

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Procurador-Geral da República
CLÁUDIO LEMOS FONTELES

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
LINDÔRA MARIA ARAUJO

Procuradora-Geral do Trabalho
SANDRA LIA SIMÓN

Procuradora-Geral da Justiça Militar
MARIA ESTER HENRIQUES TAVARES

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios
ROGERIO SCHIETTI MACHADO CRUZ

CONSELHO ADMINISTRATIVO

Titulares

Ministério Público Federal: ODIM BRANDÃO FERREIRA – Procurador Regional da República
Ministério Público do Trabalho: RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA – Procurador Regional do Trabalho
Ministério Público Militar: ADRIANA LORANDI – Subprocuradora-Geral da Justiça Militar
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: JOÃO ALBERTO RAMOS – Procurador de Justiça

Suplentes

Ministério Público do Trabalho: ANTONIO CARLOS ROBOREDO – Subprocurador-Geral do Trabalho
Ministério Público Militar: ROBERTO COUTINHO – Subprocurador-Geral da Justiça Militar
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: JOSEMIAS COSTA – Procurador de Justiça

COORDENADORES DE ENSINO

Titulares

Ministério Público Federal: HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS – Procurador Regional da República
Ministério Público do Trabalho: DANIELA RIBEIRO MENDES – Procuradora do Trabalho
Ministério Público Militar: RICARDO DE BRITO ALBUQUERQUE PONTES FREITAS – Promotor da Justiça Militar
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: ANDERSON PEREIRA DE ANDRADE – Promotor de Justiça

Suplentes

Ministério Público do Trabalho: JOÃO BATISTA BERTHIER LEITE SOARES – Procurador do Trabalho
Ministério Público Militar: CLAUDIA ROCHA LAMAS – Procuradora da Justiça Militar
Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: LUÍSA DE MARILLAC XAVIER DOS PASSOS PANTOJA
– Promotora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ANO III - NÚMERO 12 – JULHO/SETEMBRO DE 2004

BRASÍLIA/DF

BOLETIM CIENTÍFICO – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Quadra 604, Lote 23, sala 318

CEP 70200-901 – Brasília/DF

Tel.: (61) 313-5111 – 313-5114 – 313-5116 – Fax: (61) 313-5185

Home Page: <<http://www.esmpu.gov.br>>

E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>

© *Copyright 2004. Todos os direitos autorais reservados.*

Diretoria de Pós-Graduação e Pesquisa

HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND P. D. FILHO – Procurador Regional da República

Setor de Apoio

Adriana Ribeiro Tosta

Setor de Documentação e Editoração:

Cecilia S. Fujita dos Reis

Diagramação, fotolitos e impressão:

Dupligráfica Editora Ltda. – SIG/Sul Quadra 08 n. 2396 – CEP 70610-400 – Brasília/DF

Tel.: (61) 344-1918 – Fax: (61) 344-1924 – E-mail: <dupligráfica@zaz.com.br>

Capa:

Artchip Editora – (11) 5044-7679 – 5041-8899

Tiragem: 3.000 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília: ESMPU, Ano III, n. 12, jul./set., 2004

Trimestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

APRESENTAÇÃO

Chega agora às suas mãos o 12º número do *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, que, esperamos, possa contribuir para a divulgação do saber e para a reflexão sobre temas de interesse institucional.

O volume é aberto com o estudo de Artur de Brito Gueiros, um balanço dos avanços e retrocessos do Tribunal Penal Internacional, em relação ao que o autor considera o patamar ideal de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana. Ainda na matéria penal, Leonardo de Moura discute os parâmetros para a caracterização de delitos de menor potencial ofensivo, a que se comina pena de multa alternativa.

Outros trabalhos versam também sobre o direito público. Marcilio Nunes Medeiros escreve sobre a divulgação de pesquisas por meios de comunicação de massa em período eleitoral. A competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de *habeas corpus*, com recapitulação histórica da discussão, é objeto de estudo de Sebastião Vieira Caixeta. Pedro Jorge Costa discute a eficácia do lançamento por homologação.

Daniel Favaretto e Márcio Barra Lima analisam as propostas de reforma do Judiciário, ainda em tramitação no Congresso Nacional, com a discriminação daquelas que consideram aptas a introduzir inovações significativas no sistema jurisdicional brasileiro.

O pesquisador do IPEA, José A. Mota, aporta contribuição interdisciplinar sobre o complexo tema da quantificação econômica dos danos ambientais.

O professor Irineu Strenger discorre sobre o crédito documentário.

O número se encerra com a resenha da tese de doutoramento de Álvaro Ricardo de Souza Cruz – *Jurisdição constitucional democrática* –, recentemente publicada.

Lindôra Maria Araujo

Subprocuradora-Geral da República

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

SUMÁRIO

Artigos

O Tribunal Penal Internacional e a proteção aos direitos humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana
Artur de Brito Gueiros Souza 9

Algumas reflexões sobre a PEC n. 29/00: a Reforma do Judiciário
Daniel Favaretto Barbosa e Márcio Barra Lima 33

Significado do crédito documentário
Irineu Strenger 59

Economia, meio ambiente e sustentabilidade
José Aroudo Mota 67

Cominação alternativa de multa e institutos da Lei n. 9.099/95
Leonardo Jubé de Moura 89

O artigo 255 do Código Eleitoral e a Constituição Federal: a validade da restrição temporal à divulgação das pesquisas eleitorais
Marcelio Nunes Medeiros 97

Da eficácia do lançamento por homologação em relação ao crédito tributário
Pedro Jorge Costa 119

O habeas corpus e a competência da Justiça do Trabalho
Sebastião Vieira Caixeta 137

Resenha

Jurisdição constitucional democrática
Resenha de autoria de Emílio Peluso Neder Meyer 163

Lançamento de livros de integrantes do MPU

Justiça tardada e falha
Cícero Fernandes 169

O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

UMA ANÁLISE DO ESTATUTO DE ROMA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA

*Artur de Brito Gueiros Souza**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Antecedentes do Tribunal Penal Internacional: Nuremberg e Tóquio. 3 Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda. 4 Estabelecimento e competência do Tribunal Penal Internacional. 5 Princípios gerais de Direito Penal Internacional. 6 Conclusões.

1 Introdução

No dia 1º de julho de 2004 completou o segundo aniversário da entrada em vigor do Estatuto de Roma, diploma legal internacional que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional (TPI) e que conta, atualmente, com a ratificação de 94 países, de um total de 139 assinaturas¹. Como ocorre em toda data significativa, esta parece ser uma ocasião oportuna para se proceder a um balanço dos avanços e retrocessos do ideal de uma jurisdição internacional que tenha por função prevenir e reprimir graves violações contra a vida e a integridade física de homens, mulheres e crianças, conforme os lamentáveis precedentes havidos nos séculos anteriores, ou seja, os diversos episódios de genocídios, massacres, desrespeito generalizado aos elementares direitos de inúmeras criaturas humanas que, infelizmente, ainda estão longe de ser apenas “páginas do passado”². Nesse sentido, tendo como fio condutor os princípios da proteção internacional dos direitos do homem, tencionasse, no presente trabalho, proceder a uma breve análise crítica do Estatuto do Tribunal Penal Internacional³, realçando as conquistas e as dificuldades existentes em tal documento, com o propósito de contribuir para o debate de tão relevante tema, que é de fundamental importância para o bem-estar de toda a humanidade.

Antes, porém, faz-se necessário estabelecer algumas definições dos termos jurídicos envolvidos no objeto deste estudo e que aparecem referidos ao longo do texto.

* Artur de Brito Gueiros Souza é Procurador Regional da República, Professor de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Doutorando em Direito Penal da Universidade de São Paulo (USP).

¹ Cf. <www.icc-cpi.int/php/statesparties/allregions>.

² O jornal *Folha de S. Paulo* publicou matéria assim intitulada: “UE teme genocídio na guerra civil do Congo: em quatro anos de conflito, mortos chegam a 3 milhões apesar de acordo de paz; estupros explodem” (*Folha de S. Paulo*, 15 jun. 2003).

³ O Brasil assinou o tratado que criou o Tribunal Penal Internacional em 7 de fevereiro de 2000 e depositou o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002. Em seguida, o Estatuto do TPI foi promulgado pelo Presidente da República por meio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Acresça-se que o documento oficial na língua portuguesa encontra-se disponível no endereço eletrônico <www.mj.gov.br/sal/tpi/estatuto.htm>.

Podemos, assim, entender a expressão direitos humanos, ou melhor, *Direito Internacional da Pessoa Humana*, como sendo o “conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade e estabelece mecanismos de proteção a tais direitos”⁴. Por sua vez, *Direito Internacional Humanitário* pode ser conceituado como o conjunto de normas jurídicas que “integra o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo por finalidade proteger a pessoa em conflitos armados”⁵. Em que pese a grande diversidade de tratamento por parte da doutrina nacional e estrangeira⁶, considera-se *Direito Penal Internacional* a disciplina jurídica que define os crimes internacionais, próprios e impróprios, cominando as respectivas penas, e estabelece, ainda, as regras relativas à aplicação extraterritorial do direito penal interno, à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas, à cooperação penal internacional em todos os níveis (extradição, transferência externa de pessoas detidas ou condenadas, execução de sentença penal estrangeira etc.); trata-se, como se pode perceber, de uma definição bastante ampla, que compreende tanto o estrito Direito Penal Internacional (os aspectos internacionais do direito penal), como o tradicional conceito de Direito Internacional Penal (os caracteres penais do Direito Internacional)⁷.

Feitas tais observações terminológicas, podemos passar à análise ora proposta, iniciando-se a abordagem com o exame dos antecedentes do novel Tribunal Penal Internacional, conforme se expõe no tópico seguinte.

2 Antecedentes do Tribunal Penal Internacional: Nuremberg e Tóquio

Considerando a proposta do presente texto, qual seja, de fazer uma leitura crítica do Estatuto do TPI, que completou dois anos de “vida”, optou-se por efetivar um arbitrário corte histórico, centrando no contexto da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) as iniciativas concretas da criação de um tribunal penal internacional para o julgamento dos graves atentados ocorridos ao tempo daquele conflito. Um primeiro sinal de que o massacre de pessoas tornara-se algo intolerável para a civilização humana foi dado com o repúdio

⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 774.

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 137. Diante dessa definição, o Direito Internacional Humanitário pode ser chamado de “Direito de Genebra”, ou seja, daquele rol de garantias estabelecidas pelas Convenções de Genebra de 1864, 1906 e 1949, bem como seus respectivos Protocolos de 1977, que cuidam do tratamento de militares feridos, prisioneiros de guerra e pessoas civis em caso de conflitos armados.

⁶ Cf. DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*. 13. ed. Paris: Sirey, 1947. p. 919.

⁷ A escolha da expressão *Direito Penal Internacional* deve-se ao fato de a doutrina brasileira consagrar a idéia unificadora desses dois ramos do direito, pois, como afirma Celso Albuquerque Mello, “na verdade é extremamente artificial se separar um ramo do direito em interno ou internacional, vez que atualmente não há mais qualquer ramo do direito que não seja internacionalizado” (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978. p. 15). Por outro lado, não se desconhece que há autores que preferem, por razões didáticas, apartar as duas disciplinas – Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal – nos termos acima delineados.

da comunidade internacional diante do genocídio dos armênios praticado pelos dirigentes do Império Turco-Otomano, em 1915⁸.

O Tratado de Versalhes, celebrado ao final da Primeira Guerra Mundial, previu a criação de um tribunal internacional para julgar os crimes de guerra perpetrados a mando do Kaiser Guilherme II e por outros dirigentes civis e militares do governo alemão. Todavia, o Kaiser se refugiou na Holanda, tendo os holandeses negado a sua extradição por considerar que ele estava sendo acusado por um crime político, fato este que, somado à falta de vontade política das potências vencedoras da guerra, fez com que ele quedasse sem punição. Os vencedores também não efetivaram o tribunal que iria julgar os crimes cometidos pelos demais cidadãos germânicos, optando por delegar à Corte Suprema Alemã (*Reichgericht*) a competência para julgá-los. O resultado desse descaso político foi que “os 21.000 acusados foram reduzidos a apenas 895, porém o procurador-geral alemão concluiu que era impossível julgar um número tão grande de réus, daí por que tal número foi reduzido a 45, mas somente 21 foram julgados e 13 condenados à pena máxima de 3 anos”⁹.

Nesse passo, duas ordens de considerações podem ser extraídas pelo que influenciaram, em maior ou menor intensidade, as experiências subseqüentes de jurisdições penais voltadas à proteção dos direitos humanos, que estão presentes, inclusive, no espírito e no corpo do TPI: a primeira é a noção de que a responsabilidade individual por crimes que atentassem contra as disposições do Direito Penal Internacional poderia não depender da responsabilidade dos Estados e de outras instituições porventura culpadas pelos conflitos; a segunda consideração é que, por mais que se avance na construção de princípios e mecanismos jurídicos para a punição de tais atrocidades, fato é que, sem a vontade política dos países que integram a ordem internacional, muito pouco pode ser feito para reverter o quadro de impunidade que graceja no trato dessa questão.

Em que pese a inexistência de um julgamento efetivo daqueles atos bárbaros, eles serviram para que se buscassem iniciativas de instituição de organismos internacionais,

⁸ Segundo M. Cherif Bassiouni, em 1919 criou-se a *Comission on the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Costume of War*, que pretendeu investigar o massacre dos armênios e, ao final dos trabalhos, recomendou que os militares turcos responsáveis fossem julgados. Em tal recomendação apareceu a noção de *crimes contra a humanidade* (BASSIOUNI, M. Cherif. *Chronology of efforts to establish an International Criminal Court. Nouvelles Études Penales*, Toulouse: Érès, n. 10, 1993. p. 22). Ocorre, porém, que os responsáveis turcos pelo homicídio de cerca de 600 mil pessoas permaneceram impunes, pois nunca foram levados a julgamento.

⁹ Cf. ARAUJO JR., João Marcello. *Direito penal internacional: o Tribunal Penal Internacional e a cooperação penal internacional*. Rio de Janeiro, 1999. Mimeografado. Obra não publicada. p. 25. Esse autor relata, ainda, o seguinte episódio curioso: “A esse tempo, um coronel americano, do Texas, que estava servindo na Bélgica [...], tendo lido que o Kaiser deveria ser submetido a uma jurisdição internacional, resolveu ir ao castelo de Guilherme II, que distava, apenas, 40 km da fronteira belga, para, reconhecendo o terreno, preparar sua prisão. O coronel texano, entretanto, do Kaiser, sabia apenas que se tratava de um homem baixinho, que usava sempre um capote vermelho. Ao chegar nos jardins do castelo, ao primeiro baixinho de capote que encontrou, perguntou: – O Sr. é o Kaiser? Coincidentemente era... Com a resposta afirmativa, o texano foi convidado a entrar no castelo, onde encontrou um oficial inglês. O coronel texano conversou com o inglês e este informou que nenhum Estado tinha interesse em prender o Kaiser e levá-lo para a Bélgica para ser julgado. O coronel americano fingiu-se convencido e, meio desconsolado, voltou para a Bélgica com o fim de organizar a diligência de prisão do Kaiser. Pouco tempo depois de ter dado conhecimento de seu propósito a seus superiores foi transferido para o Texas e dele nunca mais se ouviu falar. Este foi o único ato sério no sentido de que o Kaiser Guilherme II fosse preso e processado” (ARAUJO JR., op. cit., p. 23).

independentes, com poder de impor-se perante os Estados e exigir deles o cumprimento das leis internacionais, tais como a Liga das Nações e a Corte Internacional de Justiça. A idéia básica era considerar a guerra de agressão como delito internacional (conforme os termos do Pacto Briand-Kellog), muito embora não se tivesse um claro sistema de sanções referentes à responsabilização de indivíduos perante uma jurisdição internacional. Para tanto, a Liga das Nações tratou de elaborar duas convenções relativas à repressão do terrorismo e à criação de um tribunal internacional com jurisdição para condenar os autores do crime de terrorismo. Tais convenções, no entanto, só foram ratificadas pela Índia, nunca entrando, conseqüentemente, em vigor¹⁰.

Todavia, naquele momento, o mundo encontrava-se no limiar do maior de todos os conflitos de sua história, não havendo espaço para o desenvolvimento de uma eficaz jurisdição internacional que tutelasse os direitos humanos. Tem-se, assim, que, “nas relações internacionais dos anos vinte e trinta [...], o direito internacional e o seu ramo penal encontravam-se em estágio ainda muito embrionário para servirem de freio à conduta dos homens de Estado”¹¹.

A Segunda Guerra Mundial, seguramente, pelas suas implicações, uma continuação da Primeira, lançou os Estados num mar de ódio e de sangue até hoje chocantes. Novas violações às garantias fundamentais, no cenário de “guerra total”, foram postas em prática. Violências inconcebíveis foram infligidas contra indivíduos, populações ou mesmo etnias inteiras. Milhões de pessoas morreram na Europa, Ásia e norte da África. Os graves atentados contra os direitos humanos foram denunciados durante o curso da guerra, fazendo com que os países aliados manifestassem o propósito de levar a julgamento os grandes responsáveis por tais violações. Sobre esse ponto, merece destaque a Declaração de Saint James, de 13 de janeiro de 1942, e a Declaração de Moscou, de 30 de outubro de 1943, firmadas pelos líderes Josef Stalin, Winston Churchill e Franklin Roosevelt, que fixaram o modelo de julgamento que seria levado a cabo contra os cidadãos alemães envolvidos naqueles atos¹².

Com o fim da guerra, e após muita discussão sobre a

“necessidade, a extensão e a forma de julgamento, em 8 de agosto de 1945, durante a Conferência de Londres, as quatro potências vencedoras – os Estados Unidos, o Reino Unido, a União Soviética e a França – celebraram acordo destinado a estabelecer as regras que deveriam orientar o processo e julgamento dos grandes criminosos de guerra das potências européias do Eixo. Esse acordo

¹⁰ Cf. MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 47.

¹¹ GONÇALVES, Joanival Brito. *Tribunal de Nuremberg*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 57.

¹² O ministro soviético das Relações Exteriores, Molotov, que antes assinara o pacto de não-agressão com os nazistas, em 1939, declarou, por ocasião da assinatura da Declaração de Saint James, que “fatos irrefutáveis provam que o regime de pilhagem e de terror sanguinário contra a população não combatente das cidades e vilas ocupadas tem sua origem não somente nos excessos dos oficiais e soldados tomados individualmente, mas em um sistema bem definido, elaborado com antecedência e aplicado pelo governo alemão e pelo Alto Comando alemão, os quais encorajam entre os soldados e oficiais de seu Exército os instintos mais brutais” (cf. GONÇALVES, op. cit., p. 65). Constata-se, nessa assertiva, o protótipo de uma das acusações do Tribunal de Nuremberg: o plano elaborado de agressão, o *complot* ou *conspiracy*.

ficou conhecido como a Carta do Tribunal Internacional Militar, que acabou por ser conhecido como o Tribunal de Nuremberg”¹³.

O Tribunal Militar estabelecido naquela cidade alemã¹⁴, entre os anos de 1945 e 1946, teve importância capital para o objeto do presente estudo. Isso porque o respectivo processo, apesar das inúmeras e procedentes críticas, importou numa nova ordem nas relações jurídicas e políticas entre as nações, limitando a noção de soberania ante o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário. De acordo com o Estatuto do Tribunal de Nuremberg (art. 6º), foram estabelecidos os atos que importavam na responsabilidade individual de seus autores: a) *crimes contra a paz* (a direção, a preparação e o desencadeamento de uma guerra de agressão); b) *crimes de guerra* (as violações das leis e dos costumes de guerra); c) *crimes contra a humanidade* (o extermínio, a escravidão, a deportação e outros atos inumanos cometidos contra populações civis, antes ou durante a guerra); e d) *crime de conspiração* (a participação na elaboração ou execução de um plano para o cometimento de qualquer um dos crimes anteriores)¹⁵. Esse rol de delitos, consubstanciado em quatro acusações coletivas e na condenação de dezenas de integrantes do *Reich*¹⁶, fixou as bases dos ilícitos da alçada dos tribunais internacionais subseqüentes, estando, inclusive, reproduzidos, em grande parte, no art. 6º do Estatuto do TPI.

Uma outra fonte do Tribunal Penal Internacional foi o Tribunal Militar para o Extremo Oriente, conhecido como Tribunal de Tóquio, instalado, entre os anos de 1946 e 1948, na capital do Japão. Na Conferência do Cairo, de 1943, representantes chineses, britânicos e norte-americanos firmaram declaração no sentido de também levar a julgamento os criminosos de guerra japoneses. Em setembro de 1945, o ato de rendição japonês definiu como se daria a prisão e o tratamento que seria imposto aos criminosos de guerra. A partir disso, o comandante supremo das Forças Aliadas, general Douglas MacArthur, instituiu a corte militar de julgamento, composta por onze juízes escolhidos de uma lista apresentada pelos signatários daquele ato de rendição (EUA, Austrália, Canadá, China, França, Reino Unido, Nova Zelândia, Países Baixos e União Soviética), além de Índia e Filipinas¹⁷.

O Estatuto do Tribunal de Tóquio, embora tivesse 17 artigos contra 30 do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, era bastante similar a este. Em Tóquio, o Tribunal tinha

¹³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 31.

¹⁴ O motivo oficial para que a cidade de Nuremberg fosse escolhida como sede daquele tribunal vinculou-se ao fato de lá ter ocorrido as mais espetaculares concentrações do partido nazista e por ter sido ali que foram promulgadas as leis de perseguição racial (cf. ARAUJO JR., op. cit., p. 25).

¹⁵ Cf. KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International criminal law*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 17. A *conspiracy* ou *complot* foi, talvez, o mais polêmico dos tipos penais concebidos no Tribunal de Nuremberg, não só por seu caráter de novidade (violando-se, pois, o clássico princípio da irretroatividade da lei penal), mas por consistir, em última instância, num julgamento de natureza puramente política.

¹⁶ O Tribunal de Nuremberg indiciou 24 pessoas, “das quais 22 foram processadas. Os acusados foram presos, 12 foram sentenciados à morte, 3 foram sentenciados à prisão perpétua e outros às penas de 10 e 12 anos de prisão. Herman Goering cometeu suicídio no final do julgamento. Não se pode deixar de ressaltar que nenhum militar aliado foi julgado por qualquer crime contra alemães” (MAIA, op. cit., p. 47).

¹⁷ Conf. KITTICHAISAREE, op. cit., p. 19.

competência para julgar os crimes contra a paz, os crimes contra as convenções da guerra e os crimes contra a humanidade, mas, “evitando um problema enfrentado no Tribunal europeu, não incluiu o tipo penal da *conspiracy*”¹⁸. Apenas foram levadas a julgamento pessoas físicas, diferentemente do que ocorrera em Nuremberg, onde também foram julgadas pessoas jurídicas. Foram acusadas 28 pessoas, destacando-se, dentre elas, o primeiro-ministro Ideki Tojo. O Tribunal Militar para o Extremo Oriente condenou todos os réus, mas as decisões não foram unânimes. Com efeito,

“o juiz francês, o filipino e o holandês ficaram vencidos em parte. Já o juiz indiano Rahabinod M. Pal acolheu a tese da incompetência do Tribunal, à luz dos termos da capitulação e da inexistência de relação jurídica entre juízes estrangeiros e os acusados japoneses, estes sujeitos apenas à competência nacional. Entendeu, também, que a acusação importava em violação do princípio da legalidade e, por isso, absolveu todos os acusados”¹⁹.

As maiores críticas formuladas ao Tribunal de Nuremberg e ao Tribunal de Tóquio foram de que se trataram, à evidência, de tribunais *ad hoc* (i.e., *ex post facto*), que fizeram a “justiça dos vencedores sobre os vencidos”²⁰, e, ainda, que violaram flagrantemente o princípio da legalidade, em especial na imputação de alguns crimes até então desconhecidos dos costumes e das leis que compunham o Direito Penal Internacional. Nesse sentido,

“não foi permitido ao Japão acusar os Estados Unidos no Tribunal de Tóquio, com relação ao uso das bombas atômicas sobre Hiroshima e Nagasaki, ou acusar a União Soviética de ter violado o acordo de neutralidade de 13 de abril de 1941. Com relação ao princípio da legalidade, crimes contra a humanidade e responsabilidade individual por crimes contra a paz não eram conceitos aceitos no Direito Internacional naquele tempo. De fato, o juiz Pal, o julgador indiano do Tribunal de Tóquio, pôde absolver todos os acusados com base em que não havia responsabilidade criminal individual sob os termos do direito internacional”²¹.

Por outro lado, apesar da procedência das restrições que a doutrina do Direito Penal Internacional fez com relação àqueles julgamentos, é certo que eles significaram um avanço no ideal de proteção dos direitos da pessoa humana – uma opção ao simples e irracional pelotão de fuzilamento –, possibilitando

“o julgamento de agentes públicos, agindo em nome do Estado e utilizando a força material do mesmo. Um conceito revolucionário da responsabilidade

¹⁸ JAPIASSÚ, op. cit., p. 40.

¹⁹ JAPIASSÚ, op. cit., p. 42.

²⁰ Cf. *verbis*: “Os tribunais de Nuremberg e de Tóquio tiveram a marca histórica, que não se pode apagar, de tribunais montados pelos vitoriosos da guerra para julgar vencidos, sem que as pessoas de boa-fé tivessem podido – e o possam ainda hoje – saber quais teriam sido as conseqüências de um diferente resultado do grande conflito” (REZEK, José Francisco. A internacionalização da justiça penal. In: ENCONTRO NACIONAL DOS JUÍZES FEDERAIS, 17, 2000, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2000.

²¹ KITTICHAISAREE, op. cit., p. 20.

individual foi introduzido: os sujeitos ativos da infração podem ser pessoas representando o Estado e agindo em seu nome. Esta novidade foi essencial para a punição de atos considerados bárbaros e odiosos, entre outros motivos, por justamente contar com o aparelho organizado do Estado para a realização dos mesmos”²².

3 Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e Ruanda

Na forma acima apresentada, os julgamentos de Nuremberg e Tóquio alimentaram a esperança de que, no futuro, os crimes contra os direitos humanos seriam julgados em uma corte supranacional, ligada à Organização das Nações Unidas, livre de pressões políticas, dotada de uma jurisdição definida e com base em uma legislação abarcando todos os crimes contra a humanidade. Imbuída desse espírito, a Assembléia-Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução n. 260/1948, reconheceu a necessidade de um tribunal internacional permanente e pediu à Comissão de Direito Internacional (CDI) a elaboração de um estudo sobre a viabilidade de tal órgão. De posse das conclusões da citada comissão, favoráveis à sua criação para punição do genocídio e de outros crimes similares, a Assembléia-Geral da ONU nomeou um comitê preparatório de um estatuto para a almejada corte. O Comitê finalizou o primeiro anteprojeto em 1951 e um outro, revisado, em 1953.

Entretanto, o cenário internacional, marcado pela eclosão da “Guerra Fria”, com a divisão do mundo em dois blocos ideológicos antagônicos, impediu o prosseguimento desse trabalho, uma vez que qualquer tentativa de limitação da soberania estatal em razão de atos violadores dos direitos elementares da pessoa humana era vista com desconfiança, sendo objeto de “veto” por parte de um dos integrantes do Conselho de Segurança da ONU com poderes para tanto. Durante esse período, ocorreram tantos outros crimes contra a humanidade, como, v.g., a morte de milhões de pessoas nos conflitos do Camboja, do Vietnã e países vizinhos; os expurgos da China comunista; os ataques contra populações civis por ocasião da libertação das ex-colônias africanas; o uso de armas químicas na guerra entre Irã e o Iraque; o terrorismo no Oriente Médio; as perseguições, mortes e desaparecimento de milhares de indivíduos pelas ditaduras latino-americanas; a política do *apartheid* dos governantes da África do Sul; tudo à revelia de um efetivo julgamento de seus principais responsáveis, que, o mais das vezes, sofriam condenações simbólicas por tribunais “fantoques” ou os dissabores de um exílio impune após a saída do poder, como ocorreu, p. ex., com Jean Bedel Bokassa e Idi Amim Dada.

Não obstante, com a derrocada da União Soviética e o surgimento de uma ordem mundial globalizada, uma nova oportunidade histórica surgiu na busca da efetiva tutela dos direitos humanos. Foi nesse contexto que a Organização das Nações Unidas, não mais limitada pela rivalidade entre as duas “superpotências”, prosseguiu na discussão de um tratado multilateral que fixasse as regras para o funcionamento de um tribunal penal para julgar crimes transnacionais, como o tráfico de drogas e o terrorismo, além daqueles já

²² RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: CHOUKR, Fauzi; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista Tribunais, 2000. p. 249.

assentados nos tribunais *ad hoc* do pós-guerra. Nesse momento, estourou o conflito no território da então Iugoslávia, quando a Eslovênia proclamou-se independente daquela Federação (1991), acarretando uma repressão sangrenta. Depois, a guerra civil se espalhou pela Croácia, pela Bósnia e Herzegovina e, por fim, pelo Kosovo. Travaram-se cruentas batalhas no coração da Europa, com particular ferocidade na Bósnia Herzegovina, com o mundo assistindo (pela televisão) a alarmantes cenas de massacres, destruição de cidades, fuzilamentos e enterros em valas coletivas, estupros generalizados, tudo dentro da execução de uma política de “depuração étnica”, que deixou, como resultado, “apenas na Bósnia, 200 mil pessoas mortas, além de três milhões entre fugitivos e refugiados, e um número incalculável de feridos”²³. Pouco tempo depois, em Ruanda, uma outra conflagração de natureza étnica, acarretada por desavenças políticas, cujo estopim fora o atentado contra o então presidente Habyarimana (1994), fez com que as milícias extremistas *hutus* espalhassem terror e morte pelo país, culminando no extermínio de cerca de 800 mil pessoas, entre integrantes da minoria *tutsis* e *hutus* moderados.

Todos esses fatos, comprovados pela imprensa e por relatórios de enviados especiais das Nações Unidas àqueles territórios, restaram agravados pela constatação da incapacidade das jurisdições domésticas em punir os seus verdadeiros culpados. Nesses termos, diante do “vazio jurídico decorrente da inexistência de uma instância internacional independente, com base num instrumento de escopo universal”²⁴, por iniciativa do Conselho de Segurança da ONU, foram instalados dois tribunais penais *ad hoc* para a investigação, o processo e a punição dos responsáveis por aqueles atos inumanos.

Segundo o Estatuto do Tribunal *ad hoc* para a antiga Iugoslávia²⁵, a Corte instalada em Haia (o mesmo local da sede do TPI), possuía competência para processar e julgar violações graves às Convenções de Genebra, violações às leis e aos costumes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, que tenham sido cometidos no território da ex-Iugoslávia, a partir de 1991. Diferentemente do Tribunal de Nuremberg, esse tribunal só julgaria pessoas físicas. Uma outra característica relevante daquele Estatuto, que acabou não acolhida na elaboração do TPI, é que a sua jurisdição é concorrente à jurisdição interna, sobrepondo-se a quaisquer processos em curso nas cortes nacionais. Para tanto, todos os Estados deveriam cooperar na colheita de provas, na detenção e entrega de pessoas ao tribunal, bem assim em todos os termos do processo penal respectivo. Por fim, o Estatuto daquele tribunal assegurava o contraditório e a ampla defesa, com a presunção de inocência do réu²⁶.

A estrutura do Tribunal Penal para Ruanda²⁷ é bastante similar à do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia, inclusive no que diz respeito à sobreposição da jurisdição internacional sobre a nacional e ao dever de cooperação irrestrita. A competência do Estatuto

²³ BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. São Paulo: Editora Unesp, 2003. p. 9.

²⁴ SABÓIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero11/Conferencia.htm>, p. 6.

²⁵ Cf. <www.un.org/icty>.

²⁶ Desde a sua criação, o Tribunal *ad hoc* para a antiga Iugoslávia já indiciou 90 pessoas, entre elas os dirigentes Slobodan Milosevic, Milan Milutinovic e Radovan Karadzic. Desse total, sete cumprem penas, três já cumpriram e nove foram absolvidos ou o indiciamento negado (cf. GONÇALVES, op. cit., p. 235).

²⁷ Cf. <www.icttr.org>.

desse tribunal compreende o processo e julgamento dos crimes de genocídio, contra a humanidade, de violações das Convenções de Genebra e respectivos Protocolos, praticados por ruandenses ou estrangeiros no território de Ruanda²⁸.

O grande ponto positivo desses dois tribunais *ad hoc* é que eles constituíram os únicos exemplos de jurisdição penal instituída pela comunidade internacional representada pela ONU, não sendo, tecnicamente, tribunais impostos por “vencedores aos vencidos”. De fato,

“os tribunais criados depois da Segunda Guerra Mundial eram de caráter militar, estabelecidos pelas quatro Potências Aliadas vencedoras no conflito bélico, e conheceram unicamente os delitos cometidos por sujeitos pertencentes aos países vencidos. Os tribunais para Iugoslávia e Ruanda não são, em troca, tribunais militares, e foram estabelecidos por um órgão internacional, com o objetivo de julgar determinados crimes, com independência do grupo ao qual pertenciam os sujeitos acusados dos mesmos”²⁹.

Não obstante, eles possuíam – e ainda possuem – competência, temporal e espacial, limitada, não suprimindo a necessidade de um sistema permanente de justiça criminal internacional. Representaram, em poucas palavras, “um passo adiante” no propósito de criação de uma corte criminal internacional, uma evolução no ideal de proteção dos direitos humanos por intermédio do Direito Penal Internacional.

Ocorre, porém, que as decisões do Conselho de Segurança da ONU nem sempre se pautam pela imparcialidade, estando, o mais das vezes, submetidas aos interesses estratégicos dos países que compõem aquele órgão, especialmente dos que possuem o poder de veto. O recente episódio da intervenção militar no Iraque, capitaneada pelos Estados Unidos e pela Grã-Bretanha praticamente à revelia das Resoluções da ONU, denota bem as injunções políticas que obscurecem a atuação imparcial das Nações Unidas. O mesmo se pode dizer da dramática situação vivenciada no continente africano que, aparentemente, não está a sensibilizar o Conselho de Segurança no que toca a uma enérgica intervenção em prol das comunidades que sofrem graves violações de seus direitos fundamentais³⁰.

²⁸ O Tribunal *ad hoc* para a Ruanda já fez o indiciamento de 70 pessoas, tendo havido oito condenações e uma absolvição. Dentre os acusados, merece destaque Jean Kambanda, primeiro-ministro em exercício durante os massacres, condenado por genocídio à pena de prisão perpétua (cf. JAPIASSÚ, op cit., p. 133).

²⁹ GIL, Alicia Gil. Tribunales penales internacionales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, p. 43, mar. 2000. Número extraordinario. Um pouco adiante, essa autora arremata: “Apesar de tratar-se de tribunais *ad hoc*, quer dizer, tribunais não permanentes, sendo criados para julgar delitos cometidos em um contexto determinado [...], na criação dos tribunais para Iugoslávia e Ruanda foram superadas muitas das deficiências pelas quais os processos de Nuremberg e Tóquio se fizeram merecedores de duras críticas. Assim, por exemplo, houve especial interesse na salvaguarda do princípio da legalidade na hora de determinar o direito aplicável por estes tribunais internacionais” (GIL, op. cit., p. 44).

³⁰ Numa entrevista para o jornal *Folha de S. Paulo*, o ativista político sul-africano Jackie Cilliers declarou que “os membros do Conselho de Segurança da ONU agem de acordo com suas prioridades. Por isso autorizam uma missão de paz de 50 pessoas na Costa do Marfim, embora o nível de destruição e de derramamento de sangue seja maior do que o visto em um país como o Iraque. É preciso forçar o Conselho de Segurança a se preocupar com a África, porque até agora ele vem fazendo muito pouco. [...] Como se sabe, a comunidade internacional não considera a África prioritária” (Analista africano critica “moral seletiva”. *Folha de S. Paulo*, 15 jun. 2003, Caderno Mundo).

Fechando o ciclo das experiências de jurisdições penais internacionais do século XX, tem-se que podem ser apresentadas as seguintes conclusões, relacionadas com as disposições do TPI:

- Após a Primeira Guerra Mundial, apesar das tentativas frustradas da constituição de um tribunal internacional, reconheceu-se a possibilidade de responsabilizar individualmente os autores de graves violações perpetradas às leis e aos costumes de guerra.
- Após a Segunda Guerra Mundial, por força da vontade dos Estados vencedores, houve a constituição de dois tribunais *ad hoc* que julgaram e condenaram pessoas físicas e jurídicas, em que se catalogaram e sistematizaram os crimes de jurisdição internacional, quais sejam: genocídio, crimes contra a paz (ou de agressão), crimes de guerra e crimes contra a humanidade.
- Durante os anos 1990, dois outros tribunais *ad hoc* solidificaram os tipos penais do Direito Penal Internacional, demonstrando que a constituição de cortes internacionais poderia ser feita em tempo de paz, pela comunidade internacional, dentro do devido processo legal, do respeito aos direitos do réu ou condenado e do dever de cooperação irrestrita.

Em suma, avançou-se no escopo de estabelecimento de um sistema judicial permanente, imparcial e independente, destinado ao processo e julgamento dos mais graves crimes contra a humanidade. Reconheceu-se que a “segurança da humanidade, em certa medida, depende da existência de uma ordem internacional dotada de um sistema penal punitivo, como corolário da própria ordem legal internacional”³¹.

O momento que se seguiu foi o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, não sem que antes houvesse grandes discussões e polêmicas que quase inviabilizaram o surgimento da corte criminal e que causaram sérios entraves ao alcance de sua jurisdição, conforme os termos do tópico que se segue.

4 Estabelecimento e competência do Tribunal Penal Internacional

Como visto, depois de reconhecida a necessidade de um tribunal permanente que suprisse a lacuna de proteção dos direitos da pessoa humana na esfera criminal supranacional, a Comissão de Direito Internacional (CDI) elaborou um novo projeto de tribunal penal internacional. Apresentado o rascunho do respectivo estatuto à Assembleia-Geral da ONU (em 1994), esta estabeleceu um Comitê com a participação de todos os Estados-Membros e de observadores internacionais para discussão e apresentação de emendas ao citado projeto. Esse Comitê realizou reuniões entre 1996 e 1998, contando com grande mobilização de entidades governamentais e não-governamentais³², que culminaram na apresentação de um novo projeto para discussão na Conferência Diplomática

³¹ STEINER, Sylvia Helena. Tribunal Penal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 209, out./dez. 1999.

³² Foram quase 300 entidades não-governamentais (ONGs) que participaram e influenciaram o processo de negociação do Estado, algumas, inclusive, foram criadas exatamente para isso (cf. MAIA, op. cit., p. 63).

de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em Roma, nas dependências da FAO, entre junho e julho de 1998. Finalmente, à meia-noite do dia 17 de julho, a Conferência aprovou o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, com 120 votos a favor, 21 abstenções e 7 votos contrários.

O próximo passo para que o TPI pudesse efetivamente existir e cumprir a sua necessária tarefa na proteção dos direitos fundamentais do homem contra as violações graves consistiu na obtenção de número suficiente de ratificações. Com esse escopo, o Estatuto do TPI foi depositado em Nova York, aguardando que ao menos sessenta Estados a ele aderissem, o que ocorreu em 11 de abril de 2002 (num depósito simultâneo de dez países em cerimônia especial da ONU, que comemorou o alcance do quórum mínimo)³³, permitindo, como dito no início desse texto, sua entrada em vigor no dia 1º de julho de 2002, ou seja, “no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da ONU” (art. 126).

O Estatuto do TPI apresenta 128 artigos, que versam sobre: estabelecimento do Tribunal; jurisdição; admissibilidade e lei aplicável; princípios gerais de direito penal; composição e administração do Tribunal; investigação e persecução; julgamento; penas; recurso e revisão; cooperação internacional e assistência judicial; execução penal; assembléia dos Estados-Partes; financiamento e disposições finais. Como se percebe, trata-se de um documento complexo de Direito Internacional Público, contendo regras de direito penal, processo penal, execução penal, organização judiciária etc. O Estatuto trata, evidentemente, da localização da sede do Tribunal, em Haia, nos Países Baixos – o “Estado anfitrião” –, onde se estabeleceu após a nomeação de seus 18 juízes e respectivo procurador³⁴.

Ocorre, no entanto, que a esmagadora maioria de votos a favor da aprovação do Estatuto de Roma, produto do “espírito de compromisso que pairou sobre as negociações diplomáticas no prédio da FAO, em Roma”³⁵, não escondeu o mosaico de interesses dos grupos de trabalho envolvidos no processo de discussão dos dispositivos legais daquele estatuto. Entre a multiplicidade de posições, havia dois grandes grupos antagônicos: o grupo daqueles que queriam um tribunal forte, independente da ONU, com jurisdição universal para conhecer condutas ilícitas em qualquer parte do mundo, que foram chamados de *like-minded group*; e, de outro, o grupo formado pelos membros do Conselho de Segurança da ONU, liderados pelos Estados Unidos, que defendia o “atrelamento” do TPI

³³ Os países que efetuaram o depósito simultâneo foram Bósnia Herzegovina, Bulgária, Camboja, República Democrática do Congo, Irlanda, Jordânia, Mongólia, Nigéria, Romênia e Eslováquia (cf. <www.iccnw.org/countryinfo/worldsigsandratications.html>).

³⁴ Os juízes, escolhidos na eleição de 12 de fevereiro de 2003, respeitando-se a divisão de gênero, foram: Maureen Clark (Irlanda), Fatoumata Diarra (Mali), Adrian Fulford (Grã-Bretanha), Karl Hudson-Phillips (Trinidad Tobago), Claude Jorda (França), Elizabeth Odio (Costa Rica), Gheorghios Pikis (Chipre), Tuiloma Slade (Samoa), Sylvia Steiner (Brasil), René Blattmann (Bolívia), Hans-Peter Kaul (Alemanha), Philippe Kirsch (Canadá), Erkki Kourula (Finlândia), Akua Kuenyehia (Gana), Navanethen Pillay (África do Sul), Mauro Politi (Itália) e Anita Usacka (Latvia). O procurador da Corte, escolhido na eleição de 21 de abril de 2003, foi Luis Moreno Ocampo (Argentina) (cf. <www.un.org/lawicc/elections/results.htm>).

³⁵ AMBOS, Kai. Os princípios gerais de direito penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 26.

àquele Conselho, com modesta jurisdição, além de tipos penais que não incluíssem armas nucleares entre aquelas de uso proibido³⁶. As desavenças entre os blocos, evidentemente, refletiram no perfil do Estatuto, fazendo com que não se obtivesse o espectro de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana na profundidade e extensão que o somatório das experiências passadas, acima delineadas, permitiria supor.

Constata-se, assim, da leitura do Estatuto do TPI, que a competência do Tribunal não é universal, mas restrita aos Estados que ratificaram aquele documento ou que, posteriormente, aceitaram tornar-se Parte dele (art. 10). Considerando que existem “condições prévias ao exercício da jurisdição”, qual seja, que o crime tenha sido praticado no território de um Estado-Parte ou que tenha sido imputado seu cometimento a um de seus nacionais (art. 12, 2, *a e b*), critérios que correspondem aos tradicionais princípios da territorialidade e da personalidade ativa, é fácil perceber o relativo alcance de sua jurisdição. O texto permite, contudo, que um Estado não-Parte declare aceitar (*ad hoc*) a competência do Tribunal, colaborando sem demora na investigação respectiva (art. 12, 3).

Em suma,

“o TPI é competente somente quando o Estado do conflito ou suspeito é Estado-Membro do Tratado ou aceita *ad hoc* sua competência. Isso significa que a maioria das guerras civis [...] não são da competência da Corte, pois nesses casos o Estado onde existe o conflito é sempre idêntico ao Estado suspeito, o que evitará sua adesão ao Estatuto no caso de conflito interno. De acordo com essa regra, o TPI poderia ter julgado o ditador cambojano Pol Pot pelo genocídio à população, caso o Camboja fizesse parte da Comunidade e tivesse reconhecido *ad hoc* a competência da Corte”³⁷.

