de sua viabilidade econômica, para ciência e aprovação dos credores (fls. 308/320), é certo que os impetrantes não demonstraram que o pedido de recuperação judicial tenha abrangido as pessoas físicas ora impetrantes, a saber, Jerson Maciel da Silva, Patrícia Áurea Maciel da Silva e Emerson Ramos Correia, que, naquele feito, já tenha sido realizada a verificação de créditos, relacionados os credores e consolidado o respectivo quadro geral (arts. 7º, 18, 22, I-e-f, da Lei 11.101, de 09/02/ 2005), ou ainda, que tenham sido relacionados e avaliados bens e ativos do devedor, na forma do artigo 53-III da mesma lei, certo que, no plano de recuperação judicial que ofereceram, as empresas limitaram-se a enunciar, sem arrolamento ou discriminação, seus bens (cf. fls. 301-303).

Registro, ainda, por oportuno, que os impetrantes, submetidos à recuperação, não comprovaram haver requerido ao impetrado a restituição de seus bens, devidamente individualizados, para atender à recuperação.

Anoto, por derradeiro, que a ação criminal em curso contra os impetrantes pessoas físicas, bem assim as medidas a ela conexas, não se sujeitam ao art. 6º da Lei 11.101, de 09/02/2005, que dispõe:

A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Em assim sendo, quer porque a decisão hostilizada não é manifestamente ilegal; quer porque não é atingida pelo deferimento do processamento da recuperação judicial; quer porque os impetrantes não demonstraram seu interesse, como acima evidenciado; quer, finalmente, porque o mandado de segurança não é substitutivo do pedido de restituição de coisas apreendidas, ou de eventual embargos de terceiro, julgo extinto o processo, sem apreciação de mérito, com base no art. 267, VI, do Código de Processo civil, impondo aos impetrantes o pagamento das custas.

É o voto.

Aditamento ao Voto Preliminar de Prejudicialidade

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Assim, estou afastando essa relação de prejudicialidade, e já com um novo fato que mais corrobora essa decisão que estou adotando, uma vez que, segundo noticiado no *site* daquela instância judiciária, o Ministro Rafael de Barros Monteiro, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, rejeitou os pedidos da empresa Avestruz Master Agro-Comercial e Investidores e do empresário Gérson Maciel da Silva para consideração do despacho sobre o caso proferido pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no dia 30 de junho. Com a decisão da Presidência do STJ, fica mantido o bloqueio dos bens em contas bancárias do grupo e de seus sócios determinado pela Justiça Federal.

Então, forneço esta informação para justamente corroborar esse encaminhamento que estou dando: que não existe relação de prejudicialidade entre

a decisão do conflito pelo STJ ou a nossa apreciação desta causa. Está sendo questionado um ato do Juiz Federal. Havia uma decisão de uma liminar nesse conflito mandando que o caso fosse decidido pelo Juiz da Recuperação Judicial, e houve esse despacho da Presidência. Também há uma outra notícia de que o próprio Colegiado já confirmou a decisão da Presidência, no sentido de tornar sem efeito essa liminar que fora concedida ao Juízo da Recuperação Judicial, e fica mantido, então, o bloqueio dos bens e contas bancárias do grupo, determinado pela Justiça Federal. Se assim o é, mais uma razão para que se julgue esse fato.

Destaco, de ofício, essa preliminar, Senhor Presidente, porque, a depender da votação, não prosseguimos mais nisso; destaco se prossegue ou não em face do conflito. Levanto de ofício, porque é importante para não ler o voto sem se ter logo uma decisão sobre isso.

Vou situar bem o caso para os colegas entenderem. O que diz o Procurador da República no parecer é que, em face da existência desse conflito de jurisdição entre o juiz federal de Goiás e o juiz da recuperação judicial de Goiás, que está para ser dirimido, se ainda não o foi, pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região, aqui, não apreciasse este mandado de segurança. Trago porque está no parecer do Ministério Público a preliminar de prejudicialidade, e afasto-a, dizendo que a existência ou não do conflito não interfere na revisão que é da competência do nosso Tribunal fazer em relação a atos praticados, decisões tomadas por juiz federal.

Voto Vogal Preliminar de Prejudicialidade

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Senhor Presidente, segundo informação que tenho, prestada pelo Dr. Nelson Gomes da Silva (advogado) — se estiver equivocado, peço a Sua Excelência, que está presente, que faça os necessários esclarecimentos —, esse conflito teria sido decidido em favor do Ministro Humberto Gomes de Barros. Eram duas decisões, uma do Ministro Paulo Medina e uma do Ministro Humberto Gomes de Barros. Eram duas decisões que se conflitavam. Por decisão da Corte do STJ, foi declarado competente para apreciar a matéria o Minis-

tro Humberto Gomes de Barros, que, então, revogou a decisão que tinha sido também proferida sobre o caso, pelo Ministro Paulo Medina. Portanto, este é o conhecimento que tenho da matéria, que está sendo confirmado agora pelo Dr. Nelson Gomes da Silva. Assim, está prevalecendo a decisão proferida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, que entendeu competente para examinar a matéria cada juiz na sua área de atuação. O Magistrado Federal está atuando no exercício de sua jurisdição e, por conseqüência, cabe a este TRF 1ª Região desconstituir, se o caso, o ato por ele praticado.

Portanto, parece-me que esses elementos são suficientes também para afastar a questão preliminar suscitada, de ofício, pelo eminente Relator.

Voto Vogal* Mérito

A Exma. Sra. Juíza Rosimayre Gonçalves Carvalho Fonseca: — Senhor Presidente, com relação a argumentação da caducidade, foi muito bem afastada, e localizei, inclusive, um precedente do Supremo Tribunal Federal dizendo que é possível a renovação do pedido de seqüestro a partir do momento que se inicia a ação penal. Com relação ao erro procedimental, também perfeitamente sanável e não gera nulidade absoluta.

Com relação ao mérito propriamente, fiz uma separação entre os bens das pessoas físicas e os bens das pessoas jurídicas, pessoas jurídicas que estão em recuperação e pessoas jurídicas que estão em recuperação. Com relação à pessoa física, os fundamentos do mandado de segurança, jurídicos ou econômicos, não se sustentam. Com relação às pessoas jurídicas, foi dito pelo Relator que apenas duas das dez que compõem o grupo estão com bens indisponíveis.

Foi informado da tribuna que houve a formação de uma nova pessoa jurídica e que hoje se pleiteia o levantamento do seqüestro em nome dessa nova pessoa jurídica e das vítimas de todo esse fato antijurídico

que foi bem relatado pelo eminente Relator.

Ao considerar que a finalidade do seqüestro é o instituto, nesse caso, de direito penal, mas de essência civil, resguardar os interesses das vítimas, efetivamente não estou antevendo razão para manter a medida, com relação aos bens da pessoa jurídica em recuperação, porque seria, claramente contrária aos interesses das vítimas investidores. O *periculum in mora*, que fundamentaria essa medida assecuratória no processo penal também, não subsiste neste momento, porque houve esse fato superveniente, que é a busca de se recuperar essa empresa exatamente em prol dos investidores. Estaríamos, então, na contramão do interesse das vítimas mantendo o seqüestro dos bens pertencentes às pessoas jurídicas em recuperação. O receio que motivou, também, a medida, que seria de lapidação do patrimônio, também estando sobre a administração judicial em fase de recuperação do crédito, não mais subsiste. De forma que concludo que a sede efetivamente adequada para todas essas apurações, inclusive viabilidade ou não dessa recuperação da empresa, é no juízo estadual competente, e não vejo, no juízo penal, razões que garantam a manutenção dessa medida assecuratória porque ela estaria absolutamente na contramão dos interesses das vítimas, os investidores. É de se destacar a real necessidade de administração desses bens, porque, se esses bens são seqüestrados pelo juízo criminal e permanecem sem uma administração, há bens móveis e imóveis, ainda que se forme uma administração paralela, ela não é efetivamente porque já é uma outra administração, que tem interesse tão-só de preservação desses bens, já a administração judicial, no juízo estadual, a finalidade é a recuperação patrimonial da empresa não só para manter aquele patrimônio, mas para recuperar e minimizar os prejuízos causados. A finalidade na recuperação judicial estadual é bem mais abrangente do que se manter essa medida judicial com relação a essas empresas que estão em recuperação.

Assim, peço vênia ao Relator e voto no sentido da concessão parcial da ordem, apenas com relação aos bens pertencentes às pessoas jurídicas em recuperação, para que passe à administração e à disposição do juiz estadual competente pelo processo respectivo.

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Tourinho Neto, Olindo Menezes, Cândido Ribeiro e a Exma Sra. Juíza Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (convocada). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Olavo.

Questão de Ordem Preliminar de Admissibilidade

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, pela ordem, só para esclarecer. O voto que proferi foi dentro daquela perspectiva de incabimento quando o caso admite pedido de restituição. As impetrantes, neste MS 17230-7, dizem que são terceiros que tiveram seus bens atingidos pela medida judicial. Num primeiro momento, encaminhei justamente o voto não admitindo o mandado de segurança, que os embargos de terceiro têm um pedido de restituição, mas, uma vez que a eminente Juíza Rosemayre se posiciona em avançar para o mérito e admite a desconstituição do seqüestro em relação a empresas que estejam em recuperação judicial, anoto o seguinte: “Ao longo da inicial...

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Veja bem, Desembargador, Vossa Excelência não admitiu, a Juíza Rosimayre admitiu. Vou ter que submeter à Seção se admite ou não.

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Sim, mas eu não votei o mérito.

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Depois que admitir, Vossa Excelência votará o mérito.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Teremos que votar essa preliminar.

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Ficaremos, por ora, na admissão, porque o Relator extinguiu.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, também *data venia* do Relator, admito o mandado de segurança. Primeiro, pela a grandiosidade da questão. O que se trata aqui é de se procurar recuperar uma empresa. Então, o juiz penal decretou o seqüestro, seqüestro esse que, na verdade, prejudica os maiores interessados, que são os credores, vítimas da administração desastrosa, segundo se diz, passada. Como manter-se um seqüestro diante da possibilidade de haver uma recuperação?

Assim, diante dessa questão grande, que é evitar a quebra da empresa, admito o mandado de seguran-

ça. Portanto, ultrapasso a questão de que caberia apelação, e somente apelação, para desconstituir a decisão que determinou o seqüestro. Admito o mandado de segurança, *data venia* do Relator.

Voto Vogal sobre a Questão de Ordem Preliminar de Admissibilidade

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Eu também, *data venia* do Relator, admito o mandado de segurança. Trata-se de uma questão de vulto jurídico e econômico, com grandes problemas humanos, para decidirmos apenas por questões meramente processuais. Os interesses vitais têm que ser atendidos ou, pelo menos, examinados. Pela própria dimensão do voto do Relator, demonstrando que se trata de questão juridicamente complexa e de reflexos coletivos de grande expressão, já se tem o estofamento legal para se admitir o mandado de segurança. Peço *venia* ao eminente Relator e também admito o mandado de segurança.

É o voto.

Voto Vogal sobre a questão de ordem Preliminar de Admissibilidade

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro: — Senhor Presidente, tenho entendimento já externado nesta Seção no sentido de que, quando se sustenta a teratologia da decisão, o seu exame constitui o próprio mérito do mandado de segurança. Por isso que há muito venho sustentando, para evitar essa antiga discussão sobre se deve extinguir o mandado de segurança com ou sem julgamento do mérito, sigo aquela corrente que sufraga o entendimento de que a segurança, ou se concede ou se denega. A profundidade com que foram examinadas as questões aqui colocadas não deixam dúvida de que houve julgamento de mérito. Pode-se acrescentar outros argumentos. O memorial que tenho em mãos diz: “Teratologia da manutenção do seqüestro”. De qualquer forma, também fico muito à vontade para dizer que, embora vencido em algumas oportunidades, neste Órgão fracionário, sempre tenho admitido mandado de segurança, ainda que se sustente ser cabível o recurso de apelação, quando o seu fundamento é a teratologia da decisão ou quando se afirma que há dano irreparável, o que ocorre, na hipótese.

Assim, com essas considerações não tenho dúvida alguma em admitir o mandado de segurança.

Voto Vogal sobre a Questão de Ordem Preliminar de Admissibilidade

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Senhor Presidente, não vejo nenhuma teratologia na decisão do juiz criminal. Agora, na verdade, vou admitir o mandado de segurança e o faço com relação às pessoas jurídicas que estão em processo de recuperação. Por quê? Porque elas não são parte no processo-crime. Nem essas pessoas jurídicas em recuperação e nem os credores e vítimas das fraudes que foram objeto de denúncia. Aplica-se, na hipótese, a Súmula 202 do Superior Tribunal de Justiça, que, com relação ao terceiro, permite o manejo do mandado de segurança, independentemente da interposição de recurso contra decisão judicial.

Assim, admito o mandado de segurança.

Voto Preliminar de Litispêndência

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Avestruz Master Agro-Comercial Importações e Exportações Ltda., Abatedouro Struthio Gold e Masterbom Avestruz Criação e Comércio Ltda. Estas três empresas, todas em recuperação, estou excluindo, porque elas figuram no outro mandado de segurança. Vou apreciar a situação delas no outro mandado de segurança.

Voto Mérito Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Senhor Presidente, fiquei vencido. Esclareço por que suscitei e encaminhei dessa forma, porque aqui é reiterada a jurisprudência de não se admitir mandado de segurança quando a decisão não é teratológica, e ele não é sucedâneo de pedido de busca e apreensão, mas *tollitur quaestio*. A Seção é soberana, e pouco se me dá que mude a jurisprudência daqui para ali.

No mérito, a decisão não é teratológica. Esta é a primeira constatação. Segunda, neste Mandado de Segurança 17230-7/GO, ao longo de sua inicial, além

da circunstância de não ser uma decisão teratológica, os impetrantes não explicitaram convenientemente quais os bens que lhes foram apreendidos, nem sequer juntaram cópias dos mandados de busca e apreensão e autos de arrecadação, de modo a evidenciar terem sido atingidos com a medida que impugnam. O direito pode até existir, mas é duvidoso, pois não se fez depurada através da medida cautelar penal de restituição de coisas apreendidas. Tanto mais necessária quanto o impetrado salientou nas informações que: “apenas duas empresas entre as dez que estão em recuperação judicial têm bens seqüestrados por ordem deste juízo. Confirmam-se folhas 344, *in fine*.”

Senhor Presidente, na conclusão: Indemonstrado direito líquido e certo a amparar, denego a ordem, impondo aos impetrantes o pagamento das custas.

Pelos dois fundamentos agora. A inocorrência de decisão teratológica e a indemonstração da existência de direito líquido e certo a amparar. Como eu disse, o direito pode até existir, mas não foi depurado através desse pedido de busca e apreensão ou da demonstração evidente de que os bens dessas empresas tenham sido atingidos pela medida judicial.

É o voto.

Voto Mérito

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Admitido que foi o mandado de segurança, não é, contudo, de ser deferido.

Com efeito, a par de a decisão hostilizada não ser manifestamente ilegal, não ser prejudicada pelo deferimento do processamento da recuperação judicial e não terem as impetrantes demonstrado seu interesse, verifica-se, ao longo de sua inicial, que também não explicitaram convenientemente, quais os bens que lhes foram apreendidos, nem sequer juntaram cópias de mandados de busca e apreensão e autos de arrecadação, de modo a evidenciar teriam sido atingidas com a medida que impugnam.

O direito pode até existir, mas é duvidoso, pois não se fez depurado através da medida cautelar penal de restituição de coisas apreendidas, ou de embargos de terceiros, tanto mais necessários quanto o impetrado salientou nas informações, que “... apenas duas empresas, entre as dez, que estão em recuperação judicial têm bens seqüestrados por ordem deste juízo”

(Cf. fl. 344, *in fine*).

À vista do exposto, indemonstrado direito líquido e certo e amparar, denego a ordem, impondo aos impetrantes o pagamento das custas.

É o voto.

Retificação de Voto **Mérito** **Vencedor**

A Exma. Sra. Juíza Rosemayre Gonçalves Carvalho Fonseca: — Senhor Presidente, agora, como houve uma sucessão de parte, porque todas essas, hoje, são uma só, concedo a ordem.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — Senhor Presidente, peço vênias mais uma vez ao Juiz-Relator, mas o juiz a *quo* foi contra a realidade dos fatos, foi contra uma realidade econômica. A decisão dele, na verdade, *data venia*, é altamente conservadora, prejudica a empresa. É por isso que se diz que a economia é prejudicada pelo Poder Judiciário em razão de determinadas decisões que implicam emperramento da economia. E aí veio essa nova Lei 11.101, de 11/02/2005, e em boa hora. Qual é a finalidade? É querer sempre a falência da empresa? A falência da empresa não traz benefício a ninguém, nem à economia do país. Está no art. 47 dessa lei que a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômica e financeira do devedor. Exatamente o contrário fez o juiz federal, emperrou. Como agora só há uma empresa das dez, foram fundidas em uma empresa só concedo a segurança integralmente como pedida, acompanhando assim, *data venia* do Juiz Hilton Queiroz, a Juíza Rosemayre Gonçalves.

Voto Vogal **Mérito**

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — *Data venia* do eminente Relator, também entendo que deve ser concedida a ordem. O seqüestro penal tem uma finalidade acautelatória de proteger as vítimas, finalidade que está ultrapassada a essa altura, porque as vítimas têm os seus interesses cuidados no foro com-

petente, que é o Juízo da Recuperação Judicial.

Lá no juízo especializado, todos os interesses vão ser curados, protegendo ofendidos, vítimas, credores etc. Toda a argumentação espetacular que o Ministério Público Federal veiculou no seqüestro está ultrapassada. Falou-se em lavagem de dinheiro, em eventual perdimento de bens numa ação penal futura, mas, no meu entendimento, esse aspecto perde o relevo. Ainda que no futuro se cogite de um perdimento de bens em prol da União, é preciso ver que os interesses de milhares de pessoas atingidas pelo episódio Avestruz Master merecem maior destaque.

Além disso, existe um problema econômico muito grande. Não vamos ler o direito pela economia; não é uma questão de interpretação econômica do direito, que hoje tem espaço nas academias. A questão é que se trata de um problema social e humano muito grande, que precisa ser examinado com cuidado.

O juiz federal está cheio de boas intenções, mas, na minha maneira de ver, está prejudicando terrivelmente os interesses de todos os investidores da Avestruz Master. Se há uma recuperação judicial, é preciso que se propicie ao juiz empresarial todas as condições para que essa recuperação vá a bom termo; é mais importante que a empresa sobreviva e que os investidores recuperem os seus interesses a curto, médio ou longo prazo que um futuro perdimento de bens em prol da União.

Além disso, o seqüestro não pode sobreviver além de sessenta dias, como diz a lei em preceito que não pode ser considerado letra morta. Se o juiz puder simplesmente chancelar ou ratificar posteriormente um seqüestro caduco, o preceito do art. 131, I do Código de Processo Penal ficaria sem sentido. Também por esse fundamento deve ser suspenso o seqüestro.

Mais uma vez, com a devida vênias do Relator, concedo a segurança, para determinar que os bens seqüestrados, sejam carreados ao Juiz da recuperação judicial, não interessando, a princípio, o que lá vai ser deliberado, pois não nos diz respeito. Se há quadro de credores, a questão fica reservada àquele Juízo. O importante é que essa empresa não seja sepultada pela burocracia de um seqüestro realizado na Justiça Federal, á conta apenas de um eventual perdimento na ação penal.

Além disso, é importante que os bens sejam

administrados por quem aptidão técnica para tanto. Não se deve, salvo situações excepcionais, colocar um patrimônio dessa magnitude apenas sob as boas intenções de um juiz federal, que obviamente não está adestrado para gerenciar empresas. Concedo a segurança, na linha da divergência, com a licença do relator.

É o voto.

Voto Vogal **Mérito** **Vencido**

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:
— Senhor Presidente, recebi dois memoriais que me foram encaminhados pelos eminentes advogados dos impetrantes, pertinentes aos dois processos (MS 2006.01.00.017320-7/GO e 2006.01.00.014333-7/GO) e, com base nesses memoriais, pude compreender a matéria em discussão, além, evidentemente, da compreensão que tive do substancioso voto proferido pelo eminente Relator.

Quanto ao levantamento do seqüestro por caducidade, colho, no particular, os seguintes ensinamentos de Hélio Tornaghi: “O seqüestro do art. 125 do Código de Processo Penal é um misto de seqüestro e arresto. A medida diz respeito à lei processual, que poderá ser adotada em qualquer fase do processo, ou mesmo antes de iniciado este (art. 127, Código de Processo Penal). Na hipótese de decretado o seqüestro, antes de promovida a competente ação penal, a providência terá eficácia limitada no tempo e que é aquela estabelecida no art. 143, I, da Lei Processual Penal, o seqüestro será levantado se a ação penal não for intentada no prazo de 60 dias, contado da data em que ficar concluída a diligência. É compreensível a orientação adotada pelo legislador, subordinada a adoção da medida à demonstração da existência de crime e de indícios da proveniência ilícita dos bens, não se pode admitir a protelação indefinida do oferecimento da queixa ou da denúncia, para o que é de supor-se a existência de elementos adequados. Assim, a inexistência da lide no tempo devido faz caducar o seqüestro adotado como medida preparatória ou preliminar do processo punitivo. Neste caso, é fora de qualquer dúvida que não se poderá decretar novo seqüestro àquele título antes de instaurada a pendência

judicial, mas, *desde que sobrevenha a ação, altera-se a fisionomia do problema, adotando-se o seqüestro simplesmente como medida assecuratória dentro do próprio processo já em curso, sem fixação de prazo para sua eficácia.* (cf. transcrição Voto/Relator – Apelação Criminal 28881/SC – JUTA CRIM, São Paulo, Volume XXXVIII, páginas 132/133 – grifei).

Nessa mesma linha de orientação assim decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal: “Seqüestro. O acórdão recorrido, interpretando o art. 131, I, do Código de Processo Penal, em combinação com os arts. 125 e 127 da mesma codificação, não negou vigência, pois, àquele dispositivo, *não impede que, depois de iniciada a ação penal, possa ter renovado o seqüestro.*” (RTJ 78, página 147 e seguintes – grifei). Com base, então, nesses ensinamentos, rejeito a argüição de caducidade do seqüestro.

Pois bem, prosseguindo: “temos, no caso, que no juízo universal de recuperação judicial da empresa” — que está em curso perante a justiça comum — “objetiva-se sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária” (Jorge Lobo, em Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência, Editora Saraiva, página 109).

Já, no seqüestro, tem-se como requisito a existência de indícios veementes de proveniência ilícita dos bens, e visa a garantir a reparação de danos causados aos ofendidos.

Consta do Memorial distribuído pelo eminente advogado Dr. Nelson Gomes da Silva: “No caso presente, como não poderia deixar de ser, o seqüestro dos bens das impetrantes objetivou assegurar o ressarcimento dos danos padecidos por seus pretensos ofendidos, vítimas, os seus credores. Ora, a recuperação judicial criada pela lei acima dita apresenta objetivo idêntico, qual seja, possibilitar aos ofendidos, vítimas, credores, através desse processo de reabilitação econômico-financeira da empresa devedora, o ressarcimento dos danos que sofreram, ou seja, o recebimento de seus créditos.”

Não concordo, *data vênia*, com essa assertiva, tendo em vista que os fundamentos dessas medidas não se confundem, como acima tive a oportunidade de destacar (inadimplência e proveniência ilícita dos bens). E ainda que se admitissem como corretos esses argumentos, temos que, no caso, a própria impetrante do Mandado de Segurança 2006.01.00.017230-0

diz que se irá julgar não é a conveniência ou não do seqüestro, mas, sim, se as impetrantes devem ou não ter a sua falência decretada. E mais adiante: “Em suma, não há mínima conveniência na manutenção do seqüestro criminal na hipótese vertente, ao contrário, é total a inconveniência da medida.”

Digo eu, então: Decidir nesse mandado de segurança sobre a falta de conveniência ou não do seqüestro, decidir sobre se as impetrantes devem ou não ter decretada a sua falência? O que se discute em mandado de segurança, a meu ver, é a legalidade ou não do ato impugnado. De acordo com a Constituição, o objetivo do mandado de segurança é a proteção do direito líquido e certo. Pois bem, pergunto: onde está a ilegalidade, no caso, se o ato judicial foi praticado por juiz competente, com base na lei (art. 126 do Código de Processo Penal), e está devidamente fundamentado? Como transferir o bem seqüestrado para juízo cível ou autorizar o seu levantamento pelos impetrantes em que antes seja comprovada a sua ilicitude? Se os bens foram apreendidos, em virtude da existência de veementes indícios de que provieram da ilicitude, então, como se pode levantar esse seqüestro sem que se decida antes sobre a ilicitude ou ao desses bens, transferindo, simplesmente, para o juízo cível? Ou autorizar às partes o levantamento para que se faça a sua gestão?

Diante desse contexto, com a devida vênia da divergência, não restou aqui demonstrada a existência de direito líquido e certo dos impetrantes. Neste mandado de segurança, repito, ao vejo qualquer ilegalidade do ato impugnado. Se o ato não é ilegal e não desconstituído, como vamos indiretamente desconstitui-lo? Precisaríamos, primeiro, desconstituir o ato por ilegalidade, para só assim, então, autorizar a transferência desses bens para o juízo universal de recuperação. Sem que isso ocorra, com a devida vênia, denego a ordem, acompanhando, com esses fundamentos, o eminente Relator.

Voto Vogal **Mérito** **Vencido (em parte)**

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Senhor Presidente, não vi teratologia alguma no ato impugnado. Agora, como disse Vossa Excelência, o que se pretende com essa medida cautelar processual pe-

nal, ou mesmo com a regra prevista na lei de lavagem, é o perdimento desses bens, que, todavia, não pode ocorrer em detrimento das próprias vítimas dos delitos, que é o que vai ocorrer, mantido o seqüestro, e resultando em condenação a ação penal instaurada.