Por outro lado, se for verificado que entre os Estados que não assinaram o Estatuto figuram os Estados Unidos, a China e a Índia, tem-se que, simplesmente, metade da população e boa parte do território do globo estão fora da jurisdição da Corte. É certo, não obstante, que haverá a possibilidade de o procurador dar início à investigação de um fato da competência do TPI, tenha ele ocorrido em qualquer lugar ou tenha sido praticado por qualquer indivíduo, independentemente de pertencer ou não a um Estado-Parte (princípio da jurisdição penal universal), conforme se infere *a contrario sensu* do art. 12, 2, do Estatuto. Contudo, essa hipótese de jurisdição extraordinária depende de “denúncia” por parte do Conselho de Segurança da ONU (art. 13, *b*), o que será difícil de acontecer caso se mantenham as posturas políticas dos Estados Unidos e também da China, v.g., que, como

³⁶ Cf., *verbis*: “Levando dinamismo para a Conferência, estava [...] um grupo de Estados geograficamente heterogêneo conhecido como ‘like minded’ [...]. O ‘like minded’, inicialmente comandado pelo Canadá, esteve ativo desde os primeiros estágios do Comitê Preparatório, gradualmente consolidando suas posições ao mesmo tempo que ia expandindo seu número de membros. Por ocasião da Conferência de Roma, o grupo ‘like minded’ incluía mais de 60 dos 160 Estados participantes. O ‘like minded’ estava comprometido com diversas proposições que eram substancialmente divergentes das premissas do anteprojeto do Comitê de 1994 e, em especial, das concepções dos Membros Permanentes do Conselho de Segurança da ONU” (SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 15).

³⁷ AMBOS, Kai. A nova Corte Penal Internacional. O difícil equilíbrio entre uma persecução penal eficiente e a ‘Realpolitik’. *Boletim IBCCrim*, n. 70, p. 16, set. 1998. Edição especial.

se sabe, por serem membros permanentes, têm poder de veto naquele Conselho de Segurança.

Dentro do terreno das dificuldades na tutela eficaz dos direitos fundamentais dos seres humanos via jurisdição penal internacional, merece destaque, ainda, o fato de o Conselho de Segurança poder suspender a investigação iniciada pelo procurador ou o próprio julgamento pelo Tribunal por um período de 12 meses, renováveis indefinidamente, conforme a cláusula de “adiamento do inquérito e do procedimento criminal” (art. 16).

Um outro ponto de crítica ao Estatuto, na medida em que cerceou a almejada jurisdição internacional irrestrita, foi a adoção do princípio da complementaridade, no Preâmbulo (§ 10) e no art. 1º³⁸. Isso significa que a competência do Tribunal é subsidiária da competência interna. Não há, portanto, a concorrência de jurisdições, conforme o esquema adotado nos Tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para a Ruanda (que, como visto, permitiu a eles obter grande eficácia em seus julgados). Portanto, pelo critério da complementaridade, a investigação primária é do Estado-Parte; o julgamento perante o Tribunal só ocorrerá quando a justiça interna não estiver em condições de levá-lo a cabo ou não quiser realizá-lo. A aferição da “disposição de agir” do tribunal local é feita por meio da seguinte constatação: se o processo (ou julgamento) foi conduzido com propósito de subtrair o suspeito de sua responsabilidade perante o TPI; ou se não há, por conta de um atraso injustificado no processo, intenção de, efetivamente, submeter o indivíduo à ação da justiça; ou, por fim, se o processo não foi ou não está sendo conduzido de forma independente ou imparcial (cf. art. 20, 3, *a e b*).

Analisando os tipos penais do Estatuto (*core crimes*), i.e., crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão (conforme o art. 5º), pode-se afirmar que apenas o primeiro deles – genocídio – não enfrentou maiores dificuldades nos trabalhos de elaboração e votação do documento, estando devidamente tipificado no art. 6º do Estatuto, numa redação bastante semelhante à reconhecida desde os Tribunais de Nuremberg e Tóquio, bem como pela Convenção de 1948 sobre a prevenção do crime de genocídio³⁹. As demais modalidades de condutas delituosas, por outro lado, foram alvo de grandes refregas durante os trabalhos da Conferência de Plenipotenciários.

Nesse sentido, o crime contra a humanidade, compreendido como quaisquer dos atos inumanos indicados no art. 7º, cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra população civil, havendo conhecimento desse ataque, suscitou intenso debate. Dentre os ilícitos ali indicados, os atos de agressão sexual, gravidez forçada e outras violências sexuais (alínea *g*), foram objeto de resistência por grupos conservadores, ao final superada, em que pese a jurisprudência consolidada no Tribunal para a antiga

³⁸ O princípio da complementaridade guarda certa semelhança com o princípio do esgotamento dos recursos internos como condição de admissibilidade de demandas em tribunais internacionais de direitos humanos, tais como a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, muito embora possua certa flexibilidade, dispensando a via interna quando evidenciada a provável impunidade do réu ou investigado.

³⁹ O genocídio foi tipificado, no Brasil (em cumprimento da Convenção contra o Genocídio de 1948), pela Lei n. 2.889/56 e pelo Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.001/69). Posteriormente, o genocídio foi considerado “crime hediondo” pela Lei n. 8.072/90.

Iugoslávia. Por outro lado, a delegação dos Estados Unidos condenou o uso da expressão “ataque generalizado ou sistemático”, considerada demasiadamente lacônica para documentos internacionais desse nível.

Os crimes de guerra, apresentados na extensa lista do art. 8º, são aqueles cometidos como parte de um plano ou política de cometimento de tais atos em grande escala, que estejam previstos nas Convenções de Genebra e seus respectivos Protocolos, em situações de conflitos armados internacionais ou internos, exceto aqueles decorrentes de motins, atos isolados de violência ou tensões internas. Sobre essa modalidade de delito internacional, dada a grande controvérsia que sofreu, facultou-se aos Estados-Partes suspenderem a sua aplicabilidade pelo prazo de sete anos, contados da vigência do Estatuto (art. 124).

Ainda com relação aos crimes de guerra, debateu-se sobre quais seriam as “armas proibidas”. Superando o impasse, sem que ocorresse solução de continuidade nesse terreno do Direito Internacional, fez-se referência expressa aos armamentos já proibidos internacionalmente, i.e., veneno, gases asfixiantes e balas que se expandem no interior do corpo humano (art. 8º, 2, XVII, XVIII e XIX), deixando-se para o processo de revisão do Estatuto a apresentação de outras hipóteses (enfim, na prática, repetiu-se a “sina” do Tribunal de Tóquio, retirando-se a mais poderosa arma de destruição em massa já concebida pela mente humana do rol de crimes de guerra)⁴⁰.

Por fim, relativamente ao crime de agressão, o impasse foi completo. Para que não se abdicasse do acolhimento de tal modalidade, catalogada desde o Tribunal de Nuremberg, o art. 5º, 2, declarou que a competência do Tribunal para o crime de agressão somente ocorrerá após a aprovação de emenda ao Estatuto, na forma prevista nos arts. 121 e 123. Enfim, a “grande resistência de alguns Estados, especialmente daqueles com poder de veto no Conselho de Segurança da ONU, na tipificação do crime de agressão, persiste, já que tiraria desse órgão o poder de determinar com exclusividade a existência de situação de agressão, como hoje ocorre”⁴¹.

Em resumo, no tocante à competência do TPI, pode-se afirmar que os crimes de genocídio e contra a humanidade, em que pesem as discussões havidas sobre algumas “novidades” (v.g., violência sexual), foram, ao final, adotados no texto do Estatuto. Os crimes de guerra ficaram, em regra, devidamente tipificados, com exceção da questão das armas proibidas. Ainda nessa modalidade de crime, facultou-se aos Estados-Partes o

⁴⁰ Cf. o depoimento do representante brasileiro na Conferência de Plenipotenciários, o embaixador Gilberto Sabóia, *verbis*: “O tema das armas proibidas foi matéria de extensa controvérsia e fez parte do conjunto de últimas questões decididas na Conferência. Várias delegações advogavam a adoção de um dispositivo redigido de forma genérica, de modo que pudesse interpretar-se como abrangendo tanto as armas proibidas pelo Direito Internacional costumeiro como as que tenham tido sua proibição consagrada por Convenção internacional (armas químicas, bacteriológicas, minas terrestres antipessoais). Essa solução não convinha às potências nucleares, que se opunham a qualquer terminologia semelhante aos termos empregados pela CIJ em parecer dado em 1996 sobre a legalidade das armas nucleares – [...] *would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflicts, and in particular the principles and rules of humanitarian law* –, e que pudesse vir a ser invocada como apoio da tese de ilegalidade dessas armas de destruição maciça” (SABÓIA, op. cit., p. 11) [grifos do original].

⁴¹ STEINER, Sylvia Helena. O Tribunal Penal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 210, out./dez. 1999.

mecanismo de exclusão (*oup out*) pelo prazo de 7 anos. Por fim, os crimes de agressão só estão formalmente referidos como da jurisdição do Tribunal, uma vez que, na prática, o Estatuto “fracassou” nessa questão, desprotegendo, em suma, o objeto do Direito Internacional da Pessoa Humana.

5 Princípios gerais de Direito Penal Internacional

O Capítulo III do Estatuto do TPI representa “uma tentativa ambiciosa de codificar princípios gerais do direito penal internacional”⁴².

De imediato, deve ser ressaltada a prevalência do princípio da legalidade: “Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal” (art. 22, 1). O princípio do *nullum crimen sine lege* é complementado pela vedação da analogia *in malam partem* e pela interpretação a favor do réu (art. 22, 2). Tratou-se de uma conquista significativa, que consolidou as bases que foram lançadas nos Tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, sepultando, assim, a nódoa deixada pelos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio.

Foram, ainda, assegurados os princípios da irretroatividade da lei penal (i.e., da retroatividade apenas *in mellius*, conforme art. 24, 1 e 2), da responsabilidade criminal individual, na forma tabulada no art. 25 (um ideal que se perseguia desde as fracassadas iniciativas do pós-Primeira Guerra Mundial), com a devida separação das figuras de autor, autor mediato e partícipe, bem como princípios gerais de exclusão da responsabilidade penal, tais como: ausência de dolo ou culpa (art. 20); legítima defesa ou coação física irresistível (art. 31, *c e d*); erro de fato ou de direito (art. 32); e estrito cumprimento da decisão de um superior quando “estivesse obrigado por lei a obedecer a decisões emanadas do Governo ou superior hierárquico em questão” (art. 33, 1, *a*), não se compreendendo nessa hipótese excepcional o cumprimento de “qualquer decisão de cometer genocídio ou crimes contra a humanidade” (art. 33, 2).

Quanto à menoridade penal, o Estatuto estipulou que o Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tivessem ainda completado 18 anos de idade (art. 26). Tal escolha, por um lado, é condizente com a dogmática penal internacional e com a proteção dos direitos da criança e do adolescente; mas, por outro, pode causar inusitada “lacuna de impunidade” com relação às chamadas “crianças-soldado”, seriamente envolvidas em conflitos armados no continente africano e que, em regra, não são levadas a julgamento por motivações políticas e culturais⁴³. No particular, poder-se-ia

⁴² SCHABAS, William A. Princípios gerais de direito penal. In: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 190. Esse mesmo autor assinala que “Pode-se esperar, por certo, que um documento produzido numa Conferência Diplomática, onde se procurava alcançar o consenso de mais de cento e cinquenta países integrantes e com múltiplas visões, tenha muitas imperfeições” (idem, ibidem, p. 190).

⁴³ Nesse sentido, a matéria publicada n’*O Globo*, com o título “Forças de paz enfrentam dilema no Congo: combater crianças-soldados. Cerca de 300 mil crianças lutam em conflitos em 30 nações africanas” (jornal *O Globo*, 17 jun. 2003, p. 28). Ilustrando essa reportagem, o referido jornal publicou uma foto de um menor de 12 anos de idade, pertencente a uma “milícia da etnia hema”, empunhando um fuzil AK-47.

adotar medidas socioeducativas, semelhantes àquelas existentes em diversos ordenamentos jurídicos, como forma de punir e ao mesmo tempo dar um tratamento pedagógico e assistencial para esses menores tragicamente envolvidos em guerras regionais.

Outro ponto relevante é o acolhimento do princípio da legalidade das penas: “Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto” (art. 23). As penas que podem vir a ser aplicadas são: prisão por um número determinado de anos, até o limite máximo de 30 anos; prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem; pena de multa (sistema dos “dias-multa”)⁴⁴; e confisco do produto do crime, como pena acessória, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé (art. 77, 1 e 2). Sobre a indeterminação da prisão por “número de anos”, que destoava do princípio do *nulla poena sine legge* adotado pelo Brasil (onde se exige a cominação de um mínimo e um máximo para cada figura delitiva), é certo que o modelo adotado reflete bem a formulação “híbrida” das disposições do Estatuto: em parte acolhendo as regras da *civil law* e, em outra, a sistemática da *common law*⁴⁵.

Por outro lado, a adoção da pena de prisão perpétua representou um “meio-termo” entre duas posições extremadas na Conferência de Plenipotenciários – pena de morte *versus* pena máxima de 30 anos⁴⁶.

Com efeito, o anteprojeto da Comissão de Direito Internacional (CDI) não previa a pena de morte, mas incluía a pena perpétua. No Comitê Preparatório, que antecedeu a Conferência de Roma, as discussões foram acirradas, já que diversas delegações insistiam na inclusão da pena de morte, ao argumento de que, sem a possibilidade de haver essa pena, o objetivo intimidatório da Corte seria diminuído, bem como sua credibilidade reduzida. Outros, contrários à pena capital, como os países ibero-americanos, acenavam com a incompatibilidade entre tal pena e disposições expressas em Convenções de Direitos Humanos, o que tornaria inviável a ratificação do Estatuto. Contudo, verificou-se que a preocupação maior das delegações que insistiam na previsão de pena de morte era no sentido de que sua exclusão pudesse ser entendida como uma revogação implícita dessa espécie de penas no seu direito interno, caso viessem a ratificar o Estatuto. Tanto é verdade essa ilação, “que na Conferência chegou-se a um acordo no sentido de que o Estatuto não

⁴⁴ Conforme a Regra n. 146, do conjunto de Regras de Procedimento e de Prova, adotadas na 5ª Reunião da Comissão Preparatória para o TPI, de 30 de junho de 2000 (disponível em: <www.un.org/law/icc/prepcomm/docs.htm>).

⁴⁵ Cf. *verbis*: “O Estatuto do TPI traz expresso o princípio da legalidade em seu art. 22. Não se admite a analogia, nem a interpretação extensiva. Também é expresso o princípio da legalidade das penas (art. 23), embora o sistema de penas nele previsto seja diverso daquele por nós reconhecido. Em verdade, todas as discussões havidas no âmbito do Comitê Preparatório, antes da aprovação do Estatuto, giraram em torno da adoção de um modelo de Tribunal que não refletisse, com preferência, nenhum dos sistemas judiciais predominantes – do *common law* ou do *civil law*. Também não se perseguiu um sistema híbrido, apenas conjugativo de ambos, mas sim um sistema novo, especial em relação aos modelos conhecidos. Nem sempre a proposta foi realizada, já que diversos institutos do Estatuto refletem ora um ora outro sistema, e muitas vezes colidem exatamente em razão desse hibridismo” (STEINER, Sylvia Helena F. Tribunal Penal Internacional – A proteção dos direitos humanos no século XXI. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 22, n. 67, p. 75, ago. 2002).

⁴⁶ Ressalte-se que a pena, em regra, aplicada nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio foi a *pena de morte*.

preveria pena de morte, mas teria expressa uma cláusula de ‘não-censurabilidade’ do sistema de penas existente nos Estados”⁴⁷.

Como dito, diante do impasse, a pena de prisão perpétua figurou como uma escolha “salomônica”, que não agradou, mas também não desagradou completamente aos dois lados. O máximo que foi cedido aos que repudiavam essa modalidade de pena foi a previsão de sua revisão após 25 anos de cumprimento da sanção corporal, conforme expresso no art. 110 do Estatuto, que faculta, ainda, a realização de revisões periódicas posteriores.

Não se pode deixar de registrar, entretanto, que a rejeição da pena capital no Estatuto do TPI é digna de aplausos, considerando o objeto em discussão, ou seja, a tutela supranacional dos direitos fundamentais da pessoa humana, inclusive do inculpaado ou condenado pelos crimes em questão.

Todavia, o problema maior, para nós brasileiros, está na compatibilização da cominação de pena perpétua, no art. 77, 1, *a*, do Estatuto com a Constituição Federal de 1988, que proscreeve, juntamente com outras, essa modalidade de sanção criminal (art. 5º, XIX, *b*, da CF/88). É importante ressaltar que não foi permitida a adoção de “reservas” àquele documento internacional, conforme o seu art. 120, que poderia ser uma solução para a controvérsia em foco.

Não obstante, após dois anos de vigência no Brasil (o Decreto que promulgou o Estatuto é de setembro de 2002), a nossa doutrina, em sua maioria, fixou entendimento de que a ratificação do Estatuto não incidiria em inconstitucionalidade em face da norma da Constituição que proíbe “penas de caráter perpétuo”. Isso porque, os autores assinalam, a ordem constitucional encontra-se voltada para o direito interno, não podendo, nesse sentido, ser projetada para a ordem internacional. Dessa forma, o conflito entre esses dispositivos seria “aparente”, até porque ambos os diplomas visam reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana – o Estatuto, com a ameaça de punição aos autores de graves atrocidades; e a Constituição Federal, restringindo a esfera de poder da legislação penal interna, nos crimes comuns⁴⁸.

Não é outra a razão pela qual, na sistemática atual, nada impede a concessão da extradição passiva quando há possibilidade de o extraditado vir a sofrer, no Estado requerente, pena de prisão perpétua. Em suma, o Supremo Tribunal Federal afirmou,

⁴⁷ STEINER, O Tribunal Penal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 215, out./dez. 1999. Nesse sentido, o art. 80 estipula que nada “no presente Capítulo prejudicará a aplicação, pelos Estados, das penas previstas nos respectivos direitos internos, ou a aplicação da legislação dos Estados que não preveja as penas referidas nesse capítulo”.

⁴⁸ Cf. *verbis*: “No mesmo sentido, Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Corrêa Junior, além de Sylvania Helena F. Steiner, sustentam que o texto da Carta Política dá a exata dimensão do que o constituinte viu como exata retribuição aos delitos praticados, não se projetando para outros sistemas jurídicos aos quais o Brasil venha a se vincular, por força de documentos internacionais. Ressalte-se que o Tribunal cuidará de crimes diversos dos previstos nas leis penais ordinárias e de danosidade que ultrapassa o território nacional, razão pela qual a vedação constitucional não poderia estender-se aos crimes previstos para serem submetidos à jurisdição penal internacional” (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 208).

“repetidamente, que não podemos impor a nações estrangeiras soberanas que nos pedem a extradição de alguém determinados valores típicos do nosso processo penal”⁴⁹.

Uma outra contribuição positiva do Estatuto do TPI, haurida diretamente das experiências do Tribunal *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, é a adoção da figura do procurador independente, que pode iniciar a investigação de graves violações do bem jurídico protegido pelo Estatuto “de ofício”, sem depender de autorização de qualquer órgão, nem mesmo do Conselho de Segurança da ONU. Este último pode, conforme acima anotado, “barrar” uma investigação iniciada (cláusula de “adiamento”), com a óbvia assunção do desgaste político de uma decisão dessa natureza. A ação independente do procurador é, porém, temperada pelo acompanhamento da Seção de Instrução em toda fase de investigação, acolhendo ou rejeitando tanto a abertura de inquérito (art. 53) como a deflagração da ação penal subsequente (art. 61)⁵⁰.

Dentro do terreno processual propriamente dito, percebe-se que o Estatuto do TPI, criando, ao lado do procurador, as Seções de Instrução, de Julgamento e de Recurso, vale dizer, “três graus de jurisdição”, possibilitou um significativo direito de defesa ao réu, assegurando-lhe, como ocorreu nos tribunais *ad hoc* dos anos 1990, a presunção de sua inocência (art. 66), o direito de permanecer calado e de ser assistido por um advogado e por um intérprete (art. 55), o *ne bis in idem* (art. 20), além de outros previstos no art. 67, condizentes com o “modelo garantista de processo penal contemporâneo”⁵¹.

O Capítulo IX do Estatuto, ao dispor sobre a cooperação internacional dos Estados para com o Tribunal, trouxe um detalhado sistema de auxílio para o exercício da jurisdição internacional, contendo até mesmo um instituto absolutamente novo, denominado “entrega”. Essa sistemática, no campo da colaboração em matéria penal internacional, solidificada em tratados bi e multilaterais referentes à repressão de crimes transnacionais, demonstrou-se crucial no trabalho de colheita de provas e captura de foragidos junto aos Tribunais *ad hoc* da ex-Iugoslávia e de Ruanda, conforme já mencionado. Assim, nada mais acertado que os Estados-Partes, ao aceitarem a jurisdição do Estatuto, terem o dever de “cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste” (art. 86).

O instituto da entrega, regulado no art. 89, corresponde a uma das obrigações impostas pelo Estatuto a todos os Estados-Partes: a captura, detenção e entrega de uma pessoa contra a qual pese mandado de prisão emitido pela Seção de Instrução da Corte (art. 58).

⁴⁹ REZEK, José Francisco. A internacionalização da justiça penal. In: ENCONTRO NACIONAL DOS JUÍZES FEDERAIS, 17, 2000, São Paulo. *Anais...*, 2000, p. 98. Sobre a polêmica da pena de prisão perpétua na extradição passiva, vide GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do direito extradional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

⁵⁰ A propósito, pode-se afirmar que “sem dúvida alguma o Ministério Público saiu extremamente fortalecido pela redação do Estatuto de Roma, cabendo-lhe amplos poderes (mas obviamente não ilimitados ou não-controlados) para a persecução penal dos crimes da competência da Corte” (CHOUKR, Fauzi Hassan. O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional. In: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 314).

⁵¹ Cf. STEINER. O Tribunal Penal Internacional. *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, cit., p. 214.

A questão maior envolvendo esse instrumento de colaboração penal reside na discussão sobre se o Estado-Parte poderia ser instado a entregar um indivíduo que tenha sua nacionalidade para que venha a ser processado e julgado perante o TPI, mormente quando seu ordenamento jurídico vede a extradição de nacionais. É esse, no particular, o caso do Brasil, que veda a extradição de nacionais, só abrindo exceção para o naturalizado, por crime cometido antes da aquisição do título de brasileiro ou, a qualquer tempo, por comprovado envolvimento no tráfico de drogas (art. 5º, LI, CF/88)⁵².

Caso se entenda que a figura da entrega possui a mesma natureza da extradição, dever-se-ia concluir pela ocorrência do vício de inconstitucionalidade dessa regra do TPI, impeditiva, pois, da ratificação do Estatuto pelo Brasil. Porém, a doutrina brasileira também chegou, nessa questão, a um posicionamento homogêneo no sentido de que os institutos se diferem, tanto em conteúdo como em forma.

Substancialmente, extradição, regulada em tratado ou promessa de reciprocidade de tratamento, significa a ação de um Estado colocar fisicamente o indivíduo à disposição da Justiça de outro Estado, para que seja julgado ou para que cumpra determinada quantidade e espécie de pena. Há, pois, na extradição, um ato de “colaboração horizontal”. Por outro lado, a entrega, regulada na Convenção de Roma, importa no ato pelo qual um Estado transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional da qual faz parte. O auxílio, no caso, manifesta-se “verticalmente”.

Em poucas palavras,

“a hipótese de entrega de nacional para julgamento pela Corte Criminal Internacional significa a entrega de nacional para julgamento por um tribunal supranacional, do qual o Brasil seria membro. O conceito de extradição diz respeito à entrega de um indivíduo por um Estado a outro. Nesse caso, ocorre a entrega pelo Estado a outro órgão julgador, que, se não é nacional, engloba a jurisdição nacional”⁵³.

Com o propósito de dirimir as dúvidas que naturalmente surgiriam diante de um instituto até então desconhecido, o próprio Estatuto do TPI tratou de apresentar uma “interpretação autêntica”, esclarecendo que “para os fins do presente Estatuto: a) por ‘entrega’, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto; b) por ‘extradição, entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno” (art. 102).

Saliente-se que o instituto da entrega, juntamente com os demais mecanismos de cooperação penal arrolados no art. 93 do Estatuto, coloca-se em consonância com o escopo de tutelar amplamente os direitos fundamentais do seres humanos, por intermédio da efetiva

⁵² Ensina Anor Butler Maciel que a razão do dispositivo que veda a extradição de nacionais seria o de não “transmudar a mãe pátria em madrastra” (cf. GUEIROS SOUZA, op. cit., p. 131).

⁵³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. A Corte Criminal Internacional. Possibilidade de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: KOSOVSKI, Ester; ZAFFARONI, Eugenio Raul (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor João Marcello de Araujo Jr.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 96.

punição dos autores de graves crimes que atentem contra tais direitos. Desse modo, por meio do instrumento da entrega obrigatória do suspeito de crimes da alçada do TPI, independentemente de sua nacionalidade, conjugado com o princípio da complementaridade, no qual a jurisdição da Corte só surge quando há fundado receio do fenômeno da “impunidade” por parte da jurisdição interna, fecha-se o leque de persecução penal dos crimes tipificados no art. 6º do Estatuto.

Na presente análise dos princípios de Direito Penal Internacional, merece ser feita uma última referência ao fato de que a colaboração irrestrita dos Estados-Partes para com o TPI compreende, também, a fase de execução penal, pois, conforme a regra constante do Capítulo X do Estatuto, os Estados “devem partilhar da responsabilidade na execução das penas privativas de liberdade, em conformidade com os princípios de distribuição equitativa estabelecidos no regulamento processual” (art. 103, 3, *a*).

6 Conclusão

Conforme exposto no presente texto, procurou-se proceder a um balanço dos avanços e retrocessos do Tribunal Penal Internacional, por meio da análise crítica de alguns tópicos do seu Estatuto, em vigor há mais de dois anos, cotejando-os com o ideal de proteção ao direitos fundamentais da pessoa humana, direitos esses que foram, ao longo da história, gravemente violados por inúmeras atrocidades perpetradas por grandes criminosos.

Nesse sentido, a conclusão a que se chega é a de que, por um lado, o Estatuto do TPI obteve êxito parcial naquele ideal, solidificando avanços experimentados por tribunais penais internacionais anteriores, mas, por outro, reproduziu algumas soluções inadequadas, que debilitam o escopo maior de proteger as gerações presentes e futuras contra crimes que atinjam a humanidade como um todo.

Sendo assim, podem ser arrolados, brevemente, os avanços e retrocessos, nos termos seguintes:

Soluções inadequadas:

- A cláusula que permite ao Conselho de Segurança suspender a investigação iniciada pelo procurador ou o próprio julgamento da Corte, por um período de 12 meses, renovável indefinidamente.
- A escolha do princípio da complementaridade, que pode importar, em caso de demora na aferição da “disposição de agir”, em graves e irreparáveis prejuízos para a tutela de direitos fundamentais.
- O dispositivo transitório que permite aos Estados suspender a aplicabilidade, pelo prazo de 7 anos, da competência do TPI para os crimes de guerra.
- A não-proibição do uso de armas nucleares e outras de destruição em massa durante os conflitos armados, bem com a não-definição completa das armas proibidas.
- A ausência de definição do crime de agressão.
- A adoção da pena de prisão perpétua.

Aspectos positivos:

- A prevalência do princípio da legalidade dos crimes e das penas, coroando uma difícil conquista do Direito Penal Internacional, bem como sua não-aplicação retroativa.
- A maioria penal aos 18 anos, embora pudessem ter sido adotadas medidas socioeducativas para menores gravemente envolvidos em conflitos armados.
- A competência sobre crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão, consolidando esse conjunto de ilícitos como da alçada de tribunais penais internacionais.
- O acolhimento de novas modalidades de crimes contra a humanidade, como o estupro e os atos de violências sexuais generalizados e sistemáticos.
- O papel do procurador independente.
- A garantia da ampla defesa para o acusado.
- A previsão de que os Estados devem prestar total colaboração com o Tribunal, adotando o rol de mecanismos de cooperação internacional, inclusive o instituto da entrega do indivíduo suspeito, independentemente de sua nacionalidade.
- O repúdio da pena de morte.

Dessa maneira, considerando que o objetivo maior do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional é o de acabar com a “cultura da impunidade” para os violadores dos direitos humanos, prevenindo, assim, a ocorrência de conflitos que atentem contra aqueles direitos, considera-se que, obviamente, o Estatuto de Roma é um “produto de seu tempo”, uma “fotografia” no estágio evolutivo do Direito Penal Internacional, com aspectos positivos e negativos.

Conforme já assinalado, o “Tribunal Penal Internacional é talvez o mais inovador e criativo instituto de Direito Internacional desde a criação das Nações Unidas”⁵⁴.

Todavia, para que ele possa, efetivamente, cumprir sua ambiciosa missão – superando, assim, a “síndrome” que acompanha a questão dos direitos humanos, qual seja, a de que não basta prevê-los legalmente, mas, sim, efetivá-los na prática –, é fundamental que se prossiga em duas frentes: na parte jurídica, com a reforma das disposições inadequadas, acima apontadas; no campo político, com o incremento de gestões diplomáticas para que importantes países, como Estados Unidos⁵⁵, China e Índia, sejam instados a integrar o Estatuto de Roma, assegurando maior credibilidade e extensão da competência do Tribunal Penal Internacional.

⁵⁴ SCHABAS, *An introduction to the International Criminal Court*, cit., p. 20.

⁵⁵ Sobre os Estados Unidos, é importante registrar que além da intensa oposição que sua delegação fez por ocasião da Conferência de Plenipotenciários, seu governo demonstrou completa insatisfação para com o Estatuto, em especial quanto ao papel independente do procurador e dos juízes da Corte, que não prestariam “contas” ao Conselho de Segurança da ONU. A insatisfação do governo norte-americano ocasionou a política de “tratados bilaterais de impunidade”, já celebrados com Timor Oriental, Israel, Romênia, Honduras, República Dominicana, Ilhas Marshall, Mauritània, Índia e Tagiquistão (cf. <www.allemar.prof.ufu.br/EUATPI.htm>), pelos quais esses Estados se comprometem, nos termos do art. 98 do Estatuto do TPI, a não entregar funcionários civis e militares norte-americanos eventualmente suspeitos do cometimento de crimes da competência do TPI.

Referências

AMBOS, Kai. A nova Corte Penal Internacional. O difícil equilíbrio entre uma persecução penal eficiente e a “Realpolitik”. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 70, set. 1998. Edição especial.

———. Os princípios gerais do direito penal no Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARAUJO JR., João Marcello. *Direito penal internacional: o Tribunal Penal Internacional e a cooperação penal internacional*. 1999. Mimeografado. Não publicado.

BASSIOUNI, M. Cherif. Chronology of efforts to establish an International Criminal Court. *Nouvelles Études Penales*, Toulouse: Érès, n. 10, 1993.

BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. São Paulo: Editora Unesp, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. O Ministério Público e o Tribunal Penal Internacional. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri. *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*. 13. ed. Paris: Sirey, 1947.

GIL GIL, Alicia. Tribunales penales internacionales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, mar. 2000. Número extraordinario.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Tribunal de Nuremberg*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GUEIROS SOUZA, Artur de Brito. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A Corte Criminal Internacional. Possibilidade de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In: KOSOVSKI, Ester; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Org.). *Estudos jurídicos em homenagem ao professor João Marcello de Araujo Jr*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

———. *O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2002.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

———. *Direito penal e direito internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

———. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAMOS, André de Carvalho. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira. In: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REZEK, José Francisco. A internacionalização da justiça penal. In: ENCONTRO NACIONAL DOS JUÍZES FEDERAIS, 17, 2000, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 2000.

SABÓIA, Gilberto Vergne. *A criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero11/Conferencia.htm>. Acesso em: 8 out. 2004.

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

———. *Princípios gerais de direito penal*. In: CHOUKR, Fauzi H.; AMBOS, Kai (Org.). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEINER, Sylvia Helena. Tribunal Penal Internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, out./dez. 1999.

———. Tribunal Penal Internacional – A proteção dos direitos humanos no século XXI. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 22, n. 67, ago. 2002.

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A PEC N. 29/00 A REFORMA DO JUDICIÁRIO¹

*Daniel Favaretto Barbosa**

*Márcio Barra Lima***

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A Proposta de Emenda Constitucional n. 29/00. 3 Breve histórico da proposta. 4 As modificações propostas. 4.1 A consagração expressa do direito ao processo sem dilações indevidas. 4.2 Extinção da competência do STJ para apreciar representação para a intervenção em Estado-Membro. 4.3 Transferência da competência, do STF para o STJ, para a homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. 4.4 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. 4.5 Legitimados para as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. 4.6 Novo Estatuto Jurídico da Magistratura – observações gerais. 4.7 Súmula Vinculante. 4.8 Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público. 5 Conclusão.

1 Introdução

A finalidade do presente trabalho é apresentar, sistematizar e analisar os mais relevantes aspectos da *Proposta de Emenda Constitucional n. 29, de 2000*, que veicula a chamada “Reforma do Judiciário”, atualmente em trâmite no Senado Federal. Para isso, suas proposições poderão ser reunidas de acordo com o tema versado, dando-se ênfase àquelas que tratem, direta ou indiretamente, sobre *direito processual*. Cada proposição (ou grupo delas) será analisada por critérios exclusivamente jurídicos, para que, ao final de cada análise, seja possível estabelecer comentários acerca da utilidade e aptidão de êxito de cada mudança pretendida.

Registre-se, desde já, a dificuldade, ou quiçá a impossibilidade, de se “prever” o resultado das mudanças propostas, principalmente devido à ausência de dados estatísticos confiáveis sobre o funcionamento da Justiça no Brasil. A falta de conhecimento preciso sobre o presente dificulta a análise sobre o êxito que cada medida poderá obter no futuro.

Mas, não sendo o objetivo do trabalho um exercício de futurologia, limitar-se-á o intento a apontar dados facilmente detectáveis, na visão daqueles que atuam na aplicação do Direito, com o objetivo de, tão-somente, aferir desde já a aptidão de cada medida para produzir efeitos concretos no funcionamento da máquina judiciária.

¹ Trabalho realizado em maio/2004, considerando-se, portanto, o então estágio de andamento da PEC n. 29/00 no Senado Federal.

* Daniel Favaretto Barbosa é membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

** Márcio Barra Lima é Procurador da República; ex-membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Registre-se ainda, por oportuno, que o presente trabalho também se ressentido de bibliografia específica, tendo em vista que as proposições analisadas ainda não integram o direito positivo, e por isso muito pouco se tem escrito sobre elas.

Feitas essas ponderações iniciais, passa-se à análise da Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000.

2 Da Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000

A Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000, impropriamente denominada como aquela que trará a “Reforma do Judiciário”², e sobre a qual muito se tem comentado – destacando-se, inclusive, a grande atenção que tem recebido por parte dos meios de comunicação em geral, mas nem sempre com as cautelas que o tema exige –, não é a única que pretende modificar o Texto Constitucional nas partes em que trata do “funcionamento da Justiça”. Com efeito, outras há com o mesmo desígnio.

No entanto, será ela objeto único do presente trabalho, porque é a que se encontra em fase mais adiantada dentro do processo legislativo: já foi votada pela Câmara dos Deputados em dois turnos e encaminhada ao Senado Federal, onde, já apreciada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, seguirá para votação plenária. Outras propostas, como a que modifica o regime do pagamento por precatórios e aquela que cria os “Juizados de Instrução”, encontram-se em fase mais incipiente no processo legislativo.

Ademais, é a que se mostra mais ambiciosa, considerando-se o número de dispositivos constitucionais que pretende atingir: prevê a modificação de 26 artigos da Constituição, além de introduzir outros três, inteiramente novos. As demais propostas têm alcance mais limitado; algumas delas tratam de temas isolados.

3 Breve histórico da proposta

Apesar da aparente novidade da proposta, ela tramita há cerca de doze anos no Congresso Nacional³.

Foi apresentada pela primeira vez pelo então deputado federal Hélio Bicudo, no dia 26 de março de 1992, perante a Câmara dos Deputados Federais. Após vários anos de tramitação e diversos relatores, a redação aprovada foi da lavra da última relatora, deputada Zulaiê Cobra.

² Considera-se imprópria a denominação, porque a proposta traz em seu bojo alterações referentes a temas alheios ao Poder Judiciário propriamente dito. Há propostas de alteração, por exemplo, nos regimes jurídicos do Ministério Público e da Defensoria Pública, razão pela qual seria mais adequado falar-se em “Reforma da Justiça”, entendendo-se por “Justiça” o conjunto de Poderes, Instituições, órgãos, entidades e pessoas, públicos ou privados, envolvidos, no sentido mais amplo da palavra, na realização da prestação jurisdicional.

³ Os dados expostos a seguir foram extraídos do último relatório da proposta, da lavra do senador José Jorge, obtido no sítio da Associação dos Membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: <www.amperj.org.br/proposicoes_legislativas/propostas_de_emendas_constitucionais.asp>. Acesso em: 7 maio 2004.

Com a aprovação na Câmara, a Proposta chegou ao Senado no ano 2000, obtendo o número atual (PEC n. 29/2000), onde teve sua redação consolidada sob a responsabilidade do então relator, o senador Bernardo Cabral.

Encaminhada ao Plenário do Senado Federal, a proposta de emenda não chegou a ser deliberada antes do encerramento da legislatura.

Foi somente quando se iniciou a nova legislatura, renovados os quadros do Senado Federal, que o presidente daquela Casa Legislativa determinou o retorno da matéria à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, para reexame, tendo sido designado relator o senador José Jorge, no dia 26 de junho de 2003.

Com essa reabertura das discussões, realizaram-se audiências públicas, em que se ouviram presidentes de Tribunais Superiores e algumas entidades associativas relacionadas ao funcionamento da Justiça, tais como a Associação dos Magistrados do Brasil, a Confederação Nacional dos Membros do Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Com o texto consolidado pelo relator⁴, a proposta será submetida ao Plenário do Senado Federal. É da forma como se encontra para a deliberação plenária que será analisada neste trabalho; ainda sujeita, portanto, a modificações.

4 As modificações propostas

4.1 A consagração expressa do direito ao processo sem dilações indevidas

A primeira modificação tem cunho nitidamente processual, e consiste na inclusão do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, com a seguinte redação:

Art. 5º [...]

LXXVIII – A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Observa-se primeiramente que a norma em comento foi incluída ao final do rol dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º, a fim de não se modificar a numeração já existente. A opção peca por deixar o novo princípio afastado de outros, a ele correlatos – e também voltados ao processo –, tais como os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consagrados nos incisos LIV e LV, respectivamente.

Superada a questão meramente topográfica, passa-se à análise do novo texto.

O inciso que se pretende incluir no rol do art. 5º consagra, expressamente, o *direito ao processo sem dilações indevidas*, com a garantia da existência de meios que assegurem a celeridade na tramitação.

⁴ Do texto recebido da Câmara, o atual relator separou a parte que fora objeto de modificações substanciais daquela que somente teve algumas supressões. Ambas serão encaminhadas ao Plenário do Senado, com a diferença de que a primeira, se aprovada, retornará à Câmara dos Deputados, para deliberar sobre as modificações. Já a segunda seguirá diretamente à promulgação, na forma do Regimento Interno.

Nesse ponto, segue-se a orientação já trilhada por outras Constituições, tais como a espanhola⁵, estendendo-se tal direito, no caso da proposta em análise, aos processos administrativos.

A inovação é interessante, muito embora não fosse necessária a previsão expressa de tal direito, uma vez que ele decorre do próprio postulado do *devido processo legal*, como assegura a doutrina⁶. Aliás, é imposição de outros princípios, como os da *razoabilidade*, do *acesso à Justiça* e da *eficiência*, que os processos não tenham sua conclusão irrazoavelmente postergada. Ainda assim, talvez pela atual preocupação que se tem demonstrado com o tema, optou-se pela inserção expressa do postulado.

Por outro lado, é ingênuo acreditar que a mera menção a tal direito terá alguma eficácia quanto à morosidade na tramitação dos processos. Todos sabem que a tão sonhada celeridade processual somente será atingida – se o for – mediante profundas modificações, de médio e longo prazo, não só legislativas, mas também estruturais e – acima de tudo – comportamentais⁷.

Assim, a inclusão de tal abstração, se desacompanhada de maiores mudanças no plano concreto, restará letra-morta na Constituição, como tantos outros dispositivos.

4.2 Extinção da competência do STJ para apreciar representação para intervenção em Estado-Membro

Outra modificação que trata de direito processual – já que modifica competência de Tribunal Superior – é a que se pretende dar aos incisos III e IV do art. 36 da Constituição, com a seguinte proposta de texto:

Art.36. A decretação da intervenção dependerá:

[...]

III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

IV – (revogado).

Como se vê, a representação interventiva por descumprimento à lei federal, atualmente exercida perante o Superior Tribunal de Justiça, passará a ser de competência do Supremo Tribunal Federal, juntamente com a representação interventiva por inobservância aos chamados princípios constitucionais sensíveis.

⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 140. Ainda de acordo com o autor, normas de teor semelhante vêm sendo adotadas em Convenções Internacionais.

⁶ Nesse sentido, CRUZ E TUCCI, op. cit., p. 122.

⁷ Aqueles que se dedicam ao tema sabem que a lei processual não é o pior problema do processo, como se costuma propagar nos meios de comunicação. Há problemas muito mais graves, cuja solução independe da criação de leis novas. Por todos, vide o recente texto de MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça. Alguns mitos. Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-13.

Apesar de a mudança proposta ir de encontro ao movimento que defende a redução da esfera de competência do Supremo Tribunal Federal, a medida, no caso, parece razoável, ao menos por dois motivos.

Primeiro porque atribui ao Tribunal de cúpula do Poder Judiciário a competência para analisar o cabimento da intervenção, medida extrema ocasionada por situações de crise federativa. De fato, o STF é o Tribunal constitucionalmente vocacionado para dirimir conflitos que possam ensejar crises na federação, a exemplo do que ocorre no inciso *f* do art. 102 da Constituição, que não sofrerá modificação.

Como ensina José Afonso da Silva, “os pressupostos de fundo da intervenção federal nos Estados constituem situações críticas que põem em risco a segurança do Estado, o equilíbrio federativo, as finanças estaduais e a estabilidade da ordem constitucional”⁸.

Ora, sendo a forma de Estado matéria constitucional por excelência, é razoável que o Tribunal incumbido de agir como o “guardião da Constituição” (art. 102) concentre em sua competência a análise das representações interventivas em Estado federado, independentemente de seu fundamento, ante a gravidade e a excepcionalidade da medida, conforme registrado acima⁹.

O segundo motivo que faz com que a proposta seja considerada razoável é o de colaborar com a concentração das atribuições do Procurador-Geral da República no Supremo Tribunal Federal, onde tem assento, na forma dos arts. 103, § 1º, da Constituição e 46 da Lei Complementar n. 75/93. Como se sabe, várias funções ativas do Ministério Público Federal são atualmente exercidas pelo Procurador-Geral da República, tanto perante o STF como perante o STJ, na forma dos arts. 46 e 48, ambos da mencionada lei complementar. Há demasiada concentração de poder nas mãos da chefia do *Parquet* da União.

Com a modificação pretendida, a representação interventiva por descumprimento a lei federal continua a ser promovida pelo Procurador-Geral da República, mas agora perante o STF, colaborando-se, dessa forma, para uma melhor divisão de atribuições dos órgãos do Ministério Público Federal perante os Tribunais Superiores.

Mas, se por um lado a medida parece coerente, por outro não se justifica a transferência da competência do STF, consistente na homologação de sentenças estrangeiras e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, ao STJ. Ante a proximidade dos temas, passa-se a analisar esta segunda modificação na competência dos Tribunais Superiores.

4.3 Transferência de competência, do STF para o STJ, para a homologação de sentença estrangeira e a concessão de “exequatur” às cartas rogatórias

Assim ficará a redação da Constituição, caso aprovada a proposta em análise:

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 424.

⁹ Trata-se aqui apenas da representação interventiva, ação proposta pelo Procurador-Geral da República a fim de se promover a intervenção. Não se ignora, contudo, que há outros casos de intervenção, mas esses não são objeto de alteração na proposta examinada.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

h) revogado;

[...]

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;

[...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

*i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de “*exequatur*” às cartas rogatórias;*

[...]

Tem-se a impressão que o Poder Reformador quer promover uma espécie de compensação de competências entre STF e STJ: se este perde a competência para analisar a representação interventiva nos casos de descumprimento de lei federal – como visto acima –, ganha, por outro lado, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Desde que não se reduziu substancialmente a competência do STF, fazendo dele um Tribunal verdadeiramente Constitucional – como seria o ideal –, a alteração acima afigura-se incoerente, conforme adiantado linhas acima.

É que o texto originário da Constituição guarda alguma coerência, atribuindo ao STF e ao STJ jurisdição sobre matérias que têm entre si características comuns. No caso do Supremo Tribunal Federal, destaca-se a *guarda da constituição*, sendo de se notar que as matérias de sua competência dizem respeito, em regra, a questões constitucionais, ao julgamento de altas autoridades da República, à soberania do Estado e à proteção do sistema federativo.

Não se duvida que a homologação de sentença estrangeira e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias são atividades que guardam estreita ligação com a proteção à soberania do Estado. Ora, o Brasil não está obrigado a cumprir decisões estrangeiras que violem a soberania, a ordem pública e os bons costumes, conforme expressamente estabelecido no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, mantida em vigor mesmo com o advento do novo Código¹⁰.

¹⁰ É a seguinte a redação do dispositivo: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Sobre a negativa de eficácia a atos estrangeiros que violem a Constituição e a ordem pública, vide BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 43-48.

Desta forma, é de todo conveniente que a apreciação de sentenças estrangeiras e cartas rogatórias se faça por Tribunal constitucionalmente voltado à proteção do Estado e de sua soberania, como vem sendo feito, tradicionalmente¹¹, pelo STF. A transferência dessa competência para o STJ incluirá, no rol de suas atividades, tarefa que não guarda relação com as demais.

Nem se contra-argumente com o fato de que a mudança trará alívio aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao volume de processos recebidos. É intuitivo – e os números o comprovam¹² – que o principal problema dos Tribunais Superiores, hoje, são os recursos.

Por tais motivos a alteração proposta afigura-se inócua e destituída de justificativa lógica.

4.4 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Pretende-se modificar também o art. 102, § 2º, da Constituição.

A proposição tem a seguinte redação, *verbis*:

Art. 102. ...

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Aqui, a principal novidade está na referência expressa à ação direta de inconstitucionalidade, omitida quando da inclusão do dispositivo, ocorrida com o advento da Emenda Constitucional n. 03, de 17 de março de 1993, que trouxe a polêmica figura da ação declaratória de constitucionalidade. Com isso, equiparam-se os efeitos da ação declaratória de constitucionalidade e da ação direta de inconstitucionalidade.

Antes da Emenda Constitucional n. 03, de 1993, já se entendia que a ação direta de inconstitucionalidade, proferida que era em processo objetivo, tinha efeitos *erga omnes*, por retirar a eficácia de uma norma hipotética e abstrata. Assim, ficavam obrigados a acatar a decisão do STF em controle abstrato todos os demais órgãos do Poder Judiciário¹³.

¹¹ Desde o art. 76, 1, g, da Constituição de 1934, a competência para a homologação de sentença estrangeira vem sendo expressamente cometida ao STF.

¹² Dados extraídos do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário demonstram que nos últimos anos o maior volume de distribuições ao STF tem sido, com larga vantagem, de recursos – recursos extraordinários e agravos de instrumento. A título de exemplo, vale mencionar os anos de 2000, 2001, 2003 e 2004 (este até a data de acesso ao banco de dados), em que os números de recursos extraordinários e agravos de instrumento somados, distribuídos ao STF, têm correspondido, respectivamente, a 97,4; 97,3; 97,3; 97,3 e 96,3% do volume de distribuição (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/PercREeAG.asp>>. Acesso em: 7 maio 2004.

¹³ Veja-se, por todos, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 240.

Com o advento da referida emenda, além de se assegurar a eficácia *erga omnes* da decisão proferida em sede de ação declaratória de constitucionalidade, ainda se previu, expressamente, mas somente quanto a ela, um efeito vinculante em relação ao Poder Executivo.

Daí veio a controvérsia acerca da extensão do efeito vinculante (aos órgãos do Poder Executivo) também na ação direta de inconstitucionalidade, de existência mais antiga em nosso ordenamento jurídico. O ministro Sepúlveda Pertence, do STF, defendeu posicionamento no sentido de que “quando cabível em tese a ação declaratória de constitucionalidade, a mesma força vinculante haverá de ser atribuída à decisão definitiva da ação direta de inconstitucionalidade”¹⁴. Mediante tal entendimento, ao menos as ações diretas de inconstitucionalidade propostas contra ato normativo federal teriam o mesmo efeito vinculante das ações declaratórias de constitucionalidade.

Em meio às discussões, veio a lume a Lei n. 9.868/99, que tratou do controle direto de constitucionalidade, conferindo iguais efeitos a ambas as ações: direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. É o que se lê em seu art. 28, parágrafo único, *verbis*:

Art. 28. [...]

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Como se pode observar, o novo texto que se pretende atribuir ao § 2º do art. 102 da Constituição tem grande semelhança com o texto legal supratranscrito, apenas especificando que os efeitos das ações vinculam tanto a Administração direta quanto a indireta¹⁵. Nenhuma grande inovação, portanto, salvo o fato de se proteger a questão da instabilidade que caracteriza a legislação ordinária.

4.5 Legitimados para as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade

Finalmente, surge modificação de maior significado.

Não exatamente pela alteração da redação dos incisos IV e V do art. 103, mas por se ter incluído, no *caput* do dispositivo, a menção à ação declaratória de constitucionalidade, aumentando-se significativamente o rol de legitimados para a sua propositura. Eis o texto:

¹⁴ Op. cit., p. 242, nota de rodapé n. 240.

¹⁵ Alteração que se fez por cautela, porém sem muita necessidade, já que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir: a aplicação correta do dispositivo legal seria tanto para a Administração Pública direta quanto para a indireta.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

[...]

§ 4º Revogado.

Como adiantado, a inclusão das expressões “Câmara Legislativa do Distrito Federal” e Governador “do Distrito Federal” vieram apenas corrigir antiga omissão do Texto Constitucional, mas que já vinha sendo devidamente sanada pela doutrina e jurisprudência¹⁶.

A maior inovação, portanto, consiste na alteração do *caput* do dispositivo, que, somada à revogação do § 4º, deu tratamento unificado, quanto à legitimidade ativa, às ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, o que inexistia até o momento. A partir da emenda, assim, todos os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade também o serão para a ação declaratória de constitucionalidade, e vice-versa.

A inovação tem seus riscos.

A par do presumível aumento no número de ações declaratórias de constitucionalidade perante o STF, a ampliação da legitimidade ativa para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade pode provocar algumas situações injustas.

Infelizmente, tem-se visto a proliferação de leis injustas, que – dentre outras coisas – trazem privilégios à Fazenda Pública, com prejuízo ao cidadão de boa-fé. Enquanto for possível aos órgãos do Poder Judiciário negar aplicação, no caso concreto, a uma lei reputada inconstitucional, essa situação pode ser amenizada, mormente se se considerar a vasta dimensão do território brasileiro.

No entanto, ampliando-se a legitimidade ativa para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade – que tem efeito vinculante –, e considerando que o Tribunal que a julga é composto por ministros nomeados pelo presidente da República, corre-se o risco do “engessamento” das decisões, com base em leis injustas, tidas como constitucionais pelo STF, ao menos em sede de liminar – e sabe-se o quanto duram tais liminares¹⁷. Note-se, para concluir, que a legitimidade foi estendida inclusive a entidades privadas, que não têm nenhum dever com o interesse público.

¹⁶ A esse respeito, mais uma vez, confira-se CLÈVE, op. cit., p. 164; nota de rodapé n. 57.

¹⁷ É exemplo da situação narrada o episódio ocorrido com a Lei n. 9.494/97, resultado da conversão de medidas provisórias reeditadas inúmeras vezes, que impede a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Submetida a Ação Declaratória de Constitucionalidade pelo Presidente da República (ADC n. 04), foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

4.6 Novo Estatuto Jurídico da Magistratura – observações gerais

Art. 92. [...]

§ 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal.

§ 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. (NR)

Art. 93. [...]

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;

II – [...]

c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento;

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação;

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

III – o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância, na forma do inciso II;

IV – previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;

[...]

VII – o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal;

VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto de maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa;

VIII-A – a remoção a pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas “a”, “b”, “c” e “e” do inciso II;

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou

somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

XI – nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno;

XII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedadas férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

XIII – o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;

XIV – os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;

XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição. (NR)

Art.95. [...]

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

[...]

IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração;

[...]

Art. 98. [...]

§ 2º As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça.

§ 3º Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei.

Nem todas as modificações propostas para o Estatuto da Magistratura são verdadeiramente efetivas; algumas limitam-se a pretender consagrar no Texto Constitucional situações que já ocorrem na prática. A análise dos pontos relevantes iniciar-se-á pelo art. 93¹⁸.

¹⁸As normas do art. 93 aplicar-se-ão, *no que couberem*, aos membros do Ministério Público, por força da nova redação que se pretende atribuir ao § 4º do art. 129. Assim, a exigência de três anos de prática para o ingresso na carreira; o prazo de “quarentena”; a obrigação de residir na comarca, salvo autorização da chefia da Instituição; os aspectos remuneratórios e outras questões que serão analisadas adiante também têm aplicação aos membros do *Parquet*.

Nesse dispositivo, encontram-se, de relevantes, as seguintes propostas de inovações.

Primeiramente, o novo inciso I do art. 93 pretende impor a obrigatoriedade de o candidato ao cargo de juiz substituto ter, no mínimo, três anos de “atividade jurídica” para que possa ingressar na carreira. A exigência se fundamenta na suposição de que a experiência traga melhores condições ao magistrado para exercer suas funções. Sem adentrar no mérito da discussão – ante a já registrada ausência de estatísticas que a possam embasar –, é de se salientar que alguns Tribunais de Justiça já vêm exigindo a prática forense de seus candidatos, nos respectivos editais de concurso. A norma, agora, fica uniformizada para todos os Tribunais e ganha foro de regra constitucional.

Outra proposta de modificação seria a inclusão da alínea *e* no inciso II do art. 93, pelo qual o juiz que “injustificadamente” retiver autos em seu poder além do prazo legal não será promovido.

Sobre tal proposta, mais uma vez informada pela declarada intenção reformista de conferir maior presteza e celeridade ao Poder Judiciário, repita-se aqui que poderá cair no vazio, ante a imprecisão de seus termos. Observe-se que a proposta, ao mencionar que a negativa de remoção ocorrerá no caso de retenção “injustificada” de autos, está a retirar sua própria efetividade, uma vez que o excesso de trabalho e o acúmulo de processos sempre poderão ser “justificativas” para que o juiz retenha os autos além do prazo legal.

Mais uma vez, insista-se: não é com maior reprimenda aos juízes, nem com declarações abstratas que se conferirá maior celeridade aos processos. Note-se, por oportuno, que a Lei Orgânica Nacional da Magistratura – LOMAN (LC n. 35/79) sempre dispôs ser dever do Magistrado “não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar” (art. 35, II); e nem por isso o processo ganhou celeridade a partir de sua entrada em vigor.

Quanto à nova redação que se pretende dar ao inciso VII, que excepciona o dever de residir na comarca, mediante autorização do Tribunal, parece que o legislador reformador rendeu-se à inegável realidade de que há diversos magistrados que não residem em suas comarcas – muitas vezes até por motivos razoáveis, haja vista a quase-infinidade de comarcas longínquas e sem estrutura em nosso país. Volta-se ao regime da lei complementar, anterior à Constituição de 1988, em que o Tribunal pode autorizar ao juiz que não resida na comarca de lotação¹⁹.

Modificação relevante é a que se pretende promover no inciso VIII do art. 93. A questão será mais bem analisada adiante, onde se trata da criação do polêmico Conselho Nacional de Justiça; mas, por oportuno, vale fazer breve menção à referida proposta de alteração do texto constitucional.

Por ela, o Magistrado poderá ser removido, posto em disponibilidade ou aposentado compulsoriamente, por motivo de interesse público, não mais pelo voto de 2/3 (dois terços) dos integrantes do órgão colegiado competente do respectivo Tribunal, e sim pelo voto da maioria absoluta, o que significa relevante diminuição dos números de votos necessários para a aplicação da punição.

¹⁹ Art. 35, V, da LOMAN.

Além disso, não só o Tribunal passa a poder decidir sobre tais questões, mas também o próprio Conselho Nacional de Justiça, pelo mesmo *quorum*. Note-se ainda que eventuais ações propostas em face do Conselho Nacional de Justiça serão de competência do STF, por força da alínea *r* que se pretende incluir no art. 102, I, da Constituição, acima transcrito, o que poderá dificultar o acesso de alguns magistrados.

Como se vê, as alterações propostas têm a nítida finalidade de reduzir um alegado corporativismo que se diz imperar nas decisões administrativas dos Tribunais, em relação a seus membros, ficando, assim, ao menos no plano legislativo, facilitada a punição dos magistrados. As eventuais vantagens e desvantagens do novo sistema serão analisadas adiante, no capítulo referente ao Conselho Nacional de Justiça.

Outra modificação diz respeito às sessões dos Tribunais, que passarão a ser obrigatoriamente públicas, caso aprovada a redação que se pretende conferir ao inciso X do art. 93. Com isso, extinguem-se eventuais “sessões fechadas” que ainda possam ocorrer em Tribunais do país. A modificação merece aplausos, pois garante maior transparência às decisões administrativas dos Tribunais, coadunando-se com os postulados do Estado de Direito.

Finalmente, ressalte-se também a redação do inciso XII, que se pretende incluir no art. 93, vedando a prática de “férias coletivas” de Juízos e Tribunais de 2º grau. Em nossa ótica, tais férias não se justificam e prejudicam ainda mais o bom andamento dos processos. Além disso, prevê a existência de plantão permanente nos dias em que não houver expediente forense normal.

No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, o plantão ocorre nos finais de semana e feriados, durante o horário forense, em regiões que englobam diversas comarcas, o que parece suficiente para o atendimento da demanda urgente. Tal medida merece aplausos, pois casos há em que a espera do retorno das atividades regulares do Poder Judiciário pode causar grave prejuízo ao interessado.

Para arrematar esse conjunto de boas propostas, vale mencionar, por fim, aquilo que se vem denominando de “quarentena”: pela proposta, incluir-se-ia no art. 95, parágrafo único, o inciso V, que prevê prazo de três anos dentro dos quais fica proibido de advogar no Tribunal de origem o ex-membro do Poder Judiciário.

A proposta pode não ser suficiente para impedir influências indevidas, mas traz um início de moralização à questão, atualmente sem qualquer regramento. Hoje é comum que juízes e desembargadores recém-aposentados passem a exercer a advocacia perante o Tribunal do qual eram magistrados, o que pode macular a imparcialidade de certos julgadores, ainda que inconscientemente. O prazo de três anos visa garantir certa “renovação” na composição do Tribunal e a redução da influência do antigo membro, razão pela qual parece salutar.

Depois de algumas boas propostas, encerra-se o presente item – que já começa a ficar demasiadamente extenso – com uma curiosa inovação: o inciso IV que também se pretende incluir no parágrafo único do art. 95 da Constituição dispõe ser vedado ao magistrado receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as hipóteses previstas em lei.

A imprecisão redacional da proposição permitirá desvios de interpretação, com possíveis prejuízos ao interesse público e ao magistrado, pessoalmente. Frise-se que a mesma norma se pretende impor aos membros do Ministério Público, mediante a inclusão de uma alínea *f* ao art. 128, § 5º, inciso II, da Lei Maior.

Difícil precisar o alcance que se pretende atingir com tal dispositivo. Aos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, por óbvio, já é vedado o exercício de outra função pública – à exceção de uma de magistério –, bem como o recebimento de custas ou participação; percentagens ou honorários, no processo. Dessa forma, como aplicar efetivamente o dispositivo em comento? Somente vedando a tais agentes políticos a prática de qualquer atividade privada remunerada, com a exceção das hipóteses que venham a ser consagradas em lei. Por exemplo, aquele membro do Poder Judiciário ou do Ministério Público que leccione em faculdade particular ficará impedido de fazê-lo, salvo se a lei o autorizar; e quando autorizar. Aguda intromissão na esfera privada desses agentes.

4.7 Súmula vinculante

A proposta em foco, em seus arts. 2º (que acrescenta à Constituição o art. 103-A) e 8º, insere no ordenamento pátrio o inédito instituto da Súmula Vinculante de Jurisprudência.

Tal novel art. 103-A teria a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

De seu turno, o art. 8º viria vazado nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

De logo, cumpre ressaltar o aspecto polêmico e controvertido da proposição em análise. No âmbito do debate técnico-acadêmico, pode-se verificar a existência de duas fortes correntes sobre o tema: a dos que defendem e a dos que repudiam a adoção do instituto.

Os defensores de sua inserção na Carta Magna arrimam-se, essencialmente, na argumentação de que sua utilização traria agilidade à sabidamente lenta prestação jurisdicional brasileira, por meio da compulsória utilização da cristalizada jurisprudência da Corte Suprema do país, abreviando o curso dos processos, especialmente no âmbito recursal, e evitando-se, assim, a massificação de processos de conteúdo repetido.

Já a corrente dos que repelem o instituto calca-se, em síntese, na fundamentação de que tal instrumento interviria na independência do magistrado ao julgar a demanda, subtraindo-lhe o livre convencimento.

Constata-se, portanto, que a discussão gira em torno, basicamente, do conflito de dois valores de suma importância: de um lado a efetividade (e celeridade) da prestação jurisdicional; de outro, a independência e livre-convencimento do magistrado ao julgar o conflito de interesses posto à sua apreciação.

Assim, passa-se à análise dos referidos dispositivos propostos para, após, externarmos nossa posição acerca da sua utilização no Direito nacional.

Pela proposta, na forma de lei federal a ser estabelecida, a vinculação de Súmula da Jurisprudência Dominante do STF dar-se-ia compulsoriamente em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e também em relação à Administração Pública direta e indireta da União, do Distrito Federal, dos estados e dos municípios, após sua aprovação – de ofício ou mediante provocação – por dois terços de seus ministros, produzindo tais efeitos a partir de sua devida publicação oficial. Para fins de revisão ou cancelamento da Súmula (e, por conseqüência, de seus efeitos vinculantes), o Tribunal deveria adotar o mesmo procedimento de criação do Verbete Obrigatório.

O objeto interpretativo da Súmula seria a *validade, interpretação e/ou eficácia* de normas específicas, “acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

A par do que venha a estatuir a referida lei federal regulamentadora do presente instituto, garante-se ainda, em sede constitucional, que “a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade”, o que significa legitimar outros órgãos a deflagrar o processo de estabelecimento, revisão ou cancelamento de tais tão importantes Enunciados exegéticos de cunho obrigatório para o Estado (Poder Judiciário e Administração Pública Nacionais).

Visando a dar efetividade e coercibilidade ao novel instituto, a proposta prevê o cabimento de Ação de Reclamação a ser proposta perante o STF no caso de ato

administrativo ou decisão judicial que contrarie ou aplique de forma indevida Súmula Vinculante corretamente aprovada.

Julgando procedente tal Reclamação, a Suprema Corte anulará o ato administrativo viciado, ou a decisão judicial reclamada, determinando neste último caso que outra seja proferida, com ou sem aplicação do Enunciado Obrigatório, conforme o caso.

No intuito de aproveitar o acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a proposição consigna que os Verbetes da Jurisprudência Dominante do Tribunal já existentes à data da sua vigência somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial.

Sendo essas as inovações a serem feitas em nosso ordenamento, consideramo-las positivas, na medida em que refletem uma verdadeira e necessária preocupação do legislador constituinte derivado com a efetividade da prestação jurisdicional, notadamente no aspecto relativo à duração (especialmente na esfera recursal) daqueles feitos cujo conteúdo já restou pacífica e reiteradas vezes analisado pelo STF.

Dessa forma, além da imoral procrastinação de processos que não terão sua sorte modificada (especialmente por parte da Fazenda Pública de todos os entes federativos), evita-se o ajuizamento de outras inúmeras ações em face da Fazenda Pública, em razão da vinculação das Súmulas relativamente à Administração Pública – direta e indireta – de todas as esferas da Federação brasileira²⁰.

Como visto, a proposição carrega em seu núcleo uma elevada carga de pragmatismo e racionalidade, uma vez que compele a Administração Pública ou os demais órgãos do Judiciário Nacional a adotarem uma conduta ou decisão para determinada hipótese já analisada pelo Supremo Tribunal, que, caso não adotada num primeiro momento, de qualquer maneira muito provavelmente viria a ser reformada pelo próprio STF, por meio das instâncias recursais.

Desse modo – ou seja, impondo-se uma hierarquia jurisdicional das Súmulas Vinculantes –, busca-se dar maior celeridade e efetividade à prestação jurisdicional, mediante, sobretudo, o desafogamento das *instâncias recursais* com processos de conteúdo semelhante e já pacificados pelo STF.

Por fim, temos que em nossa ótica, na ponderação entre os valores efetividade/ celeridade jurisdicional e independência de julgamento do magistrado, o primeiro – em razão da realidade prática das condições de operação de nossa Justiça – prevalece sobre o segundo, tanto mais quando se considera que natural e quotidianamente as instâncias inferiores ao STF já se curvam aos seus posicionamentos reiterados.

²⁰ A vinculação da Administração Pública aos precedentes do STF parece ser, realmente, o melhor aspecto deste polêmico instituto. Sabe-se que a Fazenda Pública responde por grande parte das demandas repetitivas que abarrotam os Tribunais, aproveitando-se de seus privilégios processuais para levar cada questão até a última instância, postergando o trânsito em julgado de decisões desfavoráveis. Essa vinculação, portanto, poderia amenizar, ao menos num segundo momento, a explosão de ações individuais sobre o mesmo tema – como foi o caso, por exemplo, do FGTS ou dos aumentos dos servidores – ou facilitar a prestação jurisdicional, no caso de descumprimento à súmula: ao invés de ter que iniciar todo um processo de conhecimento, bastaria ao interessado propor reclamação perante o STF. O sistema, a nosso ver, está amparado pelos princípios da igualdade e do acesso efetivo à Justiça.

Portanto, entendemos que a proposição vem otimizar tal “obediência hierárquica jurisdicional”, tornando-a compulsória. Assim, deu-se a ela eficácia concreta (diminuição do tempo dos processos) – hoje não existente em virtude da alongada possibilidade recursal ofertada pelo sistema normativo vigente – estendida, de forma louvável e com evidente fim de total efetividade das Súmulas Vinculantes, à esfera das decisões administrativas, vinculando, de efeito, a Administração Pública do país.

4.8 Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público

Outra proposição bastante discutida refere-se à criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, que seriam os órgãos constitucionalmente incumbidos de realizar o controle externo da Magistratura e do Ministério Público Nacionais, respectivamente.

A Proposta regulamenta a composição, o funcionamento e a atribuição de tais Conselhos, de forma praticamente integral, auto-explicativa, como se demonstrará.

Tais órgãos de controle externo vêm previstos no art. 2º da PEC, por meio do acréscimo dos arts. 103-B e 130-A ao corpo de nossa Constituição Federal.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) seria criado e regulamentado pelo art. 103-B, *in verbis*:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I – um ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;

II – um ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;

III – um ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

IV – um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V – um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI – um desembargador federal de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII – um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII – um desembargador federal do trabalho de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX – um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X – um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI – um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII – dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal

Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I – receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correção geral;

III – requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficiarão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça.

Como visto, o Conselho Nacional de Justiça teria duas funções primordiais:

- a) o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, funcionando como órgão administrativo hierarquicamente superior a todos os órgãos do Poder Judiciário nacional, podendo, portanto, e de forma expressa, “apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário”, bem como “desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União”;
- b) o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, funcionando como Órgão Corregedor Superior de toda a Magistratura Nacional, podendo, portanto, e de forma expressa, “receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, *sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais*”, além de “*avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço*”²¹ e *aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa*”, bem como “*rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano*”.

²¹ Conforme art. 93, III, mencionado acima – item 4.6.

Para cumprir tal função de órgão administrativo correicional superior de toda a Magistratura, a proposição determina que a União crie em todos os órgãos de sua própria Justiça, bem como nos órgãos das Justiças Estaduais e do Distrito Federal, ouvidorias de justiça, que seriam, na prática, unidades locais da Corregedoria Nacional (uma das atribuições do CNJ), com função de coleta de representações e denúncias contra órgãos, membros e servidores do Poder Judiciário, para fins de encaminhamento ao Conselho.

Por fim, ressalte-se que a Proposta indica a elaboração de Novo Estatuto da Magistratura (por meio de lei, seguindo as diretrizes já mencionadas acima), que disciplinará o funcionamento e as atribuições do CNJ. É o que dá conta o art. 5º, § 2º, da proposição, *in verbis*:

Art. 5º [...]

§ 2º Até que entre em vigor o Estatuto da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, mediante resolução, disciplinará seu funcionamento e definirá as atribuições do Ministro-Corregedor.

De seu turno, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) seria criado e regulamentado pelo art. 130-A, *in verbis*:

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I – o Procurador-Geral da República, que o preside;

II – quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III – três membros do Ministério Público dos Estados;

IV – dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V – dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI – dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

VI – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

§ 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I – receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

II – exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III – requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

§ 4º Junto ao Conselho oficiará o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público.

Deflui-se, destarte, que, tal qual o CNJ, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) teria duas funções básicas:

- a) o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público, funcionando como órgão administrativo hierarquicamente superior a todos os órgãos do MP Nacional, podendo, portanto, de forma expressa, “apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados

por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados”, bem como “desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas”;

- b) o controle do cumprimento dos deveres funcionais dos Membros do Ministério Público, funcionando como Órgão Corregedor Superior do Ministério Público Nacional (MPU e MPE's), podendo, portanto, de forma expressa, “receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, *sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição*”, além de “*avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa*”, bem como “rever, *de ofício ou mediante provocação*, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano”.

Para cumprir a mencionada função de *órgão administrativo correicional superior*, com ingerência sobre a atuação de *todo o MP Nacional*, a proposição determina que a União e os Estados, mediante Leis, criem ouvidorias do Ministério Público, que seriam, na prática, unidades locais da Corregedoria Nacional, com atribuição de coleta de representações e denúncias contra órgãos, Membros e servidores do Ministério Público, para fins de encaminhamento ao Conselho.

Obviamente, a proposição (criação do CNJ e CNMP) merece aprofundamento acerca de sua constitucionalidade. Isto porque, como analisado, tais Conselhos Nacionais (compostos também por membros não-integrantes das respectivas Instituições) teriam as funções primordiais de fazer a revisão de TODOS os atos administrativos (inclusive financeiros) dos órgãos da Magistratura e do Ministério Público da União e dos Estados, bem como atuar como órgão correicional nacional, podendo aplicar sanções administrativas aos órgãos, membros e servidores da Magistratura e do Ministério Público da União e dos Estados.

Como se percebe, as alterações almejadas ensejam iminente *malferimento de cláusula pétrea, consistente no princípio constitucional da separação e harmonia dos Poderes da República (art. 2º c/c art. 60, § 4º, III, CF)*, na medida em que tais Conselhos, ainda que topograficamente inseridos nas estruturas do Poder Judiciário e do Ministério Público, *são também compostos por membros não-integrantes das respectivas Instituições, além de destinados à prática de atividade ontologicamente distinta daquela praticada por magistrados e membros do Ministério Público; o que lhes retira a natureza de órgãos essencialmente integrantes da Magistratura e do “Parquet” (o que se dá apenas no plano formal)*, não sendo possível, por meio de emenda constitucional, portanto, conferir-se-lhes as aludidas atribuições administrativas, *exclusivas da Magistratura e do Ministério Público*, respectivamente.

Em nosso entender, no atual contexto normativo, tendo em vista a superioridade hierárquica de normas constitucionais originárias consistentes em cláusulas pétreas, *dentre as quais sublinhamos as que dispõem sobre os pilares institucionais da Magistratura e do Ministério Público (respectivamente art. 99 e art. 127, § 2º, da CRFB) – que servem de limite absoluto para a intromissão institucional de outros Poderes no Poder Judiciário e no Ministério Público* –, é de se ressaltar que a excogitada proposição de reforma, mediante a criação dos Conselhos, incide em flagrante inconstitucionalidade.

Evidentemente, por si só, em nosso entender, tal argumento é bastante para decretar a nulidade das normas preconizadas pelos reformistas, uma vez que, a bem da verdade, conquanto o princípio da separação de Poderes não seja absoluto, tão-somente o constituinte originário pode estabelecer suas exceções (sistema de freios e contra-pesos), alçando, de conseqüência, ao patamar de cláusula pétrea (para preservação do aludido princípio) as atribuições exclusivas de cada um dos Poderes da República e do Ministério Público.

Dessa forma, tem-se que fica vedado ao legislador constituinte derivado criar novas modalidades de intromissão de um Poder em outro, ainda que por meio de órgão colegiado composto também por membros do próprio Poder afetado.

O tão alardeado pela mídia – como necessário – controle administrativo externo dos atos de gestão do Judiciário e do MP já existe de forma imutável na atual formatação constitucional, tendo sido desenhado pelo próprio constituinte originário na figura, por exemplo, dos Tribunais de Contas da União e dos Estados.

Fala-se, hodiernamente, em *preponderância de funções*, para melhor situar o problema em termos dogmáticos, o que não implica admitir que o constituinte derivado possa, ao seu bel-prazer, aumentar o grau de influência entre os distintos Poderes, como se vem perceber na proposta de reforma em análise.

Portanto, em nossa perspectiva, não é apenas pelo fato de os integrantes dos respectivos Conselhos estarem sendo chamados de fora, para, incrustados na estrutura da Magistratura e do Ministério Público, realizarem funções de controle, que defendemos a inconstitucionalidade da proposição, mas, principalmente, pela natureza do controle que os reformistas acabam por defender, colocando em risco princípios basilares da atuação jurisdicional e do *Parquet*, consistentes na AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA (arts. 99 e 127, § 2º, da CF) dos órgãos (inclusive correicionais) do Ministério Público e da Magistratura.

A idéia de se entabular novos mecanismos de controle externo, como se veicula na mídia, é salutar, mas não pode servir de pretexto para manietar as caras atribuições dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público. A proposição acarreta, nos moldes apresentados, ruptura do tecido normativo-constitucional e, conseqüentemente, indesejável insegurança jurídica.

É de se repetir à exaustão que, em nosso parecer, é inviável, mediante emenda constitucional, conferir-se aos Conselhos as amplas atribuições administrativas almejadas pelos reformistas – *visto que exclusivas da Magistratura e do Ministério Público* –, de revisão de TODOS os atos administrativos (inclusive financeiros) dos órgãos da Magistratura e do MP da União e dos Estados, bem como atuar como órgão correicional nacional,

podendo aplicar as respectivas sanções administrativas aos órgãos, membros e servidores da Magistratura e do MP da União e dos Estados, tais como, remoção, disponibilidade e aposentadoria compulsórias, a bem do interesse público²².

No que tange especificamente ao Ministério Público, o absurdo é mais notório, uma vez que seus membros não praticam atos jurisdicionais, o que impõe seja lembrada a distinção entre sua atividade-fim e sua atividade-meio, de molde a se coibir o controle indevido pelo Conselho sobre todos os atos dos membros do *Parquet*, com a singela alegação de que se tratam de atos administrativos, como, por exemplo, o arquivamento de inquéritos civis e procedimentos criminais, violando, dessarte, até a própria independência funcional de seus membros, constitucionalmente assegurada (art. 127, § 1º, da CF).

Por fim, observe-se que o objetivo de se resguardar a autonomia administrativa da Magistratura e do Ministério Público tem por evidente finalidade garantir a sua indispensável autonomia funcional, inserindo-se, desta feita, no contexto de uma evolução histórica, em que sem tal garantia a ingerência externa sobre tais “Poderes” (em sentido lato) implicaria graves riscos ao indivíduo, dadas as notórias oscilações da vida política nacional.

De tudo, e portanto, em razão do apontado vício de constitucionalidade, somos contra a criação dos aludidos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público, na forma em que estabelecida sua composição pela proposição em análise.

5 Conclusão

O presente espaço fica resguardado para uma análise final e panorâmica, que há de ser sucinta, haja vista que as mudanças propostas, em si, foram analisadas individualmente à medida que expostas, com sua necessária transcrição.

Serve, portanto, a conclusão, para a exposição de um “balanço final” das propostas analisadas, salientando-se que elas não esgotam as proposições da PEC n. 29/2000; mas algumas outras tiveram de ser intencionalmente omitidas, dadas as limitações temáticas e expositivas do presente trabalho.

E, à guisa de manifestação final, pode-se concluir que a Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000, em adiantado trâmite no processo legislativo, traz poucas inovações verdadeiramente relevantes; e as que o são certamente provocarão muita polêmica.

Entre as inovações que poderão alterar substancialmente o funcionamento da máquina judiciária no Brasil constam as duas últimas, por intermédio das quais pretende-se inserir novos dispositivos na Constituição brasileira, a fim de criar a “Súmula Vinculante” e os “Conselhos Nacionais”, de Justiça e do Ministério Público.

²² Como adiantado acima, tais decisões serão tomadas apenas pela maioria absoluta de um órgão pouco numeroso, composto politicamente por pessoas alheias à Instituição do punido, e sediado na Capital Federal; distante, portanto, das diversificadas realidades por que passa cada órgão do Poder Judiciário e do Ministério Público. Ademais, eventuais ações contra as decisões dos Conselhos Nacionais, a vingar a proposição, deverão ser propostas perante o STF, o que pode também dificultar o acesso de alguns agentes políticos à Justiça. Parece haver, portanto, séria vulneração às prerrogativas de tais agentes políticos, que se justificam pela relevância das funções por eles exercidas.

Todas essas inovações demonstram a preocupação do legislador constituinte derivado com dois temas que vêm sendo objeto de insistentes reclamações por parte de outros Poderes constituídos, e da própria imprensa, influenciando a população: a lentidão da Justiça e um suposto corporativismo entre seus membros, que encobriria atos ilícitos por eles praticados.

É bem verdade que ninguém deseja uma Justiça demasiadamente lenta – salvo o réu que não tem razão!²³ –, tampouco se pode gabar de se perpetuarem práticas ilícitas ao beneplácito dos órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público. Há muito o que mudar.

Mas as propostas analisadas, de forma geral, não mostram grande aptidão para melhorar efetivamente o sistema em que hoje vivemos.

Dentre as tentativas de acelerar o processo, talvez a que possa trazer maiores benefícios é a Súmula Vinculante, desde que aceite que ela obrigue, também – e principalmente –, os órgãos da Administração Pública, cuja resistência em cumprir a lei e as decisões judiciais tem respondido pela maior parte das demandas individuais repetitivas.

Já no que diz respeito a um maior controle do Poder Judiciário e do Ministério Público, a proposta de instalação de Conselhos Nacionais, como visto acima, além de esbarrar em princípios constitucionais integrantes do núcleo irreformável da Constituição, pode não ser tão efetiva quanto se espera, pelo simples motivo de que certas questões de fundo *cultural* não se mudam com a lei, nem com a criação de novos (e dispendiosos) órgãos; mas com a evolução da sociedade.

É preciso, portanto, nas palavras do sempre lúcido Barbosa Moreira²⁴, quebrar alguns mitos e partir para mudanças efetivas, não apenas no plano abstrato das leis, mas na instância concreta do funcionamento de cada órgão público e – acima de tudo – na mentalidade de seus agentes, que são nada mais e nada menos que brasileiros.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. Associação dos Membros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ). *Proposições legislativas*. Disponível em: <www.amperj.org.br/proposicoes_legislativas/propostas_de_emendas_constitucionais.asp>. Acesso em: 7 maio 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário*. Disponível em: <www.stf.gov.br/bndpj/stf/PercREeAG.asp>. Acesso em: 7 maio 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²³ Conforme brilhantemente notado por MOREIRA, op. cit., p. 1-13.

²⁴ Op. cit., p. 1-13.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da Justiça. Alguns mitos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-13.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SIGNIFICADO DO CRÉDITO DOCUMENTÁRIO

*Irineu Strenger**

SUMÁRIO: 1 Difusão dos contratos. 2 Complexidade das relações. 3 Conceituação. 4 Liberação do crédito documentário. 5 Princípio do rigor documentário.

“O princípio diretor da técnica do crédito é a separação rigorosa, mas sem dúvida eficaz, entre o contrato de crédito documentário e o contrato comercial subjacente” (Ligia Maura Costa).

1 Difusão dos contratos

A difusão dos principais contratos que versam, na compra e venda, a entrega de mercadorias, criou favoritismo, no plano dos pagamentos, para soluções encadeadas com o crédito documentário, tendo em vista as garantias conexas a essa forma de conclusão dos negócios.

A abertura do crédito documentário pressupõe, de fato, que entre vendedor e comprador seja convencionado efetivar essa relação jurídica por meio de regulamentação, na qual a conclusão do pagamento ou recebimento se fará a partir da retirada e controle de documentos por meio de um banco.

A operação tem início com encargo dado pelo comprador, o qual, no caso, denomina-se “ordenador” do crédito, ao próprio banco, para que tome providências, obedecendo a um dos seguintes três modos, devidamente estabelecido, e contra a retirada dos documentos que vêm indicados:

- a) pagar ou fazer pagar, por meio de correspondente, na hipótese de ser o crédito utilizado fora da praça, seja por banco nacional ou estrangeiro;
- b) aceitar ou fazer aceitar, por meio de correspondente, nas hipóteses acima indicadas, um ou mais títulos criados pelo vendedor, para um importe com vencimento ajustado, a cargo do banco, que abre e confirma o crédito; ou, então, garantir o aceite dos títulos e seu pagamento, se estes tiverem de ser emitidos a cargo do ordenador ou de terceiros devidamente indicados;
- c) negociar ou fazer negociar, por correspondente com sede na praça ou no país do vendedor, um ou mais títulos, emitidos com determinada soma e vencimento a cargo do banco que abre o crédito, ou de outro banco designado pelo último, mais a cargo do correspondente que efetua o pagamento ou diretamente a cargo do ordenador.

* Irineu Strenger é Professor Titular de Direito Internacional Privado e de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da USP; Professor Livre-Docente de Filosofia do Direito pela USP; bacharel e licenciado em Filosofia pela USP; professor da Academia de Direito Internacional da Haia (1991); Doutor *Honoris Causae* da Universidade Argentina John Fitzgerald Kennedy; árbitro do Brasil ao Mercosul e árbitro da Câmara do Brasil-Canadá.

É preciso, porém, ficar bem claro que o encargo principal dado ao banco é aquele de examinar com cautela e responsabilidade autônoma os documentos apresentados, para verificar a perfeita correspondência com as prescrições do crédito e, portanto, após o resultado favorável das devidas constatações, pagar, aceitar ou negociar.

O vendedor é o “beneficiário” do crédito. Se vende ao exterior, assume a figura de exportador, e o comprador a de importador.

Com a requisição de pagamento por meio de crédito documentário, o vendedor substitui, em substância, o empenho do comprador, de pagar em determinado momento, pelo banco, que pagará mediante apresentação de determinados documentos. Ele poderá, eventualmente, obter facilitação do crédito, por conta de sua venda.

Por seu turno, o comprador tem a garantia de que o banco efetuará o pagamento, contanto que sejam apresentados os documentos regulares solicitados, os quais possibilitam controlar a execução das obrigações de consignação e das cautelas convencionadas.

Essa modalidade de operação permite concluir que a abertura de crédito documentário é um típico documento mercantil-financeiro, uma credencial, razoavelmente rápida e de conteúdo complexo, surgido e aperfeiçoado para atender à necessidade de existir um instrumento apto a agilizar as exigências do comércio, sobretudo internacional.

2 Complexidade das relações

A delicadeza e a complexidade das relações que foram instauradas mediante abertura de um crédito documentário (como se verá adiante) induziram a Câmara de Comércio de Paris a formular aquilo que se pode definir como um “regulamento dispositivo” da matéria.

A primeira compilação da regulamentação foi sancionada no Congresso de Viena de 1933, da Câmara de Comércio Internacional (CCI), ocorrendo, posteriormente, uma revisão de 1951, por decisão do Congresso de Lisboa, e, ainda, uma ulterior reelaboração concluída no Congresso de Mexico City. Esta última sujeitou-se a uma revisão aprovada em Paris no ano de 1974, mas em seguida surgiu, também em Paris, o regulamento de 1984, finalmente completado com a revisão de 1993, posta em vigor a partir de 1º de janeiro de 1994.

O regulamento do crédito documentário, como ordenamento dispositivo, tem sido definido como “negócio de adesão”, pois, em verdade, aquele que concorda em efetuar determinada operação, disciplinada por regulamento particular, manifesta conhecimento, seja genérico ou não, da existência de normas e das exigências da prática comercial, vinculando-se, assim, aos preceitos que acolhem de modo mais adequado a imposição de condutas resultantes do entendimento negocial.

Digamos, pois, que o procedimento vinculado ao crédito documentário equivale a uma promessa de pagar independentemente da relação contratual de base, dada por um banco. Considerado por esse ângulo, a garantia bancária visa a restabelecer o equilíbrio contratual entre o importador e o exportador.

A Europa Ocidental é bom modelo para verificar como os sistemas bancários distinguem de maneira clara e nítida entre os créditos bancários e as garantias bancárias. Os primeiros têm como única finalidade garantir o pagamento da operação comercial ao exportador; as garantias bancárias têm, ao revés, a finalidade de garantir a boa execução

do contrato pelo exportador. Em consequência, o exportador faz valer, quase sempre contra o banco, seus direitos decorrentes do crédito documentário.

O crédito documentário articula-se por meio de diferentes contratos, não mediante um único contrato multilateral em que todos os sujeitos intervenientes sejam partes e do qual surjam diferentes relações jurídicas, e utilizamos a expressão complexa para aludir a essa instituição em lugar do contrato de expressão. A qualificação dessas relações que se limite exclusivamente ao disposto nas Regras e Usos Uniformes Relativos aos Créditos Documentários (RUU) é inviável.

Nas operações de crédito documentário as pessoas que intervêm assumem, geralmente, a seguinte qualificação:

- a) *Ordenador*: é o importador que dá mandato a um banco para abrir crédito de acordo com as condições previamente estipuladas com o vendedor.
- b) *Banco emissor*: continua a operação mencionada na letra “a”, na qualidade de mandatário, empenhando-se a pagar, a fazer pagar, a aceitar ou negociar títulos depois que todos os termos e condições do crédito foram devidamente atendidos.
- c) *Banco notificador*: é geralmente o banco indicado pelo beneficiário, usualmente um estabelecimento entre os mais conhecidos na praça e que já mantém relações como banco emissor. Tal encargo pode ser aquele de simplesmente avisar o crédito, ou de assumir a própria confirmação.
- d) *Beneficiário*: é o exportador que, com base nas características da operação, terá o ônus de produzir os documentos plenamente correspondentes, com os termos exigidos pelo crédito documentário, a fim de adquirir os direitos decorrentes da credencial pretendida.

As RUU somente estão preocupadas em dotar o crédito documentário de uma regulação material adequada, não em resolver eventuais problemas qualificativos, que somente têm sentido quando se intenta analisar a regulação contida nas RUU desde a perspectiva de um determinado ordenamento jurídico.

Sublinhe-se, porém, que o beneficiário de um crédito documentário irrevogável, uma vez recebida sua notificação, não terá mais de preocupar-se com a solvência do comprador externo, visto que o próprio crédito representa empenho inderrogável assumido a respeito pelo próprio banco emissor.

3 Conceituação

Isto posto, podemos adotar para o crédito documentário a seguinte conceituação:

“Mandato ou autorização formal, mediante oferecimento de documentos hábeis a demonstrar a relação jurídica de compra e venda ou outras relações negociais do comércio, possibilitante de satisfazer autonomamente créditos com garantia bancária, independentemente do contrato básico”.

A estrutura está baseada, em primeiro lugar, na delimitação da natureza e características do crédito documentário como contrato bancário formado por uma pluralidade de relações jurídicas que, em seu conjunto, desempenham função de meio de pagamento. Trata-se de uma operação que, em sua forma mais simples, adota configuração triangular: um importador (ordenante) encarrega seu banco (banco emissor) a efetuar o

pagamento de uma soma determinada a um exportador (beneficiário) contra a entrega dos documentos que tenham sido especificados. A intervenção de um banco intermediário situado no país do beneficiário converte-a em uma operação quadrangular, aumentando o número de relações jurídicas, especialmente no suposto de que o banco intermediário do crédito documentário possua as funções de fornecer ao exportador segurança quanto à obtenção do pagamento, e de proporcionar ao importador a segurança de que o pagamento não seja efetuado sem que se tenha produzido a expedição efetiva das mercadorias. O tratamento da dimensão material do crédito documentário estará limitado ao propósito de identificar os princípios materiais de sua regulação, tanto na perspectiva estrutural da operação como na dinâmica própria de seu cumprimento e execução. A esse propósito, a autonomia ou independência a respeito da relação subjacente ou operação de caráter comercial é um princípio material inerente à função que o crédito documentário pretende desempenhar.

Cabe acrescentar um princípio adicional, o de autonomia das relações internas que constituem a operação do crédito documentário.

Ambos são centrais à compreensão e função do crédito documentário como eficaz instrumento de pagamento nas operações de comércio exterior e, portanto, o intento para precisar a *lex contractus* da operação que deve desembocar na precisão da *lex contractus* própria de cada uma das relações constitutivas da operação.