Divirjo, em parte, do voto divergente da Juíza Rosimayre apenas com relação à legitimidade dos impetrantes. O fato de essas dez empresas terem se constituído numa empresa nova, ocorrendo aí a sucessão, não muda a relação processual nos autos, se não houve habilitação. Por essa razão, entendo que direito líquido e certo ferido pelo seqüestro temos apenas das duas empresas que tiveram bens arrecadados, conforme reconhecido pela própria autoridade coatora. O Desembargador-Relator menciona que as empresas não fizeram prova de que tivessem sido alcançadas por essa decisão impugnada, todavia, a autoridade coatora reconheceu duas.

O Exmo. Sr. Des. Federal Hilton Queiroz: — Mas os nomes não são declinados.

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Então, seria a hipótese de se converter em diligência. Sua Excelência, o juiz coator, deveria, já que ele levanta que apenas duas tiveram seus bens atingidos, essas, sim, são partes legítimas. Assim, com relação a essas, concedo a segurança, para desconstituir o seqüestro, porque elas tiveram seus bens arrecadados, encaminhando esses bens à supervisão da Vara de falências ou de recuperação, que termina sendo a mesma coisa, do juízo cível, a quem caberá a condução e o controle da administração desses bens.

O Exmo. Sr. Des. Federal Olindo Menezes: — Vossa Excelência, então, está levantando uma preliminar?

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Ribeiro: — Não é preliminar, eu concedo com relação a quem teve bem apreendido, empresa que não teve bem apreendido, para mim, não tem legitimidade nem interesse para pedir isso. Concedo em parte.

Terceira Seção

Conflito de Competência

2006.01.00.006078-3/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus

Autores: Ruymar Teodoro da Silva e Cônjuge

Advogados: Dr. Francisco Ferreira de Farias e outros

Réu: Caixa Econômica Federal - CEF

Suscitante: Juizado Especial Federal Cível - DF – 23ª Vara

Suscitado: Juízo Federal da 5ª Vara – DF

Publicação: DJ de 15/09/2006

Ementa

Processual Civil. Conflito negativo de competência entre juiz federal e juiz de Juizado Especial Federal. Competência do STJ para dirimir o conflito. CF, art. 105, I, alínea d.

I – O Superior Tribunal de Justiça é competente para dirimir conflito negativo de competência entre juiz federal e juiz de Juizado Especial Federal, por não estarem eles vinculados ao mesmo Tribunal, uma vez que os juizes integrantes de Juizado Especial Federal estão vinculados às Turmas Recursais, as quais, por sua vez, não compõem a estrutura dos Tribunais Regionais Federais (CF, art. 105, I, alínea d). Precedentes do STJ.

II – Incompetência deste Tribunal para dirimir o conflito. Em conseqüência, determina-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça.

Acórdão

Decide a Seção, por maioria, reconhecer a incompetência do Tribunal para dirimir o conflito e determinar a remessa dos autos ao STJ.

3ª Seção do TRF 1ª Região, 08/08/2006.

Desembargador Federal *Fagundes de Deus*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Fagundes de Deus*: — Cuida-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juiz Federal da 23ª Vara do Juizado Especial Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal em face de decisão proferida pelo Juiz Federal da 5ª Vara daquela mesma Seção Judiciária, que declinou de sua competência em favor dos JEFs.

Com vista dos autos, o douto órgão do Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do conflito e pela remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça (fls. 30-32).

É o relatório.

O Sr. Desembargador Federal *Fagundes de Deus*:

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal *Fagundes de Deus*: — Esta Terceira Seção vem entendendo, de há muito,

* Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Maria Isabel Gallotti Rodrigues, João Batista Moreira, Souza Prudente e Selene Maria de Almeida.

que os conflitos de competência entre juízes federais e juízes de Juizado Especial Federal incluem-se na esfera de atribuição jurisdicional deste Tribunal. Em decorrência de tal diretriz, um sem-número de conflitos tem sido submetido à decisão deste órgão fracionário.

Sucede, porém, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, recentemente formada no âmbito de sua Primeira e Terceira Seções, vem reconhecendo e proclamando que aquela Alta Corte judiciária é competente para julgar os conflitos de que se trata (CF, art. 105, I, d). Portanto, segundo a dita orientação do colendo STJ, falece competência aos Tribunais Regionais Federais para dirimir conflitos de competência entre juízes federais e juízes de Juizado Especial Federal, por não estarem eles vinculados ao mesmo Tribunal, uma vez que os juízes de Juizado Especial Federal estão vinculados às Turmas Recursais, as quais, por sua vez, não são órgãos integrantes das Cortes Revisoras Regionais.

Alinho, a seguir, os precedentes a que me referi, *in verbis*:

Conflito de Competência. Juiz federal de Juizado Especial e Juiz Federal de juizado comum. Competência do STJ para apreciar o conflito. Juizado Especial Federal. Competência. Critérios. Natureza. Anulação de Ato Administrativo Federal (multa aplicada no exercício do Poder de Polícia). Competência do Juizado Federal Comum, e não do Especial.

1. A Constituição atribui ao STJ competência para dirimir conflitos “entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos” (art. 105, I, d). A norma tem o sentido de retirar dos tribunais locais o julgamento de conflito entre órgãos judiciários a eles não vinculados, atribuição que fica reservada ao STJ, tribunal da União com jurisdição de âmbito nacional. Assim entendido o dispositivo, nele está compreendida, implicitamente, a competência do STJ para dirimir qualquer conflito entre juízes não vinculados a um mesmo tribunal local ou regional.

2. A jurisprudência do STF e da Corte Especial do STJ considera que as Turmas Recursais de Juizado Especial e os Tribunais de Alçada do mesmo Estado não são órgãos vinculados ao Tribunal de Justiça, razão pela qual o conflito entre eles é conflito “entre tribunal e juízes a ele não vinculados”, o que determina a competência do STJ para

dirimi-lo, nos termos do art. 105, I, d, da Constituição.

3. Assim como a Turma recursal, também o Juiz Federal de Juizado Especial não está vinculado ao Tribunal Regional Federal, o que significa dizer que o conflito entre ele e um Juiz Federal de juizado comum é conflito entre juízes não vinculados ao mesmo tribunal. Também aqui, portanto, a competência para apreciar o conflito é do STJ, a teor do que está implicitamente contido no art. 105, I, d, da Constituição.

.....
7. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Espírito Santo, o suscitado. (CC 54.145/ES, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 15/05/2006, p. 147).

Conflito Negativo de Competência. Juizado Especial Federal e Juízo Federal da mesma Seção Judiciária. Competência do STJ. Pedido de justificação judicial. Compatibilidade com o rito da Lei 10.259/2001.

I- Compete ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento de conflito de competência estabelecido entre Juízo Federal e Juizado Especial

Federal da mesma Seção Judiciária. Precedente: CC nº 47.516-MG, acórdão pendente de publicação.

.....
Conflito de competência conhecido para declarar a competência do

Juízo Federal do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Pará, o suscitante. (CC 52.389/PA, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 12.06.2006, p. 437).

Na esteira da novel compreensão do Tribunal guardião do Direito Federal, a primeira Seção desta Corte Regional passou a assim decidir:

Processual Civil. Conflito de Competência. Juizado Especial Federal e Juízo de Direito no exercício de Jurisdição Federal. Incompetência do TRF 1ª Região. Constituição Federal de 1988, art. 105. Precedentes.

1. Se um dos juízes não está vinculado jurisdicionalmente ao TRE, a competência para apreciar o conflito de competência é do STJ, conforme orientação da 1ª Seção.

2. Precedentes: (CC 35420 / SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, STJ, Terceira Seção, DJ 05.04.2004, p. 199; CC 2004.01.00.003999-9/BA, Rel. Des. Fed. Carlos Moreira Alves, TRF 1ª Região, 1ª Seção, DJ 22/09/2004, p. 04).

3. Remessa dos autos ao eg. Superior Tribunal de Justiça. (CC 2005.01.00.073423-6/TO, Primeira Seção, Rel. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva (conv.), DJ de 05/07/2006, p. 04).

Processual Civil e Previdenciário. Conflito de Competência entre Juiz Federal e Juizado Especial Federal Cível. Incompetência deste Tribunal.

1. A Primeira Seção deste Tribunal firmou orientação majoritária no sentido de que esta Corte de Justiça não tem competência para apreciar conflito de competência entre Juiz Federal e Juizado Especial Federal Cível, uma vez que os juízos em conflito não estão vinculados jurisdicionalmente a este Tribunal.

2. Remessa dos autos ao STJ. (CC 2006.01.00.006079-7/DF, Primeira Seção, Rel. Des. Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, DJ de 13/07/2006, p.2).

Ante o exposto, reconhecendo faltar competência a esta Corte para dirimir o presente conflito, os autos devem ser remetidos ao colendo STJ, a teor do art. 105, I, alínea d, da CF.

É o meu voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Daniel Paes Ribeiro: — Senhor Presidente, confesso minha surpresa aqui, ao deparar-me com esta sinopse na sessão de hoje, porque, efetivamente, vínhamos julgando esses conflitos reiteradamente. Agora, estou esclarecido que é a primeira vez que está vindo à Seção esta questão.

Com todas as vênias devidas, não concordo com esse entendimento de que o juiz do juizado especial não é vinculado ao Tribunal. Está certo que, pela lei que instituiu os juizados, as suas decisões são submetidas, em grau de recurso, às turmas recursais, mas isso, ao que entendo, não é suficiente para desvincular o juiz do tribunal. Administrativamente, continuam vinculados todos os recursos, todas as necessidades materiais, de pessoal, enfim, para o funcionamento, é o tribunal que tem de fornecer, e, na hora do julgamento, diz-se que não é vinculado ao tribunal. Não posso concordar com esse entendimento, pedindo, mais uma vez, vênias a quem entende em sentido contrário. Portanto, entendo que a competência é nossa, é do Tribunal, e, por isto, divirjo do eminente Relator.

Aditamento ao Voto Vogal

AExma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Acrescento que embora seja a primeira vez que a questão é trazida a esta Seção, a 1ª Seção do Tribunal está remetendo todos os conflitos do gênero ao STJ.

Observo que, no sistema processual vigente, formou-se uma Justiça paralela à Justiça Federal Comum. Há acórdãos do STJ estabelecendo que o TRF e os Tribunais de Justiça não têm competência para processar e julgar mandado de segurança substitutivo de recurso ou para dar efeito suspensivo a recurso contra ato jurisdicional de juizado.

O recurso extraordinário contra as decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais é interposto diretamente para o STF, sem que haja um acórdão do TRF ou do Tribunal de Justiça.

Por esse motivo, reafirmo o meu voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Des. Federal Souza Prudente: — Senhor Presidente, confesso que já tinha notícia desse precedente do Superior Tribunal de Justiça, mas meu compromisso com a Constituição não abandona meu convencimento, para colocá-lo, de pronto e de joelhos, perante a respeitável decisão do Superior Tribunal de Justiça, tomada recentemente, por meio de sua colenda 3ª Seção nesta matéria. A Constituição Federal, ao estabelecer a competência originária do Superior Tribunal de Justiça, para dirimir conflitos de competência, diz expressamente: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, inc. I, alínea “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não-vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;” no art. 108, a Constituição Federal, ao tratar da competência originária dos Tribunais Regionais Federais, estabelece que esses tribunais são competentes para processar e julgar originariamente os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal” (art. 108, inc. I, alínea “e”). Ora, a questão aqui se coloca no sentido de buscarmos o alcance do termo vinculação ao tribunal. A Constituição não especificou e nem pre-

cisaria especificar que tipo de vinculação é essa que o juiz federal tem que ter ao tribunal, vale dizer, se essa vinculação há de ser estritamente de natureza recursal, jurisdicional, ou se bastaria a vinculação administrativa, como de fato existe, às claras, uma vinculação administrativa entre os juizados especiais federais de cada região e o tribunal a que, obviamente, está administrativamente vinculado e subordinado, tanto que é o Tribunal Regional Federal que coordena os juizados especiais federais. Vejam Vossas Excelências que a Constituição Federal estabelece expressamente a competência dos Tribunais Regionais Federais para dirimir os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal. E, obviamente os juízes federais que integram os juizados especiais são juízes federais vinculados administrativamente ao Tribunal Regional Federal. O argumento posto no precedente respeitável do Conflito de Competência 47516/MG, da relatoria do eminente Ministro Nilson Naves, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os recursos contra atos de juiz togado de juizado especial federal estão submetidos à respectiva turma recursal, que não está obviamente subordinada a tribunal regional federal; é o juiz federal que tem seus atos sujeitos diretamente ao tribunal regional federal.

Com a devida vênia e com todas as vênicas, as decisões judiciais dos juizados especiais federais não estão subordinadas, nos termos da Constituição da República, ao Superior Tribunal de Justiça. Vale dizer, o art. 105, inc. III, da Constituição Federal, quando cuida da competência recursal especial do Superior Tribunal de Justiça diz que compete àquele Tribunal julgar em recurso especial as causas decididas em única ou última instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida se enquadrasse nas hipóteses previstas nas alíneas “a,” “b” e “c” desse inc. III do art 105 da Constituição Federal. Já o Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem competência constitucional para exercer o controle difuso de constitucionalidade, por meio do recurso extraordinário, nos termos do art. 102, inc. III, alíneas “a,” “b,” “c” e “d,” sobre as decisões proferidas pelos juizados especiais federais. Aqui existe uma diferença fundamental: o STJ não exerce controle jurisdicional sobre as decisões dos juizados especiais federais, mas o Supremo Tribunal Federal o exerce. Então, o fundamento adotado, *data venia*, pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, de

que não existe vinculação jurisdicional entre os juízes federais que integram juizados e este egrégio Tribunal, a meu ver, não é suficiente, porque a Constituição apenas exige uma vinculação do juiz federal ao Tribunal, sem especificar a natureza dessa vinculação. Se os juízes federais estão, ao menos administrativamente, vinculados aos tribunais regionais federais, a mim, parece que o pressuposto constitucional fora cumprido, para o exercício dessa competência dos tribunais regionais federais, dirimir os conflitos que possam surgir entre juízes federais e juizados especiais federais. Há vinculação entre os juízes federais que integram os juizados especiais federais e o tribunal federal competente para coordenar esses juizados. A meu ver, e a todo modo, o Superior Tribunal de Justiça, com todas as vênicas, não está atentando para a carga de trabalho que está buscando. O Superior Tribunal de Justiça anda assoberbado de feitos, assim como o Supremo Tribunal Federal. Portanto, creio que essa decisão não pratica a razoabilidade em termos de boa distribuição de justiça. No entanto, vou, por essa razão de ordem prática, até lembrando que a economia processual, a meu ver, estaria na solução a ser dada a este conflito por este Tribunal Regional Federal.

Mas, como a matéria não se esgota na palavra final do Superior Tribunal de Justiça, por quem exulta na interpretação do texto constitucional, somente o Supremo Tribunal Federal poderá dizê-lo em última instância, vou pedir vênia ao eminente Relator e acompanhar a divergência, declarando a competência deste colendo Tribunal Regional Federal para dirimir o conflito sob apreciação.

Quarta Seção

Ação Rescisória

2005.01.00.058984-1/DF

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Autora: Vera Lucia Hernandez Acre

Advogados: Dr. Paulo Roberto Rego e outro

Réu: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Procurador: Dr. Marcelo Mello Martins

Publicação: DJ 2 de 01/09/2006

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Ação Rescisória. Anulação de cancelamento de inscrição na OAB/PR — Bacharel em Direito graduada e domiciliada em Estado-Membro outro (SP). Erro de fato: questão já controvertida e resolvida na sentença rescindenda (aplicação do art. 485, IX, §2º, do CPC). Pedido improcedente.

I. Não prospera o agravo regimental (a querela é *fática* e controversa): a antecipação de tutela (art. 273 do CPC) exige prova inequívoca que convença o julgador acerca da verossimilhança das alegações do autor, no intento de antecipar o resultado que, muito provavelmente, a ulterior sentença veiculará: à medida em que se esmaece a evidência do direito, porque a prova perde sua essência de gerar conclusão irrefutável, avulta o risco da contradição, assim inviabilizando a tutela imediata cognitiva.

II. CPC (art. 485, IX, §2º): “A sentença de mérito (...) pode ser rescindida quando: (...) fundada em erro de fato”, sendo “indispensável (...) que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.”

III. Examinando-se — com o devido vagar — o pronunciamento judicial primitivo (sentença rescindenda), vê-se que o suposto erro de fato (por agora ventilado) vem fincado em alegação já submetida a controvérsia e decisão naquela sede e oportunidade, onde, em síntese, já revolidos e aquilatados os mesmos documentos e declarações ora reputados essenciais (sopesando provas e alegações, entendeu-se, àquele instante, não provado o domicílio na cidade de Assaí/Paraná), não se legitimando, então, a prestação do Exame de Ordem na Seccional paranaense da OAB.

IV. Na aludida sentença rescindenda (que exaure o *thema probandum*), após efetiva dialética processual a cargo das partes, o julgador primário afastou a pretensa primazia, como prova do domicílio, dos documentos e declarações apresentados pela ora autora.

V. A ação rescisória, pois, vem — em real verdade (descortinada a aparente roupagem) — ao sabor de *reapreciação de prova* (que não é sinônimo de *erro de fato*: salvo por enviesado exercício de retórica). Prova já apreciada pelo julgador (após prévia controvérsia efetiva entre as partes) não viabiliza ação rescisória com esteio em erro de fato. Assim o diz a Lei Processual Civil.

VI. Precedente do STJ: AR 457/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 29/05/2006.

VII. Se, de um lado, como é fato legislado (art. 130 e art. 131 do CPC), o julgador pode determinar a produção de provas, no intento de formar sua convicção (livre, mas racional), por outro, não menos certo que elas deverão ser *necessárias à instrução do processo*, indeferindo-se aquelas que forem inócuas, desinfluentes ou que, embora hábeis, não dependam de conhecimento técnico (art. 420 do CPC).

VIII. A ampla defesa, cuja maior expressão é o direito à produção de prova, se exerce nos limites da própria lei e, portanto, por ela é condicionada. Porque direito absoluto nenhum há, o pedido de produção de provas pode,

à luz da situação fática e a juízo do julgador, que dela é destinatário, ser indeferido, sem que se caracterize cerceamento de defesa, tanto mais se ausentes *argumentos precisos e contundentes* a justificá-la (REsp n. 443.173/SC).

IX. Agravo regimental não provido.

X. Pedido rescisório improcedente.

XI. Peças liberadas pelo Relator, em 23/08/2006, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 4ª Seção negar provimento ao agravo regimental e julgar improcedente o pedido rescisório por unanimidade.

4ª Seção do TRF 1ª Região, 23/08/2006.

Desembargador Federal *Luciano Toletino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal *Luciano Toletino Amaral*: — Por inicial ajuizada em 19/08/2005, a autora (Vera Lúcia Hernandez Acre), alegando *erro de fato* (art. 485, IX e §§1º e 2º, do CPC), pede, com a antecipação de tutela, a rescisão da sentença (f. 160/3) proferida em 12/08/2003 pelo MM. Juiz Federal Novély Vilanova da Silva Reis, da 7ª Vara/DE, que, nos autos da AO 2002.34.00.034306-3, ajuizada em 24/11/2002, contra o Conselho Federal da OAB, objetivando a anulação da decisão que mantivera o cancelamento (pela OAB/SP) da sua inscrição profissional junto à OAB/PR, julgou improcedente o pedido, aos seguintes fundamentos (em síntese): “(...). Embora a autora tenha sido inscrita na [OAB – Seccional/PR], em 10/01/2000, não comprovou o seu domicílio civil naquele Estado (f. 17), como exige o provimento n. 81/96 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.”

A antecipação de tutela foi indeferida (f. 169 – grifei):

.....
7 - Assim, o máximo efeito potencialmente obtível pela via antecipatória da tutela em ação rescisória, atendidos os ditames do art. 273 do CPC, é a *suspensão da execução*. No caso, pede-se o restabelecimento da inscrição na OAB/PR, o que escapa à estreita possibilidade jurisprudencialmente admitida, ainda mais quando — o que é mais grave — se pretende, em exame de mera delibação, precária e temporária, decisão de conteúdo

diretamente afrontoso à coisa julgada, assim e por isso revestida da mais absoluta ilegalidade.

8 - Não obstante: “(...) em havendo divergência jurisprudencial, afasta-se a verossimilhança (...), pressuposto necessário à antecipação da tutela (...)” (TRF1, T7, AGIAG n. 2003.01.00.030467-5/DE, minha relatoria, DJ 20/08/2004, p.159), o que, de pronto, reforça o fundamento do indeferimento, ante o aparente pouco visível sucesso da demanda à luz da jurisprudência, já que no que tange à admissibilidade da ação (prova/questionamento já debatida na causa originária), já no que se refere ao seu mérito [vide: TRF3 (T3, AMS n. 89.03.03.3146-0/SP, “Como a lei não prevê a transferência da inscrição principal, quando o advogado mudar a sede (...) profissional, deve requerer inscrição no novo local, mediante novo exame na seccional para a qual pretende mudar-se. Evidencia intenção da fraude a lei a prestação de exame em outra seccção, para obter inscrição principal em local onde o advogado não lograra aprovação no respectivo exame.”; e T3, AC n. 90.03.01.8816-5/SP, Rel. Juiz Américo Lacombe, “Nega-se transferência de uma seccional para outra quando o interessado não comprova sua mudança de atividade e de domicílio na sede em que realizou o exame.”)]

Por petição protocolizada em 21/09/2005 (f. 172 e ss.), a autora tomou agravo regimental, repisando a inicial.

A autora *alega que o decisum* rescindendo incorreu em erro de fato (“má apreciação da prova”; “falta de percepção”; ou “falha material”). Aduz que, graduada (mar/99) em Direito em SP (onde então tinha residência e domicílio), alterou temporariamente

seu domicílio para a cidade de Assai/PR, prestando, então (2000), o Exame de Ordem na Seccional naquele Estado-membro. Posteriormente (um mês após obter a inscrição principal), ao tencionar transferir sua inscrição para a Seccional da OAB/SP, viu indeferido o seu pleito; suspensa sua inscrição (§ 4º do art. 10 da Lei n. 8.906/1994); e formulada representação ao Conselho Federal da OAB para que cancelada em definitivo sua inscrição principal (OAB/PR), ao sabor de que ausente prova do seu domicílio no Paraná, consoante o Provimento n. 81/1996 do Conselho Federal da OAB. Assevera que, distintos os conceitos de domicílio e residência, consoante o CC/2002, teria, a seu ver, restado provado que, ao tempo da inscrição na Seccional da OAB/PR (1999), provou (declarações e documentos) lá ter sido temporariamente domiciliada. Ademais, a Lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB) não exigiria comprovação do domicílio para inscrição (após aprovação) e o Provimento OAB n. 81/1996 não trata de residência, mas de domicílio. Pede rescisão e rejuízo para que, reformada a sentença, seja julgado procedente o pedido.

O *decisum* transitou em julgado em 02/12/2003 (certidão de fl. 164-v).

Valor da causa: R\$ 1.500,00. Custas pagas (fl. 166). Depósito prévio à fl. 167.

Em contestação (f. 182/8), o réu (Conselho Federal da OAB) aduz, em preliminar, a não-admissão da ação por força do §1º do inciso IX do art. 485 do CPC, eis que a questão (“residência ou não da demandante no Paraná”) já fora debatida e resolvida nos autos originários. Quanto ao mérito, aduz que a própria autora, na órbita administrativa, reconheceu não “ter mantido nenhuma atividade profissional” no Paraná, e que o vínculo trabalhista de seu “suposto marido” (firmado em Florianópolis/SC) restou expirado em jul/99, enquanto o exame de ordem no Paraná foi realizado em nov/99, Estado em que não provou ter domicílio.

Réplica à f. 204 e ss., afirmando-se domicílio na casa em que permaneceu como hóspede, em Assai,

cidade do Paraná, no período de set-dez/1999.

As partes não produziram outras provas.

Com razões finais: da autora (insistindo na prova testemunhal, alegando cerceamento de defesa) e do réu.

A PRR (fls. 261/269) não quis dar parecer.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — O agravo regimental não prospera: não fosse suficiente o fato (até aqui aparente) de que a questão, em princípio, já fora discutida e resolvida nos autos originários, o que impede o próprio trânsito da ação rescisória fundada em erro de fato (consoante art. 485, IX, §2º, do CPC), a querela é *fática* e controversa, não evidenciável, pois, a necessária *prova inequívoca* da alegação. É ler-se:

(...)- Antecipação de tutela (...): Impossibilidade (ausentes requisitos do Art. 273 do CPC) - Seguimento negado - Agravo interno não provido.

1 - A antecipação de tutela (art. 273 do CPC) exige prova inequívoca que convença o julgador acerca da verossimilhança das alegações do autor, à qual se deve agregar, cumulativamente, o trinômio dos incisos I e II do aludido artigo — perigo de dano, abuso de defesa ou propósito protelatório, tudo no intento de antecipar o resultado que, muito provavelmente, a ulterior sentença veiculará: à medida em que se esmaece a evidência do direito, porque a prova perde sua essência de gerar conclusão irrefutável, avulta o risco da contradição, assim inviabilizando a tutela imediata cognitiva.

.....
(TRF1, T7, AGTAG 2006.01.00.003354-6/DF, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ 19/05/2006).

Quanto ao mais, estes, os preceitos do CPC aplicáveis (*grifei*):

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

*Votaram com Sr. Relator os Exmos. Srs. Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Souza e Desembargador Federal Catão Alves. Ausente, justificadamente, a Exma. Sra. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso.