Estipuladas as condições contratuais do negócio avençado, o importador contata seu banco, a fim de dispor da abertura de crédito documentário a favor do fornecedor.

O importador solicitará de seu banco que insira na formulação da abertura do crédito todas as cláusulas e acordos estabelecidos precedentemente com o exportador, aí compreendidos os termos de expedição, o vencimento e a documentação que deve ser produzida.

O banco emissor, que nesse entretempo examinou o cadastro do próprio cliente e, se for o caso, providenciou as necessárias garantias, deverá enviar o crédito documentário para o banco pré-escolhido, por meio de carta ou outros meios de comunicação válidos para o procedimento, com todo o conteúdo e pormenores do ajuste.

O banco do beneficiário examinará com cuidado o conteúdo da mensagem recebida e os dados que comprovam sua autenticidade e proveniência, inclusive a chave do controle, quando são mensagens por telex ou fax, ou assinatura aposta na mensagem de maneira escrita, e em seguida às instruções recebidas providenciará o necessário “aviso” do crédito ao beneficiário.

4 Liberação do crédito documentário

Se expressamente requisitado, ou consentido pelo crédito, o banco notificador poderá juntar a própria confirmação ao mesmo crédito.

De sua parte, o beneficiário ou exportador deverá controlar atentamente se:

- a) todos os termos e condições evidenciadas no crédito documentário correspondem, realmente, ao acordo precedente;
- b) os períodos de tempo relativos à expedição das mercadorias e subsequente apresentação dos documentos no banco são de razoável amplitude;
- c) os documentos requisitados para utilização creditícia são possíveis, de fácil produção e obtenção.

Obviamente, todas as peças documentárias eventualmente exigidas no texto da garantia devem, efetivamente, ser produzidas antes da data de expiração; a produção de tais documentos depois do vencimento dessa data está excluída. Segue-se daí que o beneficiário, a quem diretamente interessa o problema, suporta, em todos os casos, os riscos da comunicação postal, e mesmo na hipótese de acontecimentos de força maior que o tenham impedido de obter as garantias em tempo útil.

Na relação entre exportador e importador a liberação do crédito documentário visa a realizar um certo fim de segurança; disso decorre que o exportador, como beneficiário, não tem direito de chamar a garantia, a não ser quando esta se concluiu devidamente. O mesmo ocorre na relação entre o banco garantidor e o beneficiário, pois o contrato básico é independente do acerto comercial.

O crédito documentário é uma obrigação abstrata, fundada na exclusão de objeções e exceções relacionadas ao entendimento jurídico de base e assumido pela instituição bancária, mas cabe ao banco, por esse motivo, como já foi dito, examinar com muito cuidado os documentos necessários, como, aliás, é imposição da revisão 1993 sobre crédito documentário da CCI, que no artigo 13 estabelece:

“Os bancos devem examinar todos os documentos estipulados no crédito com razoável cuidado, para verificar se aparentam ou não, pelo seu teor, estar em conformidade com os termos e condições do crédito. A conformidade do teor dos documentos estipulados com os termos e condições do crédito deverá ser determinada de acordo com a prática internacional padrão do setor bancário, conforme refletido nestes artigos. Documentos que aparentem em seu teor ser inconsistentes entre si serão considerados não aparentar em seu teor estar em conformidade com os termos e condições do crédito”.

5 Princípio do rigor documentário

O princípio do rigor documentário exige que o banco não pague, se os documentos não estiverem conformes no seu conteúdo e teor.

Esquemáticamente, as fases operacionais do crédito documentário podem ser assim esboçadas:

- Ocorrendo negociação de compra e venda, o comprador dá ordem a um banco para a abertura de crédito documentário em favor de seu fornecedor.
- Ao receber essa instrução, o banco, caso a aceite, avisa ao vendedor que providências nesse sentido serão tomadas no país do vendedor, para consumação do crédito documentário visado.
- O banco se engaja a realizar contra-remessa de documentos nas condições em que serão precisadas. Essas condições não são senão o reflexo das instruções que lhes são transmitidas pelo cliente, o comprador-ordenador.
- Graças a esse engajamento autônomo do banco diante do vendedor, o crédito documentário preenche o fim econômico que as partes procuraram obter, dando ao vendedor a segurança de que os documentos serão pagos pelo banco mediante apresentação, com a única reserva de que as condições estabelecidas sejam respeitadas.

- O banco assume, com efeito, diante do vendedor, o compromisso direto, independentemente de dificuldades ulteriores que possam acontecer. Qualquer diferença que surja entre as partes será estranha ao banco. Seja o que for, o banco mantém-se formalmente inalterado em face do vendedor. Este se encontra, assim, a salvo de qualquer deslize do comprador. Ele tem a segurança de ser pago, desde que apresente os documentos conformes.
- Se, após a realização do crédito, um litígio ocorre relativamente à execução do negócio, o vendedor se beneficia da posição favorável de réu. Em lugar de acionar o comprador no país deste último por falta de pagamento, é o comprador que deverá propor um procedimento judicial no país do vendedor pela inadimplência do contrato.
- Se esse comprador, por hipótese residente no Brasil, achar oportuno louvar-se das leis brasileiras para demandar contra o vendedor, arrisca-se a encontrar algumas dificuldades. Supondo, com efeito, que obtenha condenação, encontrará dificuldades na execução da sentença em território estrangeiro, no procedimento de *exequatur*, embora não seja intransponível esse obstáculo. Enquanto perdurar o processo, de qualquer modo, o vendedor ficará do seu lado, com a disposição da soma recebida a título de pagamento.
- Em conclusão, o traço fundamental que resulta da abertura do crédito documentário consiste na intervenção de um terceiro, o banco emissor do crédito, encarregado de assegurar o regulamento do negócio realizado entre vendedor e comprador. Dessa autonomia da vinculação do banco decorrerão as regras de abertura do crédito.

Os documentos habilitantes do crédito podem ser considerados segundo três classificações:

- Documentos aptos à identificação das mercadorias, na maior parte dos casos esteios do beneficiário, como fatura comercial, nota de pesos e medidas, lista das embalagens, declarações, certificado de origem, e, em menor parte, figuras da fidúcia de que goza o ordenador, como certificado de inspeção, conformidade, qualidade etc.
- Documentos de transporte e/ou expedição, sempre emitidos por pessoas ou órgãos habilitados, como companhias marítimas de navegação, aéreas e seus agentes. Muito cuidado deve ser, porém, tomado pelo beneficiário, ao dar instruções particulares a respeito de um crédito ao próprio transportador, o qual deverá expedir o documento em perfeita consonância com a modalidade de crédito em trâmite.
- Documentos de seguro, sempre compreendidos nessa categoria, os certificados ou apólices, emitidos por companhias habilitadas e seus agentes, que possam atestar a cobertura securitária dos riscos, concernentes à remessa das mercadorias, objeto da abertura de crédito.

No momento em que o banco declarar que os documentos necessários estão em seu poder e, satisfeitos os termos contidos no crédito documentário, procederá em conformidade com as cláusulas estipuladas, pagando, emitindo cartas de crédito, negociando títulos à vista ou a prazo.

Assinale-se, contudo, que o crédito não é um título de comércio, mas um documento bancário que se apresenta, geralmente, em forma equivalente aos modernos usos de comunicação em vigor.

A abertura de crédito, usualmente, é seguida, na prática, por descaixa de dinheiro, ou de um aditamento sobre as mercadorias e depois por uma mobilização do crédito.

O desenvolvimento do crédito documentário não prescinde dos formalismos, porquanto é dos procedimentos adequados que resulta o bom andamento das relações negociais, quase sempre subordinado ao atendimento dos preceitos, hoje difundidos e assimilados por expressivo número de países (mais de 160), quais sejam, as regras de uniformização dos créditos documentários elaborados pela Câmara de Comércio de Paris.

Referências

- ARAÚJO, Nadia de. *Contratos internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AUDIT, B. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la “crise” des conflits de lois). *Recueil des Cours*, t. 186, 1984.
- BAPTISTA, Luis Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Forense, 1980.
- BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação – conclusão prática*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BASTOS, Celso Ribeiro; KISS, Eduardo Gurgel. *Contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades comerciais, empresa e estabelecimento*. São Paulo: Atlas, 1987.
- COSTA, Ligia Maura. *O crédito documentário e as novas regras e usos uniformes da Câmara de Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CREMADES, B. M. *Conferencias sobre derecho bancario*. Madrid: La Ley, 1985.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- KASSIS, A. *Théorie générale des usages du commerce*. Paris: LGDJ, 1984.
- LESGUILLONS, Henry. *As garantias bancárias nos contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MELLO, Fábio de. *Manual de crédito documentário: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1990.
- OLIVEIRA, Hilário de. *Direito e negócios internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e relações internacionais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

RATTI, Bruno. *Vade-mecum de comércio internacional e câmbio*. São Paulo: Aduaneiras, 1991.

———. *Comércio internacional e câmbio*. 9. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1997.

———. Regras e usos uniformes para créditos documentários e para cobranças documentárias. *CCI*, n. 500, 522, 525.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O inadimplemento de contrato de câmbio de exportação. *Revista de Direito Mercantil*, n. 67, São Paulo.

ECONOMIA, MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE AS LIMITAÇÕES DO MERCADO ONDE O MERCADO É O LIMITE

*José Aroudo Mota**

Introdução

O meio ambiente apresenta características de um sistema aberto, pois importa e exporta energia, tendo como subsistemas o meio ambiente físico, os entes da natureza (fauna e flora), as atividades econômicas e as atividades humanas. Além disso, mantém constante processo de interação com a economia, a ecologia, a biologia, a matemática, a estatística, a antropologia, a geografia e com os demais ramos do conhecimento científico.

A melhor maneira de se entender o meio ambiente é analisá-lo a partir da teoria de sistemas. Um sistema é um conjunto de elementos inter-relacionados, que se interagem a fim de cumprir um objetivo definido, os quais estão sujeitos a determinadas características.

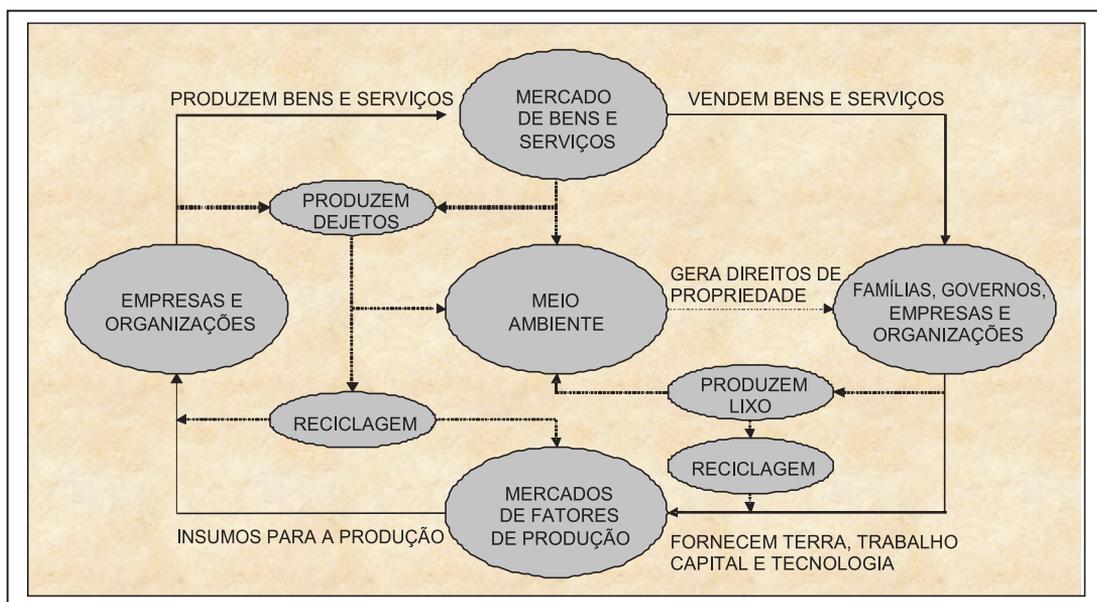
Assim, toda a interferência feita pelo homem no meio ambiente redundará em conseqüências para o próprio homem. Por exemplo, a poluição das águas dos rios é originada a partir de dejetos urbanos (esgoto sanitário das residências e dos dejetos provenientes das atividades econômicas), os quais causam não somente a degradação da natureza, mas também sérios prejuízos para a sociedade, tais como doenças transmissíveis, custos hospitalares, aumentos de impostos, instituição de taxas e outros artifícios fiscais, a fim de que possam cobrir os custos de reconstituição do meio ambiente e do bem-estar humano. Isso ocorre porque o meio ambiente funciona como um sistema aberto, pois recebe e exporta energia para os demais entes.

Desse modo, a ciência econômica constitui-se como um dos vetores para o entendimento de como o meio ambiente interage com o homem e com as atividades econômicas. O fluxo circular da economia, descrito na Figura 1, apresenta essas interações. No centro do fluxo está o meio ambiente, ou o ambiente natural, como supridor de matéria e energia, o qual gera direitos de propriedade para as famílias, governos, empresas e organizações. Esses entes produzem lixo, que retornam ao meio ambiente ou são reciclados, e interagem com os mercados de fatores de produção fornecendo-lhes terra, trabalho, capital e tecnologia. Os mercados de fatores de produção fornecem insumos para a produção em empresas e organizações, as quais produzem bens e serviços para o mercado de bens e serviços, mas produzem dejetos que podem retornar ao meio ambiente quando não reciclados. Além disso, os recursos do meio ambiente, quando reciclados, retornam para os mercados de fatores de produção e são utilizados pelas empresas e organizações em seus processos produtivos. O mercado de bens e serviços comercializa os seus produtos

* José Aroudo Mota é Pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Professor do Centro de Desenvolvimento Sustentável (CDS) da Universidade de Brasília (UnB).

com as famílias, governos, empresas e organizações. Dessa maneira, o fluxo simplificado da economia fornece as noções básicas de como ocorrem as interfaces entre os diversos agentes econômicos e ambientais. Esse fluxo ainda permite inferir que a economia é mais bem entendível quando analisada de forma sistêmica, pois as atividades econômicas interagem, impactam e geram externalidades para o meio ambiente e para os seres humanos, respectivamente.

Figura 1 – Fluxo circular da economia



O meio ambiente como um sistema

O meio ambiente funciona como um sistema aberto, o qual recebe constantes insumos, que são processados e transformados em produtos (Figura 2). De modo simples é assim que funciona um sistema.

Figura 2 – Modelo simplificado de um sistema



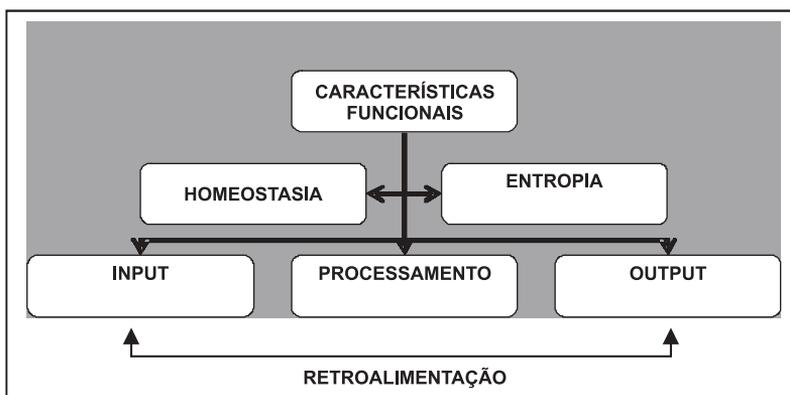
- O *INPUT* refere-se ao mecanismo de entrada de insumos para o sistema. Isso ocorre porque nenhum sistema é auto-suficiente, necessita sempre de entrada de energia, de importação de energia de seu ambiente externo. Um sistema aberto está constantemente importando energia do ambiente; os seres animais e vegetais sobrevivem devido à troca constante de energia. Do mesmo modo, as atividades econômicas e humanas precisam importar energia do meio ambiente, pois vivem dela.
- O *PROCESSAMENTO* refere-se à energia que entra no sistema e é submetida à transformação para uma nova forma de energia. A natureza transforma vários insumos em novos materiais, os quais são úteis para a sobrevivência da natureza. Do mesmo modo, as atividades econômicas e humanas, a fim de suprirem as suas necessidades, transformam a energia dos recursos naturais por meio de uso intensivo.
- O *OUTPUT* refere-se ao produto gerado pelo processamento do sistema; representa a saída do sistema, em que a sua produção retorna para alimentar novamente o sistema, isto é, retorna como *input* para fazer com que o sistema continue a trabalhar.

Um sistema aberto não trabalha somente em função dessas três fases; precisa de mecanismos de análise de seu equilíbrio e de sua perenidade no tempo. Desse modo, mais três conceitos são importantes para nos ajudar no entendimento do funcionamento de um sistema:

- A *ENTROPIA* está relacionada com o nascimento, crescimento e morte de um sistema. Os organismos do meio ambiente se desgastam e tendem a morrer, por isso é imprescindível que os sistemas adquiram, em seus *inputs*, insumos de boa qualidade. O processo entrópico impõe-se em todos os seres vivos e atividades econômicas, contribuindo para o desgaste da manutenção da vida na Terra.
- A *HOMEOSTASE* é um conjunto de elementos auto-reguladores de um sistema aberto, que permite manter o estado de equilíbrio do meio ambiente. O excesso de energia entrópica conduz o sistema a não mais suportar o estado de equilíbrio inicial, conduzindo-o para um novo ponto de equilíbrio ou para a sua completa deterioração. Os sistemas naturais são auto-sustentáveis e se desagregam à medida que as atividades econômicas e humanas interferem em seu meio ambiente.
- O *FEEDBACK* refere-se ao mecanismo de retro-alimentação de um sistema aberto, em que informações são emitidas de modo a manter o sistema em equilíbrio. Quando o *feedback* de um sistema é interrompido, o seu estado de equilíbrio desaparece, a entropia domina os seus mecanismos de retro-alimentação, conduzindo-o ao perecimento. Energia de baixo aproveitamento, tais como dejetos industriais, excesso de poluição e outros tipos de lixo, constitui excesso de *inputs*, que os sistemas abertos não têm possibilidade de absorver.

Essas características são chamadas de funcionais, pois regulam o funcionamento de um sistema aberto. A Figura 3 apresenta o fluxo de um sistema aberto com as suas principais funções, em que cinco elementos são demonstrados. A entrada de insumos (*input*); o mecanismo de processamento (processamento); a produção do sistema como saída do que foi processado (*output*); o equilíbrio do sistema (homeostase); a medida de irreversibilidade do sistema (entropia) e; o esquema de retroação (*feedback*).

Figura 3 – Características funcionais de um sistema aberto



As limitações do mercado onde o mercado é o limite

O mercado é o principal alicerce da moderna Economia, e funciona como sensor das atividades, anseios, gostos, comportamentos e atitudes de produtores e consumidores. É uma espécie de balança da atividade econômica, onde produtores e consumidores se inter-relacionam na transação de bens/serviços gerados pelos agentes econômicos. O mercado funciona com base nos princípios econômicos neoclássicos, em que são imperativos os princípios da concorrência entre produtores e consumidores e o comportamento do consumidor. A mais importante característica do mercado é o seu mecanismo de igualar a oferta à demanda, de modo que os excessos são corrigidos via sistema de preços e quantidades ofertadas/demandadas.

Foi Smith (1776) quem introduziu em economia o conceito de mercado, ao afirmar que os mercados privados deveriam ser liberados dos controles governamentais, e que os produtores produziriam para os seus consumidores, defendendo, assim, os seus próprios interesses. Além disso, expressou seu pensamento ao afirmar que não era “da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos o almoço, senão da defesa de seus próprios interesses”. Assim, concluiu que havia uma mão invisível que conduziria o produtor a promover os interesses da coletividade, que o governo deveria ter cuidado ao interferir no funcionamento dos mercados, e que a melhor política seria o *laissez-faire* (deixar o mercado fazer).

Ricardo (1982) aceitava que o mercado funcionava de acordo com a lei de Say, em que a oferta cria a sua própria demanda. Assim, expressou que “ninguém produz a não

ser para consumir ou vender, e jamais se efetua uma venda a não ser com a intenção de comprar qualquer outra mercadoria que possa ser utilizada ou possa contribuir para a produção futura”.

O mercado apresenta virtudes e tende a funcionar com uma relativa eficiência, pois estimula os produtores a ofertarem bens/serviços que os consumidores desejam; incentiva a qualificação do capital intelectual (por exemplo, com a preocupação com os problemas ambientais, o mercado de trabalho tem exigido recursos humanos mais especializados); capta as oscilações de preços de bens/serviços escassos; permite uma relativa liberdade econômica (em que produtores e consumidores negociam livremente); e fornece informações para a tomada de decisão.

O mercado é capaz de captar as variabilidades dos agentes econômicos, mas não consegue internalizar os custos externos de suas atividades. Esse fenômeno, denominado de externalidade, refere-se ao efeito originário do processo produtivo que é imputado a terceiros, gerando bem-estar econômico para alguns e prejuízos para outros. Além do que, o mercado não consegue internalizar os custos do capital natural, ou seja, dos impactos causados ao meio ambiente natural.

Além disso, o mercado apresenta outras falhas, tais como: a ética do mercado é a ótica consumista, pois o mercado é capaz de produzir para poucos que têm dinheiro, mas não produz para os muitos desvalidos e excluídos de sinais de riqueza; a doutrina do *laissez-faire* é míope, já que tende a não corrigir as imperfeições da suposta liberdade econômica, ou seja, os monopólios e oligopólios manipulam os preços nos mercados; é incapaz de tratar com os ativos/serviços puramente públicos, uma vez que muitos ativos naturais não são cotados em mercados, assim como vários serviços de caráter estritamente público, tais como segurança e serviços judiciários; e manipula informações, visando criar mercado para produtos indesejáveis ou prejudiciais ao meio ambiente.

Se o mercado fosse reduzido somente a produtores e compradores, e não existissem terceiros, externalidades e custos de transação, o mercado seria eficiente na alocação dos recursos da economia. Ocorre que as transações em mercados acarretam perda de bem-estar para toda a sociedade quando o meio ambiente está envolvido. Assim, o mercado não é equânime, e “a mão invisível é poderosa, mas não onipotente” (MANKIWI, 1999). Daí, afirmar-se que o mercado é imperfeito, pois está sujeito a várias restrições.

A primeira restrição refere-se à incapacidade de o mercado absorver a degradação/exaustão dos ativos naturais. É verdade que o mercado funciona em razão de um conjunto de fatores, tais como produtos *in natura* (oriundos da natureza); produtos manufaturados; capital intelectual; e recursos financeiros e de informação. Porém, ao incorporar os produtos naturais a sua estrutura, não assimila a degradação do capital natural na matriz de preços dos produtos/serviços. Por exemplo, no preço final de um móvel feito a partir da madeira mogno, o mercado capta apenas os custos de feitura do móvel, mas não internaliza a degradação do patrimônio natural que foi necessário para a sua produção.

Isso tem acontecido, ao longo do processo de evolução do homem *economicus*, e tornou-se relevante a partir da Conferência de Estocolmo, realizada entre 5 e 16 de junho de 1972. A Recomendação 7, aprovada na Conferência, destacava que os países deveriam

adotar medidas que possibilitassem controlar os níveis de poluição e salvaguardassem os recursos naturais. De modo semelhante, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, entre os dias 3 e 14 de junho de 1992, também traduziu com veemência a preocupação dos países com a questão da internalização dos custos ambientais. O Princípio 16, aprovado na Declaração do Rio, afirmava que “tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais” (MOTA, 2000).

Mesmo que as conferências ambientais internacionais façam recomendações, existem, não restam dúvidas, diversas dificuldades para a inserção dos custos da degradação ambiental na estrutura de preços de bens/serviços transacionados nos mercados. A fim de mitigar a degradação/exaustão dos recursos naturais, diversos pesquisadores têm proposto instrumentos aplicados ao meio ambiente, para perseguir a sustentabilidade do desenvolvimento dos países, ou seja, melhorar a eficiência alocativa dos recursos da economia, usar os recursos naturais com parcimônia e garantir o acesso ao uso sustentável desses recursos às gerações futuras.

A segunda restrição diz respeito à assimetria da informação. O consumidor toma decisão a fim de formar a sua cesta de consumo, que é constituída a partir de um conjunto de informações fornecidas pelo mercado e pela sociedade. Isso lhe possibilita criar necessidades e revelar as suas preferências, que são sujeitas a restrições de orçamento, a variáveis socioeconômicas e às suas atitudes em relação ao meio ambiente.

Na área ambiental é comum a informação não ser de domínio público, acarretando distorções na tomada de decisão dos agentes econômicos. Por isso, quem tem mais informações sobre o funcionamento do mercado tem também melhor poder decisório. Assim, a informação assimétrica, como uma das falhas de mercado, ocasiona um desvio de eficiência, contribuindo para a alocação ineficiente dos recursos proporcionados pelos agentes econômicos.

Conforme Fisher, Griliches, Kaysen (1962), “há sempre a presunção de que existe soberania do consumidor na economia de mercado”. Por outro lado, Galbraith (1997) defende que esse fluxo de instruções que define a soberania do consumidor não se sustenta, pois a empresa bem estruturada tem “[...] em mãos os meios de controlar os preços pelos quais vende, assim como aqueles pelos quais compra. Do mesmo modo, tem os meios de administrar o que o consumidor compra aos preços que ele controla”. Assim, sustenta o raciocínio de que “[...] é a firma produtora que procura controlar seus mercados e, avançando ainda, procura controlar também o comportamento do mercado e moldar as atitudes sociais daqueles que, ostensivamente, são servidos por ela”.

A terceira restrição enfoca o problema pela ausência de informação. Como se sabe, o argumento a favor dos mercados se torna insuficiente, pois os agentes econômicos têm pouco ou nenhum conhecimento de gene e espécies da diversidade biológica ou dos ecossistemas, o que os impossibilita de fazer juízo de valor a respeito dos produtos e serviços fornecidos pela natureza (MOTA, 2000; NORTON, 1997; EHRENFELD, 1997).

Essas restrições permitiram aos governos a inserção de vários instrumentos de política ambiental, com o objetivo de minimizar os efeitos da degradação do meio ambiente e punir os seus degradadores. A proposição inicial foi feita por Pigou (1920), em que supôs um sistema de compensação a fim de reparar as externalidades ambientais, uma vez que essas externalidades são geradas a partir de transações entre os agentes econômicos ou de investimentos feitos pelo poder público, tais como reflorestamento de áreas degradadas, que proporcionam melhoria de bem-estar para a sua vizinhança; recursos financeiros, materiais e tecnológicos empregados na prevenção de poluição do ar oriunda das indústrias; e avanços na pesquisa científica, que se traduzem em descobertas de alta praticidade, melhoria de produtos e processos industriais, os quais permitem reduções de preços para os consumidores. Essa sistemática de indenização de danos ambientais é denominada de impostos de Pigou, e é usada para tributar as atividades que são nocivas ao meio ambiente e subsidiar aquelas que geram externalidades positivas.

Entretanto, contrapondo-se ao raciocínio de Pigou, o problema dos custos externos pode ser analisado de outra forma. Coase (2000) defende que o mercado pode ser eficiente na alocação de recursos se houver um acordo bilateral entre as partes envolvidas, causador e receptor da externalidade. Desse modo, Coase acredita que uma negociação bilateral é capaz de resolver o problema do efeito externo, tornando a negociação sem custos para as partes envolvidas. A lógica de Coase também permite analisar o problema pela ótica do direito de propriedade, isto é, a análise deve ser feita em relação a quem detém o direito de causar dano a outrem. Aquele a quem couber esse direito terá também direito a indenização por um dano causado a ele.

Ao descartar a solução pigoviana, Coase propôs uma solução de mercado, em que os agentes econômicos combinam um sistema de compensação pelo dano. Mas isso nem sempre é possível, pois os custos de transação são a principal variável do problema. Por ser de difícil mensuração, esses custos dificultam a negociação bilateral.

Por outro lado, quando uma externalidade negativa causar danos a uma coletividade, de um bairro, de uma cidade, a negociação se tornará mais difícil, já que os danos não são distribuídos linearmente, isto é, existirão pessoas que serão mais afetadas pelo dano e, supostamente, reivindicarão maiores quantias de indenização. Portanto, a solução proposta por Coase é de difícil implementação, restando apenas a intervenção do governo, cujo papel será propor soluções para interesses difusos, baseados em instrumentos de política ambiental (regulação e mecanismos econômicos de mercado).

Fundamentos da valoração dos recursos da natureza

O meio ambiente é mais bem entendido somente se for analisado de forma sistêmica. Esse raciocínio fundamenta a sustentabilidade dos ativos naturais, pois permite que a análise ambiental seja feita de modo integrador, em que os entes da natureza estão em constante processo de interação. A teoria de sistemas possibilita esse entendimento. Assim, a valoração ambiental sustentável (Figura 4) é analisada pelas seguintes óticas (MOTA, 2002):

Figura 4 – Pontos de vista do valor do meio ambiente



Pela ótica da sustentabilidade biológica, a valoração subsidia a análise de como ocorrem os mecanismos de interação entre a matriz de suprimento do meio ambiente, as atividades econômicas e antrópicas. Essa matriz supre todas as necessidades naturais e humanas por meio de uma cadeia de produção e consumo. Portanto, há nessa interação – homem/natureza – um movimento de simbiose entre todos os seres. Nesse contexto, o papel do valor assume dimensão estratégica, uma vez que a natureza tem diversos valores, que dependem do olhar de cada ator. Por isso, a valoração apresenta-se como a principal ferramenta de apoio para a mensuração ecológica/econômica e como subsídio na intermediação das transações entre o homem e o meio ambiente. Se for somente para a vantagem do homem, em tempo finito, não haverá natureza. Para Darwin (1859), “o homem tem apenas um objetivo: escolher para a sua própria vantagem; a natureza, pelo contrário, escolhe para vantagem do próprio ser”.

Pelo enfoque da sustentabilidade ecológica, o conceito de capacidade de suporte internaliza vários aspectos, tais como padrão de vida, igualdade de distribuição, tecnologia e dimensão ecológica. O conceito de capacidade de suporte está intimamente ligado ao de capacidade de resiliência. Em estudos de conflitos de uso esses paradigmas ecológicos têm supremacia sobre os demais conceitos ambientais. O primeiro refere-se à quantidade de entes que um ativo ambiental pode suportar, e o segundo relaciona-se com a capacidade de regeneração do ativo ambiental em decorrência das pressões humanas e naturais.

Pela dimensão estratégica, a sustentabilidade da valoração é entendida como suporte à defesa do capital natural. O uso de um ativo natural superior a sua capacidade, além de gerar conflito, não resguarda o direito de uso das futuras gerações. O capital natural tem uma função estratégica para os países e desempenha relevantes serviços para o equilíbrio dos ecossistemas, pois assegura a diversidade biológica, mantém o fluxo de materiais para as atividades econômicas e antrópicas, fornece informações à ciência e proporciona uma rede de serviços como hábitat às populações nativas e humanas.

Analisada pelo ângulo dos aspectos econômicos, a sustentabilidade da valoração é útil como subsídio à estimação de externalidades oriundas de projetos de investimento. Efeitos externos degradam os ativos ambientais, subtraem bem-estar das gerações presentes

e comprometem o uso dos recursos naturais pelas gerações futuras. Por seu turno, em conflito de uso, a valoração permite que os custos da degradação sejam internalizados pelos agentes que usam os ativos naturais e, além de propiciar indenizações judiciais aos receptores da degradação ambiental, pune os infratores pelos danos causados à natureza.

Os benefícios e os custos do meio ambiente

Este sucinto relato começou na Revolução Industrial. É uma conversa agradável, porém de muita tristeza para a humanidade e a natureza. A Revolução Industrial marcou uma profunda transformação da relação do homem com a natureza. O aparecimento da máquina a vapor permitiu o crescimento e uma produção industrial mecanizada, a qual modificou a estrutura social e comercial da época, provocando grandes e rápidas mudanças de ordem econômica, ecológica, política e social.

A primeira fase da Revolução Industrial, de 1780 a 1860, foi caracterizada pela revolução do carvão e do ferro, revolucionou a mecanização da indústria e da agricultura com o aparecimento da máquina de fiar (tear mecânico). Com a invenção da máquina a vapor, iniciaram-se as grandes transformações nas oficinas; o desenvolvimento da indústria fabril transformou o artesão em operário, oficinas familiares em fábricas e usinas e surgiram as primeiras migrações de massas humanas das áreas agrícolas para as proximidades das fábricas, provocando o crescimento das populações urbanas. Além disso, com a navegação a vapor, a construção de estradas de ferro na Inglaterra e nos Estados Unidos e a invenção do telégrafo elétrico e do telefone, houve um crescimento acelerado dos transportes e das comunicações.

Na segunda fase da Revolução Industrial, de 1860 a 1914, caracterizada pela substituição do vapor pela eletricidade e pelos derivados de petróleo como principais fontes de energia, surgiram os primeiros automóveis na Alemanha (Daimler e Benz) e nos Estados Unidos (modelo T da Ford), e novas e revolucionárias formas de organização de negócios foram implementadas, em decorrência da acumulação de capital e da exploração da mais valia, tais como dominação industrial, formação de trustes, cartéis, fusões empresariais, companhias *holdings* e expansão industrial.

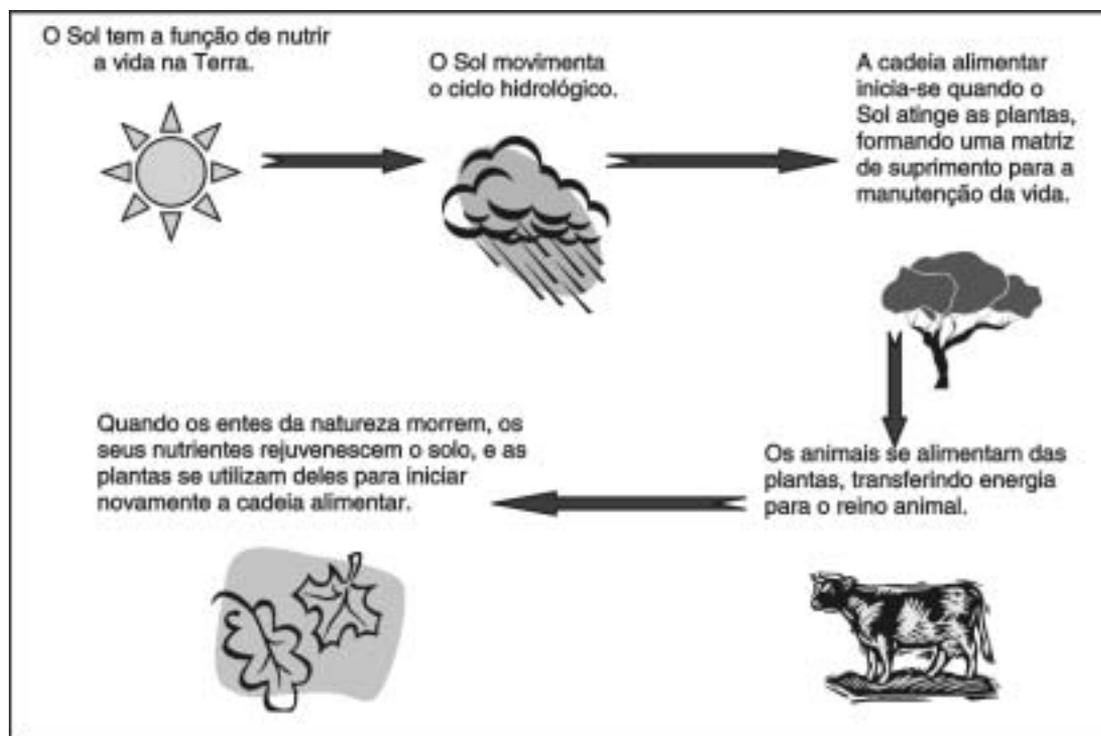
A Revolução Industrial representa o marco na exploração e consumo dos recursos naturais. A deterioração dos recursos naturais exerce forte influência na manutenção da vida na Terra, e somente a partir de alguns anos é que o meio ambiente passou a ser visto como supridor dos sistemas essenciais de suporte às atividades econômicas e humanas. Na visão da economia tradicional, o meio ambiente era analisado apenas como fonte de matéria-prima e receptor do lixo proveniente dos processos de produção e consumo, pois os ativos e serviços naturais eram tratados como gratuitos ou livres, abundantes em grande escala na natureza.

Isso aconteceu porque o homem não conhecia o funcionamento do meio ambiente! As espécies em geral vivem na natureza em completo estado de inter-relacionamento, de simbiose. As cadeias alimentares envolvem herbívoros e plantas, parasitos e hospedeiros. As relações predador–presa, herbívoro–planta e parasito–hospedeiro são todos casos especiais de relações consumidor–recurso, que organizam as comunidades biológicas numa série de “cadeias de consumidores”.

Portanto, a comunidade biológica sobrevive de forma sistêmica por meio do mutualismo e da competição. O mutualismo se refere ao beneficiamento mútuo entre as espécies, e a competição ocorre quando diversas espécies procuram os mesmos recursos.

Dessa maneira, a cadeia alimentar refere-se ao movimento simbiótico entre os seres em um dado ecossistema. Assim, as plantas captam energia do Sol para produzir alimentos. Por seu turno, servem de alimento para os animais herbívoros e estes servem de alimento para os animais carnívoros. Com a morte dos animais, os seus corpos são decompostos pelas bactérias que retornam as suas substâncias ao solo, a fim de que possam ser reaproveitadas pelas plantas (Figura 5).

Figura 5 – Ciclo da cadeia alimentar da natureza



Quanto custa, em valores monetários, manter as funções que a natureza proporciona às atividades econômicas e humanas? E a manutenção das funções ecológicas e biológicas? Os cientistas ainda não conseguiram calcular esses valores, mesmo porque não existe fórmula capaz de estimar valores ecológicos e biológicos da natureza. Porém, existem alguns artifícios para se estimarem valores que as pessoas atribuem aos ativos da natureza. Esses são os custos econômicos do meio ambiente!

Uma das preocupações atuais é com a formação de desertos. Os desertos são formados a partir de fenômenos naturais – esses desertos apresentam beleza e estética naturais, pois sustentam uma diversidade considerável de animais e plantas – ou por meio da intervenção das atividades econômicas e humanas – esses apresentam vidas desoladas, pois foram criados a partir da exploração desenfreada do homem, seja por meio da

agricultura (em que o solo fica cansado), seja pelo uso do solo para pastagens, quando as árvores e outras plantas são cortadas, seja pelo aumento demasiado da população.

Os impactos da erosão do solo no Brasil têm causado um prejuízo anual de R\$ 13,3 bilhões. Vários estudos têm demonstrado que esse custo econômico refere-se à perda de nutrientes e de matéria orgânica, à depreciação da terra (perda do valor da terra), ao tratamento de água para o consumo humano, à manutenção de estradas e à reposição de reservatórios em função da perda da capacidade de armazenamento de água. Esses itens representam o cálculo de valores de impactos diretos, não contabilizados outros valores, tais como perda de bem-estar de populações, degradação de funções ecológicas e extinção de espécies (Tabela 1).

Tabela 1 – Valor econômico da erosão dos solos no Brasil

Categoria do impacto	Custo econômico (R\$ milhões)
Perda de nutrientes e de matéria orgânica	7.947,0
Depreciação da terra	4.560,0
Tratamento de água para consumo humano	0,934
Manutenção de estradas	672,0
Reposição de reservatórios	163,6
Total	13.343,5

Fonte: LANDERS et al., 2001; CARVALHO et al., 2000; BASSI, 1999; BRAGAGNOLO et al., 1997; apud SANTOS e CÂMARA, 2002.

O uso intensivo da terra, especialmente para a agricultura e pastagem, associado à propensão dessas terras à erosão, tem causado sérios danos ao patrimônio natural brasileiro. O Boxe 1 relata a situação da tendência à erosão das regiões geográficas brasileiras.

Boxe 1 – Propensão à erosão do solo das regiões brasileiras

“Assim, na Região Norte, onde os solos têm alta susceptibilidade à erosão, face à elevada precipitação pluviométrica, 98% das terras apresentam baixo grau de vulnerabilidade à erosão hídrica devido principalmente à baixa ocupação agrícola das terras, enquanto na região Nordeste limitações climáticas diminuem essa vulnerabilidade em 82% das áreas. Embora apresente baixos níveis de vulnerabilidade em 78% de sua área ocupada, a região Centro-Oeste apresenta áreas extremamente críticas, como as bordas do Pantanal e as nascentes de rios importantes para as bacias do rio Amazonas e do Paraguai/Prata.

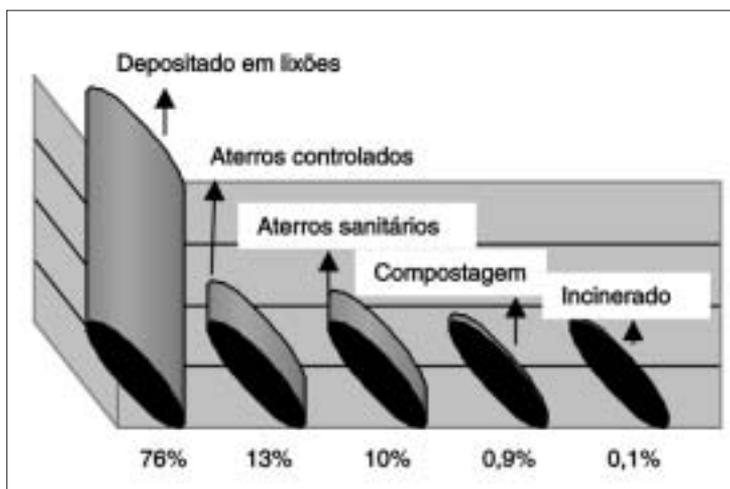
A região Sul apresenta 40% de suas terras com elevados graus de vulnerabilidade indicando que solos de maior susceptibilidade à erosão estão sendo fortemente pressionados em seu uso. Em contrapartida, desde os anos 80 cresce, nessa região, o uso de sistemas conservacionistas de manejo do solo baseados no Plantio Direto (utilizado em 85% da área cultivada com culturas anuais) e programas de manejo integrado em bacias hidrográficas, mudando essa criticidade para uma agricultura sustentável.”

Fonte: SANTOS e CÂMARA, 2002.

A transformação de insumos da natureza em produtos para o consumo humano passa pela manufatura em empresas especializadas por ramo de atividade econômica. Em muitos casos, os insumos da natureza são consumidos diretamente pelo homem. Qual é o custo dessa exploração e da degradação e exaustão dos ativos naturais? As pesquisas realizadas têm demonstrado alguns valores que se referem aos resíduos derivados dessas atividades. Até a Revolução Industrial a geração desses resíduos era caracterizada como excrementos, simplesmente sobras, que pouco degradavam a natureza. Após a Revolução Industrial, e com o aumento da população, esses excrementos atingiram somas significantes, e passaram a incomodar a sociedade.

Atualmente, a geração de resíduos, especialmente o lixo urbano, depende de fatores tais como nível de educação, herança cultural, hábito de consumo, nível de renda das famílias, programas de educação ambiental dentre outros. Qualquer atividade econômica ou humana gera resíduos, seja lixo urbano, industrial ou esgoto, que dispostos de forma inadequada acarretam sérios prejuízos ao meio ambiente. Os centros urbanos das grandes cidades brasileiras são os maiores geradores de lixo, os quais têm causado perdas de bem-estar para as populações circunvizinhas, contaminando mananciais hídricos e solos. A Figura 6 demonstra os diversos destinos do lixo urbano, com destaque especial para a categoria “lixões”, que corresponde ao percentual mais expressivo de destinação do lixo.