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Examinando-se — com o devido vagar — o pronunciamento judicial primitivo (sentença rescindenda de fls. 161/3), vê-se que o suposto erro de fato (por agora ventilado) vem fincado em alegação já submetida a controvérsia e decisão naquela sede e oportunidade, onde, em síntese, já revolvidos e aquilatados os mesmos documentos e declarações ora reputados essenciais (sopesando provas e alegações, entendeu-se, àquele instante, não provado o domicílio na cidade de Assaí/Paraná):

5. Embora a autora tenha sido inscrita na Seção da OAB, no Estado do Paraná, em 10/01/2000, não comprovou o seu domicílio civil naquele Estado (f. 17), como exige o Provimento 81/1996 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 2º. O Exame de Ordem é prestado pelo Bacharel em Direito, Na Seção do Estado onde concluiu seu curso de graduação em Direito ou na de seu domicílio civil

O vício foi admitido pela própria Seccional da OAB/PR, no julgamento da representação apresentada pela OAB/SP, quando a autora requereu a transferência de sua inscrição para essa última Seccional (fl. 52):

não há como negar tenha havido falha por parte de nossa Subseccional em Londrina, em deferir a inscrição da representada em exame de ordem, sem a devida comprovação de sua residência na mencionada cidade de Assaí/PR.

(...). É inconsistente e duvidosa a prova documental apresentada pela autora. (...).

Na aludida sentença rescindenda (que exaure o *thema probandum*), após efetiva dialética processual a cargo das partes, o julgador primário afastou a pretensa primazia, como prova do domicílio, [a] do suposto contrato de trabalho do cônjuge da autora (firmado depois da cessação do pacto laboral, ademais); [b] da

declaração de *Bunzi Husada* de que a autora teria se hospedado em sua residência no período de ABR-SET 1999; [c] da declaração de “Maria Elizabeth” de que, no período controverso, a autora teria estagiado no escritório da declarante (porque contradiz afirmação da própria autora à OAB/SP); e [d] da alegada filiação ao Instituto Assistencial dos Advogados do Paraná (o que somente ocorreu em ago/2001, muito tempo depois da inscrição na OAB/PR, havida em jan/2000).

A ação rescisória, pois, vem — em real verdade (descortinada a aparente roupagem) — ao sabor de “reapreciação de prova” (que não é sinônimo de “erro de fato”: salvo por enviesado exercício de retórica). Prova já apreciada pelo julgador (após prévia controvérsia efetiva entre as partes) não viabiliza ação rescisória com esteio em erro de fato. Assim o diz a lei processual civil.

Este, o — recentíssimo — precedente paradigma aplicável (oriundo da 1ª Seção do STJ):

Ação Rescisória. (...). Erro de fato. Existência de controvérsia e de pronunciamento judicial sobre a questão.

1. Só há erro de fato quando a sentença ou acórdão admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido (AR 538/DF, relator Ministro Garcia Vieira).

2. A existência de controvérsia entre as partes sobre o ponto em debate e a ocorrência de pronunciamento judicial acerca do tema afasta a viabilidade da ação rescisória.

3. Ação improcedente.

(AR 457/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 29/05/2006).

Por fim, não prospera o alegado cerceamento de defesa, já porque as declarações e documentos restaram suficientemente apreciados pelo julgador primário, já porque são, no caso, provas impertinentes:

Processual Civil e Tributário - Anulação de débito previdenciário - (...).

1 - Se, de um lado, como é fato legislado (art. 130 e art. 131 do CPC), o julgador pode determinar a produção de provas, no intento de formar sua convicção (livre, mas racional), por outro, não menos certo que elas deverão ser “necessárias à instrução do processo”, indeferindo-se aquelas que forem inócuas, desinfluentes ou que, embora hábeis, não dependam de conhecimento técnico (art. 420 do CPC).

2 - A ampla defesa, cuja maior expressão é o

direito à produção de prova, se exerce nos limites da própria lei e, portanto, por ela é condicionada. Porque direito absoluto nenhum há, o pedido de produção de provas pode, à luz da situação fática e a juízo do julgador, que dela é destinatário, ser indeferido, sem que se caracterize cerceamento de defesa, tanto mais se ausentes “argumentos precisos e contundentes” a justificá-la (REsp n. 443.173/SC).

.....
(TRF1, T7, AGTAG 2005.01.00.053745-6/
MG, Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ
28/10/2005)

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental e julgo improcedente o pedido rescisório.

Custas pela autora (pagas), que, em face do ínfimo valor atribuído à demanda, pagará verba honorária de R\$ 500,00.

Após o trânsito em julgado, converta-se o depósito prévio em renda do réu (art. 488, II, c/c art. 494, ambos do CPC).

É como voto.

Primeira Turma

Apelação Cível

2001.38.00.017025-0/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal José Amílcar Machado

Apelante: Paulo Penido

Advogados: Dr. Rossini de Oliveira Vidal e outro(a)

Apelada: União Federal

Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero

Publicação: DJ 2 de 04/09/2006

Ementa

Constitucional, Processual Civil e Administrativo. Cumulação de benefícios previdenciários. Pensão especial de ex-combatente. Aposentadoria de policial militar do Estado de Minas Gerais. Possibilidade. Assistência médico-hospitalar gratuita em organizações militares de saúde. Auto-aplicabilidade do art. 53, IV, do ADCT. Norma de eficácia imediata. Desnecessidade de prévia contribuição para o Fundo de Saúde da Organização Militar. Sentença reformada.

I. O art. 53, II, do ADCT da Constituição de Federal de 1988 assegurou ao ex-combatente, que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, o direito a uma pensão especial, a qual é inacumulável com quaisquer rendimentos auferidos dos cofres públicos, exceto se forem eles classificados como benefício previdenciário.

II. Qualificando-se juridicamente a aposentadoria de policial militar reformado do Estado de Minas Gerais como benefício previdenciário, não há empecilho à cumulação com a pensão especial de ex-combatente da 2ª Guerra Mundial.

III. Comprovada a condição de ex-combatente (Lei 5.315/1967) ou de dependência deste (art. 5º da Lei 8.059/1990), é garantida constitucionalmente a percepção de assistência médico-hospitalar gratuita nas organizações militares de saúde, nos termos do inciso IV do art. 53 do ADCT da CF/1988, que é norma auto-aplicável, de eficácia plena e imediata, independentemente de regulamentação e prévia contribuição.

IV. A intenção da lei, ao permitir o acesso diferenciado de ex-combatentes e dependentes ao tratamento médico-hospitalar, próprio dos militares de carreira, visou a retribuir os serviços prestados por eles durante a Segunda Guerra Mundial.

V. Em tema previdenciário, fixa-se o cálculo dos juros moratórios em 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação.

VI. Esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que, em causas de natureza previdenciária, os honorários advocatícios devem ser fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação do acórdão (certidão).

VII. Precedentes.

VIII. Apelação parcialmente provida, para conceder a cumulação do benefício, respeitada a prescrição quinquenal.

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação.

1ª Turma do TRF 1ª Região – 31/07/2006.

Desembargador Federal *José Amilcar Machado*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:

— Cuida-se de apelação interposta por Paulo Penido contra sentença proferida pelo MM. Juiz Federal Substituto da 21ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais que julgou improcedente o pedido, em sede de ação ordinária ajuizada a fim de recebimento de aposentadoria do autor, decorrente da condição de reformado pela Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, cumulada com a percepção de pensão especial de ex-combatente.

Em suas razões (fls. 104/115), alega que a pensão especial é acumulável com benefício de natureza previdenciária, sobretudo quando se trata de servidor público estadual, subordinado à Lei 5.301/1969 (Estatuto dos Servidores Militares do Estado de Minas Gerais), por interpretação sistêmica da Constituição Federal, a teor do disposto no art. 53, II, do ADCT da CF/1988.

Com as contra-razões da União às fls. 118/125, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal José Amilcar Machado:

— Como se vê, trata-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente pedido de cumulação de benefício percebido por Policial Militar reformado do Estado de Minas Gerais, com a pensão especial devida a ex-combatente da 2ª Guerra Mundial.

O exame dos autos evidencia que se reveste de

juridicidade a alegação do apelante. O art. 53, II, do ADCT da Constituição de Federal de 1988 assegurou ao ex-combatente, que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, o direito a uma pensão especial, a qual é inacumulável com quaisquer rendimentos auferidos dos cofres públicos, exceto se forem eles classificados como benefício previdenciário.

O autor, ex-combatente, objetiva receber, cumulativamente, essa pensão especial a ele disponibilizada pelo Chefe do Departamento de Pessoal-Geral do Ministério do Exército com a aposentadoria que percebe por ser reformado pela Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

Para que seja possível essa cumulação, conforme excepciona o artigo acima citado, deve o rendimento auferido dos cofres públicos ter qualificação jurídica de benefício previdenciário.

Sobre essa específica questão o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE-236902/DF, reconheceu que a aposentadoria do servidor público, que é o benefício recebido pelo autor, tem natureza jurídica de benefício previdenciário, reconhecendo, por conseguinte, que é possível acumular a pensão especial concedida ao ex-combatente com aposentadoria do servidor público.

Nessa linha, cabe referir:

Recurso extraordinário. 2. Ex-combatente. 3. Pensão especial prevista no art. 53, II, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de 1988. 4. A referida pensão especial é acumulável com benefício previdenciário. 5. Reveste-se da natureza de benefício previdenciário a aposentadoria de servidor público. 6. Mandado de segurança deferido. 7. Acórdão que se mantém. 8. Recurso extraordinário não conhecido, em conformidade com parecer da Procuradoria-Geral da República. (RE-236902/ DF, Rel. Min. Neri Da Silveira, DJ de 01/10/1999)

O egrégio Superior Tribunal de Justiça, por sua

* Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Juiz Federal Itelmar Raydan Evangelista e Juiz Federal Manoel José Ferreira Nunes (conv.). Ausente, justificadamente, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira.

vez, também já se manifestou nesse sentido:

Mandado de Segurança. Administrativo. Pensão Especial. Ex-combatente. Percepção cumulativa com aposentadoria por tempo de serviço. Artigo 53 do ADCT e Lei 8.059/1990. Possibilidade. Precedentes. Ordem concedida.

1. Nos termos do art. 53, inciso II, do ADCT e art. 4º da Lei 8.059/90, a pensão especial de ex-combatente, correspondente à pensão militar deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, é inacumulável com quaisquer vencimentos percebidos dos cofres públicos, aí incluídos qualquer outra pensão já concedida a ex-combatente (parágrafo único do art. 53 do ADCT), exceto os benefícios previdenciários.

2. O Pretório Excelso e esta Corte Superior de Justiça firmaram já entendimento no sentido de que a aposentadoria de servidor público reveste-se de natureza previdenciária, para fins de incidência do artigo 53 do ADCT.

3. Visando o impetrante ao restabelecimento de aposentadoria por tempo de serviço, sem prejuízo de sua percepção cumulativa com a pensão especial de ex-combatente, correspondente à pensão militar deixada por segundo-tenente das Forças Armadas, é de se reconhecer a existência de direito líquido e certo amparável pela via mandamental.

4. Ordem concedida. (MS 7750/DE, Re. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 18/02/2002).

Essa orientação jurisprudencial tem sido reiteradamente adotada:

Constitucional e Administrativo. Militar. Ex-combatente. Pensão especial. Artigo 53, inciso II, do ADCT, da Constituição Federal de 1988. Acumulação da pensão com proventos de Servidor Público Civil. Possibilidade.

1 - Faz jus à pensão especial prevista no art. 53, inciso II, do ADCT, da Constituição Federal de 1988, o militar que participou efetivamente em missões de vigilância e segurança do litoral, como integrante da guarnição de ilhas oceânicas ou de unidades que se deslocaram de suas sedes para o cumprimento daquelas missões (Lei 5.315/97, art. 1º, § 2º, inciso II).

2 - A aposentadoria recebida por servidor público civil tem natureza previdenciária, podendo, portanto, ser acumulada com a pensão em tela.

3 - O termo inicial do benefício é a data do requerimento administrativo.

4 - Recurso de apelação do autor a que se dá

provimento. (AC 2000.01.00.072005-1/MG, TRF 1ª Região, Rel. Des. Federal Antonio Sávio de Oliveira Chaves, DJ de 16/07/2001).

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Reconhecimento. Efeito infringente. Incabível na hipótese. Prequestionamento.

1. Acolhimento dos embargos de declaração para suprir a omissão apontada, sem modificar a conclusão do julgado.

- Nova redação de item da ementa -

1. O servidor reformado pela Brigada Militar do Estado — benefício cuja natureza é previdenciária —, que comprova sua condição de ex-combatente faz jus à pensão especial estabelecida pelo artigo 53, II do ADCT, o que não se transmuda frente à norma inserta no art. 1º, *caput*, da Lei 5.315/67, eis que o licenciamento indicado como forma de retorno definitivo à atividade civil inclui qualquer forma de exclusão do serviço ativo das Forças Armadas. Não impedem o concessório as normas insertas nos artigos 273, § 2º do normativo civil adjetivo e nas Leis 8.437/92 e 9.494/97. (EDAG 2002.04.01.048107-1/RS, TRF 4ª Região, Rel. Juiz Amaury Chaves De Athayde, 4ª Turma, DJ 03/11/2004 p. 437).

Em relação à verba honorária, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que, em causas de natureza previdenciária, os honorários advocatícios devem ser fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Ante o exposto, dou parcial provimento à apelação, para julgar procedente o pedido de cumulação entre a pensão estatutária e a pensão especial de ex-combatente, observada a prescrição quinquenal da parcelas anteriores ao ajuizamento da ação, corrigidas monetariamente a partir do vencimento de cada parcela, nos termos da Lei 6.899/81 e das Súmulas 43 e 148 do STJ, bem como a inclusão do autor no Fundo de Saúde do Exército, com pagamento de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, e fixo a verba honorária em 5% (cinco por cento) sobre o valor sobre o valor das parcelas vencidas, até a data da prolação do acórdão (certidão), consoante termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

Segunda Turma

Apelação Cível

2000.33.00.017918-3/BA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Aloísio Palmeira Lima
Rel. Convocada: A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva
Apelante: Universidade Federal da Bahia – UFBA
Procurador: Dr. Antônio Roberto Basso
Apelado: Edson Ângelo dos Santos
Advogados: Drs. Douglas Calasans Portugal e outros
Remetente: Juízo Federal da 14ª Vara/BA
Publicação: DJ 2 de 11/09/2006

Ementa

Administrativo. Servidor público. Pensão estatutária. Companheiro. União estável comprovada. Ausência de designação expressa. Desnecessidade. Art. 217, I, “c”, da Lei 8.112/1990. Remessa tida por interposta. Honorários de advogado. Correção monetária. Juros de mora.

I. Remessa oficial tida como interposta, porquanto proferida a sentença após a vigência da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997. Não incide, na hipótese, o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, em virtude de não ter sido demonstrado que o conteúdo econômico do pleito é de valor inferior a 60 salários mínimos. Também não incide o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal, ou do tribunal superior competente.

II. Para a comprovação da condição de beneficiário a legislação exige que o companheiro designado comprove o requisito da união estável e o pressuposto da designação para concessão da pensão por morte.

III. No caso em julgamento, o conjunto probatório constituído de justificação administrativa feita perante o INSS, folha de encaminhamento do Inamps, notas fiscais de compra de mercadoria e bilhetes pessoais, todos indicando convivência comum, duradoura, pública e contínua, somado à unanimidade das testemunhas confirmando o mesmo fato, são instrumentos idôneos capazes de comprovar a constituição da união estável.

IV. Evidenciado a condição *more uxorio* entre o recorrido e sua ex-companheira, ora falecida, desnecessária é a indicação do mesmo como beneficiário da instituidora da pensão junto aos cadastros da Universidade para conceder o benefício pleiteado, conforme se subtrai de precedente do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal (RESP 354.424/PE, AC 2001.38.00.040535-3/MG e ac 2001.38.00.040535-3/MG).

V. Os honorários de advogado devem ser fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, correspondente, no entanto, apenas às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, de acordo com a Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e art. 20, § 3º do Código de Processo Civil.

VI. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Esclarecendo que “a indicação dos índices de correção monetária, ainda que na apelação interposta pelo devedor, não caracteriza a *reformatio in pejus*, já que o reajuste monetário não é um plus, mas sim, medida necessária para compensar a corrosão do real valor da moeda diante da inflação. É imperioso fixá-la com vistas a impedir o enriquecimento sem causa do devedor.” (RESP 462.845/RS-STJ).

VII. Os juros de mora devem ser contados da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e, da

data do vencimento, para as posteriores, de acordo com entendimento pacífico desta Turma (AC 1998.01.00.050529-0/BA).

Acórdão

Decide a Turma, por unanimidade, negar provimento à apelação e dar parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta.

2ª Turma do TRF 1ª Região – 09/08/2006.

Juíza Federal *Mônica Neves Aguiar da Silva*, Relatora Convocada.

Relatório

A Exma. Sra. Juíza Federal Monica Neves Aguiar da Silva: — 1. Edson Ângelo dos Santos ajuizou ação ordinária contra a Universidade Federal da Bahia – UFBA, objetivando a concessão de pensão por morte, decorrente do falecimento de sua companheira, servidora pública federal aposentada, com quem conviveu por cerca de nove anos e de quem dependia economicamente.

2. Requer, ainda, o pagamento das prestações pretéritas e a condenação da Universidade nos ônus de sucumbência e honorários de advogado, fixados em 20% sobre o valor da causa.

3. Citada, a UFBA opôs-se à pretensão deduzida na inicial ao argumento de que o autor não conseguiu comprovar sua condição de companheiro da aposentada falecida, nos termos exigidos no art. 217, inc. I, letra “c” da Lei 8.112/1990.

4. O autor pediu o julgamento antecipado da lide nos termos da réplica juntada às fls. 47/51 e antecipação da tutela, conforme fls. 78/80, em face de sua condição de deficiente visual.

5. Após conceder a antecipação da tutela (fls. 86/89), o MM. Juiz Federal da 14ª Vara da Seção Judiciária da Bahia, Dr. Moacir Ferreira Ramos, julgou procedente o pedido deduzido na inicial, em sentença com o seguinte dispositivo:

Pelo exposto, julgo procedente o pedido deduzido na inicial para condenar a Universidade Federal da Bahia a conceder, em termos definitivos, o benefícios de pensão por morte em favor do Autor, na condição de dependente da Sra. Te-

rezinha Consuelo Penalva Cosa Santos, que era funcionária aposentada dessa instituição de ensino superior. Confirmando, assim, a decisão que deferiu a antecipação parcial dos efeitos da tutela (fls. 95/98). Deverá a Ré, ainda, efetuar o pagamento das prestações atrasadas, a partir da data do óbito da referida servidora, corrigidas monetariamente desde a data em que cada parcela era devida, e acrescidas de juros de mora de 0,5% ao mês, a partir da citação.

Condene a Ré, ainda, a pagar em favor do Autor honorários advocatícios, que arbitro em 20% do valor da condenação. Sem imposição em custas, em virtude da isenção prevista no art. 4º, I, da Lei 9.289/1996.

Oficie-se ao MM. Juiz Relator do agravo de instrumento cuja interposição foi noticiada nestes autos, enviando-lhe cópia desta sentença.

P.R.I.

6. Inconformada, apela a Universidade-ré com os mesmos argumentos expendidos na contestação, pela reforma do julgado.

7. Com as contra-razões (fls. 128/129), subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Juíza Federal Mônica Neves Aguiar da Silva: — 1. De início, tenho como interposta a remessa oficial, porquanto proferida a sentença após a vigência da Lei 9.469, de 10 de julho de 1997. Não incide, na hipótese, o § 2º do art. 475 do Código de Processo Civil, em virtude de não ter sido demonstrado que o conteúdo econômico do pleito é de valor inferior a 60 salários mínimos. Também não incide o § 3º desse artigo, tendo em vista que a sentença não se fundamentou em jurisprudência do plenário ou súmula do Supremo Tribunal Federal, ou do tribunal superior competente.

2. Nesse sentido, vem decidindo esta Turma:

Processual Civil. Previdenciário. Revisão da RMI. Correção monetária das 24 (vinte e quatro) Parcelas de salários-de-contribuição anteriores aos

*Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Carlos Moreira Alves e Neuza Maria Alves da Silva.

últimos 12 (doze) meses. Aposentadorias concedidas no Regime precedente à Lei 8.213/1991. Variação nominal da ORTN/OTN. Leis 5.890/1973 e 6.423/1977. Aplicação. Juros. Honorários advocatícios. Remessa oficial.

.....
IV - Cabível remessa oficial de sentença proferida contra autarquia na vigência da Lei 9.469, de 10/07/1997, e por inaplicável o § 2º do art. 475, I, do CPC, na redação dada pela Lei 10.352/2001, por não demonstrado que o conteúdo econômico do pleito é de valor inferior a 60 (sessenta) salários mínimos.

V - Apelação parcialmente provida juntamente com a Remessa Oficial, tida como interposta. (grifo nosso) (AC 2004.38.01.003788-8/MG, Rel. Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, 2ª Turma – unânime. DJU 10/4/2006, p. 76).

Providenciário. Processual Civil. Reexame. Revisão de benefícios Anteriores à novel Constituição. Atualização dos salários-de-contribuição. ORTN. Lei 6.423/77. Juros de mora. Correção monetária. Verba honorária.

1. A decisão a quo não está fundada em jurisprudência do plenário ou súmula do STF, ou do tribunal superior competente, resta inaplicável à espécie a ressalva inserida no § 3º do art. 475 do CPC, razão pela qual o presente feito deve também ser revisado sob o crivo da remessa oficial obrigatória. Remessa tida por interposta.

.....
6. Apelação e remessa, tida por interposta, desprovidas. (grifo nosso) (AC 2004.38.02.001192-3/MG, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, 2ª Turma – unânime. DJU 6/10/2005, p.48).

3. Cuida-se de apelação interposta pela Universidade Federal da Bahia – UFBA a fim de reforma sentença que concedeu pensão por morte a Edson Ângelo dos Santos, em razão do falecimento de sua companheira, servidora pública federal aposentada.

4. Sustenta a UFBA que o autor não preencheu as condições legais necessárias à concessão do benefício, especialmente ao art. 217, inc. I, letra “c” da Lei 8.112/1990.

5. Assim dispõe o dispositivo invocado:

Art. 217. São beneficiários das pensões:

I - vitalícia:

.....
c) o companheiro ou companheira desig-

nado que comprove união estável como entidade familiar;

6. A união estável, tutelada pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal, acha-se atualmente regulada pelos arts. 1.723 e seguintes do Código Civil.

7. Observa-se que a legislação especial exige para a comprovação da condição de beneficiário que o companheiro designado comprove união estável. Ou seja, há um pressuposto: a designação, e um requisito: a existência de união estável.

8. Quanto ao pressuposto, vem a jurisprudência entendendo que a falta de designação não elide o benefício. Assim, evidenciado a condição *more uxorio* entre o recorrido e sua ex-companheira, desnecessária é a indicação do mesmo como beneficiário da instituidora da pensão junto aos cadastros da Universidade, conforme se extrai de julgamento em caso análogo, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Comprovadas a convivência comum e a dependência econômica, a falta de designação da companheira como beneficiária não obsta a concessão da pensão. (RESP 354.424/PE, Rel. Ministro Fontes de Alencar, 6ª Turma – unânime. DJU 17/11/2003, P. 386).

9. No mesmo sentido é a jurisprudência desta Segunda Turma, como se vê dos seguintes julgados:

Orientação jurisprudencial do colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a designação prevista no artigo 217 da Lei 8.112, de 11 /12/1990, tem por escopo apenas o de facilitar, junto à pública administração, a vontade do instituidor em eleger o dependente como seu beneficiário à pensão por morte, não implicando, sua ausência, óbice à aquisição do benefício, se comprovado, inequivocamente, por outros meios, o cumprimento aos requisitos estabelecidos pelo legislador. (AC 2001.38.00.040535-3/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Moreira Alves – unânime. DJU 09/05/2003, p. 100).

A ausência de designação expressa, em vida, pelo servidor, não constitui óbice à concessão do benefício da pensão temporária, já que é viável o deferimento por meio da utilização de outros mecanismos de prova. (AC 2001.30.00.000876-6/AC, Rel. Juiz Federal convocado Lincoln Rodrigues de Faria – unânime. DJU 12/08/2005, p. 14).

10. No caso em julgamento, a fim de comprovar sua união estável com a ex-companheira, o autor reuniu os seguintes documentos: a) justificação

administrativa feita perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS que entendeu por reconhecer a dependência econômica do recorrido em relação à servidora (fl. 25); b) folha de encaminhamento do serviço social do INAMPS, relatando o falecimento de Terezinha Consuelo Penalva Costa Santos e registrando a presença do recorrido na condição de companheiro da mesma (fl. 12); c) caderneta de vacinação do Ministério da Saúde com o registro do endereço da falecida e notas fiscais de compra de mercadorias em nome do recorrido em que consta o mesmo endereço (fls. 13/15); e, d) bilhetes pessoais registrados em presentes com ilações que demonstram desvelo e intimidade (fls. 36/37).

11. Além dos documentos acima apresentados, as testemunhas ouvidas foram unânimes em confirmar a relação afetiva existente entre o recorrido e a falecida, como se vê dos excertos selecionados dos seguintes depoimentos:

a) *Urbano Benevides Castro Filho* (fls. 71/72)

– registrou “que conhece o Autor já há vinte anos; que conheceu a Sra. Terezinha Consuelo Penalva Costa Santos, com quem o Autor conviveu maritalmente de 1984 até 1994, quando a referida senhora veio a falecer; ...”

b) *Denise Mattos Silva de Souza* (fls. 73/74)

– registrou “que conhece o Autor já há bastante tempo; que conheceu também a Sra. Terezinha Penalva Costa Santos, com quem o Autor conviveu maritalmente por mais de sete anos, até o falecimento de sua companheira; que o casal não teve filhos; que à época do relacionamento o Autor cuidava da sua companheira, que era aposentada; ...”

c) *Luzia Angélica dos Santos* (fls. 75/76) –

registrou “conhece o Autor, Sr. Edson Ângelo dos Santos há mais de vinte anos, já que vive no condomínio onde o mesmo viveu com seus familiares na época da adolescência; que conheceu também a Sra. Terezinha Consuelo Penalva Costa Santos, informando a testemunha que o Autor viveu maritalmente com a referida senhora até o seu falecimento; que, na constância do relacionamento, o Autor vivia sob a dependência econômica de sua companheira; ...”

12. Considerando que cabe ao juiz apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, consoante art. 131 do Código de Processo Civil, prevalece em nosso sistema o princípio da persuasão racional do magistrado, em que exceções só podem ocorrer se previstas em lei (AGRESP

737.214/RJ).

13. Dessa forma, entendo que as provas produzidas mostram-se suficientes para comprovar a existência de união estável, configurada entre o autor da inicial e sua ex-companheira, ora falecida.

14. A correção monetária incide sobre o débito, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei n. 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal. Esclareço que “a indicação dos índices de correção monetária, ainda que na apelação interposta pelo devedor, não caracteriza a reformatio in pejus, já que o reajuste monetário não é um plus, mas sim, medida necessária para compensar a corrosão do real valor da moeda diante da inflação. É imperioso fixá-la com vistas a impedir o enriquecimento sem causa do devedor.” (RESP 462.845/RS-STJ).

15. Os honorários de advogado devem ser fixados no percentual de 10% sobre o valor da condenação, correspondente, no entanto, apenas às parcelas vencidas até o momento da prolação da sentença, de acordo com a Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil.

16. Os juros de mora devem ser contados da citação, no tocante às prestações a ela anteriores e, da data do vencimento, para as posteriores, de acordo com entendimento pacífico desta Turma:

Processual Civil. Previdenciário. Execução de sentença. Remessa oficial incabível. Valores oferecidos pelas partes sem justificativas de sua origem. Termo inicial de juros e seu percentual. Índices de correção monetária.

.....
III - Incidem os juros de mora, quanto às parcelas vencidas antes da citação, a partir da data desta e, quanto às parcelas a ela posteriores, à data do respectivo vencimento.

.....
V - Remessa oficial não conhecida. Apelações improvidas. (AC nº 1998.01.00.050529-0/BA, Rel. Des. Federal Jirair Aram Meguerian, 2ª Turma – unânime. DJLU 17/3/2003, p.90).

17. Em face do exposto, nego provimento à apelação da UFBA e dou parcial provimento à remessa oficial, tida por interposta, para que os honorários de advogado e os juros moratórios sejam aplicados na forma dos itens 15 e 16 deste voto.

É como voto.

Terceira Turma

Habeas-Corpus

2006.01.00.029151-5/MA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto

Impetrante: Armando Serejo

Impetrante: Jadson Cleon S. de Souza

Impetrado: Juízo Federal da 2ª Vara/MA

Paciente: Juciel Guilhermino Gonçalves (réu preso)

Publicação: DJ 2 de 22/09/2006

Ementa

Processual Penal. Habeas Corpus. Crime hediondo. Tráfico ilícito de entorpecentes. Liberdade Provisória. Lei 8.072, de 1990.

Não se justifica a denegação da liberdade provisória a só vedação prevista no inciso II do art. 2º da Lei 8.072, de 1990, sendo necessário que o juiz fundamente a decisão em um dos requisitos estabelecidos no art. 312 do CPP.

Acórdão

Decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, por maioria, vencido o Juiz Federal Saulo Linhares Moraes Casali Bahia, conceder ordem de *habeas corpus* impetrada em favor de Juciel Guilhermino Gonçalves.

3ª Turma do TRF 1ª Região – 22/08/06.

Desembargador Federal *Tourinho Neto*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Armando Serejo, brasileiro, solteiro, advogado e Jadson Cleon S. de Souza, brasileiro, casado, advogado, inscritos na OAB/MA, respectivamente, sob ns. 6.921 e 7.337, com escritório na Rua Júpiter, Quadra 30, Lote 16, Ed. Cristal, Sala 102, Renascença II, São Luís/MA, impetram ordem de *habeas corpus* em favor Juciel Guilhermino Gonçalves, brasileiro, solteiro, técnico em informática, residente na Rua dos Cury, Quadra 01, Casa 01, Cohab Nova, Cáceres, Estado de Mato Grosso, contra ato do MM Juiz Federal Substituto 2ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, Neian Milhomem Cruz, que indeferiu o pedido de liberdade provisória formulado em favor do paciente, diante do disposto no art. 2º, II, da Lei 8.072, de 1990, por se tratar, no caso, de crime hediondo (fls. 48/51).

2. Deneguei a liminar, tendo em vista que esta 3ª Turma, que componho, tem decidido, contra meu entendimento, que o disposto no inciso II do art. 2º da Lei 8.072/1990, proíbe, nos crimes de tráfico de droga, a liberdade provisória. Deixei para manifestar meu entendimento no voto (fls. 59).

3. Foram prestadas informações pelo Juiz Ivo Anselmo Höhn Júnior (fls. 68/70).

4. O Ministério Público Federal, pelo eminente Procurador Regional da República Alexandre Camanho de Assis, opinou pela denegação da ordem (fls. 127/130). Citou em abono de seu entendimento acórdãos do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Joaquim Barbosa (HC 86814/SP, DJ 26/05/2006; HC AgR 85711/ES, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence (DJ 03/06/2005); e HC 86118/DF, relator Ministro Cezar Peluso (DJ 04/10/2005).

5. É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Tourinho Neto: — 1. Dispõe o art. 2º, II, da Lei 8.072, de 25/07/90, que:

Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

II – fiança e liberdade provisória.

Observe-se que tal norma contraria a Constituição Federal, pois, o inciso XLIII do art. 5º, nega àquele que responde pelos delitos definidos como hediondos, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins o direito à fiança, à graça e à anistia (Art. 5º, XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”).

Estudando os direitos subjetivos constitucionais, afirma Luís Roberto Barroso (*Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 82):

Os direitos individuais, freqüentemente referidos como *liberdades públicas*, são a afirmação da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contém limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado.

E chama atenção:

Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares. Na Constituição brasileira em vigor, eles se concentram na extensa enunciação dos 77 incisos do art. 5º.

Os direitos individuais identificados na Constituição Federal, que os declara de modo claro e preciso no seu art. 5º, não podem ser violados pelo Estado.

Ao julgar o HC 38466/SC, e, 16/11/2004 (*DJ*

* Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (conv.) e Juiz Federal José Magno Linhares Moraes (conv.). Ausente, eventualmente, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Cândido Ribeiro.

13/12/2004), a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como relatora a Ministra Laurita Vaz, decidiu que:

1. Ainda que o crime seja classificado como hediondo pela Lei 8.072/1990, a simples alegação da natureza hedionda do delito cometido, em tese, pelo paciente não é, de *per si*, justificadora do indeferimento do pedido de liberdade provisória, devendo, também, a autoridade judicial devidamente fundamentar e discorrer sobre os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

2. Ordem concedida para que seja assegurado ao paciente o benefício da liberdade provisória, com a consequente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo processante, sem prejuízo de eventual decretação de custódia cautelar, devidamente fundamentada.

Também a 6ª Turma do STJ, julgando o HC 32890/SP, em 21.10.2004 (*DJ* 29.11.2004), relator o Ministro Paulo Medina, assim, igualmente, entendeu. O acórdão está assim ementado:

Não foi dado ao legislador ordinário legitimidade constitucional para vedar, de forma absoluta, a liberdade provisória quando em apuração de crime hediondo e assemelhado. Inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 8.072/1990. Os princípios constitucionais do Estado de Inocência e da Liberdade Provisória não podem ser elididos por normas infraconstitucionais que estejam em desarmonia com os princípios e garantias individuais fundamentais. A manutenção da prisão em flagrante deve, necessariamente, ser calcada em um dos motivos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal e, por força do art. 5º, XLI e 93, IX, da Constituição da República, o magistrado, ao negar a liberdade provisória, está obrigado a apontar os elementos concretos mantenedores da medida. A concessão da liberdade provisória ao paciente prejudica a análise de excesso de prazo na instrução criminal. *Ordem Concedida*.

No HC 39588/SP, da lavra do Min. Gilson Dipp, julgado em sessão de 17/05/005 (*DJ* 06/06/2005), consta da ementa, que abaixo transcrevo na parte que interessa:

A gravidade do delito imputado ao paciente, a existência de indícios de autoria a prova da materialidade, bem como o fato de se tratar de crime hediondo não constituem motivação idônea a amparar a segregação. Precedentes. A prisão cautelar

deve estar fulcrada em fundamentação concreta, apta a configurar quaisquer dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Sigo a orientação do Superior Tribunal de Justiça, apesar de o Supremo Tribunal Federal, pela sua Segunda Turma, ao julgar o HC 86814-2, em 29/11/2005 (DJ26/05/2006), relator o Ministro Joaquim Barbosa, ter decidido que:

A vedação à concessão do benefício da liberdade provisória prevista no art. 2º, II, da Lei 8.072/1990 é fundamento suficiente para o impedimento da concessão do benefício ao paciente. A demora na tramitação do processo é justificada pela complexidade do feito, dada a necessidade de expedição de precatórias para oitiva de testemunhas e a presença de vários réus com procuradores distintos. Ordem denegada.

No julgamento do HC 80.719-4/SP, da lavra do Ministro Celso de Mello, na sessão de 26/06/2001 (DJ28/09/2001), decidiu a Segunda Turma da nossa Corte Suprema que:

A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu.

.....
Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade (destaque no original).

Ora, negando a liberdade provisória, na verdade, está-se decretando a preventiva, pois, para a mesma ser concedida ou negada, tem-se, por determinação do parágrafo único do art. 310 do CPP, que examinar os requisitos do art. 312 do mesmo código.

2. Diante do exposto, concedo a ordem de *habeas corpus* impetrada impetrado em favor Juciel Guilherme Gonçalves, determinando sua soltura, se por outro motivo não estiver preso.

3. É o voto.

Voto Vogal Vencido

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Magno Linhares Moraes: — Senhor Presidente, Senhor Relator, particularmente, entendo que deveríamos prestigiar um certo rigor da lei neste momento.

Embora elevados a um nível quase que único dentro da lei, os crimes hediondos têm uma graduação quanto a sua gravidade. Então, não podemos, evidentemente, tratar todos os crimes hediondos da mesma forma. Temos o princípio da razoabilidade, o da proporcionalidade, que incentivam o julgador, em determinadas ocasiões, a litigar. Também há necessidade de se minorar ou se abrandar o rigor da lei quando se trata daqueles casos em que ou a autoridade policial ou o Ministério Público force a uma capitulação como crime hediondo, para se manter a pessoa enclausurada. Mas, quando se trata de tráfico internacional de entorpecentes, deve-se ter uma cautela.

Entendo que, embora eu prestigie a proibição de se conceder a liberdade provisória, temos também outros mecanismos dentro da lei que se tornam extremamente rigorosos, que contrabalançam esse rigorismo, que é exatamente a necessidade de se concluir a instrução criminal dentro de um prazo exíguo. Entendo que o legislador, nesse ponto específico de tráfico de entorpecentes, está dentro de uma razoabilidade aceitável: mantém-se a pessoa, que cometeu um crime, presa — a sociedade encontra-se abalada e fulminada por essas condutas —, e a deixa enclausurada até a conclusão do processo.

Tenho também as minhas reservas contra esse entendimento, de que não se justifica a liberdade, mas, pelo contrário, possibilita a prisão preventiva daqueles que estão a cometer o crime, sim, de tráfico de entorpecentes. Manter-se enclausurado não só aquelas pessoas que foram pegas em flagrante, mas também aquelas que, por algum motivo, não foram presas em flagrante, estão em liberdade e continuam, por assim dizer, de certa forma, ameaçando a ordem pública. Então, pelo aspecto pedagógico, entendo que tanto no caso de prisão em flagrante, quanto aqueles que estão em liberdade, que não foram presos em flagrante, deveriam ser recolhidos. Por isso, peço vênias e voto no sentido de que seja denegada a ordem.

Quarta Turma

Habeas Corpus

2006.01.00.023735-0/AM

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro

Impetrante: Adriana Almeida Lima

Impetrante: Cleber Oliveira de Sousa

Impetrado: Juízo Federal da 3ª Vara/AM

Paciente: Justo Alexandre Ramos Ramirez (réu Preso)

Paciente: William Norbey Magles Cespedes (réu Preso)

Publicação: DJ2 de 21/09/2006

Ementa

Processual Penal. Habeas Corpus. Porte ilegal de arma de fogo. Tentativa de homicídio. Evasão de divisas. Prisão. Constrangimento ilegal. Inexistência.

I. Descabe falar em falta de justa causa para a prisão ou excesso de prazo, mormente quando demonstrada a existência de diligências de difícil e demorada realização, requeridas pela defesa, bem como a complexidade do caso e regularidade do desenvolvimento da instrução.

II. Ordem denegada.

Acórdão

Decide a Quarta Turma do TRF 1ª Região, por unanimidade, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

4ª Turma do TRF 1ª Região – 29/08/2006.

Desembargador Federal *Mário César Ribeiro*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:
— Adriana Almeida Lima e Cleber Oliveira de Sousa, advogados, impetram Habeas Corpus em favor de Justo Alexander Ramos Ramirez e William Norbey Magles Cespedes contra ato do MM. Juiz Federal da 3ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, deduzindo pedido vazado nos seguintes termos, *ipsis litteris*:

Pelo exposto, estando os Pacientes a sofrer flagrante constrangimento de direitos assegurados na Carta magna, requer os Impetrantes a Concessão Liminar de ordem de *habeas corpus*, com o fito de ser cassado a impropriedade da denúncia da autoridade coatora e suas falhas comprovadas

pelas provas processuais, no que se refere a prisão preventiva que persiste, com requintes de violação aos preceitos constitucionais, como a discriminação da nacionalidade, tendo em vista que os Pacientes comprovam residência fixa em Manaus e pedem também que lhes seja devolvido o dinheiro apreendido a esposa do falecido, com o desconto do imposto a que tem que pagar, são réus primários e de bons antecedentes, por lhes proporcionar o benefício para que possam responder em liberdade os fatos que estão a ser processados, como ato reparatório do constrangimento já causado. A plausibilidade jurídica da concessão da liminar encontra-se devidamente caracterizada na presente. O *fumus boni iuris* foi devidamente demonstrado pelos elementos fáticos e jurídicos trazidos à colação e a incidência do *periculum in mora* reside no fato de que grave prejuízo moral e psicológico

poderá sofrer os Pacientes, atualmente o paciente 'Justo' encontra-se com problemas de saúde e não tem como dispor de tratamento dentro da cadeia tendo em vista que pode vir a sofrer um infarto por ter problemas de coração e sendo ambos cidadãos Colombianos e de bem que estavam voltando para o trabalho, onde lamentam a perda do *colega* que também estava voltando ao trabalho, assim como por constituir tal decisão a que mais se coaduna com os fins e princípios colimados pela ação penal (sic – fls. 29/30)

Sustentam os Impetrantes, em síntese: a falta de justa causa para prisão dos Pacientes por serem primários, terem bons antecedentes e residência fixa, além da ausência de provas dos crimes que lhes foram imputados; e a existência de constrangimento ilegal por excesso de prazo.

O pedido de liminar foi indeferido pela Decisão de fls. 225/227.

Prestadas as Informações (fl. 229/230), foi ouvido o Ministério Público Federal, que opinou, preliminarmente, pela *“juntada aos autos da decisão que determinou e/ou ratificou a prisão preventiva dos pacientes, para melhor análise dos pedidos”* (cf. fl. 256), e, no mérito, pela denegação da ordem.

Determinada a intimação dos Impetrantes pelo Despacho de fl. 263 para que providenciassem a juntada da referida Decisão, quedaram-se inertes (cf. Certidões de fls. 264 e 265).

É o relatório.

Voto *

O Exmo. Sr. Des. Federal Mário César Ribeiro:
— Os Pacientes foram presos em flagrante por militares do 4º Pelotão Especial de Fronteira do Exército Brasileiro em local próximo à fronteira do Brasil com a Colômbia, com grande quantidade de dinheiro em espécie de diversas origens (euros, reais, dólares americanos, pesos e bolívares), diversas armas, sendo algumas de uso permitido e outra de uso restrito, além de muita munição, um aparelho GPS e um rádio hand talk.

* Participaram do Julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Federal Hilton Queiroz e a Exma. Sra. Juíza Juíza Federal Rosimayre Gonçalves de Carvalho Fonseca (conv.). Ausente, por motivo de férias, o Exmo. Sr. Desembargador Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

A Autoridade indicada coatora prestou os seguintes esclarecimentos:

A prisão em flagrante dos pacientes deu-se à imputação de prática de atos de natureza especialmente grave, envolvendo: tentativa de homicídio de oficiais do exército na fronteira; corrupção ativa, ao oferecer vantagem indevida para determinar os militares a omitir atos de ofício (não-realização da prisão); evasão de divisas e ainda tráfico internacional de armas de fogo. Há, ainda, pela natureza dos fatos imputados, a possibilidade cogitada desde o IPL, de os mesmos estarem envolvidos com guerrilhas colombianas, em face não apenas das circunstâncias da prisão, mas também do material que fora apreendido com ambos: fuzis, revólveres e pistolas, centenas de cartuchos, aparelhos GPS e dinheiros de diversas nacionalidades — euros, reais, dólares americanos, pesos, bolívares.

Destarte, a prisão deve ser mantida ante a necessidade de se acautelar a ordem pública, pois somente desta forma se garantiria a cessação do uso de armamento e, inclusive, para evitar a reitereção criminosa.

Ademais, das alegações feitas, tem-se que a defesa pretende, por via de *habeas corpus*, o reexame de provas, o que não é possível. Como é cediço, a via estreita do *writ*, ação sumária que é, não se presta à apreciação de provas.

Quanto à alegação de excesso de prazo, cumpre salientar que o feito encontra-se com regular andamento da instrução — em especial, estão sendo adotadas todas as providências necessárias à realização de exames periciais nas armas utilizadas pelos militares para verificar a quantidade de disparos realizados no local, para verificar quantos resquícios de disparos existem no local. Tais exames periciais, esclareço, foram requeridos pela própria defesa, no curso da audiência de interrogatório dos acusados.

Ressalte-se, ainda, que o armamento se encontra na localidade Cucuí, no município de São Gabriel da Cachoeira, lugar para onde inexistente transporte comercial regular e cujas características geográficas não permitem que, da sede do município, se chegue a Cucuí por via terrestre.

Desta feita percebe-se que não há qualquer irregularidade quanto ao prosseguimento da ação penal, muito menos se pode mencionar a ocorrência de coação ilegal por excesso de prazo, visto que a delonga na instrução criminal ocorre em face da necessidade de se atender a pedidos de difícil consecução, formulados pela própria defesa.

Não se pode, assim, considerar excesso de

prazo contra quem lhe dera causa (...).

O excesso de prazo, além de decorrer de diligências requeridas pela defesa, ocorrem em face da complexidade do crime imputado aos pacientes e das distâncias amazônicas (*sic*), o que dificulta sobremaneira o acesso ao local do ocorrido para a feitura dos exames solicitados.

Não há, pois, que se falar em constrangimento ilegal quando o excesso de prazo, diante das peculiaridades do caso, não excede parâmetros de razoabilidade, o que, diante da adoção de todas as providências por este Juízo, tem sido observado. (fls. 229/230)

Diante desses esclarecimentos que revelam os motivos da prisão dos Pacientes, e em que pese a ausência do ato impugnado, apesar de instados a promoverem a sua juntada aos autos (cf. fl. 263), o certo é que não lograram demonstrar a existência de constrangimento ilegal, ou de falta de justa causa, de modo a justificar a concessão da ordem.

Com efeito, consoante consignou o Ministério Público Federal:

(...) as alegações trazidas no *writ* concentram-se na inexistência de provas da ilicitude da conduta dos pacientes, visto que o decreto prisional estaria baseado em depoimento contraditórios e omissos de testemunhas.

Todavia, para se concluir neste sentido, mister se faz examinar todas as provas produzidas nos autos, de modo a se verificar se, de fato, a conduta é típica, ou não, apurando-se, ademais, a veracidade das declarações feitas em juízo, o que é incabível na via eleita.

Neste sentido, confira-se a jurisprudência mais atualizada dos Tribunais pátrios:

(...)

Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Ação penal por afronta ao artigo 60 da Lei 9.605/1998. Arguição de incompetência da Justiça Federal e falta de justa causa para a demanda. Inconsistência do pleito.

1. Constrangimento ilegal que se não faz inconcuso, à medida que exige, para ser aferido, aprofundado exame das provas, sob o crivo do amplo contraditório, a que é infenso o *Habeas Corpus*.

2. Ordem denegada. (TRF 1ª Região, HC 2006.01.00.017738-5/PA, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, DJ 11/07/2006)

Penal. Habeas Corpus. Trancamento de

ação penal. Materialidade. Indícios de autoria. Exame aprofundado de provas. Impossibilidade. Ordem denegada

1. A conduta descrita na denúncia configura, em tese, infração penal, razão pela qual a ação penal não pode ser trancada, sob pena de haver absolvição sumária por via imprópria.

2. O trancamento da ação penal somente é possível em caráter excepcional, em casos de manifesta atipicidade do fato narrado.

3. O *writ* não é o meio idôneo para análise de questão que envolva matéria probatória. Imprescindibilidade de instauração de ação penal para apuração da autoria.

4. Ordem denegada. (TRF 1ª Região, HC 2006.01.00.006970-0/PI, Rel. Des. Federal Carlos Olavo, DJ 02/06/2006)

Também inexistente o constrangimento ilegal apontado pelos impetrantes, por excesso de prazo na instrução processual, uma vez seguir o feito curso normal, condizente com a complexidade da causa, não se afigurando, pois, qualquer afronta a juízo de razoabilidade que se perfaça sobre os lapsos temporais da persecução em pauta.

No pertinente, colhe-se em decisórios de Pretórios pátrios:

Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Prisão preventiva. Fundamentação. Instrução criminal. Excesso de prazo. Razoabilidade. Complexidade do processo.

(...)

2. Excesso de prazo na instrução criminal. Alegação improcedente, dada a complexidade do processo caracterizada pela quantidade de co-réus e a necessidade da expedição de precatórias para a oitiva de testemunhas residentes em outras comarcas. Precedentes. *Habeas Corpus* indeferido. (STF, HC 82138/SC, Rel. Min. Maurício Corrêa DJ 14/11/2002)

Processual Penal. Habeas Corpus. Roubo qualificado. Fuga do distrito da culpa. Prisão preventiva fundamentada na garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da Lei Penal. Legalidade. Alegação de excesso de prazo. Princípio da razoabilidade. Eventuais condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Ordem denegada.

(...)

2. Para caracterizar excesso de prazo no encerramento da instrução criminal, não se considera apenas a soma aritmética de tempo para a realização dos atos processuais instrutivos, sendo necessário verificar as peculiaridades do caso concreto, impondo-se a aplicação do princípio da

razoabilidade.

(...)

4. Ordem denegada. (STJ, HC 42.602, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 22/05/2005)

HC Substitutivo de recurso ordinário. Formação de quadrilha para o tráfico ilícito de entorpecentes e outros crimes envolvendo policiais e políticos da comarca de Paraty. Nulidades acerca da prova e da denúncia. Argumento de ilegalidades decorrentes de interceptações telefônicas. Via imprópria para a discussão de validade da prova. Inépcia da denúncia. Falta de justa causa para a ação penal. Ausência de fundamentação na prisão preventiva. Nulidades não verificadas. Excesso de prazo plenamente justificável. Denegação.

(...)

Condições pessoais favoráveis do paciente, como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não garantem direito à liberdade provisória, se a manutenção da custódia é recomendada por outros elementos constantes dos autos.

O excesso de prazo, de acordo com o princípio da razoabilidade, não constitui constrangimento ilegal quando justificado pela complexidade da causa, dada a pluralidade de agentes, grande número de testemunhas arroladas, devolução de precatórias expedidas a outros estados da federação e o volume de transcrições para a degravação das interceptações telefônicas deferidas legalmente pela magistrada processante do feito.

Ordem denegada. (STJ, HC 40.416, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 22/08/2005) (fls. 257/260).

Quanto ao alegado excesso de prazo, verifico, ainda, que os Impetrantes, na Inicial, limitaram-se a alegar a sua ocorrência embasando-se em lições doutrinárias e precedentes jurisprudenciais. Nada mais!

Assim descabe falar em excesso de prazo na espécie, mormente quando explicitado pela autoridade impetrada a existência de diligências de difícil e demorada realização, *requeridas pela defesa*, a complexidade do caso, além da regularidade com que vêm sendo desenvolvida a instrução, tendo em vista que o auto de prisão em flagrante foi lavrado em 05/04/2006 e que, segundo cópia do termo de audiência de fl. 307, no dia 24/05/2006 já estavam sendo ouvidas em Juízo as testemunhas arroladas pela acusação.

Finalmente, cabe acrescentar que é pacífico o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “nem sempre as circunstâncias da primariedade, bons antecedentes e residência fixa,

são motivos a obstar a decretação da excepcional medida, se presentes os pressupostos para tanto” (RSTJ 73/84).

Isto posto, por tais razões e fundamentos, *dene-go a ordem*. É como voto.