Figura 6 – Destinos do lixo urbano



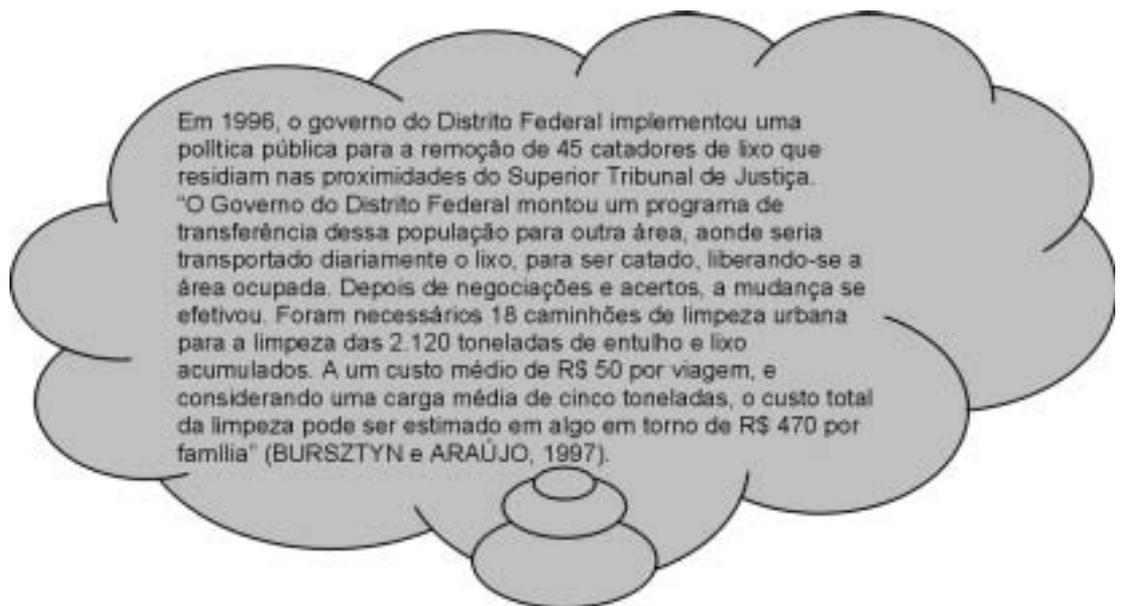
Os gestores públicos precisam formular políticas públicas ambientais que sejam capazes de proporcionar o reaproveitamento do lixo urbano. Já existem cidades que aproveitam parte do lixo para a geração de adubo e para a transformação em novos produtos, por meio de sua reciclagem. Bursztyn e Araújo (1997) elaboraram um estudo sobre os migrantes que vivem em Brasília, enfocando especialmente a economia política do lixo, retratando as condições de sobrevivência dos catadores de lixo da capital federal.

“O volume de papel recolhido em Brasília para reciclagem é grande. Apenas uma empresa, a Novo Rio, adquire mensalmente 60 mil toneladas. O papel

branco é o mais procurado e, nesse aspecto, Brasília se destaca de outros centros urbanos: seu lixo é intensamente rico nesse tipo de material. Independentemente [...], o mercado do papel usado constitui um importante elo de ligação entre o mundo da Brasília capital e o da Brasília dos excluídos de rua” (BURSZTYN e ARAÚJO, 1997).

Mas quais são os benefícios e custos econômicos dessa atividade? As famílias extraem do lixo papel e papelão de diversos tipos, garrafas, plásticos, latas e cobre. “O que dá maior volume e renda é o papel. O branco é o mais valorizado, sendo vendido a R\$ 0,08 o quilo. O ‘misto’, vale bem menos: R\$ 0,02. O alumínio e o plástico rendem R\$ 0,30 o quilo. Pelo papelão pode-se obter R\$ 0,05 por quilo” (BURSZTYN e ARAÚJO, 1997). Logicamente, essa atividade tem gerado benefício financeiro para as famílias de catadores e atravessadores de parte do lixo urbano gerado pelos moradores da capital federal. Concomitantemente, essa atividade gera também custos para a sociedade, sobretudo para o Governo do Distrito Federal (Figura 7).

Figura 7 – Custo econômico do lixo em Brasília

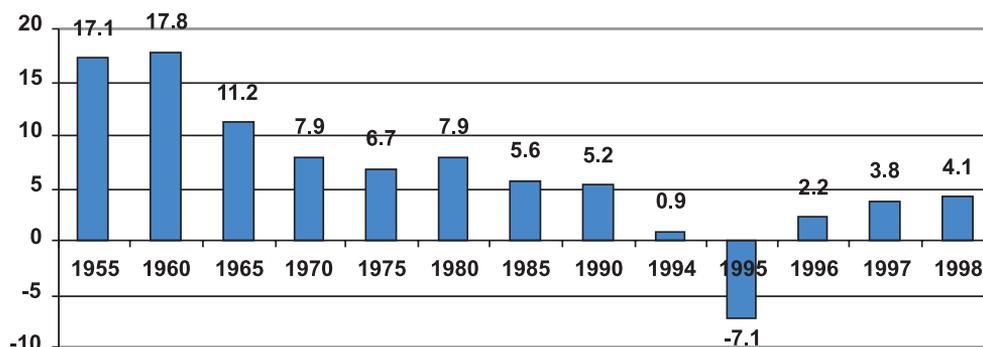


Outro custo imputado ao meio ambiente que se espalha por toda a sociedade é o custo econômico da água, especialmente da água usada para irrigação. Do total da água consumida no Brasil, 65% tem uso consuntivo para irrigação, isto é, parte da água consumida não retorna ao seu manancial de origem, reduzindo assim a disponibilidade do recurso hídrico. O custo ambiental desse recurso refere-se aos produtos que são usados na agricultura irrigada e que são fatores de poluição hídrica tais como pesticidas e adubos químicos, os quais contaminam não somente as águas superficiais, mas também as águas subterrâneas.

Além disso, o custo econômico ambiental mais significativo relaciona-se ao preço do recurso água. A fim de disciplinar o uso do recurso água, foi editada a Lei n. 9.433, de

8 de janeiro de 1997, a qual instituiu o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que reconhece que a água tem valores social, econômico e ambiental e define critérios de outorga e cobrança pelo direito de uso de recursos hídricos. Essa norma visa, principalmente, estabelecer limites para os usos e preços da água no Brasil. No caso da água utilizada para irrigação, as taxas de crescimento de uso intensivo desse recurso atingiram patamares relevantes, que oscilaram entre 17,1% em 1955 e 5,2% em 1990 (Figura 8).

Figura 8 – Taxas de crescimento da área irrigada no Brasil no período de 1955 a 1998.



Fonte: Adaptado a partir de CHRISTOFIDIS, 1999.

Quanto custa os vazamentos de óleo na costa brasileira? Esses danos representam impactos para os ecossistemas costeiro e marinho, danos para as atividades econômicas, que exploram o comércio, e para os seres humanos, que sobrevivem de recursos marinhos. Diversos desastres ecológicos têm sido registrados no Brasil, porém, neste texto, apresenta-se somente os principais que aconteceram no ano 2000 (Quadro 1). É importante salientar que já tinha sido editada a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispondo sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Quadro 1: Principais vazamentos de óleo ocorridos no Brasil no ano 2000

DATA	HISTÓRICO
18/01/2000	Um duto da Petrobrás que liga a Refinaria Duque de Caxias ao terminal da Ilha d'Água provocou o derramamento de 1,3 milhão de litros de óleo na Baía de Guanabara. O impacto estendeu-se por 40 quilômetros quadrados.
28/01/2000	Um duto da Petrobrás que liga Cubatão a São Bernardo do Campo se rompeu provocando o vazamento de 200 litros de óleo. O acidente ameaçou contaminar as nascentes do rio Cubatão.
17/02/2000	Acidente na refinaria da Petrobrás em São José dos Campos provocou o vazamento de 500 litros de óleo, ameaçando as águas do rio Paraíba do Sul.
11/03/2000	Um vazamento de aproximadamente 18 mil litros de óleo no litoral gaúcho – em Tramandaí – provocou uma mancha de três quilômetros na praia de Jardim do Éden.

16/03/2000	Um dos navios da Frota Nacional de Petróleo – o Petroleiro Mafra – derramou 7.250 litros de óleo no canal de São Sebastião, litoral de São Paulo. A Cia. de Tecnologia de Saneamento Ambiental (Cetesb) multou a Petrobrás em R\$ 92,7 mil.
26/06/2000	O navio Cantagalo, que presta serviço para a Petrobrás, derramou 380 litros de combustível, próximo à Baía de Guanabara.
16/07/2000	Uma ruptura na tubulação da Refinaria Presidente Getúlio Vargas ocasionou o derramamento de quatro milhões de litros de óleo nos rios Barigüi e Iguaçú no Estado do Paraná.
23/09/2000	Um trem da Cia. América Latina Logística descarrilou derramando quatro mil litros de combustível no córrego Caninana.

O fluxo dos serviços que os ecossistemas mundiais prestam para a economia foi calculado por Costanza et al. (1997), atingindo a cifra de 33 trilhões de dólares, sendo que a reciclagem de nutrientes contribui com 17 trilhões de dólares. Os demais valores correspondem aos recursos genéticos, fluxos de matérias-primas, regulação do clima e controle de erosão.

Diversos trabalhos têm sido realizados com o objetivo de estimar o fluxo de benefícios dos ativos da natureza. Mota (2000) realizou duas pesquisas para estimar a disposição a pagar dos freqüentadores do Parque Nacional de Brasília “Água Mineral” e do Pólo Ecológico de Brasília “Jardim Zoológico”. Métodos especiais foram utilizados nesses trabalhos com a finalidade de estimar o volume de benefícios auferidos pelas famílias que freqüentam esses locais. Os benefícios dos freqüentadores da “Água Mineral” atingiu a cifra de R\$ 1,8 milhão por ano e dos freqüentadores do “Jardim Zoológico” de Brasília, a cifra de R\$ 831 mil por ano.

Recentemente, Santana e Mota (2004) estimaram o valor de existência do Parque Nacional do Jaú/Amazonas com o uso da técnica de valoração contingente, por meio da aplicação de um *survey* eliciado a partir da opinião dos bolsistas de pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), os quais se declararam dispostos a pagar R\$ 2,12 *per capita* por bolsista/mês, o que representa, por ano, R\$ 197.796, e R\$ 1,0 milhão para todo o sistema de incentivo à pesquisa patrocinado pelo CNPq. Esses montantes representam valores de benefícios ou excedentes que os pesquisadores do CNPq se propõem a pagar periodicamente pela existência do Parque Nacional do Jaú.

Métodos de valoração de danos ambientais

O termo dano ambiental refere-se a um prejuízo material ou moral causado a alguém, a um terceiro, ou ao meio ambiente natural, em decorrência de um fato ou ato cometido por outrem. Esse ato pode ser uma atividade econômica degradadora, um vandalismo cometido por um ser humano, uma falha na implementação de uma política pública ou, ainda, uma atitude humana corriqueira.

A contaminação do meio ambiente acarreta perdas para os entes da natureza, atividades econômicas e manutenção ou melhoria do bem-estar humano, pois ocorrem modificações no processo produtivo, na saúde humana, alterações no habitat natural, na vegetação, no clima, na qualidade do ar, na vida animal, nos monumentos históricos e nas demais belezas da natureza.

Os danos ambientais dão origem aos impactos (cujos efeitos recaem sobre o meio ambiente natural, os quais modificam a cadeia alimentar da natureza e os valores hedônicos do capital natural) e às externalidades (cujos efeitos positivos ou negativos recaem sobre os seres humanos, melhorando ou piorando os seus bem-estares).

Os métodos de valoração podem ser classificados em: a) métodos que se baseiam no mercado de bens substitutos (métodos do custo de recuperação e/ou reposição, método do custo de controle e o método do custo de oportunidade); b) métodos de preferência revelada (métodos do custo de viagem e de preço hedônico); c) métodos de preferência declarada (métodos de valoração contingente e de *conjoint analysis*); e d) método de função efeito (que relaciona causa e efeito de fenômenos ambientais por meio de uma função dose-resposta).

Métodos baseados no mercado de bens substitutos

O mercado é um local onde há uma constante interação de desejos e necessidades dos produtores (que buscam maximizar lucros) e dos consumidores (que maximizam bem-estar). Concomitantemente, outros entes influenciam a tomada de decisão no mercado, tais como o Estado (representado pelos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, os quais têm a incumbência de gerir os negócios do país, promover a justiça social e legislar para a defesa do bem comum, respectivamente) e as organizações do terceiro setor, que têm desempenhado um papel importante em defesa das diversas formas de vida na Terra. Além do que, essas organizações têm contribuído com informações que os agentes de mercado usam em suas tomadas de decisão. Porém, muitos ativos da natureza não têm cotação nos mercados tradicionais, por isso é necessário estimar os preços desses recursos por meio de técnicas de mercado de bens substitutos.

Os bens substitutos são representados por aqueles que, havendo um aumento no preço de um bem, acarreta um aumento na demanda de um outro bem, dito substituto. A analogia com os mercados de bens substitutos facilita a estimação, de forma simples e objetiva, do preço do dano ambiental, pois se entende que ao se consumir o bem substituto, o consumidor não perde bem-estar em relação ao bem consumido anteriormente.

Método do custo de recuperação e/ou custo de reposição

O método de custo de recuperação é representado pelo custo de restauração de parte de um ativo/serviço natural que foi degradado. Assim, $C_r = \sum_{i=1}^n I_i$, em que C_r é o custo de reparação e I_i são os investimentos a preços do mercado de bens substitutos.

O método do custo de reposição refere-se ao custo atribuído ao degradador, cuja finalidade é repor no todo o custo total de recomposição do ativo/serviço natural degradado. De maneira simples, pode-se dizer que é o gasto realizado pelos usuários com um ativo/serviço natural substituto, de modo que este possa prover-lhe com um nível de utilidade semelhante ao ativo/serviço natural que foi degradado. Assim, $C_R = \sum_{i=1}^n I_i$, em que C_R é o custo de recomposição do ativo degradado e I_i são os investimentos a preços do mercado de bens substitutos.

Como o ente natural não tem preço cotado pelo mercado, recorre-se ao mercado de ativos substitutos, o qual pode ser aproximado por uma pesquisa com o uso da técnica *Delphi*. A técnica *Delphi* foi desenvolvida no início dos anos 1950, pela Rand Corporation, patrocinada pela Força Aérea Americana, para projetar cenários relacionados à defesa nacional. O método é eficaz para a aglutinação de informações sobre um determinado tema, pois permite coletar dados e informações divergentes de vários especialistas, mesmo que estejam dispersos territorialmente. Diversas áreas do conhecimento humano têm experimentado o uso de *Delphi* para resolver problemas, pois a técnica é um instrumento de comunicação e tem ampla aplicação na coleta de dados e informações sobre temas e problemas do meio ambiente, tais como ordenação de escolhas públicas para projetos ambientais; análise de prioridades ambientais; avaliação de ativos e serviços da natureza com base no consenso de especialistas; e simulação de eventos ambientais (MOTA, 2000).

Método do custo de controle

O método do custo de controle ou do custo evitado refere-se ao custo incorrido pelos usuários, *a priori*, para evitar a perda de capital natural. É o custo de investimento, cuja finalidade é melhorar a capacidade de resposta dos ativos naturais em decorrência dos efeitos da degradação, refletindo o investimento que deve ser feito no presente a fim de que possa ser garantido o bem-estar para as próximas gerações. Assim, $C_c = \sum_{i=1}^n I_i$, em que C_c é o custo de controle ambiental para o ativo natural cuja probabilidade de dano ambiental é iminente e I_i são os investimentos a preços do mercado de bens substitutos. Esse método de valoração baseia-se na premissa de que o efeito da degradação pode ser evitado mediante a intervenção no presente, de modo que os futuros danos possam ser mitigados e estimados.

Método do custo de oportunidade

O método do custo de oportunidade refere-se ao custo do uso alternativo do ativo natural, sinalizando que o preço do recurso natural pode ser estimado a partir do uso da área não-degradada para um outro fim, econômico, social ou ambiental. A base de cálculo para o preço do dano é usada como a melhor alternativa para o uso do recurso natural, pois, além da perda de renda econômica, há também a restrição ao consumo e a privação de que outras espécies possam usufruir o recurso natural.

O método é comumente utilizado para se estimar o custo de manter a preservação ambiental, mas se o ativo é degradado, então se estima o preço do dano por meio da melhor opção econômica para o seu uso. O custo de oportunidade representa o custo de se sacrificar uma atividade econômica em prol da proteção ambiental.

Métodos de preferência revelada

Os métodos de preferência revelada baseiam-se na teoria do comportamento do consumidor, que se fundamenta nas escolhas dos consumidores nos mercados econômicos. Pode ser classificado em dois métodos distintos: o método do custo de viagem (o qual avalia o comportamento do consumidor por recreação em ativos naturais) e o método de preço hedônico (que se refere a uma curva de demanda por residências ou salários em decorrência de atributos ambientais).

O método do custo de viagem

O método do custo de viagem considera que uma quantidade de visitas feitas pelos usuários de recreação é uma função dos gastos efetuados (custo de deslocamento da família até ao local de recreação, custos com alimentação, com a permanência da família no local, compra de *souvenirs*, pagamento dos bilhetes de entrada, custo de oportunidade do tempo e demais custos de viagem), de variáveis socioeconômicas e atitudinais.

Isso permite estimar uma curva de demanda por recreação e calcular o excedente do consumidor, isto é, os ganhos auferidos pelos visitantes quando da visitação ao local. Então, o modelo de demanda assume a forma funcional $T_i = f(C_i, R_i, A_i, K_i)$, onde: T_i é a taxa de visita; C_i é o custo total da visita; R_i é a renda familiar; A_i é um conjunto de atributos ambientais; e K_i é representado por variáveis que mensuram as atitudes dos visitantes em relação ao local de recreação. Assim, a função proposta tem a forma $T_i = B_0 + B_1C_i + B_2R_i + B_3A_i + B_4K_i + e_i$, em que: T_i é a taxa de visita; B_0, B_1, B_2, B_3, B_4 são os coeficientes estimados; C_i, R_i, A_i, K_i são as variáveis consideradas no modelo; e e_i representa o erro ou resíduo do modelo.

O método de preço hedônico

O método de preço hedônico fundamenta-se nos princípios da teoria do consumidor e propõe que o preço de um ativo é uma função de um conjunto de atributos. A técnica é usada para avaliar o preço de residências e estimar salários em decorrência de diversos atributos, sejam ambientais, estruturais ou de suporte proporcionado por políticas públicas específicas.

Na área ambiental, o método proporciona estimar, por exemplo, o preço de residências com base na disposição a pagar revelada pelos consumidores a partir de uma pesquisa de questionário ou com base nos preços das residências estimadas pelo mercado imobiliário local. A variável dependente disposição a pagar é uma função de um conjunto de

características estruturais (tamanho da casa, dimensões do terreno, número de cômodos etc.), de características de políticas públicas (tais como taxa de desemprego, taxa de criminalidade, acesso aos serviços públicos etc.) e de características ambientais (como qualidade do ar, nível de barulho, acesso a áreas verdes, proximidade de agradáveis atributos naturais etc.). A função de preço hedônico tem a forma: $P_i = B_0 + B_1.E_1 + B_2.P_2^* + B_3.A_3 + \dots + e_i$, em que: P_i é o preço de disposição a pagar pela residência; B_j são os coeficientes estimados para as diversas características; E_1 é um vetor de características estruturais; P_2^* é um vetor de características de políticas públicas; A_3 é um vetor de características de qualidade ambiental e; e_i é o termo erro.

Vale observar que outras variações de preço hedônico podem ser estimadas, como, por exemplo, função hedônica para a disposição a pagar determinados salários em função de características socioeconômicas e ambientais; e a função custo de viagem hedônico, a qual permite estimar o custo de viagem em função de atributos socioeconômicos e ambientais.

Métodos de preferência declarada

Os métodos de preferência declarada baseiam-se nas preferências dos consumidores ou usuários de recursos naturais, e utilizam mecanismos de eliciar escolhas por meio de técnicas de questionários. O primeiro modelo é o método de valoração contingente, o qual propõe eliciar escolhas a partir do desenho de um mercado hipotético; e o segundo elicia preferências com base na combinação de diversos atributos socioeconômicos e ambientais.

Método de valoração contingente

O método de valoração contingente consiste em se determinar o valor da disposição a pagar declarada pelos usuários de recursos da natureza por meio de questionário, em que as pessoas revelam as suas preferências, permitindo, assim, a construção de um mercado hipotético para o recurso natural que sendo avaliado.

Os benefícios proporcionados pelos recursos da natureza são captados por intermédio da técnica de aplicação de questionário que versa sobre a disposição a pagar dos usuários para assegurar um benefício; disposição a pagar para evitar um dano; e disposição a receber em função de um dano ambiental.

O questionário de valoração contingente é composto de variáveis socioeconômicas e ambientais, as quais são usadas em um modelo microeconômico que possibilita avaliar o preço da disposição a pagar. Então, o modelo tem a forma $Dap = B_0 + B_1.S_1 + B_2.A_2 + \dots + e_i$, em que Dap representa a disposição a pagar do usuário pelo recurso natural; B representa os parâmetros estimados pelo modelo; S_1 representa as características ou variáveis socioeconômicas; A_2 representa as características ambientais e; e_i representa o erro do modelo.

Método de *conjoint analysis*

O *conjoint analysis method* ou método de análise conjunta é uma ferramenta quantitativa usada para se estimar a importância relativa que os consumidores dão a determinados atributos de bens e serviços e as utilidades associadas a esses atributos. As estatísticas de atributos são representadas por dados qualitativos, pois as suas estruturas não são organizadas numericamente.

O método de análise conjunta permite selecionar características a serem oferecidos em produtos/serviços novos ou reformulados; a estabelecer preços; a estimar as utilidades de atributos com os seus respectivos níveis de importância; ou experimentar um novo conceito de produto/serviço. A função utilidade total é expressa por:

$$U(A) = \beta_0 + \beta_1 X_1 + \beta_2 X_2 + \beta_3 X_3 + \beta_4 X_4 + \dots + \beta_n X_n, \text{ onde:}$$

$U(A)$ = modelo de utilidade total para a alternativa.

β_1 = parâmetros estimados para os atributos transformados em variáveis *dummies*.

X_i = variáveis *dummies* que representam os níveis de atributos da alternativa avaliada.

Método de função efeito

O método de função efeito refere-se à estimação de uma função dose–resposta, o qual fornece uma relação de causa e efeito de fenômenos, especialmente os relacionados ao meio ambiente. O método estabelece uma relação entre o impacto ambiental (como resposta) e alguma causa desse impacto, por exemplo, a poluição (como dose).

A técnica é usada onde a relação dose–resposta entre alguma causa de danos e efeitos ambientais são conhecidos. Por exemplo, efeitos da poluição do ar nos gastos com saúde, na taxa de mortalidade de uma cidade, no patrimônio histórico, nos ecossistemas aquáticos etc.

Referências

BURSZTYN, Marcel; ARAÚJO, Carlos Henrique. *Da utopia à exclusão: vivendo nas ruas de Brasília*. Rio de Janeiro: Garamond; Brasília: Codeplan, 1997.

CHRISTOFIDIS, Demétrius. *Recursos hídricos e irrigação no Brasil*. Brasília: Centro de Desenvolvimento Sustentável (CDS, Universidade de Brasília (UnB), 1999. Mimeografado.

COASE, Ronald. The problem of social cost. In: STAVINS, Robert N. *Economics of the environment*. 4. ed. New York: WW Norton, 2000.

COSTANZA, Robert et al. The value of the world's ecosystem services and natural capital. *Nature*, London, v. 387, 15 mayo 1997.

DARWIN, Charles. *A origem das espécies e a seleção natural*. Trad. Eduardo Fonseca. 5. ed. São Paulo: Hemus, s/d. Original inglês: *On the origin of species*. 1859.

- EHRENFELD, David. Por que atribuir um valor à biodiversidade. In: WILSON, E. O. *Biodiversidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- FISHER, Franklin M.; GRILICHES, Zvi; KAYSEN, Carl. The costs of automobile model changes since 1949. *The Journal of Political Economy*, v. 70, n. 5, oct. 1962.
- GALBRAITH, John Kenneth. O novo Estado industrial. Trad. Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 1997. Original inglês: *The new industrial State*.
- MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- MOTA, José Aroudo. Valoração do meio ambiente. In: BAHIA. Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos. Centro de Recursos Ambientais. *Quintas ambientais no CRA: síntese das palestras*. Organização e síntese José Marcos Luedy Oliveira. Salvador: CRA, 2004.
- . Economia, sustentabilidade e conflito de uso: o caso do Parque Nacional de Brasília. In: THEODORO, Suzi Huff (Org.). *Conflitos e uso sustentável dos recursos naturais*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- . *Valoração de ativos ambientais como subsídio à decisão pública*. 2000. Tese (Doutorado) – Centro de Desenvolvimento Sustentável (CDS), Universidade de Brasília (UnB), Brasília.
- NORTON, Bryan. Mercadoria, comodidade e moralidade: os limites da quantificação na avaliação da biodiversidade. In: WILSON, E. O. *Biodiversidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.
- PIGOU, Arthur C. The economics of welfare. In: NELISSEN, Nico; STRAATEN, Jan Van Der; KLINKERS, Leon. *Classics in environmental studies: an overview of classic texts in environmental studies*. Amsterdam: International Books, 1997.
- RICARDO, David. *Princípios de economia política e tributação*. Trad. Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Abril Cultural, 1982. Original inglês: *On the principles of political economy and taxation*.
- SANTANA, Ricardo Felix; MOTA, José Aroudo. *Economia e valor de existência: o Caso do Parque Nacional do Jaú (Amazonas)*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Texto para discussão n. 1008, fev. 2004.
- SANTOS, Thereza Christina Carvalho; CÂMARA, João Batista Drummond (Org.). *GEO Brasil 2002: perspectivas do meio ambiente no Brasil*. Brasília: IBAMA, 2002.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. I. Original inglês: *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*.

COMINAÇÃO ALTERNATIVA DE MULTA E INSTITUTOS DA LEI N. 9.099/95

*Leonardo Jubé de Moura**

1 Introdução

Entre os principais institutos trazidos com os Juizados Especiais Criminais figura a *transação penal*, cabível para as infrações penais de menor potencial ofensivo, cujo julgamento é da *competência do Juizado*. Outro importante instituto, diverso deste, é a *suspensão condicional do processo*, de admissibilidade mais ampla, alcançando *também* crimes de competência da Justiça comum.

A Lei n. 9.099/95, como se sabe, considera *crimes de menor potencial ofensivo* (que, somados às contravenções, constituem as referidas *infrações penais* de menor potencial ofensivo) aqueles a que lei comine *pena máxima* não superior a um ano. Sobreveio, entretanto, a Lei n. 10.259/2001, que, ao cuidar dos *Juizados Especiais Federais*, elasteceu o conceito de crimes de menor potencial ofensivo, como aqueles “a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”. Pacificou-se o entendimento, em nível doutrinário e jurisprudencial, de que a nova definição não se restringe ao âmbito da Justiça Federal, aplicando-se, também, perante a Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Já a suspensão condicional do processo não sofreu alteração com a Lei n. 10.259/2001¹. Continua regulada nos termos previstos pelo art. 89 da Lei n. 9.099/95, alcançando os crimes em que a *pena mínima* cominada for igual ou *inferior* a um ano. É o que se tem chamado de crimes de médio potencial ofensivo.

Questão ainda pendente de definição reside no enquadramento dos crimes a que se comina pena de multa, cumulativa ou alternativamente com a prisão. Vale dizer: qual a relevância da cominação alternada ou cumulada de multa, para o cabimento da transação (e competência do Juizado Especial) e da suspensão condicional do processo.

Tem merecido menor atenção a hipótese de cominação *cumulativa* de multa. É que, em tais casos, não se vem negando o cabimento dos institutos em relevo. Quer dizer, ainda que a pena *máxima* seja de dois anos e multa, tem-se aceitado tratar-se de crime de menor potencial ofensivo. A seu turno, mesmo que a pena *mínima* seja de um ano e multa, admite-se a suspensão do processo.

A cominação *alternativa* de multa, por outro lado, gera viva controvérsia, máxime em razão da Lei n. 10.259/2001, que, como visto, faz referência *expressa* à multa.

* Leonardo Jubé de Moura é membro do MPDFT e Professor da Universidade Católica de Brasília.

¹ Equivocado e isolado o entendimento de que teria havido alteração, veiculado pela decisão proferida no RHC 12.033-MS, tanto que retratado mediante embargos declaratórios.

2 Crimes de menor potencial ofensivo

Convém abordar, primeiro, o cuidar-se, ou não, de crimes de menor potencial ofensivo, com a conseqüente competência do Juizado Especial e cabimento da transação penal.

Primeira perplexidade nota-se, já, na existência mesma de infrações a que se comine pena superior a dois anos alternativamente com multa. Mas de fato as há. Citem-se, como exemplo, os crimes tipificados nos arts. 4º a 7º da Lei n. 8.137/90, arts. 34, 38, 42 da Lei n. 9.605/98, além do previsto no art. 280, *caput*, do CP. O paradoxo aumenta, ao constatar-se que o preceito secundário dos arts. 4º, 5º e 7º da referida Lei n. 8.137/90 comina pena de dois a cinco anos de detenção.

No sentido de levar-se em conta a pena privativa de liberdade, por ser a máxima, e não a multa, a lição de Damásio de Jesus², Luiz Flávio Gomes³, Paulo José da Costa Júnior⁴. Parece ser também a posição de Mirabete, ao afirmar que a expressão “até dois anos, ou multa” afasta crimes aos quais se comine pena de dois anos cumulativamente com multa.

De outro lado, aceitando a cominação alternativa de multa como apta a catalogar a infração como de menor potencial, mesmo que a pena máxima de prisão seja superior ao teto: Ada Grinover, Antônio Magalhães, Antônio Scarance (em co-autoria, inclusive com Luiz Flávio Gomes)⁵.

Em prol desta última posição, sustentam estes últimos autores que se leva “em conta o fato de que a previsão de multa, mesmo de forma alternativa, indica não ser intenção do legislador punir o crime com privação da liberdade, não o estimando como delito a ensejar maior reprovação social”.

Impressiona, ademais, argumento extraído da leitura do art. 2º da Lei dos Juizados Especiais Federais: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”. Ora, tratando-se de pena isolada de multa, a hipótese seria de *contravenção penal*, conforme definido no art. 1º do Decreto-Lei n. 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais)⁶.

Ocorre que as contravenções penais são julgadas pela Justiça Estadual, ainda que praticadas contra interesse da União (Súmula 38 do STJ). Ademais, o texto do art. 2º da Lei n. 10.259/2001 *restringe a crimes* as infrações penais de menor potencial ofensivo – “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo [...] os crimes [...]”. De modo que

² *Lei dos Juizados Especiais Criminais anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

³ *Juizados Criminais Federais: seus reflexos nos Juizados Estaduais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

⁴ *Crimes contra o consumidor*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999. p. 126.

⁵ *Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 70 e s.

⁶ A menos que se considerassem as penas aplicáveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 21 da Lei n. 9.605/98 (isolada, cumulativa ou alternativamente: multa; restritiva de direitos; prestação de serviços à comunidade). Ao que parece, no entanto, houve apenas derrogação da Lei de Introdução ao CP, no duvidoso afã de criminalizar condutas de pessoa jurídica.

– como “as leis não contêm palavras inúteis”⁷ – os crimes apenados, alternativamente, com multa seriam infrações de menor potencial ofensivo.

Pode-se objetar, ainda assim, que outra maneira de conferir sentido à expressão utilizada pela lei estaria em considerar crimes de menor potencial ofensivo apenas aqueles, cuja pena máxima seja de dois anos *ou* multa; a excluir, portanto, a cominação cumulativa de multa (dois anos *e* multa).

Tal entendimento é refutado por Luiz Flávio Gomes, enfatizando, primeiro, a vírgula utilizada no texto legal (“dois anos, ou multa”), o que afastaria esta última interpretação⁸. De qualquer forma, mesmo não sendo o emprego da vírgula, pelo texto legal, bastante para afastar esse entendimento, se lhe podem opor outras ponderações. A uma, o fato de conferir excessivo valor à pena de multa⁹. A duas, o mostrar-se a opção mais prejudicial ao réu.

Outra saída reside em reputar impropriedade do legislador o termo utilizado.

Com efeito, em hipóteses extremas cumpre afastar o dogma da sabedoria do legislador, e admitir-lhe falhas. Como diz Carlos Maximiliano: “Se de um trecho se não colige sentido apreciável para o caso, ou transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano, não se apega o julgador à letra morta”¹⁰. Da hipótese sob exame parece transparecer tal evidência.

Afinal, difícil rebater o argumento de que o critério adotado para caracterização das infrações de menor potencial ofensivo, assim na originária Lei n. 9.099/95, como na Lei n. 10.259/2001, é o da *pena máxima* em abstrato, cominada para o crime. Decorre, outrossim, da idéia mesma de *gravidade*, que somente se pode aferir, *em abstrato*, pela pena máxima cominada – reprimenda que, em tese, pode vir a ser aplicada a quem se fez incurso no tipo penal correspondente.

Daí, a melhor orientação seria a de considerar crimes de menor potencial ofensivo aqueles com pena máxima de até dois anos, independentemente da cominação de multa, cumulativa ou alternativamente.

⁷ “*Verba cum effectu, sunt accipienda*: ‘Não se presumem, na lei, palavras inúteis’. Literalmente: ‘Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia’” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. n. 307).

⁸ “Porte ilícito de drogas e de arma são crimes dos Juizados Criminais”, artigo publicado pela *internet*, disponível em: <www.anpr.org.br>. Parece questionável, com a devida vênia, o alcance vislumbrado no emprego da vírgula.

⁹ Note-se que o Código Penal, ao tratar da prescrição, não confere maior relevo à pena de multa, cominada alternativa ou cumulativamente (art. 114); bem assim o CPP, ao cuidar da fiança (art. 321, I). Mas vale enfatizar que isso diz com a pena máxima. Não faria sentido o mesmo raciocínio quando se trata de enfocar a pena mínima, já que, nesse caso, ganha importância a cominação alternativa de pena de multa, que passa a ser a mínima.

¹⁰ Op. cit., n. 308. Por outro lado, vê-se que o mesmo autor, ao cuidar especificamente do direito criminal (n. 394), pondera: “Pode haver não simples impropriedade de termos ou obscuridade de linguagem, mas também engano, lapso, na redação. Este não se presume; é de rigor seja demonstrado cabalmente. Precisa-se verificar, não só a inexatidão, mas também a causa da mesma, a fim de ficar plenamente provado o erro, ou simples descuido. Releva ponderar que no Direito Criminal não se tolera a retificação efetuada pelo intérprete, quando prejudicial ao acusado; por outro lado, é de rigor fazê-la, quando aproveite ao réu”. Ocorre que, como visto, a busca de sentido para a expressão utilizada pode redundar em prejuízo ao réu, ao excluir da competência do juizado crimes com pena máxima de dois anos cumulada com multa. Outra saída poderia ser, ao invés de considerar impropriedade do termo, cogitar de revogação do conceito legal de contravenção penal, ou intenção da lei de atrair para a Justiça Federal competência para julgar contravenções penais (o que desafiaria debate sobre sua constitucionalidade).

Vem entendendo nesse sentido o E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, como se vê, entre outros, dos seguintes julgados: 20020020094798CCP – DJU, 25 jun. 2003; 20020020089617CCP – DJU, 18 jun. 2003; 20020020097552CCP – DJU, 18 jun. 2003; 20020020074285CCP – DJU, 19 nov. 2003.

No mesmo sentido decidiu o E. STJ, no REsp 201166/SP, DJ, 22 nov. 1999, rel. min. José Arnaldo. Embora a ementa do acórdão faça alusão ao art. 89, extrai-se do inteiro teor correspondente que se tratava, na verdade, da aplicação do art. 76 da Lei n. 9.099/95 (transação penal).

A polêmica, como se vê, não está superada. Ainda assim, a orientação majoritária parece inclinar-se por considerar – para aferição da competência do Juizado Especial e cabimento da transação penal – apenas a pena privativa de liberdade, ignorando-se a multa.

3 Suspensão condicional do processo

Outra questão proposta diz com a suspensão condicional do processo. Trata-se de instituto destinado a evitar o estigma do processo e da condenação penal. Diversamente da transação penal, cuida-se de transação *processual*. Sua natureza é eminentemente processual, não atingindo diretamente o *ius puniendi* estatal (STF – Plenário – HC 77242).

Como esclarece o ministro Moreira Alves (relator do referido HC 77242), “na transação do artigo 89 o réu não admite culpa, sendo uma forma pela qual ele se defende, sem contestar a acusação, mas também sem admitir a culpa ou ver declarada a sua inocência”.

Fala-se em *sursis* processual, em paralelo com o instituto da suspensão condicional da pena (*sursis*, art. 77 do CP), com o qual não se confunde, uma vez que na suspensão da pena há processo, condenação e aplicação de pena, a qual, no entanto, permanece suspensa, não se executa. Já na suspensão do processo, o que se obsta é o próprio processo, sem juízo de culpabilidade nem imposição de pena.

Aqui, como visto, o critério legal adotado é o de verificação da *pena mínima* cominada ao crime. O art. 89 da Lei n. 9.099/95 fala em *pena mínima cominada igual ou inferior a um ano*. Nesse ponto, repita-se, *não houve alteração* com a Lei n. 10.259/2001.

Não há negar que, havendo cominação alternativa entre prisão e multa, é a multa a pena mínima. Presume-o o sistema (que pena de multa é sempre menos gravosa que qualquer privação de liberdade), não obstante eventuais opções de índole subjetiva. Parece difícil, portanto, fugir a uma lógica evidente: 1) para o cabimento da suspensão importa a pena mínima; 2) a pena de multa, cominada alternativamente com prisão, é a mínima; 3) logo, cabível a suspensão do processo.

Boa doutrina respalda esse entendimento¹¹, valendo citar Mirabete¹², Luiz Flávio Gomes¹³, Ada Grinover *et alii*¹⁴.

¹¹ Contra: COSTA JÚNIOR, op. et loc. cit., citando julgado da turma recursal do MS.

¹² *Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 261 (citando acórdãos do TACrim/SP, embora também julgado do mesmo Tribunal em sentido contrário).

¹³ *Suspensão condicional do processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 212.

¹⁴ *Juizados Especiais Criminais*, cit., p. 249.

Em sentido *contrário*, o RHC 12036/MG, julgado pelo E. STJ, *DJ*, 4 fev. 2002, rel. min. Gilson Dipp, afirmando “irrelevante a previsão legal de pena pecuniária na forma alternativa ou cumulativa”. Extrai-se, contudo, do voto condutor do julgado, que o argumento não apresenta maior fundamentação, nem se mostra necessário à conclusão do *decisum*, que abordou os crimes de desacato (art. 331 – pena de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa) e tráfico de influência (art. 332 – pena de reclusão, de dois a cinco anos, e multa).

Já se viu invocar, em favor de tal orientação, que “se o legislador da Lei n. 9.099/95 não distinguiu a hipótese, é vedado ao intérprete fazê-lo” (*RT*, v. 750, p. 632)¹⁵. Ou seja, a multa alternativa seria irrelevante porque a não previu o art. 89 da Lei n. 9.099/95. Se se tratasse de valorar a cominação cumulativa de multa, seria razoável o argumento. Entretanto, o que se enfoca aqui é a cominação alternativa de multa, o que possibilita sua *aplicação isolada*. Essa a pena mínima, portanto. Ora, a lei fala em pena mínima de até um ano, isto é, qualquer que seja o mínimo legal, desde que inferior a um ano de prisão; de modo que não precisa haver expressa referência à pena de multa.

Insiste-se, ainda, em que o critério legal seria o da pena de prisão, afastando-se, então, qualquer relevância à pena de multa. *Data venia*, se se trata de apegar-se à letra da lei, é preciso leitura atenta. O texto legal fala “crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano”. Note-se bem: “*pena mínima* igual ou inferior a um ano”, não “*pena mínima de prisão* igual ou inferior a um ano”. Quer dizer: o que a lei fixa é um ano de pena máxima, abrangendo toda a escala inferior, qualquer que seja a qualidade da pena. Não há restrição à pena de prisão. Daí, nesse sentido sim, teria aplicação o brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

É certo, por outro lado, que o legislador enfocou como paradigma, para a suspensão condicional do processo, o *sursis* – suspensão condicional da pena (art. 77 do CP).

Eis, a propósito, o seguinte trecho da Exposição de Motivos da Lei n. 9.099/95, subscrita pelo deputado Michel Temer:

“Em segundo lugar, o Projeto introduz o instituto da suspensão condicional do processo, mesmo para os crimes por ele não abrangidos, em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Ou seja, na hipótese de réu primário e de pena mínima que comportaria a final a concessão de *sursis*, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor ao Juiz competente a suspensão condicional do processo [...]”.

É essa a idéia, bem anterior ao projeto, idealizada por Weber Martins Batista: evitar os percalços do processo, antecipando-lhe o resultado, sem condenação, mediante anuência do acusado. Vale dizer: já que, ao final, a hipótese provável será de *sursis*, suspendendo-se a pena, ao invés de executá-la, “será necessário levar o processo até o fim, até a declaração formal de culpa do réu?”¹⁶. Tanto assim, que se fala em “*sursis* antecipado” (Tourinho Filho).

¹⁵ MIRABETE, op. et loc. cit.

¹⁶ BATISTA, Weber M.; FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e suspensão condicional do processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. Parte III, Título I, Cap. Único.

Desse modo, poderia buscar-se lastro àquele entendimento, de ser irrelevante a previsão de pena pecuniária alternativa, no fato de o *sursis* centrar-se na pena de prisão. Afinal, o *sursis* destina-se exclusivamente à suspensão da execução de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 80 do Código Penal – “A suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa”.

Impende observar, todavia, que assim o é porque o objetivo do *sursis* é evitar o encarceramento, quando se cuida de pena corporal de curta duração, evitando-se os malefícios da prisão¹⁷. Verifica-se, inclusive, que somente cabe *sursis* quando não seja cabível a substituição por pena restritiva de direitos (art. 77, III, c/c art. 44 do CP).

Ocorre que a finalidade da suspensão condicional do processo é, insista-se, evitar o próprio processo, evitar a condenação mesma.

Nas palavras do ministro Sepúlveda Pertence (voto-vista no HC 77242): “visa evitar os inconvenientes do processo – o estigma, a distância no tempo entre o fato delituoso e a resposta penal e a economia do sistema judicial congestionado – e, conseqüentemente, a condenação e suas conseqüências igualmente deletérias para a vida futura do acusado e sua oportunidade de integração social”.

Ora, pena de multa é pena, ao lado das demais espécies de sanção penal (art. 32 do CP – as penas são: privativas de liberdade; restritivas de direitos; de multa). Pressupõe processo e condenação.

Não se pode, destarte, afastar a importância da pena de multa para a aplicação da suspensão condicional do processo. Não faria sentido prejudicar o acusado incurso em crime menos grave – tanto que comporta, em tese, pena de multa – negando-lhe a suspensão do processo. Como diz Cezar Bitencourt, “evidentemente que a suspensão do processo é a alternativa mais benéfica não só em relação à pena privativa de liberdade, mas inclusive entre as penas alternativas”¹⁸.

Se a finalidade da suspensão do processo é evitar o próprio processo, quando já se vislumbra que, em face do previsível *sursis*, não se *executará* pena privativa de liberdade; com maior razão haverá de caber quando se antevê que não haverá sequer *aplicação* de pena detentiva, independentemente de *sursis*. De ver-se que nem se cogita de negar a suspensão do processo ante a perspectiva da substituição prevista no art. 44 do CP, embora também aí não caiba *sursis*¹⁹.

4 Conclusão

À guisa de conclusão, cabe registrar que, na hipótese de cominação alternativa de multa, quando o máximo da pena de prisão cominada é superior a dois anos, é ainda

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Juizados Especiais Criminais e alternativas à pena de prisão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. Capítulo XI, no qual se citam, entre outros, Aníbal Bruno e José Cirino dos Santos.

¹⁸ Op. cit., p. 116.

¹⁹ Cf. Cezar Bitencourt e Tourinho Filho, sobre não se aplicar, para aferição do cabimento da suspensão do processo, o inciso III do art. 77 do CP, que estatui como requisito do *sursis* não ser “cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código”.

controvertida a caracterização de crime de menor potencial ofensivo, bem assim a conseqüente competência do Juizado Especial Criminal e o cabimento da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95).

A polêmica ganhou força com o advento da Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei n. 10.259/2001), cujo art. 1º, ao definir crimes de menor potencial ofensivo, faz expressa referência à multa, nestes termos: “Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”.

É possível considerar crimes de menor potencial ofensivo aqueles a que se comina pena de multa alternativamente, ainda que a pena privativa de liberdade máxima seja superior a dois anos. Tal solução, no entanto, colide com o critério centrado na pena máxima. Pode-se, por outro lado, entender que a cominação alternativa de multa não se afigura relevante. Este último entendimento vem se mostrando majoritário.

Quanto à suspensão condicional do processo, que tem por parâmetro a pena mínima, mostra-se difícil afastar seu cabimento na hipótese de cominação alternativa de multa, uma vez que esta passa a ser a sanção mínima. Nem mesmo os argumentos centrados na letra da lei podem conduzir a entendimento diverso, tanto menos a interpretação sistemática do instituto.

O ARTIGO 255 DO CÓDIGO ELEITORAL E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A VALIDADE DA RESTRIÇÃO TEMPORAL À DIVULGAÇÃO DAS PESQUISAS ELEITORAIS¹

*Marcilio Nunes Medeiros**

Introdução

Constitui tarefa difícil estabelecer limites ao direito à informação e à liberdade de imprensa, principalmente agora que o país começa a superar o período sombrio da ditadura militar, em que aqueles direitos eram o alvo preferido dos déspotas de plantão.