Quinta Turma

Apelação Cível

2001.39.00.010435-0/PA

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Batista Moreira
Apelante: União Federal (Aeronáutica)
Procuradora: Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero
Apelado: João Costa Maciel
Advogado: Dr. Witan Silva Barros
Remetente: Juízo Federal da 5ª Vara/PA
Publicação: DJ 2 de 09/11/06

Ementa

Administrativo. Concurso público. Forças Armadas. Limite de idade. Disciplina por portaria do Ministério da Aeronáutica. Possibilidade. Aplicação direta da constituição pela administração.

I. A ausência da lei prevista no art. 142, § 3º, X, da Constituição não significa a possibilidade de ingresso de pessoa de qualquer idade nas Forças Armadas. É esse – ausência de lei - um dos casos em que a Administração pode e deve aplicar diretamente as normas e princípios constitucionais.

II. Não seria razoável que, admitida uma pessoa com idade avançada, viesse, com pouco tempo de serviço, a ser promovida ou a passar para a reserva remunerada em função da idade limite de permanência em determinado posto.

III. Não consta do art. 142, § 3º, VIII, da Constituição a aplicação, aos militares, da disposição do art. 7º, XXX, e, conforme a Súmula n. 683/STF, *a contrario sensu*, o limite de idade para a inscrição em concurso público se legitima quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

IV. Remessa oficial e apelação a que se dá provimento.

Acórdão

Decide a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por unanimidade, dar provimento à remessa oficial e à apelação, nos termos do voto do Relator.

5ª Turma do TRF-1ª Região – 26/06/06.

Desembargador Federal *João Batista Moreira*, Relator.

Relatório

Na sentença, de fls. 42-43, foi julgado procedente pedido para que fosse assegurada a inscrição do autor em concurso público para admissão no Curso de Formação de Taifeiros, independentemente de ter ultrapassado o limite de idade, sob o fundamento de que: a) “não foram respeitados os princípios constitucionais da isonomia, razoabilidade e legalidade ao

constar o limite etário como um dos requisitos para a participação no Concurso promovido pela Força Aérea Brasileira, para a seleção ao curso de Formação de Taifeiros/2002”; b) o art. 37, I, da CF, prevê que os ‘cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que *preenchem os requisitos estabelecidos em lei*”; c) “para exercer as atribuições tanto de cozinheiro, como de arrumador, não faz diferença se o militar tem 20 ou 30 anos, pois essa especialidade

não exige esforço tal qual o exigido dos demais militares, sujeitos a treinamentos físicos intensivos, que favorecem os mais jovens.”

Apela a União, às fls. 47-53, pedindo reforma do julgado, sob argumento de que: a) ocorreu perda do objeto, em razão de o candidato não ter sido aprovado no exame psicotécnico; b) “é lícito à Administração militar determinar as regras para que o candidato ingressasse nas forças Armadas, observando determinadas situações não recomendadoras do ingresso no serviço militar, levando-se em consideração que a negativa para habilitação do candidato se fundamenta não só no aspecto legal, como também, em critérios objetivos.”

Contra-razões às fls. 60-63.

É o relatório.

Voto**

O autor, ora apelado, teve sua inscrição indeferida no Concurso de Admissão ao Curso de Formação de Taifeiros/2002 por ter ultrapassado a idade limite de 24 anos prevista no edital de regência.

Dispõe o art. 142, § 3º, X, da Constituição que “a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra”.

Não é pela ausência da lei prevista nesse dispositivo que se deverá aceitar o ingresso de pessoa de qualquer idade nas Forças Armadas. É esse – ausência de lei - um dos casos em que a Administração pode e deve aplicar diretamente as normas e princípios constitucionais, mormente o princípio da razoabilidade. Não seria razoável que, admitida uma pessoa com idade avançada, viesse, com pouco tempo de serviço, a ser promovida ou a passar para a reserva remunerada em função da idade limite de permanência em determinado posto.

Não consta do art. 142, § 3º, VIII, da Constituição a aplicação, aos militares, da disposição do art. 7º, XXX, e, conforme a Súmula n. 683/STF, *a contrario sensu*, o limite de idade para a inscrição em concurso público se legitima quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Por outro lado, tem-se sustentado, não sem veementes contestações (fundadas nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, II; art. 49, V e XI; art. 60, § 4º, III; art. 84, IV; art. 25, I, do ADCT), que na medida em que a Administração está, pela própria Constituição, vinculada diretamente a outros princípios que não só o da legalidade, transparece não ser pela ausência de lei formal, salvo reserva constitucional, que deixará de realizar as competências que lhe são próprias. Na dicção de Miguel Reale, “governar é criar continuamente, é apreciar o imprevisto e decidir diante dos fatos que a lei não previu ou previu de maneira insuficiente” (*Apud* Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41). Se a Constituição dá os fins, implicitamente oferece os meios, segundo o princípio dos poderes implícitos, concebido por Marshall (Aragão, Alexandre Santos de. *Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo*. RDA 225, p. 124). Pergunta o mesmo autor: *por que haveria poder para regulamentar leis ordinárias e não a própria lei constitucional?*

Não se trata, como pode ser visto, de uma competência delegada pelo Poder Legislativo, mas de um poder próprio, derivado diretamente da Constituição.

É comum, nesta seara, a citação de Hely Lopes Meirelles segundo o qual, *enquanto ao particular é permitido fazer tudo que a lei não veda, à Administração só se permite o que a lei autoriza*, logo – diz-se -, não há lugar para o chamado *regulamento autônomo*. Esquece-se, entretanto, de mencionar que o mestre Hely era um dos poucos que anteriormente admitiam o decreto autônomo do Poder Executivo, nos seguintes termos:

O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei (...). O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Selene Maria de Almeida e Fagundes de Deus.

ou de execução da lei -, não invade as chamadas reservas da lei, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (Meirelles, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111-112).

O princípio da legalidade vem adquirindo, ao longo do tempo, a versão de princípio da *legitimidade* (Diogo de Figueiredo Moreira Neto), princípio da *juridicidade* (Eduardo Soto Kloss e Cármen Lúcia Antunes Rocha) e princípio da *constitucionalidade* (Juarez Freitas) ou da *Supremacia constitucional*. No pensamento de Eduardo Soto Kloss,

quando se habla de juridicidad se avoca Derecho, y em una neta y clara superación de término legalidad (ley/parlamento) utilizado antiguamente, puesto que se hace referencia al Derecho en toda su máxima amplitud de fuentes normativas, no sólo fuentes legislativas/leyes, sino sobre toda Constitución, que es el estatuto fundamental de la sociedad política de una nación, y todas las normas dictadas en su conformidad, incluidas sentencias, actos y contratos administrativos, actos contralores, etc.

*Ello es una consecuencia de una perspectiva más aguda y rigurosa del Estado de Derecho, que de meramente legal pasa a ser visto como un Estado constitucional de Derecho, en el cual respecto del término Derecho la primacia la tiene – obviamente – Constitución, fruto del pueblo y su estatuto social básico, texto fundamental que no es visto ya a la manera de una deidad en una visión teísta (el Dios de las esferas, al modo dieciochesco iluminista), intocable e inaplicable por lo lejano, puramente declamatorio sin ninguna operatividad práctica, sino como fuente normativa vinculante para autoridades y ciudadanos, directamente aplicable y plenamente eficaz en sus disposiciones, puesto que su energía preceptiva es fuente de derechos y obligaciones, de potestades y deberes y de sanciones y responsabilidades directas para el caso de su contravención.**

Hoje existem, particularmente em nosso meio, diversos doutrinadores de renome que admitem função normativa autônoma da Administração Pública. Assim é que, segundo pesquisa apresentada por Leila Cuellar (*As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 118-122), Cle-

nício da Silva Duarte, Sérgio de Andréa Ferreira, Bonifácio Fortes, Carlos Medeiros Silva, Sérgio Ferraz e Eros Roberto Grau entendem que o regulamento autônomo é possível, se necessário para o cumprimento da competência administrativa, não se tratando de matéria constitucionalmente reservada à lei e não havendo lei disciplinadora da matéria. Merece destaque o pensamento de Eros Roberto Grau, para quem a competência legislativa não se confunde com a normativa e, “se há matérias que só podem ser tratadas pela lei, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos” (*Apud* Cuellar, Leila. *Op. cit.*, p. 122).

A matéria objeto do recurso já foi apreciada por esta Turma, com a seguinte ementa de julgado:

Constitucional e administrativo. Concurso público. Curso de formação de sargentos. Limitação de idade. Estabelecida em portaria. Possibilidade.

1. A Constituição não proibiu o discrimen de idade para ingresso nas Forças Armadas, uma vez que o inciso VIII do § 3º do artigo 142 não se refere ao inciso XXX do art. 7º, que proíbe critério de admissão por motivo de idade.

2. O limite é para permanência no serviço ativo e não para ingresso na carreira militar e pode, por essa razão, ser estabelecido por ato administrativo.

3. Remessa oficial e apelação providas. (AMS 2002.38.01.003173-9/MG, Relator: Juiz Convocado Jamil Rosa de Jesus. Data do julgamento: 20.10.2003. DJ de 17/11/03, p.13).

Pelo exposto, dou provimento à remessa oficial e à apelação.

É o voto.

Voto Vogal

O Exmo. Sr. Des. Federal Fagundes de Deus: — A Constituição da República, no capítulo atinente às Forças Armadas, estabeleceu, em seu artigo 142, § 3º, disposições específicas aplicáveis aos militares, entre as quais, a do inciso X, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 18/98, *in verbis*:

X- a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos

* KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho administrativo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 22-23.

militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Apesar de não ter sido, ainda, editada a lei específica a que alude o texto magno, nem por isso é comportável admitir-se que o ordenamento jurídico viabilize o ingresso de pessoa de qualquer idade nas Forças Armadas.

Diante da omissão legislativa, tenho presente que, à evidência, incide, na espécie, princípios de ordem constitucional, mormente o princípio da razoabilidade, de modo que não me parece plausível aceitar o ingresso de pessoa cuja idade extrapole aquela prevista no edital, diante das regras específicas, para os militares, de promoção e reforma remunerada em função da idade limite de permanência em determinado posto.

Ora, é certo que a intenção do legislador constituinte foi, de fato, impor limites de idade aos militares, no que atende aos ditames do Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80, art. 98, I). Isso porque, caso não houvesse a exigência de idade máxima, seria o militar transferido, *ex officio*, para a inatividade, mesmo sem completar os 30 (trinta) anos mínimos de serviço, percebendo a remuneração calculada com base no soldo integral do posto ou graduação por ele ocupado, segundo prescreve o inciso III do art. 50 do referido Estatuto dos Militares.

De qualquer sorte, mesmo que assim não fosse, seria insuscetível de aplicação aos militares o inciso XXX do art. 7º da Constituição da República, que proíbe critério de admissão por motivo de idade, porque o art. 142, § 3º, inciso VIII, da Carta Magna arrola, expressamente, quais as disposições constantes do referido art. 7º, alusivas aos direitos sociais dos trabalhadores, que são aplicáveis aos militares, entre os quais, vale observar, não foi indicado o mencionado inciso XXX.

Esse, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende do julgamento do AI 284001 AgR/DF, da lavra do eminente Ministro Moreira Alves, cujo trecho a seguir transcrevo:

Mantenho o despacho agravado pelos seus próprios fundamentos, verbis:

1. O acórdão recorrido, ao basear-se no artigo II da Lei 7.289/84 com a interpretação que lhe deu no sentido de que, em última análise, delegou

à Administração Pública a fixação, por ato administrativo (o edital do concurso para a matrícula no estabelecimento de ensino policial), dos limites mínimo e máximo de idade dos candidatos, não ofendeu o disposto no artigo 42, § 1º, combinado com o artigo 143, § 3º, X, ambos da Carta Magna em sua atual redação que declara caber à lei dispor sobre os limites de idade, sem impedir essa delegação.

2. Ademais, o acórdão recorrido tem ainda fundamento suficiente “per se” para a sua manutenção, o qual não é atacável pelos dispositivos tidos pelo recurso extraordinário como violados (os citados artigos e o artigo 5º, XXXV, todos da Constituição), e que é o de que, sem lei que declare qual seja a idade-limite, mas exija a observância desse requisito, pode a Administração Pública fixá-lo no edital desde que não seja discriminatório, como não o é no caso em virtude das características da carreira militar, para não haver ofensa ao artigo 7º, XXX, da Carta Magna”. (AI 284001 AgR/DF, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 16/02/01, p.134).

Nesse sentido, cito, também, os seguintes precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Administrativo. Militar. Concurso para o quadro complementar da aeronáutica. Limite de idade.

1. Os militares estão sujeitos à limitação de idade, consoante previsto no art. 42, § 9º, da CF, não se lhes aplicando a norma do art. 7º, XXX. Precedentes do STJ.

2. Recurso conhecido e provido. (RESP 149471/RS, STJ, T6, Rel. Min. Anselmo Santiago, DJ de 18/12/1998, p.422)

Militar. Promoção. Idade limite.

Inocorrência de ofensa aos dispositivos legais colacionados. Dissídio pretoriano não demonstrado (RISTJ), art. 255 e parágrafos).

Recurso especial não conhecido. (RESP 11150/PE, STJ, T2, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 28/06/1993, p.12872)

Esta Quinta Turma, inclusive, vem perfilhando tal orientação, consoante ementa a seguir transcrita:

Constitucional e administrativo. Concurso público. Curso de formação de sargentos. Inscrição. Limitação de idade estabelecida em portaria. Possibilidade. Reintegração. Escola de sargentos das armas. Impossibilidade.

1. A Constituição não proibiu o discrimem

de idade para ingresso nas Forças Armadas, uma vez que o inciso VIII do § 3º do artigo 142 não se refere ao inciso XXX do art. 7º, que proíbe critério de admissão por motivo de idade.

2. O limite é para permanência no serviço ativo e não para ingresso na carreira militar e pode, por essa razão, ser estabelecido por portaria.

3. Se não era possível a inscrição do recorrido, este não pode ser reintegrado a Escola de Sargentos das Armas.

3. Agravo instrumento ao qual se dá provimento. (AG 2003.01.00.022956-0/MG, TRF 1ª Região, 5ª Turma, Rel. Convocado Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus, *DJ* de 25/11/2003, p.92).

Ante o exposto, acompanho o Relator e, de igual modo, dou provimento à apelação e à remessa oficial, para reformar a sentença e, de conseqüência, julgar improcedente o pedido.

É o meu voto.

Sexta Turma

Agravo de Instrumento

2005.01.00.045119-4/MG

Relatora: A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues

Agravante: Município de São Paulo – SP

Procurador: Dr. Jorge Alexandre de Souza

Procurador: Dr. Jerry Jackson Feitosa

Agravada: Shirley Rizzi

Advogados: Dr. Pablo Luis Paiva e outro (a)

Publicação: DJ2 de 18/09/2006

Ementa

Agravo de Instrumento. Fertilização. Tratamento. Urgência não demonstrada. Transporte interestadual. Despesas suspensas.

I. Não tendo sido o Município indicado como réu em ação em que se postula reparação por danos causados por alegado erro médico que levou a Autora à infertilidade, e nem sendo o citado profissional e o estabelecimento de saúde onde ocorridos os fatos integrantes da administração municipal, não cabe a atribuição, a título de antecipação de tutela, ao Município, do custeio das despesas de transporte necessárias para a participação da Agravada no programa de fertilização *in vitro*, realizado pela Universidade de São Paulo.

II. Hipótese, ademais, em que não demonstrado risco de saúde a exigir imediata submissão da Agravada ao tratamento.

III. Dá-se provimento ao agravo de instrumento.

Acórdão

Decide a Sexta Turma, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora.

Sexta Turma do TRF 1ª Região – 28/08/2006.

Desembargadora Federal *Maria Isabel Gallotti Rodrigues*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão que, em ação ordinária, deferiu, em parte, o pedido de tutela antecipada formulado por Shirley Rizzi, determinando a sua inclusão no programa de fertilização *in vitro*, realizado pela Universidade de São Paulo – USP, devendo as despesas decorrentes do tratamento e da

medicação serem custeadas pelo Sistema Único de Saúde – SUS, arcando o Município de São Paulo com as despesas decorrentes do seu transporte.

Irresignado, recorre o Município de São Paulo, alegando que a Lei 8.080/1990, que regula o SUS, estabelece que aos municípios compete, tão-somente, o atendimento básico, excluindo-se as atribuições que digam respeito a procedimentos complexos, como é o caso da fertilização *in vitro*. Ademais, a lei em questão não obriga os municípios a custearem despesas

de transporte, a fim de que uma pessoa que mora em uma localidade possa realizar tratamentos médicos em outra, sendo certo que determinação judicial nesse sentido viola o art. 5º, II, da CF/88.

Assevera que, no caso, se alguém deveria custear as despesas da Agravada, esse alguém é o Município de Uberlândia, onde ela reside. Argumenta que o Município de Uberlândia deveria providenciar para que a Agravada realizasse o seu tratamento na sua cidade, ou então, pagar as despesas do seu transporte para que ela o realize em São Paulo.

Alega que não pretende negar vigência ao art. 196 da CF/88, mas que não é razoável a determinação judicial impugnada, pois “se para cada cidadão interessado em se tratar na cidade de São Paulo, ante a falta de tratamento adequado em seu próprio município, coubesse ao Agravante custear as despesas de transporte, tornar-se-ia inviável a manutenção de um sistema médico avançado, já que, como contrapartida, haveria uma sangria injustificada no erário, fruto de custeio com transporte das mais variadas espécies (por terra, aéreo, entre outros), oriundos dos mais diversos lugares (Nordeste, Norte, etc.)”.

Sustenta, ademais, que o médico que não tratou corretamente da Agravada em São Paulo, permitindo que uma de suas trompas se rompesse, não era servidor público municipal, de modo que o município não tem nenhuma responsabilidade pelos danos que lhe foram causados.

Aduz, ainda, que não se pode obrigar o Município a pagar despesas de transporte sem que seja observado o art. 100 da CF/88, sendo certo, também, que a ordem constitucional não contempla a assunção de despesa sem concomitante ingresso de receita.

Ademais, alega ser inadmissível a antecipação de tutela contra o Poder Público, uma vez que as decisões proferidas em seu desfavor estão sujeitas à remessa necessária, sendo impossível a sua execução provisória, sem que tenha sido observado o disposto no art. 475, I, do CPC. Sustenta, também, que o art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/1992, veda a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação e que o art. 273, § 2º, do CPC, veda a antecipação de tutela de caráter irreversível, como ocorreu no presente caso.

Às fls. 59/60 consta a decisão em que deferi o

pedido de feito suspensivo.

Não foi apresentada contraminuta, porque o advogado da agravada não mais tem endereço profissional no local indicado na procuração.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues: — Preliminarmente, anoto que, em contato telefônico com a servidora Márcia, da Assessoria da 2ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia, foi informado que o patrono da agravada não comunicou ao Juízo qualquer alteração do próprio endereço a que se refere a informação de fl. 71. Desse modo, aplicando a regra do art. 39, parágrafo único, parte final, do Código de Processo Civil, reputo cumprida a regra do art. 527, V, do CPC, e considero o agravo pronto para julgamento.

Assim postos os fatos, entendo serem relevantes os argumentos do Agravante.

Da análise dos autos, verifico que não está presente, no caso, o *periculum in mora* autorizador da concessão da tutela antecipada requerida pela Agravada, tendo em vista que ela não se encontra em grave estado de saúde, necessitando ser internada, imediatamente, em hospital especializado em São Paulo. Note-se que, embora seja perfeitamente compreensível, diante dos fatos narrados na inicial (fls.16/30), que a Agravada queira se submeter a tratamento para engravidar, não é este tratamento medida urgente que não possa ser realizada posteriormente, depois de ser efetivamente averiguada a responsabilidade do Município de São Paulo pela sua esterilidade.

Ademais, é relevante a alegação do Município de que o profissional causador do alegado erro médico e o estabelecimento de saúde onde ocorrido o fato não integram a administração municipal, mas a estadual (fls. 46-47).

A este respeito, observo que o Município não foi indicado como réu na inicial, onde os pedidos foram dirigidos contra o SUS estadual e o SUS federal, além do médico Antônio Ítalo Capó (fl. 16).

*Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Federais Daniel Paes Ribeiro e Souza Prudente.

Foi a decisão agravada que determinou, de ofício, a citação do Município, ao lado na União e do Estado, sem fundamentação alguma do fato, mas apenas ante à genérica assertiva de que “o SUS é composto pelos três entes federativos”. Igualmente não consta, na decisão agravada, o motivo pelo qual foi imputado ao Município o encargo pelo pagamento do transporte da agravada.

Em face do exposto, dou provimento ao agravo, confirmando a liminar de fls. 59/60, apenas para suspender o cumprimento da decisão recorrida na parte em que determina que o Município de São Paulo pague pelo transporte da Agravada.

É como voto.

Sétima Turma

Apelação em Mandado de Segurança

2003.38.00.026083-7/MG

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral

Apelante: Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia de Minas Gerais – Crea/MG

Advogado: Dr. Luiz Gustavo Souza Moura

Apelado: Geraldo Magela Dias

Advogado: Dr. Wester Antonio da Silva

Publicação: DJ2 de 15/09/2006

Ementa

Processual Civil e Administrativo. Mandado de Segurança impetração contra lei em tese: Covalidação em ato concreto. (I) Legitimidade da autoridade coatora. Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Declaração de Habilitação Profissional. Lei 5.524/1968; Decreto 90.922/1985, art. 4º, §1º: Limitação da atuação de técnico de 2º grau das áreas de arquitetura e de engenharia civil.

I. Não há falar em impetração contra lei em tese quando evidente os efeitos concretos da norma legal.

II. Autoridade coatora, para os efeitos do mandado de segurança, é o agente público que pratica o ato impugnado, isto é, aquele que tem o dever funcional de responder pelo seu fiel cumprimento e o que dispõe de competência para corrigir eventual ilegalidade. Nesse caso, a autoridade coatora é aquela que "(...) tem poder para deferir ou indeferir o pedido formulado pelo impetrante e, nos casos de órgão colegiado, a legitimidade para representá-lo é do presidente.(...) (TRF1, AMS 2002.36.00.007097-2/MT, Rel. Des. Federal. Carlos Fernando Mathias, 8ª T, DJ 21/10/2005, p. 90)".

III. Ao limitar a atuação do técnico de 2º grau das áreas de arquitetura e de engenharia civil às edificações de área até 80 m², nada mais fez o Decreto 90.922/1985 do que dar fiel execução à Lei 5.524/1968, sem extrapolar, portanto, sua função regulamentar.

IV. Apelação provida em parte: Segurança denegada.

V. Peças liberadas pelo Relator, em 05/09/2006, para publicação do acórdão.

Acórdão

Decide a 7ª Turma dar provimento, em parte, à apelação por unanimidade.

7ª Turma do TRF 1ª Região – 05/09/2006.

Desembargador Federal *Luciano Tolentino Amaral*, Relator.

Relatório

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Por inicial ajuizada em 13/05/2003, o impetrante, técnico em edificações, eletrotécnica e agrimensura, de nível médio de 2º grau, pleiteou, com liminar, segurança para compelir o Presidente do CREA/MG a expedir declaração que o habilite a executar projetos de edificações de área superior a 80 m2. Sustenta ilegítima a limitação do seu exercício profissional pelo Decreto 90.922/1985.

Liminar deferida (fls. 67/72). Com informações (fls. 79/119). O MPF opinou pela extinção do processo sem julgamento do mérito ou, se o caso, pela denegação da segurança.

Por sentença datada de 15/12/2003 (fls. 176/80), o MM. Juiz Federal Herculano Martins Nacif, da 21ª Vara/MG, concedeu a segurança.

O CREA/MG apela (fls. 186/228), alegando, em preliminar, a impetração contra lei em tese e a ilegitimidade da autoridade dita coatora para figurar no pólo passivo do MS; no mérito, sustenta, em síntese, a ilegalidade do exercício profissional pelo impetrante relativo a projetos de edificações de área superior a 80 m2, nos termos da Lei 5.524/1968 e do Decreto 90.922/1985.

A PRR opina (fls. 283/6) pelo provimento da apelação, caso seja superada a preliminar de ausência de litisconsorte passivo (Prefeitura Municipal de Divinópolis/MG).

É o relatório.

Voto*

O Exmo. Sr. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral: — Descabido falar em impetração do MS contra lei em tese, eis que, abandonando o caráter meramente normativo-abstrato, a dita norma (Decreto 90.922/1985) gerou efeitos concretos para o impetrante.

Autoridade coatora, para os efeitos do mandado de segurança, é o agente público que pratica o ato

impugnado, isto é, aquele que tem o dever funcional de responder pelo seu fiel cumprimento e o que dispõe de competência para corrigir eventual ilegalidade. Nesse caso, a autoridade coatora é aquela que “(...) tem poder para deferir ou indeferir o pedido formulado pelo impetrante e, nos casos de órgão colegiado, a legitimidade para representá-lo é do presidente.(...) (TRF1, AMS 2002.36.00.007097-2/MT, Rel. Des. Federal Carlos Fernando Mathias, 8ª T, DJ 21/10/2005, p. 90)”.

No mérito, ao limitar a atuação do técnico de 2º grau das áreas de arquitetura e de engenharia civil às edificações de área até 80m2, nada mais fez o Decreto 90.922/1985 do que dar fiel execução à Lei 5.524/1968, sem extrapolar, portanto, sua função regulamentar.

Art 1º É livre o exercício da profissão de Técnico Industrial de nível médio, observadas as condições de capacidade estabelecidas nesta Lei.

Art 2º A atividade profissional do Técnico Industrial de nível médio efetiva-se no seguinte campo de realizações:

I - conduzir a execução técnica dos trabalhos de sua especialidade;

II - prestar assistência técnica no estudo e desenvolvimento de projetos e pesquisas tecnológicas;

III - orientar e coordenar a execução dos serviços de manutenção de equipamentos e instalações;

IV - dar assistência técnica na compra, venda e utilização de produtos e equipamentos especializados;

V - responsabilizar-se pela elaboração e execução de projetos, compatíveis com a respectiva formação profissional.

Art 3º O exercício da profissão de Técnico Industrial de nível médio é privativo de quem:

I) haja concluído um dos cursos do segundo ciclo de ensino técnico industrial, tenha sido diplomado por escola oficial autorizada ou reconhecida, de nível médio, regularmente constituída nos termos da Lei número 4.024, de 20 de dezembro de 1961;

II) após curso regular e válido para o exercício da profissão, tenha sido diplomado por escola ou instituto técnico industrial estrangeiro e revalidado seu diploma no Brasil, de acordo com a legislação vigente;

III) sem os cursos e a formação atrás referidos, conte na data da promulgação desta Lei, 5 (cinco) anos de atividade integrada no campo da

* Participaram do Julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva e Desembargador Federal Catão Alves.

técnica industrial de nível médio e tenha habilitação reconhecida por órgão competente.

Art 4º Os cargos de Técnico Industrial de nível médio, no serviço público federal, estadual ou municipal ou em órgãos dirigidos indiretamente pelo poder público, bem como na economia privada, somente serão exercidos por profissionais legalmente habilitados.

Art 5º O Poder Executivo promoverá expedição de regulamentos, para execução da presente Lei.

Art 6º Esta Lei será aplicável, no que couber, aos técnicos agrícolas de nível médio.

Art 7º A presente Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Eis o que estabelece o Decreto 90.922/1985, que regulamenta a Lei 5.524/1968, em seu art. 4º, § 1º:

Art 4º As atribuições dos técnicos industriais de 2º grau, em suas diversas modalidades, para efeito do exercício profissional e de sua fiscalização, respeitados os limites de sua formação, consistem em:

omissis

§ 1º Os técnicos de 2º grau das áreas de Arquitetura e de Engenharia Civil, na modalidade Edificações, poderão projetar e dirigir edificações de até 80m² de área construída, que não constituam conjuntos residenciais, bem como realizar reformas, desde que não impliquem em estruturas de concreto armado ou metálica, e exercer a atividade de desenhista de sua especialidade.

Pelo exposto, *dou provimento*, em parte, à apelação para, reformando a sentença, denegar a segurança.

Custas em ressarcimento. Honorários incabíveis (Súmula 512/STF). Oficie-se.

É como voto.

Não há de se falar em litisconsórcio passivo necessário entre o Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Confea e a *mútua* de Assistência dos Profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia, uma vez que a autarquia possui autonomia jurídica, administrativa e financeira, devendo responder em juízo pelas ações que postular.

Preliminar afastada.

Nulidade da sentença dos embargos de declaração:

Os embargos de declaração opostos pela apelante,

em face da sentença, não extrapolaram os limites previstos no art. 535 do CPC. O que se revela é o inconformismo da parte com o julgamento proferido, o que é inconciliável com a finalidade do recurso.

Preliminar de nulidade da sentença rejeitada.

Cerceamento de defesa e do contraditório:

Não há como subsistir razão ao inconformismo da apelante, quanto à alegação de cerceamento de defesa e do contraditório, em face da não-abertura de prazo para apresentação de memoriais, uma vez que não restou comprovado prejuízo que tenha sustentado.

Preliminar afastada.

Impossibilidade jurídica do pedido:

A apelante alega que os apelados não lograram descrever a forma pela qual se concretiza a incidência da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART relativa a eles, o que implica relação jurídica não identificável.

A pretensão dos autores é passível de apreciação pelo Poder Judiciário, não se podendo falar em pedido juridicamente impossível.

Preliminar rejeitada.

Nulidade da sentença em face de jurisprudência superada pelo Superior Tribunal de Justiça:

A nulidade da sentença ocorre, no particular, quando ausente a fundamentação e não em razão de eventual *error in iudicando*, o que enseja para sua correção a interposição de recurso próprio, com pedido de reforma da decisão.

Preliminar rejeitada.

Ultrapassadas as preliminares, passo à análise do mérito:

Mérito:

A questão central dos autos refere-se à possibilidade de o CREA autuar as empresas apeladas, quando da celebração dos contratos firmados, referentes à industrialização, comércio e manutenção de elevadores, por não constar o número da ART.

No que toca à alegação dos autores de ocorrência de bitributação quanto à cobrança da ART e do ISS (Imposto Sobre Serviços), tenho que não lhes assiste razão.

Considero que a Anotação de Responsabilidade Técnica, instituída expressamente como *taxa* pela Lei 6.496/1977, configura-se como manifestação do exer-

cício do Poder de Polícia conferido ao sistema CONFEA-Crea para fiscalização do exercício das profissões englobadas pelo Conselho, nos termos do art. 145, II, da Constituição Federal de 1988.

A hipótese de incidência da ART tem como fato gerador o poder de polícia, enquanto que a base impositiva do ISS é a capacidade econômica.

Assim, não há de se falar em coincidência de fatos geradores e bases de cálculo, eis que, a ART é taxa, recolhida com base no valor integral do contrato incidente sobre execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais na área de engenharia, arquitetura e agronomia, enquanto que o ISS, nos termos do art. 8º, do Decreto-Lei 406/1968, é imposto, que incide sobre o preço dos serviços de qualquer natureza, mês a mês.

No sentido de não restar caracterizada tal bitributação, extraído do voto condutor, da lavra do Ministro Moreira Alves, do STF, quando do julgamento do RE 287.712/3/MG, o seguinte posicionamento:

(...)

O Plenário desta Corte, ao julgar o RE 220.316, que versava a mesma questão em face da mesma lei municipal, entendeu que essa taxa não ofendia o disposto no artigo 145, § 2º, da Carta Magna, porque “exação fiscal cobra como contrapartida ao exercício do poder de polícia, sendo calculada em razão da área fiscalizada, dado adequadamente utilizado como critério de aferição da intensidade e da extensão do serviço prestado, não podendo ser confundido com qualquer dos fatores que entram na composição da base de cálculo do IPTU, razão pela qual não se pode ter por ofensivo ao dispositivo constitucional em referência, que veda a bitributação.”

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Em face do exposto, não conheço do presente recurso.

Portanto, inexistente a ofensa ao princípio constitucional da bitributação, visto que o fato gerador da ART é diverso do ISS.

No quesito da legalidade da exigência da ART, a sentença recorrida não merece reparos.

Inquestionável a natureza jurídica tributária das anuidades e taxas cobradas pelos conselhos de fiscalização, portanto, devem observar a atribuição constitucional de competência tributária, bem como os princípios constitucionais tributários, além de esta-

rem sujeitas às normas gerais de direito tributário, estabelecidas no CTN, recepcionado pela Carta Constitucional como lei complementar.

O art. 150, § 1º, da Constituição Federal, dispõe ser vedado exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça, representando o alicerce do enunciado do Princípio da Legalidade Tributária.

A legalidade tributária implica a reserva absoluta da lei, isto é, a lei é pressuposto necessário e indispensável de toda conduta da Administração, e que nela esteja definido em que medida ou circunstâncias o tributo deve ser recolhido, limitando e vinculando a atuação da Administração.

Os incisos do art. 97 do CTN discriminam os elementos obrigatórios reservados à lei, quais sejam, a fixação da alíquota, da base de cálculo, do sujeito passivo, a cominação de penalidades tributárias e a definição do fato gerador.

No tópico, Yone Dolacio de Oliveira, em parecer destinado à análise dos Princípios da Legalidade e da Tipicidade, deixou consignada a seguinte interpretação, *in verbis*:

No Brasil a reserva da lei é absoluta. Ela não se limita, na criação dos tributos, a reivindicar lei proveniente do Legislativo como única fonte da tributação, excluindo as demais, como visto supra. Nota peculiar relevante do nosso sistema constitucional consiste em exigir, na criação a alteração dos tributos, que o Legislativo dos titulares da competência impositiva tenha sua atuação controlada e limitada através da sua subordinação ao que se pode chamar de estruturação constitucional da produção legislativa.

De longa data é reconhecido que, em Direito tributário, não basta a existência de lei ordinária para garantir a certeza do contribuinte quanto ao conteúdo exato de sua obrigação tributária. E, sem dúvida, quanto maior a certeza, maior será a segurança do contribuinte. Por outras palavras, os elementos essenciais para criação do tributo — fato gerador nuclear, base de cálculo, alíquota, sujeito passivo, aspectos temporal e especial — devem ser definidos na lei. Também para a exigência de aumento de tributo, devem ser definidos, conforme o caso, base de cálculo e alíquota. Todavia, ainda se exige mais no Direito Tributário — a lei ordinária deve respeitar, também, a distinção constitucional das espécies e subespécies ou exemplares dos tributos, a sua qualificação constitucional, as limitações do poder tributário impostas pela Carta

Magna, respeitando ainda a natureza específica de cada tributo.

A taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica foi prevista quando da edição da Lei 6.496/1977, no art. 1º, que assim dispôs, *in verbis*:

Art 1º - Todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia, à Arquitetura e à Agronomia fica sujeito à *Anotação de Responsabilidade Técnica* (ART).

Contudo, o § 2º do art. 2º, da citada Lei, delegou o poder de tributar ao Confea, quando determinou que esse órgão deveria fixar os critérios e valores das taxas da ART *ad referendum* do Ministro do Trabalho. Também, a fixação das alíquotas da taxa da ART, por meio da Lei 6.994/1982, art. 2º, parágrafo único, foi delegada ao Confea, desde que observado o limite máximo de cinco MVRs.

Entendo, desse modo, que o legislador ao elaborar essas Leis não observou, ao instituir a taxa da ART, o Princípio da Legalidade Tributária, da Tipicidade nem a regra do art. 97 do CTN, ao atribuir ao Confea a competência para fixar a alíquota e as bases de cálculo, a cominação de penalidade para as ações contrárias aos seus dispositivos, elementos que a própria lei deve definir de modo taxativo e completo.

Cabe, também, lembrar, a título de registro, que o art. 7º do CTN proclama o princípio da indelegabilidade da competência tributária nos seguintes termos: *A competência tributária é indelegável, salvo as atribuições de arrecadar ou fiscalizar os tributos, ou de executar leis, serviços atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa de direito público a outra, nos termos do § 3º do art. 18 da Constituição.*

Não obstante as ressalvas contidas nos incisos do referido artigo, não há qualquer autorização de atividade inovadora dos pressupostos legais definidores do tributo.

Portanto, somente a União poderia, por lei, fixar as anuidades e taxas cobradas pelos Conselhos Profissionais, embora a arrecadação e a fiscalização sejam delegadas às autarquias corporativas correspondentes. Não é concebível que esses tributos sejam instituídos por resoluções.

Por oportuno, trago à colação trecho do voto do Ministro Luiz Fux, relator dos Embargos de Declaração no Recurso Especial 530.808/MG, que faz remissão ao

voto do Ministro Luis Gallotti, publicado em 28/11/63, *in verbis*:

Delegações legislativas admitem-se em matéria econômica (tabelamento de preços, etc.), não em matéria tributária. A possibilidade de delegações legislativas na órbita tributária está excluída não só pela regra contida no art. 36 parágrafo segundo da Constituição, mas de modo especial e enfático pelo parágrafo 34 do artigo 141, o qual, no tocante aos tributos (impostos, contribuições e taxas) dispõe que nenhum será exigido ou aumentado sem que lei o estabeleça e nenhum será cobrado em cada exercício sem prévia autorização orçamentária, ressalvados apenas os impostos por motivo de guerra e a tarifa aduaneira.

O problema não se modifica por se tratar de uma autarquia, porque, ao constituí-la o estado personificou esse órgão da Administração local, houve uma descentralização, mas com isso não se alienou o caráter público do serviço. Trata-se de órgão paraestatal, a quem o Estado cede uma parte do seu *imperium*.

A destinação especial não descaracteriza os tributos tornam-se então tributos ligados, conforme a terminologia alemã. O fato de ser delegado o tributo a um serviço descentralizado, a uma autarquia, não lhe altera a natureza.

Se a taxa não deixa de o ser pelo fato de só se tornar devida quando voluntariamente utilizado o serviço, força é concordar que, quando imposta por motivos de interesse público (saúde, higiene, etc.) independentemente daquela utilização, o seu caráter tributário de torna indiscutível.

Também, valho-me da manifestação do Plenário do STF, quando do julgamento da ADIn 1.717-6/DF, que, por unanimidade, julgou inconstitucional o § 4º, art. 58, da Lei 9.649, de 27/05/1998, aduzindo o Ministro Relator Sydney Sanches que:

Já no § 4º, os referidos conselhos são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como preços de serviços e multas, as quais constituem receitas próprias.

Ocorre que essas contribuições possuem caráter tributário, ou seja, são tributos, de competência da União Federal, não parecendo possa, em face do art. 119 do CTN, a capacidade de ser sujeito ativo da concernente obrigação tributária ser delegada a ente dotado de personalidade jurídica de direito privado.

Com efeito, o art. 119 do CTN e claro ao estabelecer que: "sujeito ativo da obrigação é a pes-

soa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento”.

Assim, tendo sido o art. 119 do CTN recepcionado pela Constituição Federal, não poderia a lei ordinária modifica-lo, pois, para tanto, é necessário lei complementar, nos termos do art. 146, III, da Constituição.

As Resoluções 370/1992 e 379/1992, vigentes à época do ajuizamento da ação, revogadas pela Resolução 385/1994, definiram os valores das taxas, multas e emolumentos a serem pagos aos Conselhos Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia por pessoas jurídicas, nos seguintes termos:

Art. 2º - As taxas referidas no art. 1º desta Resolução corresponderão ao valor resultante da multiplicação do índice fixado em cada classe da Tabela seguinte pela Unidade Fiscal de Referência (Ufir) do mês do respectivo registro.

Número de ordem classes – valor de contrato índice

(em número de ufir) (em ufir)

01 Até 750 7

02 acima de 750 até 1.500 10

03 acima de 1.500 até 3.500 16

04 acima de 3.500 até 6.500 24

05 acima de 6.500 até 13.000 40

06 acima de 13.000 até 30.000 75

07 acima de 30.000 até 60.000 135

08 acima de 60.000 200

Parágrafo único - Para aplicação da tabela estabelecida no *caput* deste artigo será considerado o valor da obra ou serviço contratado.

Assim, resta claro que a base de cálculo foi, de fato, definida por resolução.

É certo, também, nos termos da fundamentação da sentença, que o fato de lei posterior ter limitado a cobrança da taxa em comento em cinco MVRs não supre as deficiências da lei anterior nem convalida a alteração de sua base de cálculo ou alíquota, via regulamento autônomo.

Ademais, ao estender a incidência da taxa da ART para todas as renovações e alterações de contrato, quando firmados por prazo determinado, bem como, anualmente para os contratos firmados por prazo indeterminado, entendo que, no tópico, a referida Resolução extrapolou os limites de sua atuação, haja vista que, como ato hierarquicamente inferior à

lei, não tem o condão de modificar disposições expressas de texto legislativo, criando exigências que a lei não fez.

Portanto, qualquer restrição nesse sentido demanda lei em sentido formal, em obediência ao princípio da legalidade constitucional a que se submete o Administrador Público.

Isso porque, no percuciente magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, (...) *a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados.. (in Curso de Direito Administrativo. 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 86).*

As resoluções, como atos infralegais que são, não se prestam a impor comportamentos não disciplinados por lei, uma vez que a função do ato administrativo restringe-se a complementá-la, de modo a permitir sua concreção, jamais instaurando primariamente qualquer forma de cerceio a direitos de terceiros.

A Constituição Federal, ao estabelecer o princípio da legalidade estrita, art. 5º, II, visou o legislador constituinte combater o poder arbitrário do Estado, garantindo também ao contribuinte que não terá obrigação de pagar tributo que não tenha sido instituído por lei. Tenho que se ao Estado não é permitido cobrar tributo sem previsão legal, menos autonomia tem as autarquias cooperativas, que agem por delegação do Estado, em fazê-lo por suas resoluções.

Por fim, no tocante à ilegalidade da cobrança da ART, trago à colação julgado na mesma linha de orientação jurisprudencial que adoto nesta assentada, *verbis*:

Tributário - Taxa de anotação de responsabilidade técnica (ART) - Cobrança indevida e fixada por resolução do Crea — inconstitucionalidade formal da taxa — Ofensa ao Princípio da ReservaLegal.

À vista do princípio geral da legalidade tributária ou reserva da lei (CF, art. 150, I, e art. 97 do CTN), não cabe instituir a taxa (ART), prevista nas Leis 6.496/1977 e 6.994/1982, posto que a primeira lei não a criou, mas apenas estabeleceu verdadeira delegação de poder de tributar ao Confea, e a segunda, na parte, em que determinou que

a alíquota da referida taxa seria o equivalente ao limite máximo de 5 (cinco) MVR, fixado em Resolução n. 354, de 08/03/1991, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Crea.

Tais leis não instituíram um tributo, delegando, no entanto, ao Confea o poder de fixar os critérios e os valores das taxas da ART, determinando a conceituação específica relativa aos aspectos substanciais dos tributos, os quais são de exclusividade da lei.

Nesta razão, no que concerne à tipificação tributária, para instituição e majoração de tributos, a definição de fato gerador tributário principal, da sujeição passiva, da quantificação do dever tributário (alíquotas e bases de cálculo), além das sanções pecuniárias, dos deveres acessórios, da suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário, deve ser feito mediante lei específica, não sendo possível o atrelamento genérico de lei aos elementos constitutivos e informativos do tributo por Resolução do CREA.

Apelação não provida e prejudicado o reexame necessário. (TRF 2ª Região, AMS 95.02.15493-2/RJ, Rel. Des. Federal Wanderley de Andrade Monteiro, *DJ/II* de 30/10/2002, p. 578, transitada em julgado em 02/05/2005)

Com base no exposto, nego provimento à apelação e à remessa oficial.

É como voto.

Oitava Turma

Apelação Cível

20006.01.99.024956-6/GO

Relatora: Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso
Apelante: Fazenda Nacional
Procurador: Dr. José Luiz Gomes Rolo
Apelado: Rowfem Servicos de Manutenção Industrial Ltda
Remetente: Juízo de Direito da 2ª Vara Cível e Fazendas Públicas da Comarca de Niquelandia/GO
Publicação: DJ 2 de 22/09/06

Ementa

Execução fiscal. Processual civil. Indeferimento da inicial. Certidão de dívida ativa subscrita por assinatura digitalizada. Possibilidade. Art. 2º, § 7º, da Lei de Execução Fiscal, c/c art. 25, da Lei 10.522/2004. Princípio da razoabilidade.

I. Nos termos do art. 2º, § 7º, da Lei 6.830/80, possibilitou-se o uso de processo eletrônico, para preparação da CDA, sem fazer distinção entre chancela eletrônica, assinatura eletrônica ou assinatura digitalizada.

II. Ainda que a Lei 10.522/02 tenha se referido, tão-somente, a chancela mecânica ou eletrônica, permanecendo silente quanto à assinatura digitalizada, esta se encontra abrangida pela situação, em face do princípio da razoabilidade.

III. Os requisitos essenciais da CDA encontram-se elencados no art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/90, e no art. 202, do Código Tributário Nacional, e foram satisfatoriamente atendidos, razão pela qual há que ser provido o recurso de modo a determinar o regular processamento da execução, nos termos em que fora proposta.

IV. As irregularidades que não trazem prejuízos à defesa do executado não maculam a Certidão de Dívida Ativa. (Precedentes do STJ e desta Corte)

V. Apelação da Fazenda Nacional a que se dá provimento.

VI. Remessa oficial não conhecida.

Acórdão

Decide a Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, à unanimidade, não conhecer da remessa oficial e dar provimento à apelação da Fazenda Nacional, nos termos do voto da Relatora.

8ª Turma do TRF-1ª Região – 12/09/06.

Desembargadora Federal *Maria do Carmo Cardoso*, Relatora.

Relatório

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Trata-se de apelação interposta da sentença que extinguiu a execução fiscal, ajuizada pela Fazenda Nacional, e indeferiu a petição inicial, em razão de ausente o pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 267, I e IV, do Código de Processo Civil.

Entendeu o Magistrado que a Fazenda Nacional, ao preparar a certidão da dívida ativa por processo eletrônico, fez confusão entre chancela eletrônica, assinatura eletrônica e assinatura digital, de modo a impor a nulidade da execução, por afronta a lei.

Irresignada, a Fazenda Nacional apela sustentando que o processo foi extinto sem oportunizar a emenda da inicial. Assim, consoante o disposto no art. 284, do CPC, argumenta que a emenda à inicial é um direito subjetivo da parte autora e a não concessão de oportunidade para fazê-lo acarreta em cerceamento da defesa de seu direito em Juízo.

Aduz que a assinatura digital encontra amparo legal na Lei 6.830/80 e que a Lei 10.522/2002 apenas reiterou a validade dos dispositivos que tratam da preparação das CDAs, por processo eletrônico.

Sustenta, ainda, que apenas o vício formal que prejudique o exercício de defesa da executada é capaz de nulificar a CDA.

Requer, ao final, a reforma da decisão recorrida para que seja dado prosseguimento ao feito executivo.

A parte apelada não foi intimada para apresentar contra-razões, eis que sequer fora citada – certidão fl. 42.

É o relatório.

Voto*

A Exma. Sra. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso: — Esclareço não ser o caso de reexame obrigatório da sentença, pois o valor, cuja condenação se pretende, não excede a 60 salários-mínimos, nos ter-

mos do art. 475, do CPC, na redação dada pela Lei 10.352/2001.

O Juízo *a quo* entendendo que a assinatura digitalizada, aposta na petição inicial - que no caso dos autos é a própria CDA - não encontra amparo legal e atenta contra o princípio da legalidade concluiu que a petição inicial é inapta, e, por se tratar de matéria de ordem pública, deve ser reconhecida, de ofício: Julgou extinto o processo, sem exame do mérito, nos termos do art. 267, I e IV, do Código de Processo Civil.

O deslinde da irresignação funda-se na análise da validade da assinatura digitalizada aposta na CDA.

Nos termos do art. 202, do CTN, o termo de inscrição da dívida ativa deve vir autenticado pela autoridade competente. Por sua vez, a autenticação restou regulada pela Lei 10.522/2002, art. 25, ao dispor que a subscrição da certidão e da petição inicial pode ser por chancela mecânica ou eletrônica, nos seguintes termos:

Art. 25. O termo de inscrição em Dívida Ativa da União, a Certidão de Dívida Ativa dele extraída e a petição inicial em processo de execução fiscal poderão ser subscritos manualmente, ou por chancela mecânica ou eletrônica, observadas as disposições legais.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se, também, à inscrição em Dívida Ativa e à cobrança judicial da contribuição, multas e demais encargos previstos na legislação respectiva, relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

(sem grifo no original)

Todavia, embora não tenha na referida Lei manifestação quanto à espécie 'assinatura digital' que *in casu*, encontra-se aposta na CDA, verifico que tal prática vem sendo comumente utilizada, nas ações de execuções fiscais, pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

No tópico, entendo que não há afronta ao princípio da legalidade, conforme sustentou o Magistrado *a quo*. É bem verdade que toda a conduta da Administração Pública deve pautar-se na lei, que lhe serve de pressuposto necessário e indispensável para validade de seus atos.

Assim entendido, nos ensinamentos de Lucia-no Amaro, em matéria de legalidade tributária, *a lei deve esgotar, como preceito geral e abstrato, os da-*

*Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Federais Carlos Fernando Mathias e Leomar Amorim.

dos necessários à identificação do fato gerador da obrigação tributária e à quantificação do tributo, sem que restem à autoridade poderes para, discricionariamente, determinar (quem) irá ou não pagar tributo, em face de determinada situação.

É o que verifico do teor do disposto no art. 2º, § 5º, da Lei de Execução Fiscal, quando elenca como requisitos indispensáveis à confecção da CDA, a lhe ensejar nulidade, caso faltem: o nome do devedor; o valor do débito e a modalidade de cálculo de juros e correção monetária, a natureza da dívida e a fundamentação legal de constituição do débito, os quais foram elaborados pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Contudo, é a própria Lei 6.830/80, ao tratar da formação do título executivo fiscal, que confere possibilidade ao Procurador Fazendário, no 2º, § 7º, para confeccionar a Certidão de Dívida Ativa por processo eletrônico, sem fazer qualquer distinção entre chancela eletrônica, assinatura eletrônica ou assinatura digitalizada:

Art. 2º.

§ 7º - O Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico.

Também, é o que observo na regra do art. 6º, da mesma Lei, ao dispor que a petição inicial dos executivos fiscais poderá se constituir na própria CDA, corroborando a utilização do processo eletrônico:

Art. 6º.

§ 2º - A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

Portanto, ainda que a Lei 10.522/2002 tenha se referido, tão-somente, a chancela mecânica ou eletrônica, permanecendo silente quanto à assinatura digitalizada, entendo que esta se encontra abrangida pela norma legal, em face do princípio da razoabilidade, posto que é desarrazoável e até incongruente excluir a do processo eletrônico de formação da CDA, facultado às autoridades administrativas, a fim de agilizar a cobrança dos débitos fiscais, até pelo que, em nada desobedece aos requisitos formais exigidos para a formação do título executivo.