Entrementes, por mais paradoxal que possa parecer, é exatamente nesse atual momento de amplo exercício das liberdades públicas que se impõe o estudo das possíveis fronteiras dos direitos e garantias individuais, quando em pauta outros direitos de idêntica ou maior estatura, afinal, por motivos óbvios, essa discussão não haveria como se estabelecer em um regime totalitário, no qual a força seria a solução natural dos problemas.

Dentro desse contexto, surge uma questão que se renova a cada dois anos: até que ponto vai a liberdade dos meios de comunicação de massa ao divulgar os resultados das pesquisas eleitorais? Seria possível restringir essa divulgação em um período anterior ao pleito, como, aliás, sucede com a veiculação da propaganda eleitoral?

A solução, que segundo os críticos passaria pela inovação legislativa, para alguns até de índole constitucional, parece estar gravada em um dispositivo esquecido do Código Eleitoral ainda em vigor, qual seja, o art. 255, que vedava a divulgação, por qualquer forma, de resultados de pesquisas de intenção de voto nos quinze dias anteriores às eleições.

Diz-se “vedava” no tempo pretérito porque, embora não haja sido revogado expressamente por qualquer lei posterior, o Tribunal Superior Eleitoral, tão logo promulgada a Carta Magna de 1988, entendeu que aquele preceito não subsistia ante a nova ordem constitucional.

Semelhante exegese, que parecia prestigiar o direito à informação e a liberdade de imprensa, desprezou, todavia, os princípios democrático e da soberania da vontade popular, valores também albergados pela Constituição Federal.

E assim se afirma porque se tentou demonstrar, no presente artigo, lançando-se mão essencialmente do princípio da proporcionalidade, que a restrição temporal fixada no art. 255 do Código Eleitoral se compadece perfeitamente com a Carta Magna.

¹ Versão resumida da monografia apresentada à Universidade de Fortaleza como exigência parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito e Processo Eleitoral, sob a orientação do professor doutor Martônio Mont’Alverne Barreto Lima.

* Marcilio Nunes Medeiros é Procurador da República no Estado do Maranhão.

Nesse sentido, promoveu-se o estudo dos princípios constitucionais da liberdade de pensamento, de expressão, de informação e de comunicação social, em cotejo com o princípio democrático, tendo como enfoque a limitação temporal à divulgação das pesquisas.

Procedeu-se também ao exame da evolução histórica do tratamento conferido pelo legislador ao instituto das pesquisas eleitorais, além de se esclarecer que a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que fixou a revogação do art. 255 do Código Eleitoral pela Carta de 1988 foi tomada mediante a técnica do controle difuso de constitucionalidade, sendo passível, por esse motivo, de alteração futura, o que tornaria dispensável a *interpositio legislatoris*.

Advirta-se, finalmente, que não se abordou em ponto algum o motivo tido por alguns como primordial para a contenção temporal da veiculação de resultados de pesquisas eleitorais, que seria a possível manipulação dos dados pelos institutos de pesquisas ou mesmo uma eventual fraude por parte dos meios de comunicação ao divulgar aqueles resultados. E assim se fez pela quase impossibilidade de se comprovarem atos desse jaez, constituindo, ainda, patente leviandade fazer tais increpações sem qualquer elemento concreto.

1 As pesquisas de opinião pública

Em sentido lato, as pesquisas consistem na atividade científica que visa a extrair inferências da observação de determinados eventos ou fenômenos. Quando esses fenômenos incidem sobre a manifestação de um conjunto de pessoas diante de dada realidade, tem-se as pesquisas de opinião pública.

Delimitando-se ainda mais esse conceito ao se fixar na intenção popular em relação às eleições, chega-se às pesquisas eleitorais, que podem, assim, ser entendidas como o “segmento das pesquisas de opinião que tem o objetivo de medir as atitudes do público eleitor a respeito de sua intenção de voto em determinados candidatos ou partidos”².

Atribui-se a Delaware Watchan a primazia na utilização das pesquisas eleitorais, quando este coletou a preferência do eleitorado norte-americano anteriormente à realização das eleições presidenciais de 1824³.

O caráter científico dessas pesquisas, contudo, tal como hoje conhecemos, coincidiu com a fundação do *American Institute of Public Opinion*, por George Gallup, em 1935. No ano seguinte, novamente nas eleições presidenciais norte-americanas, ocorreu um fato que se tornaria célebre: a revista *The Literary Digest*, baseando-se em questionários respondidos por mais de 2 milhões de leitores, prevê erroneamente a vitória de Landon sobre Roosevelt, enquanto George Gallup, apoiado em métodos estatísticos, acerta com precisão o resultado das eleições, muito embora tenha se utilizado de uma amostra de apenas 3.000 eleitores⁴.

² *Guia da Associação Nacional das Empresas de Pesquisa para divulgação das pesquisas eleitorais 2004*, p. 7.

³ NUNES, Márcia Cavallari. O papel das pesquisas. In: FIGUEIREDO, Rubens. *Marketing político e persuasão eleitoral*, p. 43.

⁴ NUNES, op. cit., p. 44.

Iniciava-se aí o preponderante papel desempenhado pelas pesquisas de opinião no processo eleitoral, papel esse que vem se exacerbando até os dias atuais, sendo difícil imaginar qualquer disputa eletiva sem que estejam presentes as pesquisas de intenção de voto.

Dentre as modalidades de pesquisas de opinião, destacam-se as pesquisas qualitativas, que dizem respeito ao comportamento de determinado grupo de pessoas diante de algum objeto, sendo utilizadas principalmente para traçar estratégias de atuação, seja no campo eleitoral, seja na seara comercial; e as pesquisas quantitativas, estas mais conhecidas, porque analisam o comportamento de uma pequena parcela da população, tomando essa amostra para projetar o sentimento de todo o grupo social⁵.

Por fim, distinguem-se as pesquisas eleitorais das prévias eleitorais e das enquetes. Deveras, as enquetes, que não possuem caráter científico, constituem mera recepção da manifestação de inúmeras pessoas escolhidas aleatoriamente ou mesmo estimuladas a fornecer sua opinião sobre determinado tema, sendo comum sua realização por jornais e sítios da internet⁶. Já as prévias eleitorais são pesquisas de opinião realizadas apenas entre os filiados de determinado partido político, em momento anterior à deflagração do processo eleitoral propriamente dito, visando a aferir a intenção dos membros da agremiação sobre determinada matéria, especialmente em relação à escolha de candidatos⁷.

2 A disciplina da divulgação das pesquisas eleitorais

O primeiro diploma normativo a cuidar das pesquisas eleitorais foi justamente o Código Eleitoral de 1965⁸, ainda em vigor, que só lhe dedica, no entanto, um artigo⁹. Tal dispositivo limita-se a restringir a divulgação das pesquisas na quinzena anterior ao pleito, sem dispor, todavia, acerca da necessidade de registro prévio dos testes na Justiça Eleitoral.

Suplantado o período sombrio da ditadura militar, a Lei n. 7.508, de 4 de julho de 1986, que instituíra normas sobre propaganda eleitoral, exacerbou, em seu art. 5º, a contenção temporal prevista no Código Eleitoral, ampliando-a para os vinte e um dias anteriores às eleições. Estabeleceu também, de modo inédito, a necessidade de que os institutos de

⁵ NUNES, op. cit., p. 47-48. Doravante, ao se fazer referência às pesquisas eleitorais, estar-se-á tratando das pesquisas quantitativas, as quais são normalmente objeto de divulgação.

⁶ De modo inédito, a instrução relativa às pesquisas eleitorais para o pleito de 2004 cuida da figura das enquetes: “Art. 19. Na divulgação dos resultados de enquetes ou sondagens, deverá ser informado não se tratar de pesquisa eleitoral, nos moldes do art. 33 da Lei n. 9.504/97, mas de mero levantamento de opiniões, sem controle de amostra, o qual não utiliza método científico para sua realização, dependendo, apenas, da participação espontânea do interessado. Parágrafo único. A divulgação de resultados de enquetes ou sondagens sem o esclarecimento previsto no *caput* será considerada divulgação de pesquisa eleitoral, permitindo a aplicação das sanções previstas”.

⁷ “Prévias eleitorais. Pesquisa de opinião interna dos partidos. Realização antes de 5 de julho. Possibilidade. 1. Os partidos políticos podem realizar, entre seus filiados, as chamadas prévias eleitorais, destinadas a buscar orientação e fixar diretrizes, inclusive sobre escolha de candidatos. 2. A eventual divulgação, pelos veículos de comunicação, dos resultados da consulta interna não caracteriza, em princípio, propaganda eleitoral antecipada” (TSE, Res. n. 20.816-DF, j. em 19.6.2001, Rel. Min. Fernando Neves, *DJ* de 12 jul. 2001, p. 10). No mesmo sentido: TSE, MS n. 2.163-PR, j. em 1º.3.1994, Rel. Min. José Cândido de Carvalho, *DJ* de 20 maio 1994, p. 19321).

⁸ PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*, p. 267.

⁹ “Art. 255. Nos 15 (quinze) dias anteriores ao pleito é proibida a divulgação, por qualquer forma, de resultados de prévias ou testes pré-eleitorais.”

pesquisas de opinião franqueassem os resultados, os métodos de trabalho e as fontes financiadoras aos partidos com candidatos registrados ao pleito.

Visando a disciplinar as eleições municipais que se realizariam em 15 de novembro de 1988, sobreveio a Lei n. 7.664, de 29 de junho de 1988, que, em seu art. 26, § 1º, intensificando ainda mais o rigor temporal, vedou a veiculação de pesquisas a partir de 14 de outubro daquele ano, um mês anterior ao pleito, portanto. Além disso, ampliou sensivelmente os dados obrigatórios que deveriam constar das pesquisas e inaugurou a responsabilidade penal dos infratores às normas disciplinadoras das pesquisas, até hoje em vigor¹⁰.

Para normatizar as eleições presidenciais de 15 de novembro de 1989, foi editada a Lei n. 7.773, de 8 de junho de 1989, que, a par de alargar as informações postas à disposição dos partidos políticos com candidatos registrados, repetiu a proscrição à divulgação das pesquisas no mês anterior ao pleito, além de vedar, no dia da eleição, quaisquer noticiários de rádio e televisão acerca de candidatos ou comportamento de eleitores.

Para as eleições que se realizariam em 1990, não houve a edição de lei específica visando à sua disciplina, que acabou sendo estabelecida por meio das famosas resoluções do Tribunal Superior Eleitoral. Cuidando do tema da propaganda eleitoral, a Resolução n. 16.402, de 17 de abril de 1990, limitou-se, em seu art. 5º, a reproduzir quase literalmente os termos do art. 26 da Lei n. 7.773/89, salvo no que diz respeito à fixação de prazo para a divulgação das pesquisas, que dali em diante passou a não ser mais prevista nas leis reguladoras das eleições.

Para as eleições municipais de 1992, adveio a Lei n. 8.214, de 24 de julho de 1991, que, em seu art. 32, trouxe a inovação da necessidade do registro prévio da pesquisa na Justiça Eleitoral.

Editada a Lei n. 8.713, em 30 de setembro de 1993, disciplinando as eleições gerais de 3 de outubro de 1994, esta dedicou um capítulo específico para as pesquisas eleitorais, inovando quanto à cominação de multa para os transgressores de suas normas e propiciando o acesso dos partidos políticos ao sistema interno de controle dos institutos de pesquisas.

As eleições municipais de 1996 foram reguladas pela Lei n. 9.100, de 29 de setembro de 1995, que, prosseguindo na ampliação do rol de exigências, disciplinou, em seus arts. 48 e 49, a realização das pesquisas eleitorais.

Buscando eliminar a edição de leis casuísticas a reger cada pleito que se realizava, foi editada a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, que chegou assim com ares de permanência. Esse diploma normativo trata especificamente das pesquisas eleitorais em seus arts. 33 a 35, sendo a disciplina atualmente em vigor sobre a matéria.

Analisando-se a evolução do tratamento legislativo conferido às pesquisas eleitorais, percebe-se que a abertura do regime democrático, com a realização constante de eleições diretas, coincidiu exatamente com o incremento da influência dos meios de

¹⁰ A responsabilidade penal vinha estipulada na remissão feita ao art. 322 do Código Eleitoral, atualmente substituído pelo tipo penal do art. 33, § 4º, da Lei n. 9.504/97.

comunicação de massa sobre a consciência popular, o que justifica a exacerbação dos requisitos exigidos para a produção das pesquisas eleitorais.

A essa intensificação não correspondeu, todavia, a manutenção da restrição temporal à divulgação das pesquisas. Deveras, essa contenção, que principiou com a quinzena anterior ao pleito, passou a vinte e um dias, culminando com todo um mês, foi abruptamente suprimida justamente quando se revestia progressivamente a atividade de realização de pesquisas de uma série de exigências.

Tais circunstâncias traduzem verdadeiro paradoxo: enquanto se toma paulatinamente consciência da potencial influência das pesquisas sobre o eleitorado, tanto assim que se cerca esses testes de inúmeros requisitos, a par de colocá-los sob a constante vigilância dos partidos políticos, por outro lado, é esquecido o fato de que esse impacto se torna tanto maior quanto mais se aproximam as eleições.

Interessante peculiaridade, por outro lado, reside no inexplicável entendimento do Tribunal Superior Eleitoral de que o registro prévio da pesquisa, com a menção às informações relacionadas no art. 33 da Lei n. 9.504/97, somente constitui requisito para a sua realização, não se exigindo, porém, sua divulgação, o que rende ensejo à manipulação desse mecanismo de aferição da tendência do eleitorado¹¹.

Ora, ou é despiciendo o registro se não houver a divulgação, ou, se é de se exigir esse registro, que se exija igualmente a divulgação, pois, caso contrário, o registro seria inútil, uma vez que, sem divulgação, nenhum impacto sofrerão as eleições¹².

Outro aspecto importante consiste na definição da data a partir da qual passa a ser exigido o registro da pesquisa. Conforme se pode perceber da legislação pretérita sobre a matéria, a partir da edição da Lei n. 8.713/93, houve sempre previsão expressa desse período, o que não veio a ocorrer com a atual Lei n. 9.504/97, que não dispõe acerca do *dies a quo* para o registro das pesquisas.

¹¹ “Pesquisas pré-eleitorais. Divulgação. As pesquisas eleitorais, cujas informações se encontrem regularmente registradas, poderão ser divulgadas até a data das eleições. Resolução n. 20101, art. 4º. Inexiste, entretanto, obrigatoriedade dessa divulgação” (TSE, Res. n. 20.258-DF, j. em 30.6.1998, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 10 ago. 1998, p. 219). Essa orientação foi novamente seguida para o pleito de 2004, conforme se percebe do art. 2º da Res. n. 21.576, de 2 de dezembro de 2003, do Tribunal Superior Eleitoral.

¹² No ponto, vale conferir a posição de Olivar Coneglian. Indaga o autor: “Feito o pedido de registro de uma pesquisa, a sua divulgação se torna obrigatória? A resposta é: não. Um partido, ou candidato, ou coligação, ou empresa, pode encomendar uma pesquisa com o intuito de divulgá-la. Para isso, o instituto que a vai realizar procede ao pedido de registro e obedece a todo o caminho para isso. Realizada a pesquisa, aquele que a encomendou acha prudente não divulgá-la. Nesse caso, não se sente obrigado à divulgação, não havendo nenhuma sanção para isso” (*Propaganda eleitoral*, p. 137). Ocorre que antes afirmara o autor: “A pesquisa pode ser de uso interno, ou seja, para uso de cada partido ou de cada pessoa ou organismo que a mandou realizar, não se destinando à divulgação. É a pesquisa para dar à pessoa ou organismo uma diretriz, uma informação, e para comandar ou estabelecer estratégias de ‘marketing’ político. Esse tipo de pesquisa é livre, não necessita de registro, não interessa à Justiça Eleitoral” (op. cit., p. 135). Ora, ou se trata de pesquisa de uso interno e então nada há realmente a registrar, ou a pesquisa se destina à divulgação e então obriga-se ao registro e à posterior publicação. O que se mostra incongruente é admitir a existência de pesquisa previamente destinada a uso interno e outras só posteriormente destinadas a esse fim, ao sabor dos resultados. Em outras palavras, se o candidato que contratou a pesquisa conseguir números satisfatórios, segundo sua conveniência, divulguem-se os resultados; caso contrário, arquivem-se os dados. Para as eleições de 2004, inovou-se com a salutar, porém ainda não ideal, previsão do art. 5º da Res. TSE n. 21.576, de 2 de dezembro de 2003: “Art. 5º O resultado das pesquisas eleitorais registradas deve ser depositado no cartório eleitoral, ainda que não seja divulgado, onde permanecerá à disposição dos interessados”.

Nas eleições de 1998 e 2000, as primeiras realizadas sob a égide da Lei n. 9.504/97, o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu, seguindo o que vinha sendo estipulado nas leis anteriores, o prazo de seis meses dentro do qual seria imprescindível o citado registro¹³. No pleito de 2002, todavia, alterando seu posicionamento anterior, o TSE alargou aquele prazo, passando a exigir o registro já a partir de 1º de janeiro do ano das eleições¹⁴.

Antes de tudo, é de se discutir a validade desse vaivém de interpretação, ante a sua ausência de fundamentação. Com efeito, tomado esse tipo de decisão na regulamentação das eleições, em que imperaria um suposto juízo de conveniência e oportunidade do TSE, não se divisa qualquer espécie de justificativa para a adoção cabalística da data de 1º de janeiro, sendo de supor-se que a distensão temporal decorre da constante e cada vez maior influência dos resultados das pesquisas sobre o eleitorado¹⁵.

É bem verdade que à época em que o TSE estipulou pela primeira vez o lapso de seis meses dentro do qual seria exigido o registro das pesquisas, houve irresignação contra essa decisão, sob o razoável argumento de que a ausência de definição legal denotaria a intenção do legislador no sentido de que todas as pesquisas com fins eleitorais estariam sujeitas a registro na Justiça Eleitoral. Afastando, todavia, a impugnação, o TSE decidiu que os seis meses anteriores ao pleito constituiriam “prazo suficiente para evitar que a utilização indevida das pesquisas venha a influenciar a vontade popular de modo a macular a lisura das eleições”¹⁶.

Como se depreende, tanto o legislador como o Tribunal Superior Eleitoral têm plena consciência do forte poder que a divulgação das pesquisas eleitorais exerce sobre a consciência do eleitor, tanto assim que o primeiro cercou esse mecanismo de aferição da intenção de voto de uma série de restrições, e o segundo, em várias oportunidades, vem impingindo maiores condicionamentos ao instituto das pesquisas eleitorais.

3 As pesquisas eleitorais e sua influência sobre a vontade do eleitor

Já se tornou praticamente parte da consciência geral a forte influência que os resultados das pesquisas eleitorais exercem sobre o eleitorado¹⁷.

De feito, a vertiginosidade e a abundância de informações do mundo moderno, aliadas à conhecida instabilidade do comportamento das massas, favorecem sensivelmente a que a opinião pública oscile conforme o vaivém dos números das pesquisas.

Quanto ao primeiro aspecto – a quantidade extraordinária de informações transmitidas pelos *media* – percebe-se que os meios de comunicação de massa contentam-

¹³ Art. 1º da Res. n. 20.101, de 26 de fevereiro de 1998, e art. 2º da Res. n. 20.950, de 13 de dezembro de 2001.

¹⁴ Essa exigência foi mantida para as eleições de 2004, segundo se extrai do art. 2º da Res. n. 21.576, de 2 de dezembro de 2003.

¹⁵ Ausente norma legal a definir o assunto, impunha-se a aplicação da analogia, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, obviamente de modo fundamentado, conforme imperativo constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal).

¹⁶ TSE, Resolução n. 20.150-DF, j. em 2.4.1998, Rel. Min. Eduardo Alckmin, *DJ* de 24 abr. 1998, p. 57.

¹⁷ Para uma visão geral da discussão acerca da influência das pesquisas de opinião, confira-se: ALMEIDA, Alberto Carlos. *Como são feitas as pesquisas eleitorais e de opinião*, p. 26 et seq.

se em lançar índices, números, dados, registros, sem se preocupar, entretanto, em estabelecer debates mais aprofundados sobre os problemas da sociedade, acabando por transformar o telespectador em mero receptáculo de informações.

Já em relação ao segundo ponto – a instabilidade da opinião pública –, Morris Ginsberg chega mesmo a comparar o comportamento desta com o conjunto de reações próprio das multidões. Acentua o sociólogo que uma série de tendências emocionais reduz a faculdade crítica dos indivíduos, os quais ficam destituídos momentaneamente de suas características e idiossincrasias¹⁸.

Não se está aqui obviamente a sustentar a irracionalidade crônica da opinião pública, a qual, quando representada pelo corpo votante, constitui meio e fim últimos da democracia, porém apenas se está advertindo que o conjunto indefinido de pessoas recebe maior influxo de elementos externos do que os indivíduos tomados isoladamente.

Para ilustrar essa oscilação no modo de pensar, basta imaginar o desamparado eleitor à frente do televisor transmitindo noticiário que o bombardeia das mais diversas informações, em ritmo alucinante, e, em meio a tudo, abre espaço – não sem antes utilizar-se de manchetes sensacionalistas obviamente – para veicular os números das últimas pesquisas eleitorais provenientes dos mais variados institutos.

Na verdade, posto que o meio de comunicação não atue de modo a conferir tratamento favorável a algum candidato, jamais deixará ele de exercer efeitos tendenciosos sobre a vontade do eleitor, haja vista que o espetáculo, no mínimo, consistirá na própria existência da pesquisa, como se esta fosse realidade própria inteiramente divorciada do processo eleitoral que lhe é subjacente.

Ante essa argumentação, parece restar clara a influência – na maioria dos casos danosa – que a divulgação sem limites de pesquisas eleitorais exerce sobre o processo democrático.

Essa conclusão, além de ter sido acolhida pelo mesmo Tribunal Superior Eleitoral que entendeu pela incompatibilidade do art. 255 do Código Eleitoral com a Carta Magna¹⁹, também foi extraída pelos estudiosos²⁰.

Aliás, e em conclusão, não fosse justamente essa influência, nada mais justificaria cercar esse instrumento de aferição da tendência do eleitorado de todo um feixe complexo de requisitos e elementos indispensáveis à sua regular veiculação, conforme se denota do art. 33 da Lei n. 9.504/97²¹.

¹⁸ GINSBERG, M. *Psicologia da sociedade*, p. 143.

¹⁹ “A divulgação de pesquisas eleitorais deve ser feita de forma responsável devido à repercussão que causa no pleito, a fim de que sejam resguardados a legitimidade e o equilíbrio da disputa eleitoral” (TSE, REsp n. 19.872-AC, j. em 29.8.2002, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 20 set. 2002, p. 208).

²⁰ GASPARETTO, Agenor. *Pesquisas eleitorais: informação e propaganda*.

²¹ Interessante dispositivo encontra-se no art. 242 do Código Eleitoral: “A propaganda, qualquer que seja a sua forma ou modalidade, mencionará sempre a legenda partidária e só poderá ser feita em língua nacional, não devendo empregar meios publicitários destinados a criar, artificialmente, na opinião pública, estados mentais, emocionais ou passionais”. Esse preceito reflete a preocupação válida do legislador em manter a vontade do eleitor indene de fatores externos criados artificialmente. Mais curioso é perceber que o Tribunal Superior Eleitoral, já sob a égide da Carta Magna de 1988, entendeu que esse dispositivo havia sido recepcionado, ao contrário do que ocorre com o art. 255 (TSE, MS n. 1.329-PR, j. em 1º.10.1990, Rel. Célio Borja, DJ de 19 dez. 1990, p. 15559).

4 As pesquisas eleitorais e os princípios constitucionais da liberdade de pensamento, expressão, informação e comunicação social

O pensamento comum acerca da restrição à divulgação de pesquisas eleitorais atrai para sua disciplina, de logo, os preceitos dos arts. 5º, incisos IV, IX e XIV, e 220 da Constituição Federal.

Tais dispositivos encerram uma série de garantias e princípios envolvendo conceitos que nem sempre se mostram bem apreendidos, daí por que a relevância de tentar defini-los, distinguindo aqueles que são realmente pertinentes à matéria em estudo.

Primeiramente, pode-se cogitar na existência de uma liberdade de pensamento pura e simples, reveladora de um modo interno de pensar²². Tal direito, como atributo da racionalidade humana, assume caráter inalienável e não interessa ao estudo do Direito, porquanto não se encontra ligado a qualquer atividade do mundo exterior²³.

O interesse jurídico principia com a exteriorização desse modo íntimo de pensar. Tem-se agora a liberdade de manifestação do pensamento ou liberdade de expressão, entendida como a ação de levar ao conhecimento de outrem as convicções próprias do indivíduo. Nesse caso, tem aplicabilidade o inciso IV do art. 5º da Constituição, que garante a manifestação do pensamento, vedando, todavia, o anonimato.

Já o direito à informação, tratado no inciso XIV do art. 5º da Constituição, não tem por objeto de tutela a convicção, opinião ou pensamento do indivíduo, senão a veiculação de notícias²⁴. Assim sendo, a informação, como o próprio nome está a revelar, pressupõe a veracidade de seu conteúdo, pois não se pode admitir que o receptor esteja realmente informado a partir de dados intrinsecamente falsos²⁵.

Por outro lado, o direito de comunicação²⁶, previsto no inciso IX do art. 5º da Carta Magna, a par de se encontrar no tópico relativo aos direitos e garantias fundamentais, vem a ser complementado pela liberdade de comunicação social, estabelecida no art. 220 da Constituição.

A tutela do direito de comunicação social não faz distinção entre a manifestação do pensamento e a veiculação da informação, sendo palco do exercício de inúmeros outros direitos, tendo apenas em comum o fato de serem transmitidos pelos meios de comunicação social²⁷.

²² Manoel Gonçalves Ferreira Filho denomina-a liberdade de consciência (*Curso de direito constitucional*, p. 290), enquanto José Afonso da Silva prefere dizer que se trata do aspecto interno da liberdade de opinião (*Curso de direito constitucional positivo*, p. 244).

²³ CRETELLA JUNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*, p. 190. No mesmo sentido, FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão*, p. 45.

²⁴ FONTES JUNIOR, op. cit., p. 47.

²⁵ Válido, no ponto, lembrar a atuação de Orson Welles em outubro de 1938, quando, sob o manto da veiculação de programa de notícias, narrou trechos do livro *A guerra dos mundos*, do escritor inglês H. G. Wells, sobre uma fictícia invasão de marcianos. Acreditando que esses fatos eram verdadeiros, inúmeros americanos entraram em desespero, chegando o episódio a ceifar algumas pessoas. Semelhante episódio revela simples manifestação da liberdade artística, ligada ao direito de comunicação e não ao direito à informação.

²⁶ Esse direito de comunicação não se exterioriza apenas mediante a difusão de convicções (atividade intelectual) ou informação, mas aglutina todas as formas de expressão humana, seja pela atividade artística, cultural etc.

²⁷ FONTES JUNIOR, op. cit., p. 54-55.

É lícito afirmar, assim, pensando-se, por exemplo, na programação de uma emissora de televisão, que esta traz manifestação da liberdade de informação (na veiculação de programas noticiosos), da liberdade religiosa (por meio da transmissão da pregação de pastores ou irradiação de missas e cultos religiosos), da liberdade de expressão artística (com a difusão de filmes e novelas) etc.

No que diz respeito ao objeto do presente estudo, conclui-se que a pesquisa eleitoral, como fato acontecido no mundo exterior, liga-se ao direito à informação, porém, quando divulgada pelos meios de comunicação de massa, passa a aceitar influxos da liberdade de comunicação social.

5 A limitação temporal da divulgação das pesquisas eleitorais e o princípio democrático

A par do lado psicológico-social sobre o qual já se discorreu, em que sucede a influência direta das pesquisas sobre o eleitorado, estas também causam efeitos indiretos sobre o processo eleitoral. Para ilustrar, pode-se supor que as pesquisas eleitorais dificultam nitidamente a capacidade dos candidatos mal colocados de arrecadar recursos financeiros, de angariar apoios políticos e de obter cobertura dos *media* sobre sua campanha²⁸, acarretando, assim, sensível prejuízo ao postulante ao cargo eletivo em disputa, além de ferir frontalmente o princípio da isonomia que deve imperar entre os candidatos.

Aliás, justamente sob o argumento de respeitar o princípio da isonomia e a conseqüente legitimidade do pleito, é que o Tribunal Superior Eleitoral vem entendendo que as inúmeras limitações impostas à propaganda eleitoral não constituem ofensa a qualquer cânone constitucional, seja o direito à informação ou as liberdades de pensamento e de comunicação social²⁹, não sendo de fácil compreensão os motivos pelos quais a lisura das eleições não foi levada em conta por esse mesmo Tribunal quando decretou a não-recepção da limitação temporal contida no art. 255 do Código Eleitoral.

Talvez, porém, a face mais perversa da influência das pesquisas sobre o processo democrático radique no chamado “voto útil”. Por esse lamentável expediente, o eleitor sufraga o nome de um dos candidatos – geralmente em número de dois – que polarizam a disputa, conforme indicam as pesquisas de opinião.

Sem olvidar que esse fenômeno é alimentado pelo baixo nível de escolaridade do povo brasileiro, o “voto útil” causa efeitos devastadores sobre o processo eleitoral. De fato, escolher um candidato ao sabor das chances que ele detém de ganhar o pleito transforma o belo embate democrático em opção puramente pragmática, principalmente quando se

²⁸ ALMEIDA, op. cit., p. 26. KUNTZ, Ronald A. *Marketing político*: manual de campanha eleitoral, p. 75.

²⁹ “As limitações impostas à veiculação de propaganda eleitoral não afetam o direito à informação e à livre manifestação do pensamento, constitucionalmente garantidos, até porque não estabelecem controle prévio sobre a matéria a ser veiculada. Vinculação, na ordem constitucional, a princípios como o da lisura e da legitimidade dos pleitos, bem como ao da isonomia entre os candidatos” (TSE, Ag. Int. no REsp n. 19.486-AC, j. em 11.10.2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 1º fev. 2002, p. 249). No mesmo sentido: TSE, EDcl. no Ag. Reg. no REsp n. 19.268-GO, j. em 12.6.2001, Rel. Min. Fernando Neves, *DJ* de 24 ago. 2001, p. 173.

sabe que a Constituição Federal adotou o sistema dos dois turnos de votação, em que o suposto “jogo político” ficaria para a etapa decisiva de votação.

Como se pode depreender desses poucos exemplos, verifica-se que a influência, direta ou indireta, da divulgação das pesquisas eleitorais, mormente no período imediatamente anterior ao pleito, não se coaduna com os ideais democráticos, na medida em que causa evidente dano ao processo eleitoral, não restando dúvidas, assim, acerca da necessidade da adoção de medidas tendentes a aplacar esses prejuízos.

Impõe-se, pois, proteger ao máximo a opinião dos eleitores de fatores artificiais externos, como aqueles provocados pelos meios de comunicação social. É certo que a vontade do eleitor é evidentemente moldada por elementos externos, mas, quanto a estes, “os verdadeiros núcleos de formação da opinião são as células sociais – a família, a vizinhança, a fábrica ou o escritório – e o seu poder germinador reside na ação recíproca das referidas células”³⁰.

Nessas condições, deduz-se que o princípio democrático somente restará preservado quando se proteger o veículo por meio do qual ele se expressa, qual seja a soberana vontade popular, como estabelece o art. 14 da Constituição Federal³¹.

6 Critérios de ponderação de interesses na constituição federal e o princípio da proporcionalidade

Assunto que vem ocupando os constitucionalistas na atualidade consiste na diferenciação entre regras e princípios e nos modos de resolução dos eventuais conflitos entre eles³².

Inicialmente, convém ressaltar que, suplantada a fase doutrinária que atribuía aos princípios função de simples pauta de integração das regras jurídicas, chegou-se ao estágio atual que confere àqueles, tanto quanto a estas, ampla densidade normativa. Abandonando-se eventuais discussões acerca das diferenças entre essas espécies de normas jurídicas, pode-se afirmar sucintamente que, de um lado, os princípios são “normas-chaves

³⁰ MANNHEIM, Karl. *Liberdade, poder e planificação democrática*, p. 182). Como observa esse autor, “é indispensável para a democracia que a opinião permaneça como poder espiritual e ao planejar a estrutura da sociedade, todos os esforços deverão ser empregados para que se mantenha o livre intercâmbio de opiniões, sem demasiada interferência e manejos artificiais. [...] A manutenção da fluidez da opinião pública a despeito da mecanização é de importância primordial numa sociedade democrática” (op. cit., p. 182).

³¹ Armando Antonio Sobreiro Neto chega a idêntica conclusão: “Do ponto de vista do interesse democrático, a verificação da tendência do eleitorado, a rigor, contribui somente na identificação dos problemas que mais preocupam o eleitor, de modo a direcionar as plataformas às expectativas do cidadão, muito embora promessas de campanha, segundo o que nos revela a história distante e recente, jamais são cumpridas integralmente. Não vejo razão para a permissão de divulgação de pesquisas até a data da eleição, como atualmente sucede. Certamente não sou voz isolada, tanto que no ‘Relatório Final’ da Comissão Temporária Interna, do Senado Federal, encarregada de estudar a reforma político partidária, a opinião majoritária, devidamente aprovada, foi favorável a alguma limitação temporal para a divulgação de pesquisas, nas palavras do relator, Senador Sérgio Machado, ‘limitação que existe em quase todas as democracias do mundo’” (*Direito eleitoral: teoria e prática*, p. 118).

³² Escapa ao objetivo do presente estudo proceder a incursões sobre as características de regras e princípios. Para uma visão geral da discussão, confira-se BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 255 et seq.; e SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607.

de todo o sistema jurídico”³³, dotados de elevado grau de generalidade e abstração³⁴, diferentemente, assim, das regras jurídicas, consistentes em “normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos”³⁵.

Especificamente sob o ponto de vista da teoria constitucional, percebe-se que as constituições modernas, preocupadas com a concretização de seus preceitos mesmo em face das crescentes mutações experimentadas pelas sociedades contemporâneas, são impregnadas de alto teor axiológico, distinguindo-se nelas a constante presença dos chamados princípios constitucionais.

Nesse contexto, sobressai evidente, na atividade hermenêutica de efetivação das normas constitucionais, o fato de que não raras vezes se depara o aplicador do Direito com recontros não só entre regras, como também entre princípios constitucionais aparentemente concorrentes. Em tais situações, diante dos estudos de Alexy e Dvorkin e à vista ainda dos princípios da supremacia constitucional e da unidade da Constituição, percebeu a doutrina a insuficiência do método tradicional de resolução de antinomias desenvolvido por Bobbio quando em conflito princípios de *status* constitucional³⁶.

Deveras, tratando-se de princípios constitucionais aparentemente colidentes, uma vez que esteja plenamente identificada essa colisão³⁷, propõe a doutrina que se adote um juízo de ponderação entre os interesses constitucionais em jogo, de modo que não se abandone completamente qualquer deles, procedendo-se apenas a uma relação de precedência condicionada, isto é, naquela hipótese específica, confere-se preponderância a um dos princípios, sem desprezar totalmente aquele outro³⁸.

Em se tratando dos direitos fundamentais albergados pela Constituição, tem-se que uma possível colisão resolve-se pelos mesmos métodos de resolução de conflitos entre princípios antagônicos, haja vista a índole eminentemente principiológica das normas que estabelecem aqueles direitos³⁹.

E é exatamente nesse campo dos direitos fundamentais que exsurge o princípio da proporcionalidade⁴⁰ como “pauta procedimental da ponderação de interesses”⁴¹.

De fato, a despeito da omissão do Texto Constitucional, vêm entendendo de modo unânime a doutrina e a jurisprudência pela existência implícita do princípio da proporcionalidade na Constituição Federal, não sendo raros os casos em que o Supremo Tribunal Federal

³³ BONAVIDES, op. cit., p. 286.

³⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 42.

³⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 181.

³⁶ SARMENTO, op. cit., p. 30-33.

³⁷ Adverte Daniel Sarmento para a idéia de que “a primeira missão do intérprete, quando se deparar com uma possível colisão entre interesses constitucionais, é tentar traçar os limites iminentes dos princípios que os consagram, para verificar se, de fato, ocorre o embate” (op. cit., p. 101-102).

³⁸ BONAVIDES, op. cit., p. 279.

³⁹ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 159.

⁴⁰ Segundo Paulo Bonavides, “a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional ocorre por via dos direitos fundamentais. É aí que ele ganha extrema importância e adquire um prestígio e difusão tão larga quanto outros princípios cardeais afins, nomeadamente o princípio da igualdade” (op. cit., p. 395).

⁴¹ SARMENTO, op. cit., p. 78.

socorre-se desse princípio para a resolução de conflitos entre normas garantidoras dos direitos fundamentais, bem assim, no que interessa especificamente ao presente estudo, no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos restritivos dos direitos fundamentais do cidadão.

Em razão da sua natureza complexa e para melhor apreendê-lo, a doutrina decompõe o princípio da proporcionalidade em três subprincípios.

O primeiro deles – a adequação, pertinência ou aptidão – significa que a medida restritiva adotada pelo Poder Público deve ser apta para atingir o fim que almeja⁴².

Pelo segundo subprincípio – a necessidade ou exigibilidade – impõe-se que a medida restritiva, para atingir o seu objetivo, deve causar o menor gravame possível aos direitos fundamentais do cidadão. Corresponde à máxima: “de dois males, deve-se optar pelo menor”⁴³.

Finalmente, sob o terceiro e último aspecto, tem-se o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual se deve proceder a uma análise da relação custo e benefício da medida adotada, isto é, “o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade”⁴⁴.

Nessas condições, apenas se pode decidir pela constitucionalidade de norma restritiva dos direitos fundamentais, quando, além dos critérios comuns de aferição da sua compatibilidade com a Constituição, lograr a dita norma aprovação no teste da proporcionalidade.

7 As decisões do Tribunal Superior Eleitoral que entenderam conflitante com a Constituição vigente a limitação temporal da divulgação das pesquisas eleitorais

Poucos dias após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os grupos jornalísticos Folha da Manhã, Rádio Panamericana S/A e Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. impetraram junto ao Tribunal Superior Eleitoral mandados de segurança visando à suspensão do art. 5º, § 1º, da Resolução n. 14.466, que vedava, nos mesmos termos do art. 26, § 1º, da Lei n. 7.664, de 29 de junho de 1988⁴⁵, a divulgação de pesquisas eleitorais nos trinta dias anteriores ao pleito.

Deferindo a segurança pleiteada, em decisões de idêntico teor, entendeu o Tribunal Superior Eleitoral que realmente a restrição ora tratada não se sustentava ante a vontade do legislador constituinte.

Analisando-se as decisões⁴⁶, porém, percebe-se que a discussão centrou-se basicamente em saber se os mandados de segurança em julgamento atacavam ou não ato

⁴² “Trata-se, em síntese, da aferição da idoneidade do ato para a consecução da finalidade perseguida pelo Estado. A análise cinge-se, assim, à existência de uma relação congruente entre meio e fim na medida examinada” (SARMENTO, op. cit., p. 87).

⁴³ BONAVIDES, op. cit., 397.

⁴⁴ SARMENTO, op. cit., p. 89.

⁴⁵ Essa lei ampliara o prazo de proibição previsto no art. 255 do Código Eleitoral.

⁴⁶ Acórdãos n. 10.305, 10.306 e 10.307, todos de 27 de outubro de 1988.

normativo em tese⁴⁷, praticamente não havendo incursão acerca da matéria de fundo, ou seja, se a limitação em exame realmente subsistia em face da nova Carta Política⁴⁸.

Com efeito, apenas um dos julgadores ateve-se à questão da compatibilidade material da restrição com a ordem constitucional, principiando por desenvolver interessante raciocínio, mas para, com o devido respeito, extrair conclusão equivocada.

Após afirmar corretamente que o art. 14, § 9º, da Constituição Federal busca a proteção da normalidade e da legitimidade das eleições contra o abuso do poder econômico e político, o ministro Aldir Passarinho salientou que “essas pesquisas poderão, de fato, influenciar o eleitorado, pois a tendência é a de ele se inclinar por aquele partido, ou por aquele candidato, que está demonstrando maiores condições de êxito”. Tal circunstância, todavia, no entender desse magistrado, não ensejaria a ilação de que todas as pesquisas eleitorais constituiriam abuso do poder econômico, daí por que se deveria analisar cada caso, não devendo ser impedida a “divulgação de pesquisas com puro intuito de informação jornalística sobre a tendência do eleitorado em determinado momento”⁴⁹.

Em verdade, o debate sobre a intenção do agente jornalístico que promove a divulgação não interessa ao deslinde da questão, sendo relevante somente na aferição do abuso de poder econômico, matéria em princípio estranha ao tema específico das pesquisas eleitorais. Deveras, esse abuso pode ocorrer tanto na divulgação irregular de pesquisas, como também quando do desvirtuamento das normas sobre arrecadação e aplicação de recursos financeiros nas campanhas eleitorais, quando de vícios na veiculação da propaganda eleitoral ou partidária, dentre outras incontáveis áreas do Direito Eleitoral.

Em todos esses casos, dispõe o legitimado do remédio constitucional da ação de impugnação de mandato eletivo (CF, art. 14, § 10), sem prejuízo da eventual aplicação das sanções previstas na disciplina de cada instituto.

O que se está a sustentar é que o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, invocado no voto do ministro Aldir Passarinho, não encontra limitações em seu campo de atuação, irradiando sobre todos os acontecimentos do processo eleitoral, sendo desnecessário, por isso, utilizá-lo para perquirir sobre a intenção do agente veiculador da pesquisa.

Na realidade, deve-se avaliar se a limitação temporal à divulgação das pesquisas eleitorais encontra ou não fundamento de validade na Constituição Federal, o que infelizmente não foi feito, ao menos de modo científico, nas decisões ora em análise⁵⁰.

⁴⁷ Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁸ Colhe-se do voto do ministro Francisco Rezek, relator do processo: “Desde logo quero anunciar que somente enfrentei problemas no estudo da preliminar: a questão de mérito me pareceu tão clara e unívoca, desde quando editado o texto da Constituição de 5 de outubro último, que à sua análise não me pareceu necessário consagrar maiores energias”.

⁴⁹ No desfecho de seu voto, o ministro Aldir Passarinho faz a seguinte advertência: “Deixo claro que, segundo meu ponto de vista, sobre a divulgação de pesquisa, não pode estar afastada a preocupação dos órgãos de fiscalização, ou dos demais interessados, para que não haja o desvirtuamento, no noticiário que deve ser o do simples propósito de informação”.

⁵⁰ A omissão do Tribunal Superior Eleitoral em desenvolver argumentação mais sólida em relação ao exame da constitucionalidade talvez decorra do fato de que os estudos acerca do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, especialmente quanto ao princípio da proporcionalidade, ainda engatinhavam à época no Brasil, o que, todavia, não justifica a omissão ora exposta.

8 Ponderação entre o princípio democrático e os princípios do direito à informação e da liberdade de comunicação social. A demonstração do desacerto do entendimento do Tribunal Superior Eleitoral

Diante do que se expôs, tem-se, de um lado, os princípios constitucionais da liberdade de informação e de comunicação social, e, de outro, a restrição temporal para a divulgação das pesquisas eleitorais, que, segundo se demonstrou, mostra-se consentânea com o princípio democrático e a soberania da vontade popular, sendo que todos esses valores agasalhados no Texto Constitucional possuem *status* de direitos fundamentais⁵¹.

Aplicando-se então o princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão, depreende-se, em primeiro lugar, que a restrição em estudo se mostra adequada para o fim a que se destina, qual seja o respeito ao princípio democrático, por meio da preservação da soberana vontade popular.

Com efeito, já se disse que a opinião pública deve permanecer indene a fatores externos criados de modo artificial, especialmente pelos *media*, como ocorre com a divulgação desenfreada de resultados de testes de intenção de voto no período imediatamente anterior ao pleito.

Sob esse aspecto, soa interessante o tratamento conferido pelo Tribunal Superior Eleitoral às chamadas pesquisas de boca de urna, ou seja, aquelas realizadas durante a votação. Exatamente para garantir a preservação da vontade popular é que aquela Corte, à míngua de qualquer previsão legal, vem entendendo historicamente que esses testes somente podem ser divulgados após o encerramento da votação⁵².

Se assim entende o TSE, é logicamente porque tem plena consciência do impacto maléfico que essa divulgação causa sobre o eleitorado. Nesses termos, parece lógico que essa influência seja nociva no dia das eleições, mas não o seja nos dias imediatamente anteriores? A resposta negativa se impõe, principalmente quando se recorda da avalanche de resultados de pesquisas veiculadas pelos telejornais noturnos na véspera dos pleitos.

No que diz respeito à segunda face do princípio da proporcionalidade – a necessidade – deve-se perquirir se a restrição temporal ora em análise ocasiona o menor gravame possível aos direitos fundamentais.

É certo o magnífico momento que vivencia o país. O povo e a imprensa podem debater os mais diversos assuntos, podem livremente tecer críticas aos governantes e demais agentes estatais, enfim, passa-se por uma fase sem precedentes na história do Brasil em relação à liberdade de informação e de comunicação social.

⁵¹ BRANCO, op. cit., p. 155.

⁵² Para o pleito de 2002, decidiu o Tribunal Superior Eleitoral: “As pesquisas de intenção de voto nas eleições presidenciais podem ser divulgadas a partir das 17 horas, horário de Brasília, nos estados em que a votação já houver se encerrado, aguardando-se, nos demais estados, em que há diferença de fuso horário, o efetivo encerramento da votação para a divulgação dessas pesquisas” (Resolução n. 21.232-DF, j. em 4.10.2002, Rel. Min. Fernando Neves, *DJ* de 9 out. 2002, p. 287). Idêntico entendimento foi adotado para as eleições de 2004, consoante se percebe do art. 18 da Resolução n. 21.576, de 2 de dezembro de 2003. Daí se pode extrair a conclusão de que o TSE tem, nesse aspecto, equiparado a divulgação das pesquisas eleitorais à realização de propaganda eleitoral, esta sim vedada, no dia da eleição, pelo art. 39, § 5º, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Por que então as pesquisas eleitorais não sofreriam outras restrições típicas da propaganda eleitoral?

Pergunta-se pois: será que a proibição para que os meios de comunicação divulguem resultados de pesquisas de intenção de voto nos quinze dias anteriores ao pleito causa sério embaraço ao exercício dos direitos fundamentais de liberdade de informação e de comunicação social?

Primeiramente, é de se notar que nenhum direito fundamental possui caráter absoluto, bastando, para tanto, relembrar que o mais sagrado deles – o direito à vida – pode ser tolhido em caso de guerra⁵³, não se podendo fazer afirmação diversa em relação ao direito de informação e à liberdade de imprensa⁵⁴.

Por semelhante motivo é que a atividade jornalística é objeto de toda uma série de condicionamentos para atender a outros valores, implícita ou explicitamente, alojados na Constituição⁵⁵. Assim, divisam-se exemplos dessas limitações na Lei de Imprensa⁵⁶, no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁷, na Lei das Rádios Comunitárias⁵⁸, além de outros casos⁵⁹.

No campo do Direito Eleitoral, então, sobram restrições aos meios de comunicação, justamente visando a respeitar a soberania da vontade popular⁶⁰. As normas relativas à propaganda eleitoral, por exemplo, estão repletas de condicionamentos, entendendo o Tribunal Superior Eleitoral que estes, mesmo não estando previstos expressamente no Texto Constitucional, não constituem ofensa ao direito de informação e à liberdade de comunicação social⁶¹.

⁵³ Cf. art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal. Nesse sentido, confira-se BRANCO, op. cit., p. 120-121.

⁵⁴ Preleciona Gilmar Ferreira Mendes: “É fácil ver, pois, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzissem limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades haveria de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedaríamos diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição” (*Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*, p. 90).

⁵⁵ Para que um direito fundamental sofra restrição, não é necessário que exista expressa previsão da Constituição nesse sentido: BARROS, op. cit., p. 162. Confira-se ainda: MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, p. 240. Especificamente em relação à liberdade de imprensa, a 1ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos contém redação que aparentemente confere caráter ilimitado a esse direito, o que não tem sido aceito pela Suprema Corte (SARMENTO, op. cit., p. 157-158).

⁵⁶ Art. 1º, § 1º, da Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

⁵⁷ Art. 143 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Nesse sentido: VIVIANI, Eralton Joaquim. *As pesquisas induzem o eleitoralo*.

⁵⁸ Art. 4º da Lei n. 9.612, de 2 de fevereiro de 1998. Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*, p. 659.

⁵⁹ Por exemplo, as severas e crescentes restrições à veiculação de propaganda de bebidas alcoólicas, cigarros, produtos medicinais, terapias e defensivos agrícolas, segundo se deduz da Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. Nesse sentido: TAVARES, op. cit., p. 674. Outro caso sintomático radica na obrigatoriedade da irradiação do programa “Voz do Brasil”, estipulada no art. 38, alínea “e”, da Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962, que, segundo a maioria dos tribunais, subsiste em face da Carta de 1988.

⁶⁰ Nesse sentido, confira-se a incisiva lição do Tribunal Superior Eleitoral, infelizmente não adotada no caso das pesquisas eleitorais: “O Tribunal Superior Eleitoral, em mais de uma oportunidade, já se manifestou no sentido de que a liberdade de imprensa, nos termos do art. 220 da Constituição Federal, não é plena, uma vez que sofre restrições, principalmente em períodos eleitorais, com o intuito de preservar o necessário equilíbrio e igualdade entre os candidatos” (TSE, Ag. Int. no Ag. Instr. n. 2.549-SP, j. em 7.8.2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 21 set. 2001, p. 165).

⁶¹ “As limitações impostas à veiculação de propaganda eleitoral não afetam o direito à informação e à livre manifestação do pensamento, constitucionalmente garantidos, até porque não estabelecem controle prévio sobre a

A própria realização dos debates, os quais propiciam a discussão de idéias, tão cara ao ideal democrático, sofre limitação no período que antecede as eleições, sem que se veja nisso qualquer eiva de inconstitucionalidade. Aliás, é interessante perceber que o Tribunal Superior Eleitoral tem restringido a realização dos debates nas quarenta e oito horas anteriores ao pleito, mediante a aplicação analógica do art. 240 do Código Eleitoral, que veda, naquele interregno, a veiculação de propaganda eleitoral⁶².

É de se pensar, todavia, o que melhor atende aos anseios do eleitor de obter elementos para a escolha de seu candidato: a realização dos debates, nos quais os candidatos dispõem de paridade de “armas”, estando, ademais, inseridos em um salutar processo dialético de troca de idéias, ou a veiculação pura e simples de dados, os quais sequer tem-se a certeza de que vão realmente se materializar?

Por outro lado, a validade do impedimento à realização da “boca de urna” também tem sido reiterada pelo Tribunal Superior Eleitoral, não obstante sua aparente contradição com o princípio constitucional da liberdade de pensamento⁶³.

Mesmo na área dos direitos políticos, o Tribunal Superior Eleitoral vem entendendo que não são válidos apenas os casos de proibição de filiação partidária previstos na Constituição Federal, a exemplo do que se passa com os magistrados⁶⁴, na medida em que já teve oportunidade de estabelecer, mais de uma vez, a plena constitucionalidade do art. 366 do Código Eleitoral, que veda a filiação partidária dos servidores da Justiça Eleitoral, a despeito do silêncio do Texto Constitucional⁶⁵.

Como se depreende, são tantas as restrições impostas a direitos fundamentais em homenagem ao princípio democrático, que a limitação temporal à divulgação das pesquisas não constitui sério e incontornável gravame a esses direitos.

Já em relação à terceira e última faceta do princípio da proporcionalidade – a proporcionalidade em sentido estrito – percebe-se que a medida se mostra proporcional, haja vista a importância do bem jurídico que almeja preservar, qual seja a legitimidade da vontade popular.

matéria a ser veiculada. Vinculação, na ordem constitucional, a princípios como o da lisura e da legitimidade dos pleitos, bem como ao da isonomia entre os candidatos” (TSE, Ag. Int. no REsp n. 19.466-AC, j. em 11.10.2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 1º fev. 2002, p. 249). Ainda: “As normas que disciplinam a veiculação de propaganda eleitoral não afetam a liberdade de manifestação do pensamento constitucionalmente garantida, porque não estabelecem qualquer controle prévio sobre a matéria a ser veiculada, sendo equivalentes, na ordem constitucional, o referido princípio com o da lisura e legitimidade dos pleitos, com o que a compatibilização de ambos torna possível a repressão dos abusos cometidos” (REsp n. 15.637-RN, j. em 17.11.1998, Rel. Min. Eduardo Alckmin, *DJ* de 12 fev. 1999, p. 37).

⁶² “Eleições de 2002. Debates. Primeiro turno. Art. 240 do Código Eleitoral. Art. 3º da Res./TSE n. 20.988. Propaganda. Vedação. Prazo. 48h. Início da votação. 1. No primeiro turno, os debates poderão ser realizados até 48 horas antes do início da eleição” (TSE, Res. n. 21.223-DF, j. em 25.9.2002, Rel. Min. Fernando Neves, *DJ* 4 out. 2002, p. 233).

⁶³ Art. 39, § 5º, da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997.

⁶⁴ Art. 95, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal.

⁶⁵ Nesse sentido: TSE, Res. n. 21.570-MA, j. em 25.11.2003, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 6 fev. 2004; TSE, REsp n. 19.928-PR, j. em 3.9.2002, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pub. sessão; Res. n. 20.921-DF, j. em 23.10.2001, Rel. Min. Fernando Neves, *DJ* de 22 fev. 2002, p. 180; TSE, Res. n. 19.945-MA, j. em 26.8.1997, Rel. Min. Costa Leite, *DJ* de 18 set. 1997, p. 45298.

Sob esse aspecto, cumpre registrar que existem atualmente cerca de vinte propostas legislativas em trâmite no Congresso Nacional visando a regulamentar a divulgação das pesquisas eleitorais, mediante a adoção de restrição temporal, variando esta do período de quinze dias anterior ao pleito indo até o início do prazo para o registro ou mesmo vedando essa veiculação no ano em que se realizem eleições⁶⁶.

Como se percebe, o prazo de quinze dias parece bastante razoável, principalmente quando se sabe que a propaganda eleitoral inicia-se já a partir do dia 5 de julho do ano da eleição⁶⁷ e que a propaganda gratuita no rádio e na televisão estende-se pelo período de quarenta e cinco dias⁶⁸. Assim, antes da quinzena anterior ao pleito, os partidos políticos e candidatos já terão boa noção do alcance e da eficiência de suas técnicas de publicidade e do andamento de sua campanha eleitoral, sendo despicienda, nesse período, a realização de pesquisas para semelhante finalidade.

Por fim, cabe assinalar que a restrição ora analisada não se confunde com a famigerada censura, haja vista que não ocorre qualquer controle prévio sobre o conteúdo da pesquisa, com avaliação mediante critérios subjetivos dos censores, como costumava ocorrer na época da ditadura militar.

Demonstrado assim que a limitação temporal da divulgação das pesquisas eleitorais, como estatuída no art. 255 do Código Eleitoral, mostra-se apta no teste da proporcionalidade, outros argumentos também comprovam a constitucionalidade do dispositivo.

Como é cediço, o legislador constituinte que produziu a Carta de 1988 compunha-se dos membros do Senado e da Câmara dos Deputados, vale dizer, confundiam-se Assembléia Nacional Constituinte e Congresso Nacional⁶⁹.

Sucede que essa mesma Casa Legislativa que, em 5 de outubro de 1988, promulgou a Constituição Federal, em 29 de junho daquele ano – pouco mais de três meses antes, portanto – aprovou a Lei n. 7.664, que, como já expresso, vedou a veiculação de resultados de pesquisas de intenção de voto no período de um mês anterior ao pleito⁷⁰.

⁶⁶ Ainda dentro dessa perspectiva de alteração legislativa, existem também em tramitação propostas de emenda à Constituição versando sobre idêntico assunto. Uma delas (PEC n. 15, de 7.4.2003, de autoria do senador Alvaro Dias) pretende acrescentar um § 7º ao art. 220 da Constituição Federal, “a fim de permitir que a lei possa impor restrições à divulgação das pesquisas eleitorais”. Ora, não é pelo fato de inexistir expressa previsão na Carta Magna que um direito fundamental não pode ser condicionado (cf. nota n. 55). O ponto-chave consiste na análise da constitucionalidade dessa restrição, pois a inclusão pura e simples de autorização nesse sentido no Texto Constitucional não lhe confere garantia de validade, porquanto a atividade do legislador constituinte derivado também se encontra limitada pelas cláusulas pétreas, mormente no campo dos direitos e garantias individuais (CF, art. 60, § 4º). Em suma: se o art. 255 do Código Eleitoral for incompatível com a Constituição, por colidir com o direito à informação e a liberdade de imprensa, qualquer proposta legislativa de idêntico teor, ainda que decorrente de reforma constitucional, também o será.

⁶⁷ Art. 36 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997.

⁶⁸ Art. 47 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997.

⁶⁹ Essa solução é criticada por alguns autores: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 41. José Afonso da Silva pontifica que “ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte” (op. cit., p. 91).

⁷⁰ Ainda na mesma legislatura, no ano seguinte, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 7.773, de 8 de junho de 1989, que também trouxe aquela proibição.

Seria mesmo intenção do legislador constituinte originário abrir totalmente a divulgação das pesquisas, embora tenha ele próprio, ainda que em outra qualidade, restringido essa veiculação ao editar outros atos normativos? A realidade fática parece demonstrar o contrário.

Ainda lançando mão da interpretação histórica, convém enfatizar que a Constituição de 1967 também tutelava o direito de informação, apenas excepcionando-o em relação a diversões e espetáculos públicos⁷¹. Mesmo nesse contexto, o Tribunal Superior Eleitoral jamais cogitou à época na inconstitucionalidade da limitação temporal constante do art. 255 do Código Eleitoral, reproduzindo-a, ao revés, em suas instruções.

Não se deve olvidar, ademais, que o uso de frequências de canais de rádio e televisão – principais meios pelos quais são veiculados os resultados das pesquisas eleitorais – constitui serviço público, cuja execução é apenas repassada ao particular, mediante a observância de certos critérios. Sendo assim, em face mesmo da natureza pública que ostenta, a atividade de radiodifusão deve ser alvo de condicionamentos por parte do Estado⁷².

Por outro lado, cômico dos males que a ausência de freios na divulgação das pesquisas eleitorais pode causar sobre o processo democrático, o Tribunal Superior Eleitoral criou importante inovação no que diz respeito à disciplina desse instituto para as eleições de 2004.

Trata-se da possibilidade de o juiz eleitoral, acolhendo representação promovida pelos candidatos, partidos políticos ou Ministério Público, determinar a suspensão da divulgação de resultados de pesquisas eleitorais⁷³.

Embora fosse desnecessária a previsão regulamentar dessa providência, em vista do poder geral de cautela inerente à atividade judicante, ao menos ela serve para exortar os juízes claudicantes acerca dos prejuízos que a divulgação irregular da pesquisa pode ocasionar sobre o processo eleitoral.

O problema é que essa medida incide somente sobre a questão da observância dos requisitos estipulados para a realização da pesquisa⁷⁴, atividade de cunho cartorário que não garante a veracidade dos dados apresentados pelos institutos de pesquisas e muito menos resolve o problema da divulgação dos resultados da pesquisa no período próximo ao pleito.

⁷¹ Assim dispunha o § 8º do art. 153 da Constituição de 1967: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 8º. É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, tolerados a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”.

⁷² TAVARES, op. cit., p. 660-661.

⁷³ Assim dispõe o parágrafo único do art. 12 da Resolução n. 21.576, de 2 de dezembro de 2003: “Considerando a relevância do direito invocado e a possibilidade de prejuízo de difícil reparação, o juiz poderá determinar, fundamentadamente, a suspensão da divulgação dos resultados da pesquisa impugnada ou a inclusão de esclarecimento sucinto, na divulgação de seus resultados”.

⁷⁴ Basicamente previstos no art. 33 da Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Por todos esses motivos, urge que o Tribunal Superior Eleitoral reveja seu posicionamento a respeito da limitação temporal para a divulgação das pesquisas eleitorais, entendendo-a válida em face do Texto Constitucional, de modo que preserve a vontade popular.

9 A não-vinculação do Tribunal à decisão proferida no exercício do controle difuso de constitucionalidade

Interessante questão relativa ao tema do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos consiste na discussão acerca da situação da legislação infraconstitucional quando do advento de nova Constituição com ela incompatível.

Indaga a doutrina se a questão seria resolvida pelo simples fenômeno da recepção, com o dever de se pronunciar a revogação da norma anterior incompatível, ou se, já no campo do controle abstrato de constitucionalidade, seria de se declarar a inconstitucionalidade daquela norma⁷⁵.

A discussão, que à primeira vista poderia parecer “meramente” acadêmica, assume vital importância na medida em que, adotada a posição que admite a inconstitucionalidade superveniente, caberia ação direta para atacar o ato tido por incompatível com a ordem constitucional; caso contrário, a aferição da compatibilidade seria feita somente no plano concreto, mediante o exercício do controle difuso de constitucionalidade⁷⁶.

Ademais, adotada a solução em termos de mera recepção, a decisão assim proferida possuiria eficácia meramente *inter partes*, apenas podendo aportar ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário e, reconhecendo-se lá a dita incompatibilidade, haveria a necessidade de comunicação ao Senado para que se suspendesse de uma vez por todas a execução do ato normativo (CF, art. 52, X). Por outro lado, acolhida a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade superveniente, uma vez julgada procedente a ação direta, o ato normativo restaria expungido do mundo jurídico com eficácia *erga omnes*.

No que interessa ao presente estudo, cumpre destacar que o Tribunal Superior Eleitoral, julgando caso concreto, entendeu que o art. 255 do Código Eleitoral não havia sido recepcionado pela Carta de 1988, resultando daí algumas conclusões.

Em primeiro lugar, deduz-se que a decisão ali proferida atingiu apenas as partes envolvidas no julgamento, persistindo assim no ordenamento jurídico o citado art. 255 do

⁷⁵ Para uma visão completa da discepção, cf. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 72. Frise-se que, no Brasil, sempre prevaleceu o entendimento, com o apoio da tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a incompatibilidade seria resolvida no plano da vigência da norma, com a simples aferição de sua revogação pelo novo texto constitucional.

⁷⁶ Se bem que essa discussão atualmente encontra-se sensivelmente mitigada em face da esdrúxula regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal. Admite a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que aquela arguição – mais um mecanismo do controle objetivo de constitucionalidade, a despeito do aparente silêncio constitucional nesse sentido – seja utilizada para atacar ato normativo, federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. De uma só tacada aquele diploma normativo derrubou dois mitos então reinantes no estudo do controle de constitucionalidade: que ato normativo municipal não se submetia a controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e que o exame da compatibilidade de norma anterior com o texto constitucional seria resolvido pelo fenômeno da recepção.

Código Eleitoral⁷⁷, sendo relevante registrar, ademais, que, não tendo havido a interposição de recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal, a quem cabe dar a última palavra em termos de interpretação constitucional, não teve oportunidade de examinar a matéria.

Por outro lado, a citada decisão teve o efeito prático de fazer com que o Tribunal Superior Eleitoral não incluísse em sua regulamentação bial das eleições a proibição da divulgação das pesquisas eleitorais nos quinze dias anteriores ao pleito.

Ausente essa restrição na regulamentação das diversas eleições que aconteceram desde 1988 e tendo decidido o Tribunal Superior Eleitoral, em única oportunidade, a incompatibilidade da limitação em análise com o Texto Constitucional, passou a Justiça Eleitoral como um todo a conceder registro e admitir a posterior divulgação das pesquisas eleitorais, sem restrição temporal.

Diante desse contexto (a eficácia da decisão somente *inter partes*), pode-se afirmar com tranqüilidade que tanto o Tribunal Superior Eleitoral pode perfeitamente rever seu posicionamento sobre o assunto⁷⁸, como também sobressai viável que os Tribunais Regionais Eleitorais, uma vez entendendo recepcionado o art. 255 do Código Eleitoral, passem a negar o registro das pesquisas eleitorais nos quinze dias anteriores ao pleito.

Referências

ALMEIDA, Alberto Carlos. *Como são feitas as pesquisas eleitorais e de opinião*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

———. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁷⁷ Embora se colha da ementa do Acórdão n. 10.305: “Cerceando a liberdade de informação pura e simples, a referida norma padece de incompatibilidade com o art. 220 e § 1º da Constituição de 1988, e há de entender-se abrogada desde quando vigente a nova lei fundamental”.

⁷⁸ Isto tanto pode ser feito mediante resposta às chamadas consultas eleitorais, previstas no art. 23, inciso XII, do Código Eleitoral, quanto pela simples inclusão de dispositivo idêntico ao art. 255 do Código Eleitoral na regulamentação bial das eleições, mais especificamente na resolução que tratar das pesquisas eleitorais. Aliás, soa muito comum a constante mutação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, o que pode ser atribuído tanto às freqüentes modificações na composição daquela Corte, como também à alteração das circunstâncias fáticas entre os julgamentos conflitantes. Para exemplificar, convém relembrar a inédita e discutida exegese conferida ao art. 6º da Lei n. 9.504/97, para o fim de impor a denominada “verticalização” das coligações partidárias nas eleições de 2002, muito embora aquele preceito estivesse vigorando, com o mesmo teor, quando das duas eleições anteriores.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CANÊDO, Letícia Bicalho. Aprendendo a votar. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *História da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

CARREIRÃO, Yan de Souza. *A decisão do voto nas eleições presidenciais brasileiras*. Florianópolis; Rio de Janeiro: Universidade Federal de Santa Catarina; Fundação Getúlio Vargas, 2002.

CARVALHO, Rejane Vasconcelos Accioly de. *Transição democrática brasileira e padrão midiático publicitário da política*. Campinas; Fortaleza: Pontes; Universidade Federal do Ceará, 1999.

CERTEAU, Michel de. *A invenção do cotidiano: artes de fazer*. Trad. de Ephraim Ferreira Alves. Petrópolis: Vozes, 1994.

COELHO, Inocência Mártires. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As vertentes do direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

———; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CONEGLIAN, Olivar. *Propaganda eleitoral*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

CRETELLA JUNIOR, José. *Elementos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA, Aluizio. *Direito à informação, direito à comunicação*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdades e limites na atividade de rádio e televisão*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GASPARETTO, Agenor. *Pesquisas eleitorais: informação e propaganda*. Disponível em: <http://www.socio-estatistica.com.br/pesquisas_eleitorais.htm>. Acesso em: 9 fev. 2004.

GINSBERG, Morris. *Psicologia da sociedade*. Trad. de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1964.

GUIA da Associação Nacional das Empresas de Pesquisa para Divulgação das Pesquisas Eleitorais 2004. Disponível em: <http://www.anep.org.br/codigosguias/guia_pesquisa_eleitoral.pdf>. Acesso em: 9 fev. 2004.

JARDIM, Torquato. *Direito eleitoral positivo*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

KUNTZ, Ronald A. *Marketing político: manual de campanha eleitoral*. 9. ed. São Paulo: Global, 2002.

MANNHEIM, Karl. *Liberdade, poder e planificação democrática*. Trad. de Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou, 1972.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1999.

———. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

———; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Dos abusos da liberdade de imprensa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

NUNES, Márcia Cavallari. O papel das pesquisas. In: FIGUEIREDO, Rubens. *Marketing político e persuasão eleitoral*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PORTO, Walter Costa. *Dicionário do voto*. São Paulo: Giordano, 1995.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia, Constituição e realidade. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, p. 741-823, 2003.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SERRANO, Vidal. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística*. São Paulo: FTD, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, p. 607-630, 2003.

SOBREIRO NETO, Armando Antonio. *Direito eleitoral: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.

VIVIANI, Eralton Joaquim. *As pesquisas induzem o eleitorado*. Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/eralton2.htm>>. Acesso em: 9 fev. 2004.

DA EFICÁCIA DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO EM RELAÇÃO AO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

*Pedro Jorge Costa**

1 Problemas e solução possível para a análise das questões em torno do lançamento tributário

Problema capital na teoria do lançamento é o da sua eficácia jurídica em relação ao crédito tributário, máxime por ser o tema prenhe de conseqüências práticas. Para que se confirme a veracidade da assertiva, pode-se pensar em alguns dos crimes contra a ordem tributária que não prescindem da efetiva redução ou supressão de tributo, o que pode ser apurado no lançamento.

Apesar da importância do tema, o estudioso das questões em torno do lançamento tributário se depara com uma verdadeira catadupa de conceitos e opiniões doutrinárias, sistemas legislativos e decisões jurisprudenciais o mais das vezes conflitantes e inconciliáveis.

Não bastasse a grande divisão na doutrina, o problema da caracterização jurídica da eficácia do lançamento tributário é prejudicado pela tendência a um certo apriorismo na sua análise. Os que nele vislumbram efeitos constitutivos com eles se contentam, desconhecendo efeitos outros, caracterizáveis como declaratórios, e vice-versa. O apriorismo se revela também na infiltração de toda sorte de metajuridicísmos que obscurecem ainda mais a matéria.

Ora, não se pode descurar que o âmbito de estudo do cientista do direito é o complexo de normas jurídicas vigentes em dado local e em determinada época¹. Não obstante, costuma-se pôr de lado a perspectiva do direito positivo pátrio. O tema, na realidade, termina por ser tratado com a fácil repetição acrítica de opiniões de autores estrangeiros. A disputa permanece toda em um plano de doutrina construída em cima de outras doutrinas e vencida por quem goza de maior prestígio no meio científico ou é dotado de melhor retórica.

Nessa babel doutrinária, o único caminho para teorias resistentes a testes é o atrelamento do jurista, no desenvolvimento, comprovação e aplicação das teorias às quais chega, a um método rigoroso e bem delimitado. Nesse diapasão, a análise parte de uma unidade metodológica entre as ciências naturais e as sociais, entre estas a ciência do direito². O método comum adotado é o método dedutivo de prova (falseacionismo) popperiano,

* Pedro Jorge Costa é Procurador da República no Estado do Maranhão.

¹ BORGES, José Souto Maior. *Obrigações tributárias: uma introdução metodológica*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 30.

² “[...] I agree with Comte and Mill – and with many others, such as C. Menger – that the methods in the two fields are fundamentally the same [...]” (POPPER, Karl R. *The poverty of historicism*. London: Routledge & Kegan Paul, 1957. p. 130).

pelo qual uma hipótese só admite prova empírica, condução ao mundo fático, após haver sido formulada³.

Porque as teorias não partem da observação dos fatos: dirigem-se a eles. O teórico deve prescindir dos fatos contingentes e mutáveis da experiência até serem descobertos os princípios mais gerais, que servirão como base para as deduções posteriores⁴.

Dessas teorias são deduzidos novos enunciados, a serem testados por meio da inserção no sistema empírico o qual pretende explicar. Falseadas, impõe-se a sua exclusão: uma hipótese falseadora mostrou a imprestabilidade da teoria para a explicação do objeto. Não falseadas ou provisoriamente corroboradas, a despeito de se ter tentado ao máximo falseá-las, podem ser adotadas como a mais adequada à explicação de um dado fenômeno em certo momento.

Igualmente deve ser com a ciência jurídica, que não tem, de modo algum, método peculiar, próprio, totalmente isolado das províncias dos outros campos científicos.

As teorias jurídicas não surgem das normas, indutivamente. Elas vão até as normas válidas em um dado ordenamento jurídico em um dado momento para serem infirmadas ou momentaneamente corroboradas. A diferença específica da ciência jurídica em relação às outras assenta em sua base empírica própria.

Efetivamente, por ser ciência normativa, a base experimental do direito é o próprio ordenamento jurídico, que corrobora ou falseia as proposições (conjecturas) científicas.

2 De comento: a obrigação tributária principal

2.1 A obrigação tributária principal no Código Tributário Nacional (CTN)

O conceito de obrigação tributária é determinante para a solução do problema da eficácia jurídica do lançamento em relação ao crédito tributário. A posição quanto ao tema de qual situação jurídica decorre da só incidência da hipótese tributária sobre o fato imponible determina o entendimento quanto à constitutividade ou declaratividade do lançamento relativamente ao crédito tributário⁵.

Devem ser assentadas duas premissas como pontos de partida a todas as conclusões sobre a obrigação como tratada no CTN.

Primeiramente, tem-se que o direito tributário, sendo ramo do direito, é processo de adaptação social, para a qual pode empregar técnicas jurídicas diversas. Sendo cambiante e extremamente rica a realidade fenomênica sobre a qual atua, natural que não se adotem como técnica de regulação exclusiva as relações obrigacionais.

³ POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1975. p. 30.

⁴ EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Trad. de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s/d.]. p 142.

⁵ No mesmo sentido, XAVIER, Alberto Pinheiro. *Conceito e natureza do acto tributário*. São Paulo: Juriscredi, 1973. p. 409.

Ao lado destas, e mesmo sem que com elas haja relação, criam-se situações jurídicas várias, de estrutura e natureza também distintas, que ainda estão por merecer no direito público como um todo o mesmo tratamento que os autores deram, ao longo de milênios de depuração conceitual da doutrina e das leis, às situações jurídicas de direito privado⁶.

Ressalte-se, mais, que obrigação é categoria jurídico-positiva, sem identidade necessária no direito tributário e no direito privado.

No CTN, a obrigação tributária principal só encontra explicação teórica satisfatória se se tem em mira a mesmidade de conteúdo entre o dever jurídico e a norma que o estatui, no rastro da doutrina kelseniana, nele adotada e revelada em diversas passagens.

O dever jurídico tem na formulação teórica desse autor, assim como a norma jurídica com a qual se identifica, ou um caráter geral ou um caráter individual. O dever jurídico não é, sob essa ótica, distinto da norma que o estatui⁷.

Por conta dessa identidade de conteúdo, o termo “obrigação tributária principal”, como utilizado no Código, é equívoco, visto que exprime conceitos diversos.

A obrigação tributária que surge direta e imediatamente do fato gerador (art. 113) é de caráter geral e abstrato, de conteúdo idêntico à norma geral e abstrata que atribui a todos que se encontrem em determinada situação fática o dever de pagamento de tributos.

Posto geral, não vincula pessoas determinadas, atingindo os seus efeitos todos os que se ponham em sujeição à norma, por sua incidência; como abstrata, não regula uma situação determinada, mas uma classe ou categoria de situações definidas em lei como necessárias e suficientes à incidência normativa. Percebe-se que abstrata, aqui, não está em oposição à causal, para significar obrigação que vale independentemente da causa.

Essa teoria foi primeiramente formulada na doutrina alemã, já no início do século, por Von Myrbach-Rheinfeld e desenvolvida por Rieweld – ainda à luz do direito alemão, que a chamava obrigação impositiva, contraposta à obrigação de pagamento impositiva⁸.

Nessa espécie de obrigação, cada um dos sujeitos passivos se põe em uma situação jurídica uniposicional em relação a um dever abstrato de pagamento de tributo. Em tais situações uniposicionais, só há lugar para sujeitos plurais que ocorrem a uma dada posição ou sob um só ou sob vários títulos, ou para uma posição de sujeito⁹, tal o caso da obrigação tributária antecedente ao lançamento.

Relativamente ao Fisco, por isso, são considerados os sujeitos passivos um gênero: *uti universi*, não *uti singuli*, como a norma que lhes atribui essa qualificação de direito. Dentro desse conjunto, deve o Fisco individualizar (identificar, na redação do CTN), caso a caso, o sujeito passivo da obrigação, nos termos do estatuído no art. 142, *caput*, do Código.

⁶ GOMES, Nuno Sá. *As situações jurídicas tributárias*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, 1969. p. 24.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 1, p. 226.

⁸ KRUSE, Heinrich Wilhelm. *Derecho tributario: parte general*. Trad. de Perfecto Yebra Martul-Ortega e Miguel Izquierdo Macías-Picavea. 3. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. p. 236-237.

⁹ CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 70.

Sendo obrigação ainda geral e abstrata, àquela falta conteúdo patrimonial. A teoria seria então infirmada pela ausência de uma prestação em dinheiro ou nele exprimível.

Apesar de ainda hoje bastante corriqueira em grande número de manuais, o erro da doutrina indutivista e essencialista da patrimonialidade necessária do objeto das relações obrigacionais está de há muito superado. Nem do direito civil, nem do direito tributário pátrios, pode-se extrair essa regra¹⁰.

Entra essa obrigação geral e abstrata no suporte fático do dever de lançar. A norma do lançamento tem em seu conteúdo a verificação da ocorrência pretérita do fato gerador; por isso, supõe a existência de obrigação já surgida¹¹. Essa a razão de ter o próprio CTN estatuído, no art. 142, *caput*, que o ato de lançamento, ao qual tende o procedimento de lançamento, verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. E, tendo-se dado o fato gerador, existirá a obrigação, ainda que naquele instante geral e abstrata.

Não se pode explicá-la como direito potestativo de constituição do crédito tributário. O crédito e o correlato débito tributário supõem que exista uma obrigação geral e abstrata a ser individualizada e concretizada. O dever de constituição do crédito tributário é *posterius* em relação à obrigação geral e abstrata, pelo que não pode com ela se identificar.

Além disso, a posição da administração é de dever de tributar, e, *ipso jure*, de lançar, cominando-se responsabilização funcional ao agente que não o faz (parágrafo único do art. 142). Não é desarrazoado, nesse sentido, falar-se em um interesse público na realização do lançamento, porquanto pode ser ele pressuposto para o recebimento da soma pecuniária devida a título de tributo pela administração pública¹².

Com o ato de lançamento, põe-se no ordenamento jurídico norma individual e concreta, e, por isso, obrigação (dever) individual e concreta. O crédito é constituído pelo lançamento tributário (art. 142, *caput*); a ele corresponde uma obrigação (art. 139, onde obrigação é a concreta e individualizada); segue-se que a obrigação concreta e individualizada compõe a norma de igual natureza concreta e individual criada pelo ato de lançamento¹³.

A essa situação jurídica surgida após o lançamento é que se pode chamar relacional, visto que nela há relação jurídica entre sujeitos em posições jurídicas opostas, conquanto em torno de um mesmo objeto.

Não se trata de distinção entre obrigação e exigibilidade, como pareceu a Giuliani Fonrouge, ao tratar do art. 142 do Código¹⁴.

¹⁰ BORGES, Arnaldo. *O sujeito passivo da obrigação tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. Especialmente p. 46.

¹¹ Sobre a possibilidade de efeitos jurídicos de um fato tributário comporem o suporte fático de outros, ver NATOLI, Luigi Ferlazzo. *La fattispecie tributaria*. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario*. Padova: CEDAM, 1994. v. 2, p. 65.

¹² GALLO, Franco. *Discrezionalità nell'accertamento tributario e sindacabilità delle scelte dell'ufficio*. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milano, anno 51, n. 4, pp. 665, dic. 1992.

¹³ "O lançamento desempenha, na espécie, a função de *fixar a relação de pertinência da prestação para o devedor da mesma, até então designado de maneira incerta e indireta [...]*" (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *A estrutura dualista da obrigação tributária*. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 10, n. 1, p. 48, 1971).

¹⁴ FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Obrigação tributária* [Trad. de Geraldo Ataliba]. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 351, jan./mar. 1971.

Ao advento do termo final do pagamento se atribui o efeito de conferir exigibilidade ao crédito tributário¹⁵. No ordenamento brasileiro, a distinção entre o lançamento e a exigibilidade (com o vencimento) é expressa. Tem início a exigibilidade 30 dias após a notificação do lançamento, quando a legislação tributária não fixar o tempo do pagamento (art. 160). A exigibilidade não advém da prática do ato de lançamento. Um de seus efeitos pode ser exatamente determinar os termos de pagamento, quando não prefixados direta e rigidamente pela legislação, donde se nota o lapso temporal entre o ato do lançamento e a agregação da exigibilidade ao crédito tributário¹⁶.

2.2 Relação entre a natureza da norma prescritora da obrigação geral e abstrata e eficácia do lançamento

Afirma-se à luz de outros sistemas, como o italiano, haver uma relação necessária entre a natureza da norma prescritora da obrigação tributária e a eficácia do lançamento em relação ao crédito tributário.

De acordo com os defensores de tais posições, se as normas regulatórias da obrigação tiverem natureza material, o ato de lançamento só reconhece uma situação preexistente, que encontra na lei sua fonte de existência, tendo então natureza declarativa.

Se ditas normas tiverem natureza conceituável como instrumental, atributiva de um poder de agir à administração pública, a eficácia do lançamento em face do crédito tributário haverá de ser necessariamente constitutiva.¹⁷

Essas formulações da doutrina estrangeira não podem ser aceitas para a explicação teórica desses institutos no direito indígena. Sem dúvidas, nesse sistema de direito positivo o crédito tributário é constituído pelo ato de lançamento.

Já a natureza da norma que entra como concausa no nascimento da obrigação é questão que requer sejam tecidas mais considerações.

Em parte pelo papel secundário a que foi relegado pela doutrina mais antiga o chamado direito tributário formal, é ainda controversa a distinção entre normas instrumentais e normas materiais. Aqui, adotar-se-á como ponto de partida a distinção proposta por Alberto Xavier. Tem-se, então, que as normas materiais prevêm e regulam a obrigação tributária. Dessa maneira, criam diretamente direitos subjetivos ou situações jurídicas ou envolvem a mediação de um poder jurídico da administração. Correspondem ao campo do direito tributário material, na tradicional distinção dicotômica da doutrina alemã.

Por sua vez, as normas instrumentais regulam situações jurídicas que existem em função da obrigação tributária. No mais das vezes, são normas de ação, relacionadas com o exercício de um poder e a existência de interesses legítimos; excepcionalmente, podem ser estruturadas como normas de relação. Ainda na divisão bipartite da doutrina tedesca,

¹⁵ Nem, *a fortiori*, ao fato gerador. Errados: SCHOENAUER; Christian; LOPEZ, Joël. *Droit fiscal: principes et applications*. Paris: Eska, 1995. p. 41; no direito brasileiro, FANNUCHI, Fábio. *A decadência e a prescrição no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1970. p. 38.

¹⁶ BERLIRI, Antonio. *Corso istituzionali di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1967. v. 1, p. 251.

¹⁷ PICCIOLI, Gianlorenzo. *L'accertamento tributario*. Padova: Cedam, 1998. p. 6-7.

seriam parte do direito tributário formal (em sentido amplo, não no de direito processual tributário)¹⁸.

A norma que contém todos os aspectos da hipótese de incidência, contida em lei específica da pessoa política competente por previsão constitucional para instituir o tributo, e que faz surgir em conjunto com o suporte fático a obrigação tributária principal tem no direito brasileiro natureza material porque regula a situação dos contribuintes em face daquele tributo.

Com efeito, da mera ocorrência do fato gerador, irradia-se obrigação geral e abstrata que fixa a legislação que poderá ser aplicada para que se chegue ao conteúdo do ato de lançamento, nos termos do art. 144 do Código Tributário Nacional. A situação jurídica de cada um e de todos os sujeitos passivos está regulada desde então, embora ainda de modo latente e potencialmente, de uma tal maneira que nem a legislação superveniente a pode alterar.

De outro ângulo, é elemento do suporte fático do dever do ente público de lançar o tributo; reflexivamente, regula o poder jurídico de recebimento de um montante pecuniário perante o sujeito passivo, com fixar a legislação que deve ser concretizada e individualizada no ato de lançamento. As características de uma norma tributária material se mostram presentes.

Falta o ato de lançamento que, constituindo o crédito tributário, declara a legislação aplicável ao contribuinte ou ao responsável tributário, por meio de norma concreta e individualizada. A obrigação tributária geral e abstrata participa do suporte fático da norma que prescreve o dever de lançamento. Este supõe aquele. Então, a norma instituidora do dever de lançar se caracteriza pela instrumentalidade. Não existiria lançamento se não houvesse obrigações tributárias a concretizar e a individualizar.

Neste ponto, clarifica-se a impossibilidade de se trazerem as conclusões da doutrina estrangeira, tal qual apresentadas, para o ordenamento brasileiro. A doutrina estrangeira investiga somente a relação entre a natureza e o conteúdo do conseqüente jurídico do fato gerador e a eficácia do lançamento em relação à obrigação tributária, seja ou não esta o conseqüente.

As relações necessárias seriam ou entre instrumentalidade da norma obrigacional e constitutividade do lançamento, ou entre materialidade da norma obrigacional e declaratividade do lançamento. No CTN, a obrigação é norma material e o lançamento constitutivo do crédito tributário, embora o seja nos limites e parâmetros daquela.

3 Prolegômenos sobre o lançamento tributário e sua eficácia

3.1 O conceito de lançamento e seu caráter genérico

O Código trata do lançamento como procedimento administrativo (art. 142, *caput*), como ato final de um procedimento (art. 150, *caput*) e como norma resultante desse ato

¹⁸ XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 56.

final (art. 142, *caput*, implicitamente). É certo, não são mutuamente exclusivas essas qualificações legais de lançamento, que, ao revés, se completam.

A aplicação do direito, não sendo ato de mera executoriedade, é simultaneamente criação de direito. Dita aplicação pode ter seu caminho regrado por normas superiores, com maior ou menor vinculação. É assim que procedimento é o caminho juridicamente regulado para a prática do ato administrativo de lançamento, de aplicação e conseqüente criação de direito.

De outro lado, o procedimento traz uma maior garantia aos administrados, dado que tende a assegurar a legitimidade da imposição do tributo¹⁹. Na doutrina estrangeira mais moderna, enfatiza-se não só a necessidade de um procedimento como a de um contraditório (“aberto”) tendente a uma consensualidade, a uma parceria com o administrado, mesmo nos chamados procedimentos não-contenciosos. Nessa ótica, a administração pública não é mais vista sob a vetusta concepção unilateralista. A atividade da administração será constituída por procedimentos a cada passo mais numerosos e variados, com a participação de ações e pessoas diversas, inclusive dos administrados, em concerto com o poder público²⁰.

De lege lata, não é possível afirmar existir no Brasil a exigência do contraditório nos procedimentos não-contenciosos. A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, insculpida no art. 5º, LV, é referente apenas a processos de caráter contencioso.

Não se pode da vinculação meramente acidental entre o procedimento administrativo e os processo judicial inferir que os princípios retores deste devem ser aplicados àquele. Nem é dedutível da só relevância do resultado do lançamento dentro do processo no âmbito judicial²¹.

A exigência de procedimento, contudo, vem expressa como regra para o lançamento de diversos tributos. A querela doutrinária sobre a natureza do lançamento se resolve dessa forma.

O procedimento administrativo há de ser considerado já lançamento. Abstrai-se da relevância própria do ato final do procedimento, para se ter em conta o lançamento como procedimento.

Mas o procedimento é o caminho jurídico para um ato final, também tomado em diversas passagens pelo Código como lançamento. Deixe-se fora da análise todo o caminho percorrido até o ato final do procedimento e a norma posta por esse ato final e se estará diante do lançamento como ato administrativo.

A conceituação positiva, e conseqüentemente a doutrinária, pode ir mais além: deixar de pôr em relevo todo o procedimento e o seu ato finalístico e último, para considerar lançamento apenas a norma individual e concreta por ele inserta no ordenamento jurídico.

¹⁹ SCHICK, Walter. Il procedimento nel diritto tributario. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario*. Padova: CEDAM, 1994. v. 3, p. 79.

²⁰ HOCINE, Zeghib. Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, n. 2, p. 497, mar./avr. 1998.

²¹ Sem fundamento, pois, FEDELE, Andrea. I principi costituzionali e l'accertamento tributario. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milano, anno 51. n. 3, p. 480, set. 1992.

Esse tratamento normativo do art. 142 do CTN traz uma conceituação genérica de lançamento: a quantidade desse conceito abarca todas as suas espécies. Portanto, entre a definição genérica normativa e as espécies normativamente postas, há uma relação de gênero e espécies: existem caracteres comuns entre as espécies, que permitem a recondução a um mesmo gênero (*genus proximum*), ao lado de caracteres específicos (*differentia specifica*), que lhes dão a qualidade de espécies distintas entre si.

3.2 O caráter jurídico-positivo da eficácia do lançamento tributário

Há de se clarificar que a relação entre lançamento e crédito tributário é matéria de livre regulação pelo direito positivo; nunca, questão universal, que deva ser colocada para além de todo tempo e espaço. Declarativistas como A. D. Giannini e constitutivistas como Antonio Berliri não têm posição diversa^{22 e 23}.

No direito brasileiro, a questão deve ser analisada sob a perspectiva das diversas regulações que foram dadas aos lançamentos por declaração e de ofício, de um lado, e ao lançamento por homologação, de outro.

Aqui, a exposição se cinge ao lançamento por homologação, por ser o que mais problemas interpretativos suscita.

4 O crédito tributário nos tributos sujeitos aos lançamentos por homologação

4.1 O surgimento do crédito tributário nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação expressa

O CTN estabelece disciplina de todo especial para o tratamento das questões referentes ao nascimento e à extinção do crédito constituído pelo lançamento por homologação, o que torna necessária uma explicação teórica particularizadora.