Coaduno meu entendimento com o consolidado pelo STJ, no julgamento do REsp 576676/SC, DJ 18/10/2004, da lavra do Ministro Franciulli Netto,

que ora transcrevo:

Recurso especial. Alínea a. Execução fiscal. Certidão de dívida ativa subscrita por meio de chancela eletrônica. Possibilidade. Art. 25 da Lei 10.522/02

1. A teor do disposto no artigo 25 da Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, fruto da conversão da Medida Provisória 2.095-76/01, não há impeço a que a petição inicial da execução fiscal, que é a própria certidão de dívida ativa, seja subscrita por procedimento eletrônico.

2. Os procedimentos utilizados pelas autoridades administrativas não podem ficar à margem dos avanços tecnológicos que contribuem para maior celeridade do sistema de cobrança dos débitos fiscais, o que não implica no desrespeito aos requisitos formais exigidos para a formação do título executivo

3. Recurso Especial improvido.

(sem grifos no original)

Complementando, acrescento que no julgamento (AC 2006.01.99.025331-2/GO) ocorrido em 08/08/06, por voto da lavra do Desembargador Federal Leomar Amorim, esta Oitava Turma ao analisar a questão, - ainda que por outros fundamentos, deu provimento à apelação da Fazenda Pública, determinando o retorno dos autos à origem, para o regular processamento da Ação de Execução Fiscal, nos seguintes termos:

Processo civil. Execução fiscal. Petição inicial. Assinatura. Chancela eletrônica ou mecânica. Validade. Lei n. 6.830/80 e Lei 10.522/02. Remessa oficial: não conhecimento.

1. A execução fiscal extinta por indeferimento da peça inicial não está sujeita ao duplo grau de jurisdição.

2. A Lei 6.830/80 disciplina que 'a petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico' (art. 6º, § 2º, LEF). Com o advento da Lei n. 10.522/02, o seu artigo 25 previu expressamente o uso de chancela mecânica ou eletrônica no termo de inscrição em dívida ativa da União, na Certidão de Dívida Ativa e na petição inicial em processo de execução fiscal. Validade da petição inicial subscrita manualmente, eletronicamente ou mecanicamente.

3. Apelação provida. Remessa oficial não conhecida.

Por fim, ainda que houvesse a irregularidade

apontada no título executivo, ausência de autenticação da autoridade competente, este não restaria maculado uma vez que o referido vício não traz prejuízos à defesa da executada.

Nessa órbita, trago à colação os seguintes julgados:

Processual civil e tributário. Execução fiscal. Embargos de devedor. Nulidade da certidão de dívida ativa - CDA. Requisitos (ausência de indicação do co-responsável pelo débito tributário e de discriminação da dívida). Art. 2º, § 5º, da Lei 6.830/80. Litigância de má-fé. Afastamento.

(...)

2 - Não há nulidade a viciar a CDA sob o aspecto de ausência de discriminação do débito, eis que, de acordo com o declarado na sentença, é possível o conhecimento da exação cobrada, tendo ensejado ao executado o exercício da ampla defesa. Eventuais falhas formais não afetam a validade do título se não redundarem prejuízos para a defesa.

(...) (STJ - REsp 271584/PR (2000/0079994-7), Rel. Min. José Delgado, DJ de 05/02/01, p. 00080.)

Processo civil. Execução fiscal. Cobrança de débito para com o fundo de garantia do tempo de serviço - FGTS. Certidão de dívida ativa. Requisitos. Art. 2º, § 5º e 6º, da Lei 6.830/80. Inaplicabilidade do art. 202 do CTC.

1. Tratando-se de execução de débito para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, os requisitos da Certidão de Dívida Ativa são aqueles elencados no art. 2º, § 5º e 6º, da Lei 6.830/80, não se aplicando o art. 202 do Código Tributário Nacional, dispositivo não mencionado no § 4º do art. 4º da citada lei, quando manda aplicar à dívida ativa da Fazenda Pública não tributária disposições daquele Código.

2. Os Tribunais pátrios vêm proferindo decisões no sentido de que não há nulidade a viciar a CDA, quando é possível o conhecimento, por parte do devedor, de elementos suficientes a possibilitar o exercício da ampla defesa.

3. As siglas "AM", "TIAM", "JM", "TIJM" e "TIM", no contexto em que usadas, ou seja, no bojo de uma certidão de dívida ativa, são de fácil compreensão, por qualquer contador, e, até, por leigos, não sendo, pois, suficientes para comprometer a validade do referido título.

4. Apelação provida. (TRF-1ª Região, AC 2001.33.00.018170-9/BA, Rel. Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva, DJ/II de

19/12/02, p. 21

Noutro giro, goza a CDA de presunção relativa de liquidez e certeza, não sendo obstado à executada sua confrontação.

Compulsando os autos, constato que a referida CDA encontra-se instruída conforme as determinações acima enumeradas, razão pela qual não prospera a irregularidade apontada pelo Juízo Monocrático.

Por isso, ao meu ver, não se configura a hipótese de aplicação da regra do art. 284, do Código de Processo Civil, e do art. 2º, § 8º, da LEE, a fim de oportunizar à exeqüente prazo para emendar a inicial, possibilitando que a CDA seja substituída até a decisão de primeira instância.

Ante o exposto, não conheço da remessa oficial e dou provimento ao apelo, para determinar o regular prosseguimento da execução fiscal, nos termos em que proposto.

É como voto.

Recurso

2005.34.00.700302-6/DF

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa

Recorrente: União Federal

Procurador: Danúsia Lucinda Farage de Gouveia

Recorrente: Marisa de Souza Vasco

Advogada: Defensoria Pública

Publicação: DJ de 01/09/2006

Ementa

Ação de indenização. Danos morais. Direito à imagem. Direito da personalidade. Campanha de prevenção à Aids. Utilização de fotografia não autorizada. Sentença mantida.

Trata-se de recurso contra sentença que condenou a União a pagar à autora o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais em decorrência da indevida utilização de foto da autora, na época grávida, em campanha de prevenção da AIDS produzida pelo Ministério da Saúde.

Deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.

O direito à imagem, como parte do direito da personalidade, é um direito disponível, de forma que a divulgação da imagem pode ser permitida pelo seu titular, mediante prévia e expressa anuência. Contudo, é fato incontroverso, no caso, que a utilização da foto da autora ocorreu de forma indevida, ou seja, sem que houvesse autorização da autora para esse fim.

Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se da prova da existência de prejuízo ou dano, nem a consequência do uso, se ofensivo ou não. O direito à imagem qualifica-se como direito de personalidade, extrapatrimonial, de caráter personalíssimo, por proteger o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em circunstâncias concernentes à sua vida privada. Entendimento do Superior Tribunal de Justiça (EREsp 230268/SP, 2ª Seção, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 04/08/2003 e REsp 207165/SP, 3ª Turma, Relator Ministro Antonio de Pádua Ribeiro, DJ de 17/12/2004).

A indenização dos danos morais deve ser fixada em face dos transtornos experimentados pela autora. O valor não deve ser irrisório e nem exorbitante, mas deve satisfazer a finalidade da lei que é de estabelecer compensação e desestimular novas práticas. Dessa forma, correta a sentença recorrida que condenou a União a pagar à autora o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de danos morais.

Sentença mantida. Acórdão lavrado nos termos do art. 46 da Lei 9.099/95.

Recurso improvido. Honorários advocatícios pela recorrente, fixados em 10% (dez por cento) do valor da condenação, devidamente corrigida.

Acórdão

Decide a Turma Recursal, à unanimidade, negar provimento ao recurso da União.

Turma Recursal, Juizado Especial Federal/SJDF – 17/08/2006.

Juíza Federal *Daniele Maranhão Costa*, Relatora.

Recurso

2005.34.00.700564-3/DF

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa

Recorrente: André Sobral Rolemberg

Advogado: André Sobral Rolemberg

Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF

Advogado: Lino de Carvalho Cavalcanti

Publicação: DJ de 01/09/2006

Ementa

Responsabilidade civil. Indenização. Cobrança de seguro de vida. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (Lei 8.078/90). Súmula 297/STJ. Danos morais. Ausência de configuração. Sentença mantida.

Trata-se de seguro de vida contratado pela esposa do autor no ano de 1999, segundo alega, como condição para realização do contrato de abertura de crédito para compra de material de construção – CONSTRUCARD, o qual foi automaticamente renovado nos anos seguintes.

Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras, conforme pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula 297/STJ.

Apesar do contrato de seguro de vida firmado em 16/11/1999 conter a assinatura da esposa do autor (fls. 34), não restou afastada, no caso, a ocorrência da chamada “*venda casada*”, considerada abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 39, inciso I, da Lei 8.078, de 11/09/1990). Cabível a devolução em dobro dos valores indevidamente descontados (CDC, art. 42, parágrafo único). Recurso da Caixa Econômica Federal – CEF a que se nega provimento.

Quanto à indenização por danos morais, correta a sentença recorrida ao dispor que “*os descontos foram de pequena monta e o próprio autor declarou (fls. 86) que sequer notou os débitos ocorridos em anos anteriores. Ora, se não notou, não se abalou, não sofreu, não se incomodou.*” (fls. 91). Recurso do autor improvido.

Sentença mantida. Acórdão proferido nos termos do art. 46 da Lei 9.099, de 1995.

Recursos improvidos. Sem honorários advocatícios, tendo em vista a sucumbência recíproca.

Acórdão

Decide a Turma Recursal, à unanimidade, negar provimento aos recursos.

Turma Recursal, Juizado Especial Federal/SJDF – 17/08/2006.

Juíza Federal *Daniele Maranhão Costa*, Relatora.

Recurso

2006.34.00.700616-2/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Procurador: George Harrison dos Santos Nery

Recorrido: Maria de Lourdes Hales

Publicação: DJ de 01/09/2006

Ementa

Previdenciário. Pensão por morte. Concedida anteriormente à Lei 9.032/95. Aplicação imediata de legislação superveniente mais benéfica. Recurso improvido.

I – A pensão por morte será equivalente a 100% do salário-de-benefício, nos termos da nova redação conferida ao art. 75 da Lei 8.213/91 pela Lei 9.032/95.

II – Trata-se de alteração mais benéfica que deve ser aplicada de imediato aos benefícios de pensão por morte concedidos anteriormente a publicação da Lei 9.032/95.

III – A lei nova, com as ressalvas do art. 5º, inc. XXXVI da CF/88, atua de forma imediata e geral, podendo incidir, inclusive, nas relações que lhe são anteriores, com relação aos efeitos que, por força de sua natureza continuada, seguem se produzindo. Precedente do STJ (AgRG no RESP 247838/RS, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, pub. no DJ de 02.05.2005).

IV – Precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 422268 AgR/SP, Relator Ministro Eros Grau, pub. no DJ de 24.06.2005) e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AC 2004.38.02.001428-1/MG, Relatora Convocada Juíza Federal Mônica Sifuentes, 2ª Turma, pub. no DJ de 02.02.2006 e AC 2003.38.01.005601-7/MG, Relator Convocado Juiz Federal Klaus Kuschel, pub. no DJ de 23.01.2006).

V – Sentença mantida. Acórdão proferido nos termos do art. 46 da Lei nº 9.099/95.

VI – Recurso improvido, sem imposição de verba honorária, uma vez que a parte Recorrida não está assistida por advogado nem ofereceu contra-razões.

Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Turma Recursal, Juizado Especial Federal/SJDF – 17/08/2006.

Juiz Federal *Itagiba Catta Preta Neto*, Relator.

Recurso

2006.34.00.702251-0/DF

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Itagiba Catta Preta Neto

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Procurador: George Harrison dos Santos Nery

Recorrente: Delmira Melo da Silva

Advogado: Roberto Pires Tome

Publicação: DJ de 15/09/2006

Ementa

Previdenciário. Aposentadoria por invalidez. Período de graça. Termo inicial. Recurso improvido.

I – A Autora percebeu auxílio-doença no período de 23.02.1987 a 09.09.1993 (fl. 38), tendo sido indevidamente cancelado, uma vez que a sua anomalia psíquica não cessou, como comprovam os documentos de fls. 20, 23/24, 26/28, 30/32.

II – Atestou o laudo médico pericial (fls. 71/75) ser a recorrida portadora de esquizofrenia residual, bem como ao analisar e discutir os resultados a médica concluiu que: “dado o longo tempo de ocorrência dos sintomas e sua gravidade, apesar do referido tratamento especializado, é possível concluir por ocorrência de quadro de incapacidade total e permanente” (grifamos).

III – A qualidade de segurado é mantida, independente de contribuições, até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, caso o segurado deixe de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, acrescido de mais doze meses para o segurado desempregado, desde que comprovado esta situação, nos termos do art. 15, inc. II combinado com o § 2º da Lei 8.213/91.

IV – Observa-se que a Autora faz jus ao restabelecimento do auxílio-doença para ser convertido em aposentadoria por invalidez, pois mantinha a qualidade de segurada da Previdência Social ao tempo do surgimento da enfermidade, de acordo com o art. 102, § 1º da Lei 8.213/91.

V – Precedentes do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AC 2005.01.99.02701-8/MG, Relator Desembargador Federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, 1ª Turma, pub. no DJ de 05.09.2005 e AC 2002.38.00.019869-8/MG, Relator Desembargador Federal Luiz Gonzaga Barbosa Moreira, pub. no DJ de 09.05.2005).

VI – O termo inicial é da data da cessação do auxílio-doença, nos termos do art. 43 da Lei 8.213/91.

VII – Sentença mantida. Acórdão proferido nos termos do art. 46 da Lei 9.099/1995.

VIII – Recurso improvido. Verba honorária fixada em 10% do valor da condenação, em favor da parte recorrida, não incidindo sobre as prestações vencidas nos termos da Súmula 111 do STJ.

Acórdão

Decide a Turma Recursal, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Turma Recursal, Juizado Especial Federal/SJDF – 05/09/2006.

Juiz Federal *Itagiba Catta Preta Neto*, Relator.

Confira outros julgamentos do TRF 1ª Região de relevante interesse, cujos inteiros teores poderão ser consultados na internet.

Pensão por morte. Duas beneficiárias do ex-segurado. Artigo 77 da Lei 8.213/91. Cota-parte.

Nos termos do art. 77 da Lei 8.213/91, a pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em partes iguais. Na hipótese, é devida a pensão por morte às duas beneficiárias, cabendo a cada uma 50% (cinquenta por cento) do benefício, à falta de outros habilitados.

AC 2001.33.01.000588-4/BA

Rel.: Des. Federal Neuza Alves – 2ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/09/2006

Ação civil pública. Inclusão de informações referentes aos contratos de financiamento habitacional nos carnês de pagamento dos mutuários. Defesa de direitos individuais homogêneos do consumidor.

O mútuo celebrado pelas regras do SFH também se enquadra no conceito de serviço prestado pelo banco, subordinando-se, portanto, às normas do Código de Defesa do Consumidor. A fim de permitir que o mutuário acompanhe o aumento das prestações, garantindo transparência à execução do contrato e evitando surpresas no reajuste, mostra-se cabível a exigência de que constem nos carnês de pagamento as informações sobre as bases legais ou contratuais de majorações, o percentual aplicado e o saldo remanescente.

AC 1998.01.00.074268-3/PA

Rel.: Juiz Federal Moacir Ferreira Ramos (convocado) – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 04/09/2006

Servidor público federal. Remoção a pedido independentemente do interesse da administração.

Conforme preceitua o art. 36, inciso III, *b*, da Lei 8.112/90, o servidor público tem direito à remoção a pedido, independentemente do interesse da Administração, desde que seja por motivo de saúde do servidor, do cônjuge, do companheiro ou de dependente que viva às suas expensas, condicionado à comprovação por junta médica oficial.

AC 2004.38.00.051821-4/MG

Rel.: Des. Federal José Amilcar Machado – 1ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 04/09/2006

Estelionato. Sistema de manutenção de ensino fundamental–SME. Bolsas de estudo. Obtenção irregular.

Comete crime de estelionato o agente que, com consciência do caráter ilícito de sua conduta, angaria alunos para serem beneficiários de bolsas de estudo em função do Sistema de Manutenção do Ensino Fundamental – SME, matriculando-os nos estabelecimentos de ensino que possui e administra, como se fossem dependentes de empregados de empresas contribuintes do salário-educação, recebendo indevidamente, do FNDE, “as importâncias correspondentes ao somatório dos valores referentes às vagas ocupadas a título de bolsa de estudo, por força do Sistema de Manutenção do Ensino Fundamental – SME”.

ACr 1997.35.00.009552-8/GO

Rel. p/ acórdão: Juiz Federal Jamil R. J. Oliveira (convocado) – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 22/09/2006

Crime de concussão. Sistema Único de Saúde – SUS. Cobrança indevida. Agente privado.

A cobrança ou a complementação “por fora” do preço do serviço prestado a segurado por médico ou por dirigente de hospital privado conveniado com Sistema Único de Saúde – SUS configura crime (concussão) da competência da justiça estadual, visto que o prejuízo recai diretamente sobre o patrimônio do particular, e não sobre bens, serviços ou interesse da União, de suas autarquias ou empresas públicas.

ACr 1999.37.00.001401-3/MA

Rel.: Des. Federal Olindo Menezes – 3ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 08/09/2006

Fundo Social de Emergência e Fundo de Estabilização Fiscal. Base de cálculo do PIS a cargo de instituição financeira: receita operacional bruta.

A parcela de contribuição ao PIS destinada aos Fundos Social de Emergência e de Estabilização Fiscal (art. 72, V, do ADCT), de que trata as ECR 01/94 e EC 10/96, a cargo de instituição financeira, é calculada tomando como base de cálculo a sua receita bruta operacional (nela incluídas suas receitas financeiras), consoante já previa a legislação de regência pré-constitucional (art. 44 da Lei 4.506/94 e art. 12 do DI 1.598/77), desinfluyente a MP 517/94, convertida na Lei 9.701/98 (que não viola o art. 246 da CF/88).

AC 1998.01.00.001525-0/DF

Rel.: Des. Federal Luciano Tolentino Amaral – 7ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 15/09/2006

Mandado de segurança. Processo de cancelamento de registro de medicamento.

Inexiste ofensa ao devido processo legal, uma vez que a Portaria 165/97, que instaurou o processo visando verificar a eficácia terapêutica dos medicamentos em causa, foi precedida de trabalho no qual este é contestado pelo Grupo Técnico de Estudos sobre Medicamentos Antibióticos (Gema), sendo inexigível a apresentação pela autoridade da vigilância sanitária de estudos realizados por terceiros (Lei 6.360/76, arts. 6º e 7º, e Decreto 79.094/77, art. 8º).

AMS 1997.34.00.024500-6/DF

Rel.: Des. Federal Selene Maria de Almeida – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/09/2006

Acidente de trânsito. Estrada federal. Falta de sinalização. Responsabilidade civil.

Para que o Estado responda objetivamente, é suficiente que se prove o dano sofrido, o nexo de causalidade (liame) entre a omissão/conduita praticada pela Administração e o aludido dano, bem como que fique evidenciado que a vítima não concorreu, total ou parcialmente, para o evento danoso, estando comprovado nos autos a responsabilidade civil do Estado em indenizar o dano sofrido, esta decorrente da falta do serviço pela não conservação da estrada.

AC 1997.41.00.002234-0/RO

Rel.: Juiz Federal Ávio Mozar José Ferraz de Novaes (convocado) – 5ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 28/09/2006

Ambiental. Construção de empreendimento. Área de proteção permanente. Competência para a expedição de licença ambiental.

Compete ao Ibama a expedição de licença ambiental para a construção de empreendimento localizado em zona de amortecimento do Parque Nacional dos Lençóis Maranhenses, na margem esquerda do Rio Preguiças, bem de propriedade da União.

Ag 2005.01.00.056944-9/MA

Rel.: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro – 6ª Turma

Publicação: *DJ* 2 de 11/09/2006

Estatística

SETEMBRO/2006

ASSESSORIA DE RECURSOS ESPECIAIS E EXTRAORDINÁRIOS DA PRESIDÊNCIA

Recursos Extraordinários Admitidos	193
Recursos Especiais Admitidos	167
Recursos Extraordinários Não-Admitidos	89
Recursos Especiais Não-Admitidos	259
Despachos Diversos	50
Decisões Diversas	6
Decisões em Plantão	3
REsp/RE Remetidos	5
Suspensões de Segurança Deferidas	4
Suspensões de Segurança Indeferidas	4
Decisões Diversas em Suspensão de Segurança	5
Despachos Diversos em Suspensão de Segurança	7
Informações ao STF e STJ em ACr, CC, HC, MS e SS	86
TOTAL	878

Dados fornecidos pela Asret.

SECRETARIA JUDICIÁRIA

Despachos Diversos	81
TOTAL	81

Dados fornecidos pela Secju.

SECRETARIA DE RECURSOS HUMANOS

Informação em Mandado de Segurança	1
Informação em Ação Ordinária	1
Informações em Procedimentos Administrativos	6
TOTAL	8

Dados fornecidos pela SECRE.

VICE-PRESIDÊNCIA

REsp Admitidos	182
REsp Inadmitidos	264
RE Admitidos	70
RE Inadmitidos	98
Despachos/Decisões Diversas	20
TOTAL	634

Dados do Gabinete da Vice-Presidência.

COORDENADORIA DE RECURSOS

Recebidos das Turmas e Seções (REsp/RE)	1.196
Remetidos à ASVIP com REsp/RE	340
Remetidos à ASRET com REsp/RE	711
Remetidos ao STF (RE e Ag/RE)	268
Remetidos ao STJ (REsp e Ag/REsp)	1.103
Recebidos do STJ	952
Recebidos do STF	363
Remetidos por Baixa Definitiva	1.382
Remetidos ao Arquivo Judicial	553
Sobrestados na COREC	804
Agravos Processados	82
TOTAL	7.754

PUBLICAÇÕES – PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	180
Recursos Inadmitidos	241
Despachos Diversos	53
TOTAL	474

PUBLICAÇÕES – VICE-PRESIDÊNCIA

Recursos Admitidos	85
Recursos Inadmitidos	304
Despachos Diversos	2
TOTAL	391

Dados fornecidos pela COREC.

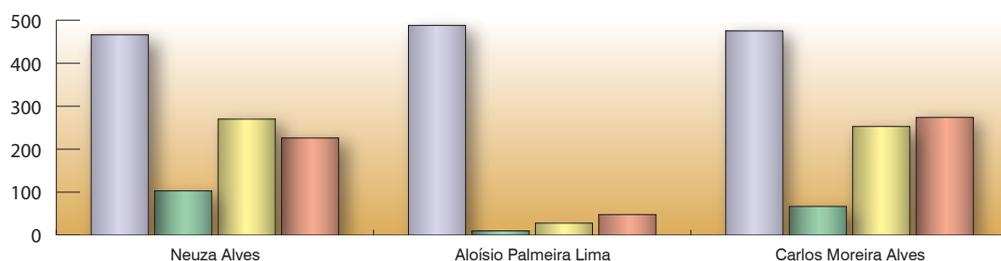
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

1ª Turma



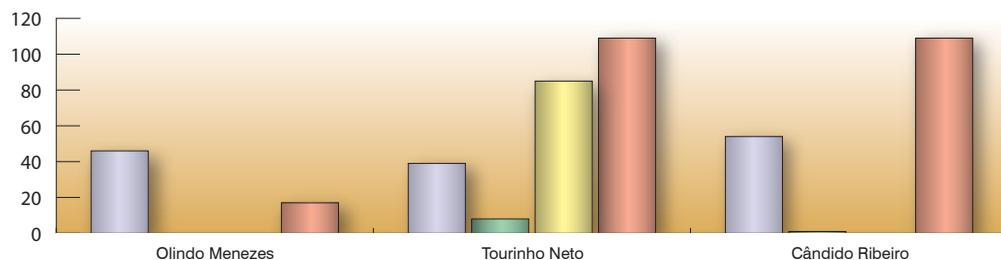
Distribuídos	474	470	468
Desp. Term. Publicados		21	111
Julgados		1	363
Acórdãos Publicados		525	328

2ª Turma



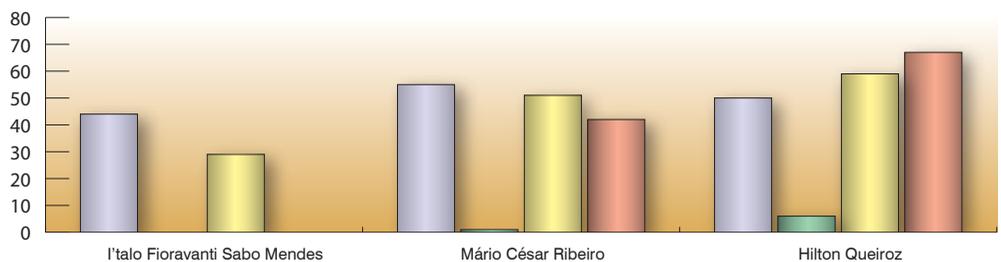
Distribuídos	466	488	475
Desp. Term. Publicados	103	10	67
Julgados	270	28	253
Acórdãos Publicados	226	48	274

3ª Turma



Distribuídos	46	39	54
Desp. Term. Publicados		8	1
Julgados		85	
Acórdãos Publicados	17	109	109

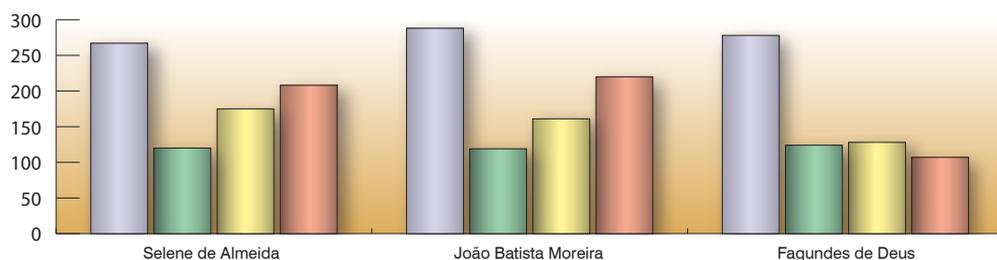
4ª Turma



Distribuídos	44	55	50
Desp. Term. Publicados		1	6
Julgados	29	51	59
Acórdãos Publicados		42	67

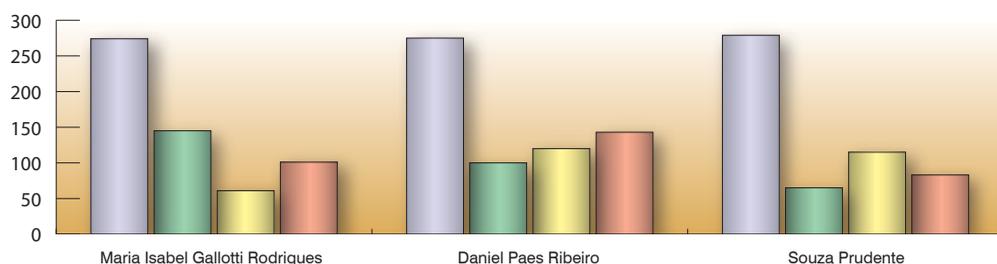
DADOS ESTATÍSTICOS DAS TURMAS

5ª Turma



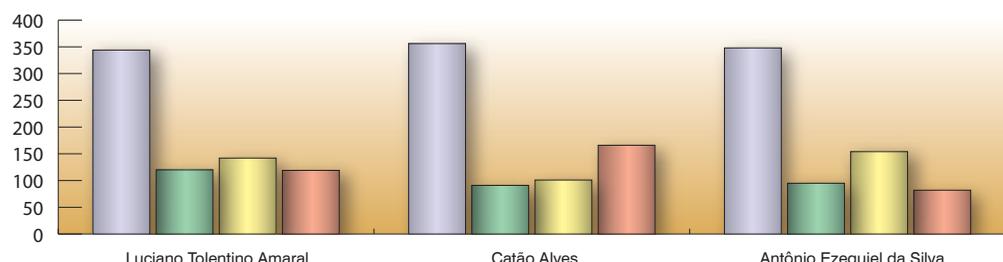
	Selene de Almeida	João Batista Moreira	Fagundes de Deus
Distribuídos	267	288	278
Desp. Term. Publicados	120	119	124
Julgados	175	161	128
Acórdãos Publicados	208	220	107

6ª Turma



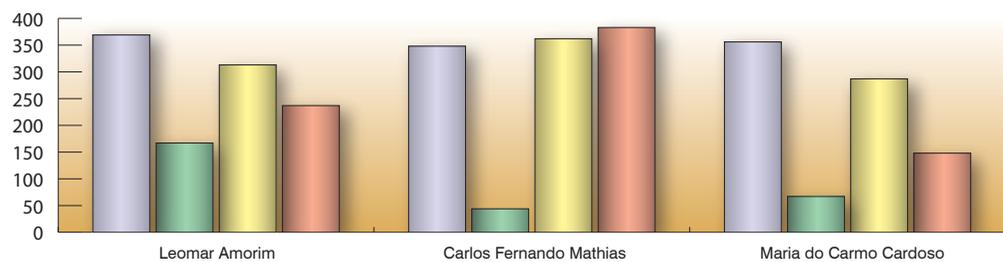
	Maria Isabel Gallotti Rodrigues	Daniel Paes Ribeiro	Souza Prudente
Distribuídos	274	275	279
Desp. Term. Publicados	145	100	65
Julgados	61	120	115
Acórdãos Publicados	101	143	83

7ª Turma



	Luciano Tolentino Amaral	Catão Alves	Antônio Ezequiel da Silva
Distribuídos	344	356	348
Desp. Term. Publicados	120	91	95
Julgados	142	101	154
Acórdãos Publicados	119	166	82

8ª Turma

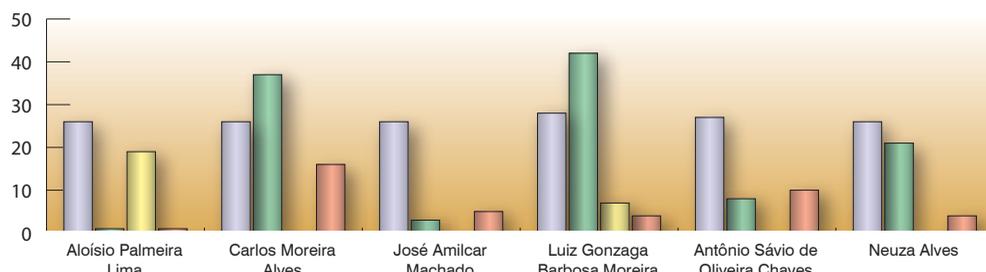


	Leomar Amorim	Carlos Fernando Mathias	Maria do Carmo Cardoso
Distribuídos	369	348	356
Desp. Term. Publicados	167	44	67
Julgados	313	362	287
Acórdãos Publicados	237	383	148

DADOS ESTATÍSTICOS DAS SEÇÕES

1ª Seção

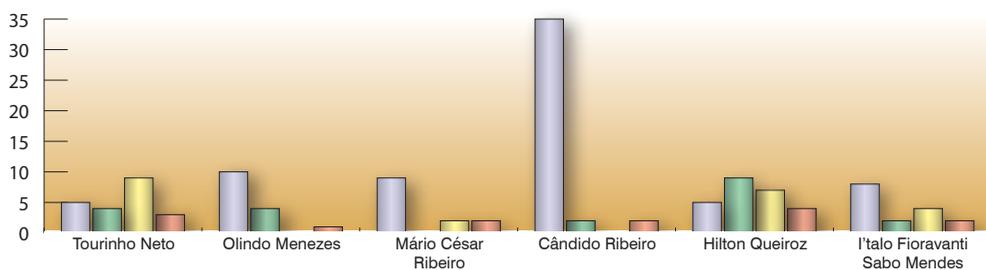
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Aloísio Palmeira Lima	Carlos Moreira Alves	José Amílcar Machado	Luiz Gonzaga Barbosa Moreira	Antônio Sávio de Oliveira Chaves	Neuza Alves
Distribuídos	26	26	26	28	27	26
Desp. Term. Publicados	1	37	3	42	8	21
Julgados	19			7		
Acórdãos Publicados	1	16	5	4	10	4

2ª Seção

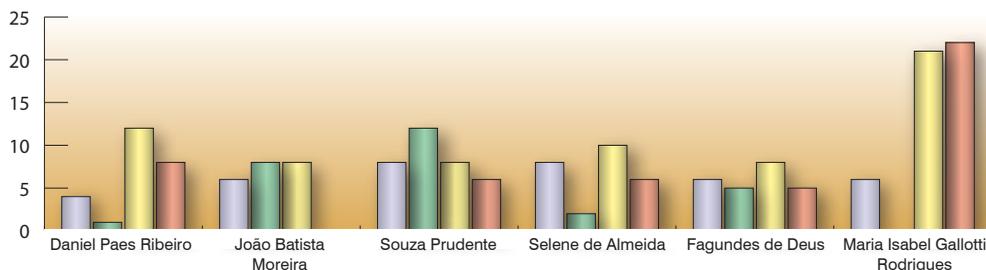
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Tourinho Neto	Olindo Menezes	Mário César Ribeiro	Cândido Ribeiro	Hilton Queiroz	I'talo Fioravanti Sabo Mendes
Distribuídos	5	10	9	35	5	8
Desp. Term. Publicados	4	4		2	9	2
Julgados	9		2		7	4
Acórdãos Publicados	3	1	2	2	4	2

3ª Seção

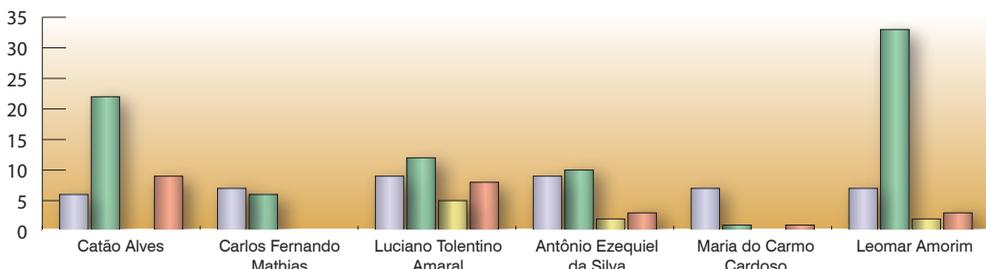
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Daniel Paes Ribeiro	João Batista Moreira	Souza Prudente	Selene de Almeida	Fagundes de Deus	Maria Isabel Gallotti Rodrigues
Distribuídos	4	6	8	8	6	6
Desp. Term. Publicados	1	8	12	2	5	
Julgados	12	8	8	10	8	21
Acórdãos Publicados	8		6	6	5	22

4ª Seção

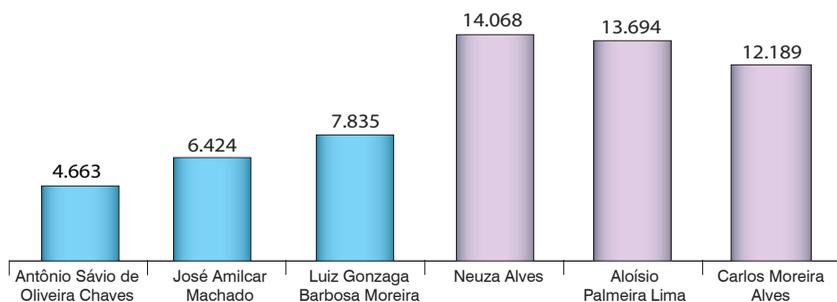
Desembargador Federal
Presidente: Carlos Olavo



	Catão Alves	Carlos Fernando Mathias	Luciano Tolentino Amaral	Antônio Ezequiel da Silva	Maria do Carmo Cardoso	Leomar Amorim
Distribuídos	6	7	9	9	7	7
Desp. Term. Publicados	22	6	12	10	1	33
Julgados			5	2		2
Acórdãos Publicados	9		8	3	1	3

Desembargadores Federais Presidentes das Seções não participam das sessões na condição de Relator, Revisor ou Vogal.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS TURMAS



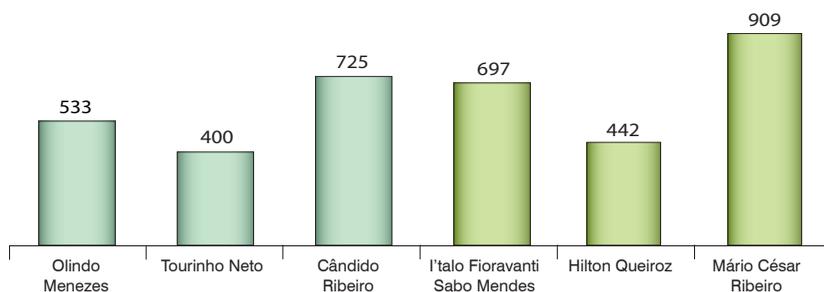
COMPETÊNCIA DAS SEÇÕES E RESPECTIVAS TURMAS (Art. 8º do RITRF)

À Primeira Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – servidores públicos civis e militares, exceto feitos relativos a improbidade administrativa;
- II – benefícios previdenciários.

1ª Turma

2ª Turma

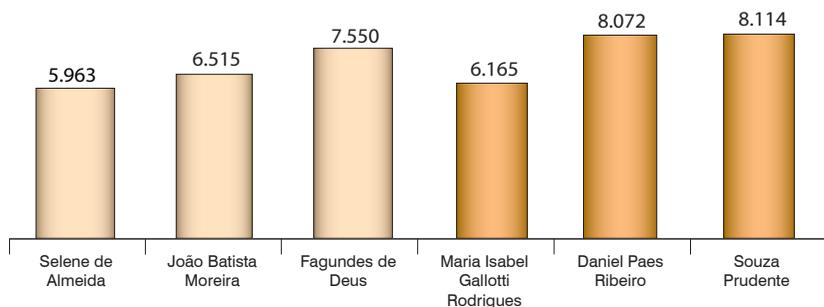


3ª Turma

4ª Turma

À Segunda Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – matéria penal em geral;
- II – improbidade administrativa;
- III – desapropriação direta e indireta.

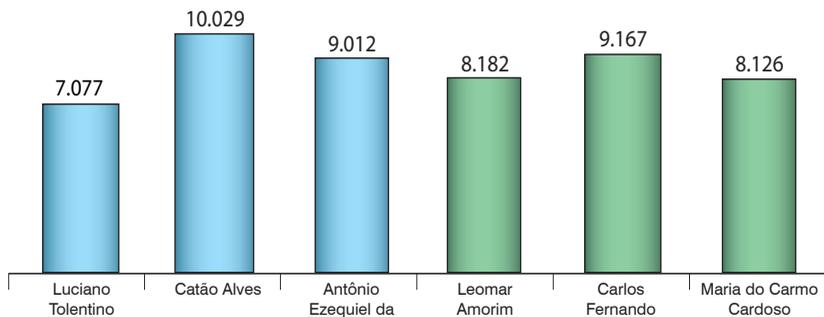


5ª Turma

6ª Turma

À Terceira Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

- I – licitação e contratos administrativos;
- II – concursos públicos;
- III – contratos;
- IV – direito ambiental;
- V – sucessões e registros públicos;
- VI – direito das coisas;
- VII – responsabilidade civil;
- VIII – ensino;
- IX – nacionalidade, inclusive a respectiva opção e naturalização;
- X – constituição, dissolução e liquidação de sociedades;
- XI – propriedade industrial;
- XII – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.



7ª Turma

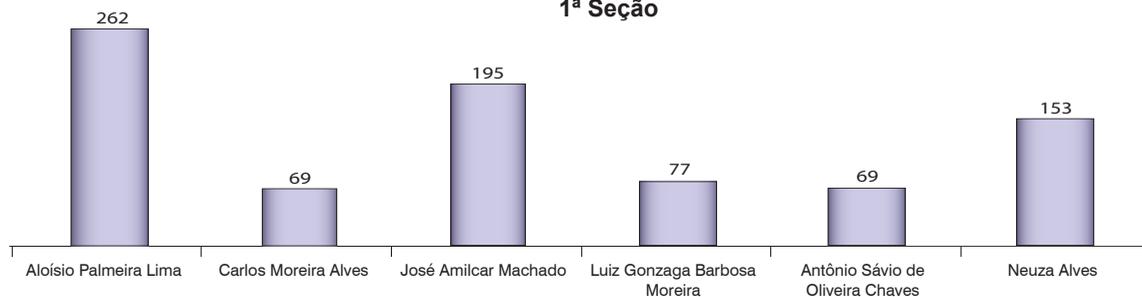
8ª Turma

À Quarta Seção cabe o processo e julgamento dos feitos relativos a:

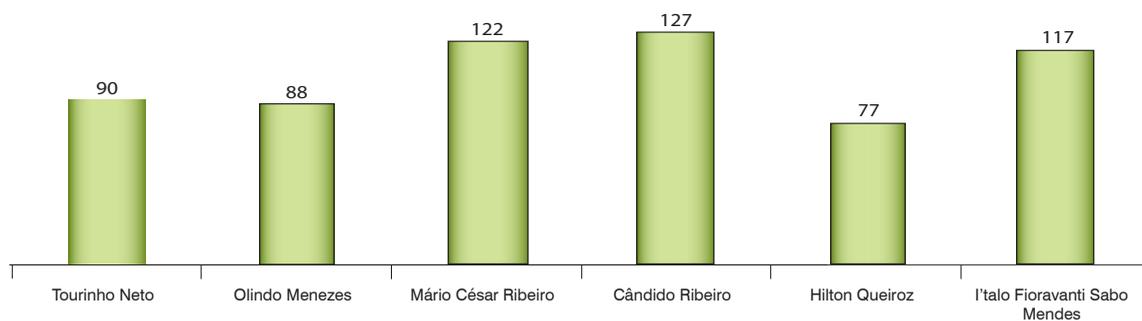
- I – inscrição, exercício profissional e respectivas contribuições;
- II – impostos;
- III – taxas;
- IV – contribuições de melhoria;
- V – contribuições sociais e outras de natureza tributária, exceto as contribuições para o FGTS;
- VI – empréstimos compulsórios;
- VII – preços públicos;
- VIII – multas de qualquer natureza, inclusive tributária.

PROCESSOS PENDENTES DE JULGAMENTO NAS SEÇÕES

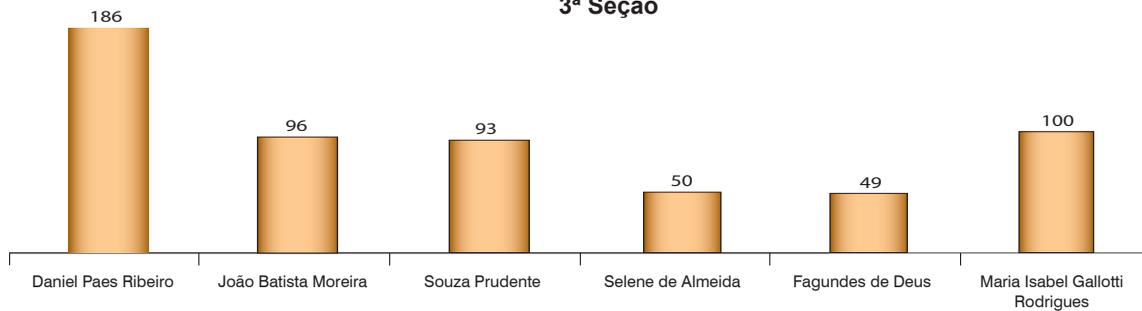
1ª Seção



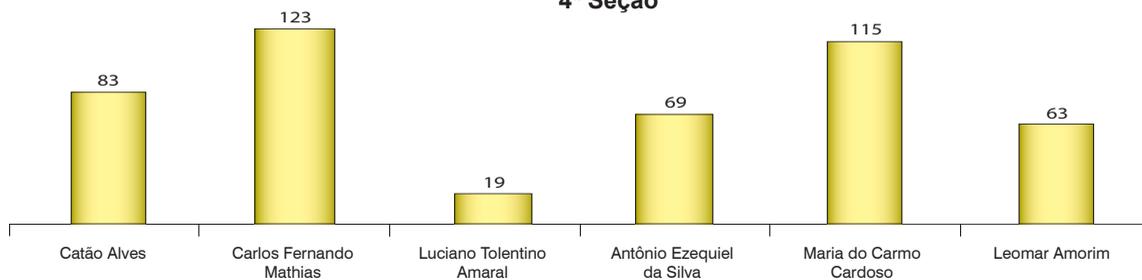
2ª Seção



3ª Seção



4ª Seção



ESTATÍSTICA DOS JUÍZES CONVOCADOS

JUÍZES CONVOCADOS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Anamaria Reys Resende	7ª Turma	1	67	131
Antonio Claudio Macedo da Silva	1ª Seção			1
	2ª Turma		3	77
Ávio Mozar José Ferraz de Novaes	5ª Turma		52	24
Carlos Alberto Gomes da Silva	3ª Turma		35	
Carlos Alberto Simões de Tomaz	7ª Turma			1
Carlos Augusto Pires Brandão	6ª Turma	1	43	74
Cesar Augusto Bearsi	5ª Turma		35	
Daniele Maranhão Costa	4ª Seção	2		
	7ª Turma	56		30
Francisco Renato Condevila Pinheiro	7ª Turma	20	20	
Hind Ghassan Kayath	2ª Turma			2
Iran Velasco Nascimento	2ª Turma		49	43
Itelmar Raydan Evangelista	1ª Seção	1		11
	1ª Turma	1	74	56
Ivani Silva da Luz	2ª Turma			1
Jamil Rosa de Jesus	2ª Seção	8	3	1
	3ª Turma	9	83	48
José Magno Linhares Moraes	3ª Turma		16	30
Klaus Kuschel	4ª Turma		13	30
Leão Aparecido Alves	3ª Seção		13	11
	6ª Turma	77	145	49
Maízia Seal Carvalho Pamponet	7ª Turma			5
Manoel José Ferreira Nunes	1ª Seção		2	2
	1ª Turma	17	326	325
	3ª Seção			1
Marcelo Velasco Nascimento Albernaz	5ª Turma	2	50	58
Marcus Vinícius Reis Bastos	3ª Seção	1		
Mark Yshida Brandão	8ª Turma		21	
Miguel Angelo de Alvarenga Lopes	1ª Turma		82	62
Moacir Ferreira Ramos	3ª Seção			1
	6ª Turma	2	92	85

Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco	1ª Seção			1
	2ª Turma			67
Mônica Neves Aguiar da Silva	2ª Turma		188	114
Ney de Barros Bello Filho	4ª Turma		2	
Osmane Antonio dos Santos	8ª Turma		11	9
Rafael Paulo Soares Pinto	7ª Turma		57	103
Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann	7ª Turma			1
Rosimayre Gonçalves de Carvalho	2ª Seção	10	1	11
	4ª Turma			91
Saulo José Casali Bahia	3ª Turma			24
Simone dos Santos Lemos Fernandes	1ª Seção		7	2
	1ª Turma	7	257	42
Vallisney de Souza Oliveira	5ª Turma	14	39	71
Vânila Cardoso André de Moraes	3ª Turma			2
Wilson Alves de Souza	5ª Turma	1		

DESEMBARGADORES FEDERAIS QUE ATUARAM EM OUTRAS TURMAS E SEÇÕES

DESEMBARGADORES FEDERAIS	Órgão Julgador	Despachos Terminativos Publicados	Julgados	Acórdãos Publicados
Jirair Aram Meguerian	2ª Turma		6	1
Tourinho Neto	4ª Seção	2		
Carlos Fernando Mathias	7ª Turma			1
Luciano Tolentino Amaral	2ª Seção	2		
Cândido Ribeiro	4ª Turma			1
Leomar Amorim	1ª Seção	1		

Repositórios Oficiais de Jurisprudência*

- * Editora Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Federais;
- * Editora S0íntese: Síntese Trabalhista, Administrativa e Previdenciária, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, Revista de Direito Civil e Processual Civil e Revista de Estudos Tributários;
- * Editora Fórum Administrativo: Revista Fórum Administrativo;
- * Editora Juruá: Revista de Jurisprudência Brasileira Civil e Comércio;
- * Editora IOB: Repertório de Jurisprudência IOB;
- * Editora Forense: Revista Forense;
- * Editora LTR: Revista de Previdência Social – RPS;
- * Editora Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, Revista de Processo, Revista de Direito Privado, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Revista de Direito Ambiental, Revista de Direito do Consumidor, Revista Brasileira de Ciências Criminais e Revista Tributária e de Finanças Públicas;
- * Editora Dialética: Revista Dialética de Direito Tributário, Revista Dialética de Direito Processual;
- * Editora Nota Dez: Revista Jurídica e Revista Interesse Público;
- * Editora Saraiva: Jurisprudência Informatizada Saraiva;
- * Editora Nacional de Direito – Livraria Editora: Revista Nacional de Direito e Jurisprudência;
- * Editora Plenum: Revista Juris Plenum;
- * Editora Portal Jurídico Ltda.: *CD-Rom* Gazeta Juris;
- * Associação Paulista de Estudos Tributários: Revista de Direito Tributário da APET.

*De acordo com a Instrução Normativa IN-19-01 de 20/11/1997.

Normas para envio de artigos doutrinários e tópicos jurídicos à Revista

A *Revista do TRF 1ª Região*, veículo de divulgação das decisões da Corte, expressas em acórdãos (inteiros teores) e em decisões monocráticas, propõe-se, além desse objetivo institucional, também a divulgar a produção intelectual de autores do meio jurídico, trazendo a lume temas da atualidade jurídica, pela publicação de artigos especializados nas seções intituladas “Artigos Doutrinários” e “Tópicos Jurídicos”, selecionados por critérios de relevância, pertinência, ineditismo e maturidade no trato da matéria.

Normas editoriais para encaminhamento de artigos e tópicos jurídicos

- A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores.
- A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da *Revista do TRF 1ª Região*.
- A *Revista* reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando, necessariamente, o pensamento do TRF 1ª Região.
- Os originais dos trabalhos publicados bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos aos autores.
- A *Revista* não publicará trabalhos formatados como pareceres ou consultas do autor no exercício profissional.
- Os artigos doutrinários, para melhor compreensão do pensamento do autor, devem conter necessariamente um tópico de conclusões.
- A *Revista* reserva-se o direito de não publicar trabalhos que não sejam inéditos, ressalvados os casos excepcionais.

Normas para elaboração dos trabalhos

- Os trabalhos encaminhados à *Revista* devem estar digitados em Word (ambiente Windows), na fonte *Times New Roman*, corpo 12, entrelinhamento simples, parágrafos justificados e tamanho A4, com títulos e subtítulos destacados do corpo do texto. Solicita-se que sejam enviados em disquete de computador, juntamente com as laudas impressas, ou encaminhados para o e-mail revista@trf1.gov.br.
- Utilizar somente itálico para realçar palavras ou expressões em lugar de negrito ou sublinhado.
- As referências bibliográficas devem seguir o padrão da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- As notas bibliográficas devem estar numeradas e listadas no rodapé do texto.
- Os trabalhos, redigidos em português, devem expressar produção inédita ou recente, com observância da norma culta da Língua Portuguesa. Na seção intitulada “Artigos Doutrinários”, deverão conter no mínimo 10 (dez) e no máximo 30 (trinta) laudas e, na seção “Tópicos Jurídicos”, podem conter entre 2 (duas) e 9 (nove) laudas.
- A *Revista do TRF 1ª Região* se reserva o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como adequar os trabalhos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

Para dirimir eventuais dúvidas, entrar em contato pelos telefones: 3314-5377, 3314-5451 ou pelo e-mail revista@trf1.gov.br.