Apesar disso, a maioria da doutrina trata uniformemente os problemas do nascimento e da extinção do crédito tributário, independentemente do tipo de lançamento ao qual esteja legalmente sujeito o tributo.

Assim, a obrigação concreta e individualizada surgiria já com o fato gerador e se extinguiria com o pagamento antecipado de que a lei incumbe o sujeito passivo. Se perfeito o pagamento efetuado, o fisco apenas o homologaria, com declarar que a obrigação está extinta.

O lançamento por homologação seria fictamente uma modalidade de lançamento, ou seria lançamento a cargo do próprio sujeito passivo²⁴.

²² GIANNINI, A. D. *Istituzioni di diritto tributario*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1951. p. 147.

²³ BERLIRI, Antonio. *Principios de derecho tributario*. Trad. de Carlos Palao Taboada. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1973. v. 3, p. 388.

²⁴ AROCENA, Carmen Bollo. L'accertamento: natura e funzioni. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario*. Padova: CEDAM, 1994. v. 3, p. 113.

Em outra construção teórica, a constituição do crédito tributário, no lançamento por homologação, adviria da mera observância das normas pelo sujeito passivo, que seria, dessarte, criadora de direito²⁵.

Tais escólios desvirtuam os conceitos de observância e de aplicação de direito. À aplicação de normas é que se atribui o caráter criativo – ao lado de aplicativo – de direito. Por isso, a mera observância jamais poderia criar situação jurídica concreta e individual, como a obrigação tributária decorrente do ato de lançamento.

No confronto com o texto codificado, as teorias revelam mais a sua fragilidade. Como supõe o surgimento de uma obrigação a ser individualizada e concretizada, o pagamento antecipado não pode decorrer da mera ocorrência do fato gerador. Decorre de uma outra norma, em cujo suporte fático está a própria obrigação geral e abstrata. A atividade juridicamente relevante do sujeito passivo prévia ao lançamento por homologação, ou seja, o pagamento antecipado, é mera observância de uma norma que, do surgimento da obrigação geral e abstrata, atribui à conduta contrária uma sanção. Não é cumprimento de um dever decorrente do fato gerador. Sequer se trata de ato de aplicação de direito ou de ato administrativo delegado ao sujeito passivo. Nem no chamado *autoaccertamento* do direito italiano a melhor doutrina afirma se estar diante de uma aplicação de direito ou de ato administrativo delegado ao particular²⁶.

Ademais, o conceito normativo de lançamento se aplica a todas as suas espécies. Não diversamente com a norma que conceitua o lançamento por homologação, contida no *caput* do art. 150, que está em harmonia com a conceituação do art. 142.

Então, as teorias que negam ao lançamento por homologação caráter constitutivo à constituição do crédito tributário são infirmadas pela referida norma do *caput* do art. 142.

O crédito, reflexo do dever de prestar tributo, é conteúdo dessa norma individual posta pelo lançamento.

Dessa forma, também o lançamento por homologação individualiza e concretiza a obrigação geral e abstrata decorrente do fato gerador.

A atividade administrativa continua sendo de competência privativa de uma autoridade pública, que consiste na homologação do pagamento antecipado praticado pelo sujeito passivo como prestação da obrigação que lhe é legalmente exigida²⁷. A atividade do sujeito passivo é apenas de observância da norma prescritiva do dever de antecipação do pagamento do tributo. Ele pode ou não praticar outros atos, como verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação abstrata e geral, determinar a base de cálculo do tributo, calcular o seu montante e identificar a si próprio como sujeito passivo. Ainda que correspondam esses atos ao conteúdo do lançamento, não têm conseqüências de direito. São operações de cunho fático e apenas eventualmente praticadas pelo sujeito passivo.

O que importa para a homologação é a exatidão da soma paga, vale dizer, a perfeita correspondência entre ela e o montante devido. As contingências anteriores são

²⁵ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 483.

²⁶ BONO, Constantino de. *L'accertamento tributario*. Milano: Giuffrè, 1966. v. 1, p. 16.

²⁷ SOUSA, Rubens Gomes de. Um caso de ficção legal no direito tributário: a pauta de valores como base de cálculo do ICM. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 22, jan./mar. 1970.

sem relevância jurídica para a constituição ou a extinção do crédito tributário, por isso nenhum ato praticado pelo sujeito passivo visando à extinção do crédito tributário influi sobre a obrigação tributária (art. 150, § 2º). O que se analisa é o montante pago, considerado para a apuração do saldo devido e, sendo o caso, para a imposição de penalidade ou sua gradação (art. 150, § 3º).

A conclusão corroborada pelo Código só pode ser uma: o lançamento por homologação constitui o crédito tributário, com concretizar e individualizar a obrigação geral e abstrata.

4.2 A extinção do crédito tributário nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação expressa

O lançamento por homologação é indubitavelmente uma *condicio juris*. Porque faz subordinar a acontecimento futuro e contingente²⁸ a eficácia de um fato jurídico satisfativo, o pagamento, daí *condicio*, e por decorrência direta da lei, independentemente de uma cogitação da vontade do sujeito passivo ou da autoridade administrativa, donde ser *juris*. Nas *condicio juris*, só a regra jurídica pode determinar o protraimento da eficácia ou da validade.

Problema mais debatido pela doutrina é a natureza dessa condição. Uma interpretação meramente literal do art. 150, § 1º, tem levado a soluções divergentes. Rios de tinta correram para que a doutrina unânime chegasse à conclusão de ser suspensiva ou resolutive.

A questão é tratada erroneamente já na sua formulação. Há de se afastar todo paralelismo com as condições suspensivas e as condições resolutive. Por nessas prevalecer a vontade das partes, só se condicionam (com condição propriamente dita) atos ou negócios jurídicos *stricto sensu*, espécies de fatos jurídicos em que a vontade é elemento contencutístico do suporte fático.

Apenas as *condicio facti* se podem classificar em suspensivas ou resolutive. Àquelas em cujo suporte fático não entre a vontade, só se pode categorizar como *condiciones juris*. Estender às condições postas pela lei a classificação dicotômica entre suspensiva e resolutive é postura anticientífica. A solução pela eficácia da *condicio juris* há de ser a adequada ao direito positivo; a *condicio é juris*, não por ser de estipulação admitida pelo direito, mas por ser inteiramente disciplinada pelo direito, inclusive no que respeita ao seu plano da eficácia²⁹.

A eficácia é a legalmente atribuída, independentemente da nomenclatura que se dê na lei, ou que dê a doutrina a *condicio juris*. O art. 150, § 4º, deu-lhe o nome de condição resolutive sem lhe dar o conteúdo. Pululam no ordenamento categorias dogmáticas erradamente nomeadas pelos legisladores, o que de modo algum lhes altera a natureza.

²⁸ A “incerteza” e a “certeza” são fenômenos psicológicos e, pois, subjetivos, pelo que não podem ser atribuídos ao fato em si, que são de ocorrência ou meramente contingente ou necessária. Reconhece-se, contudo, que a doutrina uniforme trata dos termos e das condições com a utilização desses vocábulos.

²⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 5, p. 112.

Deve ficar bem clarificado que o ato de lançamento foi erigido à categoria de *condicio juris*, diretamente pela lei. Cuida-se de ato de lançamento por homologação que, por disposição legal, é condição de extinção do crédito tributário.

A maior dificuldade desse teste de inserção da teoria no direito brasileiro reside em compatibilizar o caráter vinculado e obrigatório do lançamento, em qualquer de suas modalidades, nos termos do parágrafo único do art. 142, à contingência que caracteriza as *condiciones*, quer as *facti*, quer as *juris*.

A indisponibilidade do crédito de tributo acarreta a predominante vinculação do lançamento e sua realização obrigatória pela autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade funcional (art. 142, parágrafo único). Não seria possível, por isso, afirmar ser o lançamento, em qualquer de suas modalidades, fato futuro e contingente³⁰.

Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a necessidade da prática do lançamento estaria ainda mais evidente. De fato, da sistemática do CTN depreende-se existirem duas subespécies de lançamento por homologação, uma expressa, que se traduz em um agir da autoridade administrativa (art. 150, *caput*), e uma subsidiária, em cujo suporte fático entra a inação, a ausência de pronúncia da Fazenda Pública e o prazo de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º).

Dessa maneira, juridicamente, o tributo submetido ao lançamento por homologação necessariamente seria lançado, ou pela homologação expressa, ou por um lançamento de ofício, ou pela homologação tácita. A ausência do caráter de contingência infirmaria a teoria do lançamento por homologação como uma *condicio juris* de extinção do crédito tributário, que seria então imprestável para a explicação do seu objeto.

Todavia, a infirmação é apenas aparente. Envolve o raciocínio que a embasa um sofisma que se há de evitar.

O ato de lançamento por homologação, tomado o termo distributivamente, é contingente. Não se pode saber aprioristicamente se o lançamento por homologação será ou não expressamente praticado. Cada uma das subespécies é de verificação contingente.

No curso do prazo quinquenal, que delimita a competência *ratione temporis*, a homologação expressa poderá ou não se dar. A previsão desse dever jurídico não equivale à efetiva expedição do ato. Até o último instante do prazo de cinco anos, poderá ou não ocorrer a homologação expressa. Está aí a contingência do lançamento por homologação expresso.

A contingência do lançamento por homologação expresso causa a do lançamento por homologação ficto. Porque se estruturou legalmente essa subespécie de lançamento como subsidiária daquela, dependente de sua inoportunidade; logo, sendo aquela contingente, esta o é.

A aparente infirmação, inversamente, toma o termo em sentido coletivo, exprimindo a um só tempo os conceitos de lançamento por homologação expresso e de lançamento por homologação tácito. Só se dá em sendo tomadas em conjunto as duas subespécies de lançamento. Se a autoridade competente não praticar expressamente o lançamento por homologação, necessariamente – se não se verificarem as hipóteses de

³⁰ XAVIER, Alberto. *Do lançamento...*, cit., p. 554.

lançamento de ofício – ocorrerá o lançamento por homologação, ou uma subespécie ou a outra. Algum ato de homologação haverá.

Destarte, nada há no ordenamento que infirme a contingencialidade da ocorrência ou do lançamento por homologação expresso ou do lançamento por homologação tácito.

Mesmo sendo o lançamento uma condição ao pagamento, pura e simplesmente, costuma a doutrina tradicional atribuir o efeito da extinção do crédito tributário. Nela, a obrigação (no sentido estrito de débito) nasce para ser satisfeita pelo pagamento, e com ser satisfeita atinge o seu fim último, sendo então extinta.

A base de tal teoria seria uma inadequação técnica que permeia todo o Código, que deveria, portanto, ser interpretado à luz do direito privado. Argumentou-se que as normas de direito privado são aplicáveis aos pagamentos dos débitos fiscais, salvo no que sejam incompatíveis com as normas tributárias³¹. A fórmula há de ser a inversa. Em princípio, aplicam-se as normas específicas de direito tributário.

Deve-se, pois, notar que o CTN traz norma específica para o trato da questão da extinção do crédito decorrente do lançamento por homologação. Por ele, percebe-se que não é apenas o pagamento que extingue o crédito. É o pagamento e o lançamento por homologação, em qualquer de suas subespécies.

Prima facie, a tese não encontraria corroboração nos dispositivos do Código. Seria infirmada pelo seu art. 150, § 1º, pelo qual extingue o crédito simplesmente o pagamento antecipado, embora penda “condição resolutória”.

Não se pode, todavia, sustentar essa conclusão de uma análise desse dispositivo em cotejo com o art. 156, VII. A interpretação há de ser sempre sistemática. A solução não pode embargar a positividade nem do art. 150, § 1º, nem do art. 156, VII.

Se o pagamento, por si só, extinguisse o crédito, não se teria que ele e o lançamento extinguiriam o crédito tributário. Ter-se-ia a hipótese inversa, o pagamento dependeria da não-ocorrência do lançamento por homologação para permanecer irradiando efeitos³². A condição propriamente resolutória, uma vez verificada, tem eficácia extintiva de um, de alguns ou de todos os efeitos de um ato jurídico em sentido estrito ou de um negócio jurídico.

O que se dá é a agregação do lançamento, como *condicio juris* também da extinção do crédito tributário, ao pagamento, como causa, para que se dê a *solutio* do débito tributário. Nem sempre se atribui à *condicio juris* o retardamento da eficácia de um fato jurídico em sentido largo. É o caso do ato de lançamento por homologação, que se liga não só à eficácia do pagamento, mas ainda à criação e à extinção do crédito tributário.

O pagamento antecipado, tanto quanto a atividade homologatória, extingue o crédito (não é, pois, infirmada a tese exposta pelo aludido art. 150, § 1º). A ênfase que se deu, no art. 150, § 1º, ao pagamento antecipado explica-se por ser ele a causa jurídica de extinção do crédito tributário. O pagamento extingue o crédito, embora não no momento mesmo em que é efetuado. Pende ainda uma condição jurídica para a extinção, a homologação que o controla.

³¹ SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1950. p. 233.

³² Nas condições resolutivas pende o não-ser. Da não-ocorrência de fato futuro e contingente depende a permanência no mundo jurídico de um, alguns, ou todos os efeitos de um ato jurídico *lato sensu*.

A teoria defendida é ainda a que mais se coaduna com a natureza de ato controlador da atividade do sujeito passivo imprimida ao lançamento por homologação.

No caso, a autoridade administrativa exercerá para a extinção do crédito tributário a chamada “polícia do lançamento”, atividade controladora da legalidade do comportamento das pessoas que participam do lançamento³³. Nesse instante, revela-se a característica de controle inerente ao lançamento, da qual também participa o lançamento por homologação³⁴.

Esse controle se torna necessário para que se ligue intrinsecamente, por meio de um lançamento efetuado de maneira regular, à igualdade, constitucionalmente assegurada (art. 5º, *caput*, e art. 150, II), dos administrados diante do débito de tributo³⁵.

4.3 O surgimento e a extinção do crédito tributário e o lançamento por homologação subsidiário

As maiores dificuldades teóricas de explicação da fenomenologia jurídica do surgimento e da extinção do crédito tributário residem na norma contida no art. 150, § 4º.

De logo, enfatize-se que aí há verdadeiro lançamento, em cujo suporte fático entram decurso de prazo quinquenal e inércia da administração em lançar expressamente.

Desta feita, as observações acerca das interpretações possíveis da locução “homologação do pagamento” contida no art. 150, § 1º, e de suas implicações na corroboração das teorias defendidas a propósito do surgimento e da extinção do crédito tributário nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, valem para a mesma expressão no art. 150, § 4º.

Acrescente-se que, para ser extinto, o crédito deverá antes surgir. Da só ocorrência do fato gerador só se irradia obrigação geral e abstrata. Nada obstante, enquanto não se lança expressamente por homologação no prazo de cinco anos conferido à administração, a partir do fato gerador, não surge o crédito tributário (art. 142, *caput*).

E, havendo intervalo fático de tempo decorrido *in albis*, o crédito se considera extinto, pois que homologado, salvo ocorrência de dolo, fraude ou simulação (art. 150, § 4º). Segue-se que terá surgido e, se se trata de tributo sujeito a lançamento, apenas dele pode o crédito surgir.

Assim sendo, há de se concluir, forçosamente, que a homologação referida na parte final do art. 150, § 4º, do CTN corresponde a um lançamento que, como o lançamento por homologação expresso e as outras espécies de lançamento, faz surgir o crédito tributário e, em tempo logicamente posterior, verificada a sua *condicio juris* de extinção.

Trata-se de lançamento, apesar de não haver no mundo dos fatos qualquer agir do agente administrativo, mas uma sua omissão. O fato jurídico é negativo, porque tem em seu suporte fático o não-acontecer. A categoria é puramente dogmática. Para o direito e para os fins de surgimento e de extinção do crédito tributário, a autoridade administrativa

³³ NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Teoria do lançamento tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1973. p. 71.

³⁴ HERVOUET, François. Il potere discrezionale dell’amministrazione nell’attività di controllo e di accertamento. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milano, anno 53, n. 1, p. 86, mar. 1994.

³⁵ TROTABAS, Louis; COTTERET, Jean-Marie. *Droit fiscal*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1992. p. 31.

praticou o lançamento, com o conteúdo e os efeitos dos arts. 142, *caput*, 150, *caput* e parágrafos, e 156, VII.

Do mesmo modo, da disposição contida no art. 150, § 4º, pode-se deduzir a ocorrência de um ato administrativo de lançamento. Efetivamente, o órgão administrativo deve se pronunciar no caso concreto sobre a possibilidade de lançar por homologação expressamente; há o dever legal de o fazer em um determinado prazo e a lei atribui à abstenção de um agir positivo dentro desse prazo um significado também positivo, o de considerar lançado o tributo. Estão presentes os requisitos para se entender originado um ato administrativo do silêncio da administração³⁶.

Contudo, é como dito: pura categoria dogmática, não ficção, nem, *a fortiori*, presunção. Para haver ficção, parte-se de um fato, por natureza improvável, para se lhe dar ocorrência jurídica. A ficção supõe a possibilidade de referência ao mundo fático, para que se possa estabelecer uma comparação entre o conceito jurídico e o pré-jurídico³⁷.

Ora, a homologação pelo ato de lançamento é jurídica, porque não há conceito fático preexistente de homologação que não tenha sido levada em conta pela norma. As referências à homologação como uma *factio juris* são errôneas, porquanto reduzem todo o fenômeno jurídico a presunções e ficções.

Havendo ato administrativo de lançamento, o surgimento e a extinção do crédito se explicam aqui como no lançamento por homologação expressa. Surge pela ocorrência do lançamento por homologação subsidiário, tem por causa extintiva o pagamento e por condição a homologação (art. 150, § 4º). Também aqui, pela conjunção dos fatores, estará extinto o crédito, de acordo com o teor do art. 156, VII, que faz remissão expressa ao art. 150, § 4º.

A dicção final desse parágrafo “salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação” confirma todo o exposto a respeito dessa subespécie de lançamento. Realmente, havendo dolo, fraude ou simulação que acarretem pagamento a menor que o devido, não se poderia dar surgimento e extinção do crédito tributário pela homologação do lançamento, quer expresso, quer subsidiário.

5 A eficácia declaratória do lançamento em relação à obrigação tributária

Um argumento dos mais encontrados na doutrina dos defensores da eficácia declaratória de lançamento em relação ao crédito tributário toma como ponte de partida a constatação de que o ato deve ter em conta as circunstâncias de fato ou de direito existentes ao momento da ocorrência do fato gerador e a lei vigente à época.

O apoio dessa corrente de doutrina estaria na cabeça do art. 144 do CTN, pela qual o lançamento deve se reportar à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e reger-se pela lei então vigente, no que atine ao conteúdo do ato e da norma de lançamento.

³⁶ CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. 1, p. 433.

³⁷ PÉREZ DE AYALA, José Luis. *Las ficciones en el derecho tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1970. p. 122-125.

Vincular-se-iam necessariamente a referência a uma situação pretérita, a retroeficácia e a eficácia declarativa. Sendo o ato de lançamento referente a uma situação pretérita, como determina expressamente o Código Tributário Nacional, estariam presentes a retro-eficácia e a eficácia declaratória. Declarativa a eficácia, haveriam de ser preexistentes ao lançamento o crédito tributário, o correlato débito tributário, o liame jurídico, o sujeito ativo e o sujeito passivo perfeitamente individualizado.

A teoria parte de um falso pressuposto. A vinculação entre referência a fato passado, retroeficácia e eficácia declarativa é meramente accidental.

O enunciado de existência refere-se sempre a fato que existiu, existe ou existirá; portanto, implícita ou explicitamente, a algum momento ou lapso temporal. A enunciação de ter existido ou existir desde um dado momento alude ao passado. Ela mesma não precisa gerar efeitos desde o passado. A declaração não se identifica com o declarado, nem os efeitos daquela com os desta: o ser ou o não-ser da proposição não é o ser do que se declara.

A vigência do ato de constatação, como regra, não começa do momento em que teve lugar o fato constatado³⁸.

A declaração de ciência é apenas parte do conteúdo do ato-norma de lançamento: a verificação da existência da obrigação tributária (geral e abstrata) com um determinado objeto não lhe esgota o fim ou o conteúdo, como revela o art. 142 do CTN.

O ato de lançamento é ainda declaração de vontade, um comando ou ordem individual de pagamento, de um crédito tributário agora constituído, para o que se precisou “determinar a matéria tributável” e “calcular o montante do tributo devido”, dirigida a um sujeito passivo, agora já “identificado”, na dicção do art. 142 do Código.

A parte declarativa, que é a referente ao passado, é autônoma da parte dispositiva, que tem eficácia inovadora e, indisputavelmente, só vale desde quando posta e para o futuro.

Estando o crédito tributário fora da parte declaratória do lançamento, as bases e as conclusões da doutrina que prega a declaração do crédito tributário pelo ato de lançamento não se amoldam ao ordenamento tributário brasileiro.

Referências

AROCENA, Carmen Bollo. *L'accertamento: natura e funzioni*. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario*. Padova: Cedam, 1994. v. 3, p. 89-119.

BERLIRI, Antonio. *Corso istituzionali di diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1967. v. 1.

———. *Principios de derecho tributario*. Trad. de Carlos Palao Taboada. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1973. v. 3.

BONO, Constantino de. *L'accertamento tributario*. Milano: Giuffrè, 1966. v. 1.

³⁸ STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athènes: Sirey, 1954. p. 86.

- BORGES, Arnaldo. *O sujeito passivo da obrigação tributária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- . *Lançamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. 1.
- CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- EINSTEIN, Albert. *Como vejo o mundo*. Trad. de H. P. de Andrade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [s/d].
- FANNUCHI, Fábio. *A decadência e a prescrição no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1970.
- FEDELE, Andrea. I principi costituzionali e l'accertamento tributario. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milano, anno 51, n. 3, p. 463-480, set. 1992.
- FONROUGE, Carlos M. Giuliani. Obrigação tributária. [Trad. de Geraldo Ataliba]. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 4, n. 15, p. 344-353, jan./mar. 1971.
- GALLO, Franco. Discrezionalità nell'accertamento tributario e sindacabilità delle scelte dell'ufficio. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milano, anno 51, n. 4, p. 655-669, dic. 1992.
- GIANNINI, A. D. *Istituzioni di diritto tributario*. 5. ed. Milano: Giuffrè, 1951.
- GOMES, Nuno Sá. *As situações jurídicas tributárias*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, 1969.
- HERVOUET, François. Il potere discrezionale dell'amministrazione nell'attività di controllo e di accertamento. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milano, anno 53, n. 1, p. 83-100, mar. 1994.
- HOCINE, Zeghib. Principe du contradictoire et procédure administrative non contentieuse. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, n. 2, p. 467-503, mar./avr. 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 1.
- KRUSE, Heinrich Wilhelm. *Derecho tributario: parte general*. Trad. de Perfecto Yebra Martul-Ortega e Miguel Izquierdo Macías-Picavea. 3. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A estrutura dualista da obrigação tributária. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 10, n. 1, p. 41-59, 1971.

- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 5.
- NATOLI, Luigi Ferlazzo. La fattispecie tributaria. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario*. Padova: Cedam, 1994. v. 2, p. 53-79.
- NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Teoria do lançamento tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1973.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis. *Las ficciones en el derecho tributario*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1970.
- PICCIOLI, Gianlorenzo. *L'accertamento tributario*. Padova: Cedam, 1998.
- POPPER, Karl R. *The poverty of historicism*. London: Routledge & Kegan Paul, 1957.
- . *A lógica da pesquisa científica*. Trad. de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1975.
- SCHICK, Walter. Il procedimento nel diritto tributario. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario*. Padova: Cedam, 1994. v. 3, p. 69-87.
- SCHOENAUER, Christian; LOPEZ, Joël. *Droit fiscal: principes et applications*. Paris: Eska, 1995.
- SOUSA, Rubens Gomes de. *Estudos de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1950.
- . Um caso de ficção legal no direito tributário: a pauta de valores como base de cálculo do ICM. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 13-32, jan./mar. 1970.
- STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs*. Athènes: Sirey, 1954.
- TROTABAS, Louis; COTTERET, Jean-Marie. *Droit fiscal*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1992.
- XAVIER, Alberto. *Conceito e natureza do acto tributário*. São Paulo: Juriscredi, 1973.
- . *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

O *HABEAS CORPUS* E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

*Sebastião Vieira Caixeta**

SÚMARIO: 1 Introdução. 2 Escorço histórico do *habeas corpus*. 3 Conceito. 4 Natureza jurídica. 5 A prisão na Justiça do Trabalho. 5.1 A prisão civil na Justiça do Trabalho. 5.2 A prisão criminal na Justiça do Trabalho. 6 A competência da Justiça do Trabalho para o *habeas corpus*. 7 Conclusão.

1 Introdução

Pretende-se neste trabalho apresentar pesquisa sobre a aplicação do *habeas corpus* na Justiça do Trabalho.

Poucos são os estudos doutrinários específicos sobre o tema, não obstante a crescente utilização desse *writ* na seara trabalhista¹. A multiplicação dos casos de restrição à liberdade ambulatoria, determinada por autoridade judicial trabalhista, expõe as perplexidades que suscitam o julgamento do *habeas corpus* daí decorrente. Nesse contexto, a principal e mais grave hesitação concerne à competência para julgar o *writ*. Trata-se de questão tormentosa, que vem desafiando a doutrina e a jurisprudência há tempos².

A presente pesquisa objetiva contribuir para a melhor compreensão do tema, sem qualquer pretensão de esgotá-lo. Procuraremos demonstrar que se situa no âmbito de atribuições da Justiça do Trabalho a competência para o julgamento do *habeas corpus* impugnativo da prisão civil do depositário infiel, não obstante a posição do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário. Buscaremos ressaltar argumentos que não foram considerados na formação da jurisprudência negativista da competência da Justiça do Trabalho, os quais reclamam apreciação pela Suprema Corte.

2 Escorço histórico do *habeas corpus*

A doutrina majoritária entende que o hábeas³ teve origem na Inglaterra, no ano de 1215, estando inserido na Magna Carta outorgada pelo Rei João Sem-Terra⁴. Conquanto alguns autores identifiquem traços do instituto no direito romano clássico, foi realmente a partir dessa Carta Política que o *writ* ganhou delineamentos de limitação ao poder instituído.

* Sebastião Vieira Caixeta é especialista em Direito e Processo do Trabalho; Professor de Direito do Trabalho na Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central (JURPLAC); Presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

¹ BEBBER, Júlio César. *Processo do trabalho: temas atuais*. São Paulo: LTr, 2003. p. 275.

² MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito processual do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 297.

³ O *Dicionário Aurélio* – Século XXI já registra esse vocábulo, que aportuguesa o latino *habeas corpus*.

⁴ FERREIRA SOBRINHO, Aderson. *O “habeas corpus” na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 22.

Relegado a segundo plano no período absolutista, o *habeas corpus* foi uma das principais reivindicações das revoluções liberais inglesas do século XVII, sendo reafirmado na *Petition of Rights* de 1628. Sua disciplina processual, contudo, só foi delineada em 1679, com o *Habeas Corpus Act*, que proibia as deportações e prisões ilegais, estabelecendo prazos para apresentação dos presos e multas para agentes carcerários que descumprissem a ordem⁵, porém só se aplicava aos acusados de crime⁶. Com o *Habeas Corpus Act* de 1816, o cabimento do *writ* foi alargado para amparar também pessoas não acusadas de crime, mas ameaçadas em sua liberdade física⁷.

A doutrina não é uníssona quanto ao momento da adoção do *habeas corpus* no Brasil. Alguns enxergam sua instituição pela primeira vez no Alvará Real de 1821⁸. Não há dúvida, porém, de que se achava previsto no Código Criminal de 1830 e teve o delineamento procedimental no Código de Processo Criminal de 1832⁹. A partir da promulgação da Carta Republicana de 1891, que o elevou ao patamar constitucional, a garantia foi expressamente assegurada nos textos constitucionais que se seguiram.

A Constituição de 1988 consolidou a garantia com o seguinte teor: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”¹⁰.

3 O conceito do *habeas corpus*

Habeas corpus, originário do latim, significa tenha o corpo¹¹. Denota: tome a pessoa presa e a apresente ao juiz, para julgamento do caso¹². Posteriormente, passou a ser entendida a expressão também como a própria ordem de libertação¹³.

Trata-se de garantia processual assegurada constitucionalmente, destinada à defesa da liberdade ambular, cuja efetivação não prescinde da intervenção judicial¹⁴. É o remédio constitucional que tutela a liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar¹⁵.

⁵ NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Doutrina brasileira do “habeas corpus”*: fundamentos históricos e polêmica doutrinária. Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/profpito/doutrinanaspolini.html>>. Acesso em: 9 set. 2003.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 309.

⁷ FERREIRA SOBRINHO, op. cit., p. 23.

⁸ Cf. NASPOLINI, loc. cit.; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. com a EC n. 24/99. São Paulo: Atlas, 2000. p. 142; e MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. atual. pela EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 410.

⁹ FERREIRA SOBRINHO, loc. cit.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, art. 5º, inciso LXVIII. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

¹¹ BARROS, Marco Antonio. Ministério Público e o “habeas corpus”: tendências atuais. *Justitia*, São Paulo, 59 (181/184), p. 29, jan./dez. 1998.

¹² Cf. MIRANDA, Pontes de. *História e prática do “habeas corpus”*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. p. 23.

¹³ KALTBACH, Tarcísio Lobato. *Resenha sobre o “habeas corpus”*. [s.l.], 2002. Disponível em <<http://www.revista.bitjuris.nom.br/estudosjuridicos/HabeasCorpus01.htm>>. Acesso em: 9 set. 2003.

¹⁴ BARROS, op. cit., p. 30.

¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 446.

Como se vê, o *habeas corpus* configura garantia de que o direito declarado na Constituição de não ser preso injustamente será observado¹⁶. Ou seja, a Carta Política, a par de reconhecer o direito individual, oferece o remédio¹⁷ para repelir investidas ilegais à liberdade de trânsito.

Historicamente, é o remédio específico para amparar qualquer indivíduo de detenção ilegal¹⁸. É inegavelmente a mais destacada entre as medidas destinadas a garantir a liberdade pessoal. Protege-a no que ela tem de preliminar ao exercício de todos os demais direitos e liberdades. Defende-a na sua manifestação física, no direito de o indivíduo não sofrer constrição na sua liberdade de locomover-se em razão de violência ou coação ilegal¹⁹.

Conforme Bastos²⁰:

“É a mais destacada das medidas destinadas a garantir a liberdade. Tem ele a finalidade de assegurar a fruição da liberdade no que tem de preliminar ao exercício de todas as demais liberdades. É dizer, o direito do indivíduo a não sofrer constrição na sua faculdade de locomover-se provinda de ato de violência ou coação ilegal”.

Por outro lado, é hoje assente na jurisprudência²¹ e na doutrina²² a possibilidade de utilização do remédio heróico até mesmo contra atos restritivos de liberdade de locomoção cometidos por particulares, como ocorre, por exemplo, quando o hospital não permite ao doente deixar suas dependências sem pagamento das despesas médicas²³.

Desse modo, correta a abrangente conceituação apresentada por Ferreira Filho²⁴:

“Em si o *habeas corpus* é uma ordem judicial, ordem para que se deixe de cercear, para que não se ameace cercear a liberdade de ir e vir de determinado indivíduo. Ordem que pode ser dirigida a quem quer que restrinja ilegalmente a locomoção alheia. Em geral, dirige-se contra o poder público, mas pode, segundo a jurisprudência, dirigir-se contra particular (p. ex., hospital que não permita que pessoa dele se retire sem saldar a conta)”.

¹⁶ BRASIL. *Constituição de 1988*, loc. cit., art. 5º, LXI: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

¹⁷ O vocábulo é metaforicamente utilizado, significando que a restrição ao direito de liberdade é a doença e o *writ* é o remédio. Cf. FERREIRA FILHO, op. cit., p. 307-308.

¹⁸ FACCI, Lucio Picanço. *Evolução histórica do mandado de segurança. Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3461>>. Acesso em: 22 set. 2003.

¹⁹ GALO, Fabrini Muniz. *Jurisdição constitucional: controle de constitucionalidade e writs constitucionais. Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2301>>. Acesso em: 22 set. 2003.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. “Habeas corpus”. In: *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 77.

²¹ Cf. STJ-RHC-4120/RJ, 6ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Vicente Leal, DJU, 17 jun. 1996, p. 21517.

²² Cf. MOTA; SPITZCOVSKY, op. cit., p. 412.

²³ DUTRA, Léverson Bastos. *Prisão ordenada por juiz do trabalho – Hipóteses – Casos de flagrante delito – Natureza – Cumprimento – Competência – Habeas corpus – Reparação de danos. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, 34 (64), p. 139, jul./dez. 2001.

²⁴ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 310.

Sucintamente, o *habeas corpus* é o meio judicial adequado para combater qualquer lesão ou ameaça ilegal à liberdade de locomoção²⁵.

4 A natureza jurídica do *habeas corpus*

A definição da natureza jurídica do *habeas corpus*, além de relevante no campo acadêmico, assume extraordinário relevo na práxis. O interesse ainda mais se agiganta quando se cogita da fixação da competência para julgar o *writ*, pois a fundamentação utilizada para negar essa atribuição à Justiça do Trabalho restringe-se à alegada qualidade de ação penal estrita.

Não enfrenta dissonância a conceituação do *habeas corpus* como garantia constitucional ou remédio jurídico destinado a sanar limitações arbitrárias ao direito de liberdade de locomoção²⁶.

A propósito da distinção entre direito e garantias, leciona Moraes²⁷:

“A distinção entre *direitos* e *garantias fundamentais*, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito”.

Assim, como dito no tópico referente ao conceito de *habeas corpus*, a Constituição e as leis, ao mesmo tempo em que declaram o direito, instituem as chamadas garantias, instrumentos destinados a materializar a promessa constitucional quando ameaçado o direito de liberdade, sem as quais este não teria efetividade²⁸.

São garantias constitucionais na medida em que constituem instrumentos destinados a assegurar o gozo de direitos violados ou em via de ser violados ou simplesmente não-atendidos. Tais remédios atuam precisamente quando as limitações e vedações não foram bastantes para impedir a prática de atos ilegais e com excesso de poder ou abuso de autoridade. São, pois, espécies de garantias, que, pelo seu caráter específico e por sua função saneadora, recebem o nome de remédios, e remédios constitucionais, porque consignados na Constituição²⁹.

Os chamados remédios jurídicos são instrumentos impugnativos de atos judiciais ou da administração e englobam os recursos, as ações e até medidas administrativas, como a correição parcial³⁰. Em qual desses remédios enquadra-se, então, o *habeas corpus*?

²⁵ FERREIRA SOBRINHO, op. cit., p. 22.

²⁶ Cf., por exemplo, PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 162.

²⁷ MORAES, op. cit., p. 59.

²⁸ Nesse sentido: GALO, loc. cit.

²⁹ SILVA, J. A., *Curso...* cit., p. 442.

³⁰ Cf. FACCI, Lucio Picanço. Meios de impugnação dos atos jurisdicionais no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3760>>. Acesso em: 23 set. 2003, passim.

O Código de Processo Penal, ao estatuir o procedimento regente do *habeas corpus*, insere-o no título atinente aos recursos em geral (arts. 647 a 667). Isso levou parte da doutrina a afirmar sua natureza jurídica recursal. Não é, porém, o melhor entendimento.

Recurso é o pedido de reexame de uma decisão judicial, para que seja promovida a reforma ou apenas a invalidação da sentença proferida³¹.

Extrai-se do conceito que o recurso infalivelmente pressupõe decisão proferida anteriormente, que será objeto de impugnação pela via recursal³². A leitura atenta dos capítulos do Código de Processo Penal atinentes aos recursos criminais denuncia essa premissa, uma vez que, à exceção do capítulo referente ao *habeas corpus*, sempre há a alusão a despachos, decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos.

Tal não ocorreu, contudo, com a disciplina do *habeas corpus* porque, conquanto ele se preste também a impugnar decisões jurisdicionais, evidentemente sua aplicação não se limita a isso, podendo ser utilizado mesmo quando não há processo ou decisão anteriores, como ocorre na prisão em flagrante delito ou mesmo na mera instauração do inquérito policial ou, ainda, na restrição atribuída ao particular.

Pontes de Miranda³³ é enfático e conciso ao rejeitar a natureza recursal do *habeas corpus*: “Não se diga (a erronia seria imperdoável) que se trata de recurso”. Assim, sob o ângulo estritamente processual, não se pode qualificar como recurso³⁴.

A inclusão do *habeas corpus* no título atinente aos recursos só corrobora a já reconhecida atecnia do Código de Processo Penal de 1941, sendo patente a incorreção topológica, visto que não se trata certamente de recurso.

A doutrina majoritária aponta sua natureza de ação de rito especial ou especialíssimo que pressupõe procedimento sumário³⁵. Trata-se de ação de indisputável relevância, sendo o superior remédio destinado à defesa da liberdade de locomoção³⁶. Tem natureza de ação constitucional³⁷.

Boa parte da doutrina, principalmente a penalista, enxerga no *habeas corpus* autêntica ação penal³⁸. Esse também foi o entendimento esposado, majoritariamente, pelo Supremo Tribunal Federal³⁹.

³¹ COSTA JÚNIOR, Dijosete Verfíssimo da. A apelação no processo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1079>>. Acesso em: 23 set. 2003.

³² Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 184: “Recurso é o meio processual que a lei coloca à disposição das partes, do Ministério Público e de um terceiro, a viabilizar, dentro da mesma relação processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”.

³³ MIRANDA, Pontes de. *História e prática do “habeas corpus”*. 2. ed. atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. 1, p. 39.

³⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 4, p. 445.

³⁵ MARTINS, A., *Manual...* cit., p. 292.

³⁶ BARROS, loc. cit.

³⁷ SILVA, J. A., *Curso...* cit., p. 446. No mesmo sentido: ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 158; MORAES, op. cit., p. 131, que acrescenta o “caráter penal”; BARROSO, op. cit., p. 184; BEBBER, op. cit., p. 275-276.

³⁸ Cf., por exemplo, SOARES, Evanna. A competência da Justiça do Trabalho e o “habeas corpus”. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, v. 5, n. 27, p. 298, mar. 1995.

³⁹ Cf. STF-CJ-6.979-DF, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Ilmar Galvão, julgado em 15/8/1991, *DJU*, 26 fev. 1993, inteiro teor em *Revista LTr*, São Paulo, ano 57, p. 440-443, abr. 1993. No mesmo sentido: STF-HC-68.687-7, 2ª Turma, Min. Carlos Velloso, julgado em 20/8/1991, *DJU*, 4 out. 1991.

Todavia, não existe ação de natureza penal, civil ou trabalhista, mas tão-somente ação, sem qualquer adjetivação. Ação é o direito público subjetivo ao provimento jurisdicional, não importando seja favorável ou desfavorável, justo ou injusto, porque se trata de direito abstrato. É, ainda, direito autônomo, porquanto independe da existência do direito subjetivo material, e instrumental, porque sua finalidade é dar solução a uma pretensão de direito material⁴⁰.

Conforme ensina Castelo⁴¹,

“O sistema jurídico contemporâneo é um sistema de direitos e não de ações. No sistema jurídico contemporâneo a garantia constitucional da ação é vista como uma cobertura integral do mundo jurídico substancial. O direito moderno não é mais um sistema de ações típicas, mas um sistema integrado por direitos que ficam cobertos integralmente pela garantia da ação”.

Ontologicamente, a ação é o direito de provocar a jurisdição para obtenção da prestação jurisdicional. Por isso é artificiosa qualquer adjetivação que se justaponha à ação, o que somente se admite para fins acadêmicos ou didáticos, com a finalidade de identificar a pretensão posta em juízo ou o procedimento a ser seguido⁴².

Desse modo, a ação trabalhista não difere da ação civil ou penal quanto à natureza. Todas ostentam natureza de direito público e contêm o pedido de tutela jurídica processual, a despeito de variar os tipos de provimento e o direito material objeto da pretensão⁴³.

Consistindo a ação na aspiração a determinado provimento jurisdicional, a classificação de real relevância para a sistemática científica do direito processual leva em conta a espécie e a natureza do provimento jurisdicional⁴⁴. É verdade, todavia, que qualquer classificação, mesmo por esse critério estritamente processual, não se compadece com a teoria abstrata da ação, considerada em sua pureza, pois esta não se amolda em sua essência aos elementos identificadores da classificação, sendo inadequado falar-se em “ações”, no plural⁴⁵.

Greco Filho⁴⁶ engrossa o coro:

“A rigor, a classificação é do procedimento e não da ação, como também, a rigor, a classificação pelo provimento jurisdicional invocado é da sentença e não da ação, mas, tradicionalmente, se costuma agregar à denominação da ação o tipo de procedimento”.

⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255-256.

⁴¹ CASTELO, Jorge Pinheiro. Dano moral trabalhista. Competência. *Trabalho & Doutrina*, São Paulo: Saraiva, n. 10, set. 1996.

⁴² Não invalida a assertiva, ao contrário a reafirma, a existência de ações adjetivadas por leis, como a ação civil pública, a ação penal pública, a ação popular, a ação monitoria, entre outras, pois tais leis disciplinam pretensões e ritos adequados ao provimento jurisdicional exigido do Estado.

⁴³ CASTELO, Jorge Pinheiro. *Direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 164.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1, p. 56.

⁴⁵ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 265.

⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1, p. 93-94.

A adjetivação das ações denuncia um resquício da superada teoria civilista do direito de ação e somente pode ser aceita hodiernamente como locução elítica, que por extensão signifique o tipo de direito sobre o qual se funda a ação ou o procedimento a ser seguido⁴⁷.

Cintra, Grinover e Dinamarco⁴⁸, após demonstrarem a identidade de exercício entre a jurisdição penal e a não-penal⁴⁹, concluem pela natureza comum da chamada ação penal: “A ação penal, portanto, não difere da ação quanto à sua natureza, mas somente quanto ao seu conteúdo: é o direito público subjetivo a um provimento sobre pretensão punitiva”⁵⁰.

É, destarte, rematado equívoco qualificar o *habeas corpus* de ação penal, porquanto não é da sua essência veicular matéria de natureza penal, conquanto seja forçoso admitir que isso ocorre na maioria das vezes. O instituto em tela é fundamentalmente ligado à liberdade de locomoção, direito natural, de matiz universal portanto, declarado na Constituição Federal⁵¹. O fato de o *writ* ser muito mais utilizado no direito penal deve-se à peculiaridade de nosso sistema criminal ainda ser fortemente calcado na pena corporal. Mas o remédio heróico é também largamente utilizado na esfera cível, ante a constatação de que ainda se admite a prisão civil por dívida, embora limitada ao inadimplente inescusável de alimentos e ao infiel depositário⁵². Disso se extrai que a natureza penal ou extrapenal do direito material subjacente ao pedido para emissão da ordem de libertação é meramente acidental, não afetando a substância do *writ of habeas corpus*, que tutela a liberdade de ir, vir e ficar.

Nessa linha, pontifica Mirabete⁵³:

“A natureza jurídica da ação penal nada tem de diferente daquela do direito de ação civil, diversificando-se apenas segundo o direito objetivo que o juiz vai aplicar; se a norma é de direito penal, exercita-se a jurisdição penal; se se visa a aplicação de normas não-penais, invoca-se a jurisdição civil”.

O instituto do *habeas corpus* não é, portanto, monopólio do direito penal ou processual penal. Tem natureza processual ampla e visa, como remédio constitucional, a garantir o direito de locomoção ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder⁵⁴.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos de processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 118.

⁴⁸ Op. cit., p. 257.

⁴⁹ A rigor tal repartição existe apenas para fins didáticos, pois a jurisdição é una e indivisível por definição.

⁵⁰ No mesmo sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 295.

⁵¹ BRASIL. *Constituição de 1988*, loc. cit., art. 5º, XV: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

⁵² BRASIL. *Constituição de 1988*, loc. cit., art. 5º, LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. rev. e atual. até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.

⁵⁴ SILVA, Antônio Álvares da. “Habeas corpus” e processo do trabalho. In: *Questões polêmicas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. v. 4, p. 202.

Isso porque a ação de *habeas corpus* tem caráter eminentemente instrumental, servindo para provocar a jurisdição em prol do direito substantivo, civil ou penal, que é exercida por meio do processo, cuja índole é também instrumental⁵⁵.

O direito processual distingue-se fundamentalmente do direito material porque cuida das relações entre os sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos processuais, porém sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas, o que entra na órbita do direito substancial. O direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico⁵⁶.

Conforme observa Castelo⁵⁷, “O direito material e processual são dois sistemas de normas distintas e logicamente independentes, apesar de praticamente coordenados para exprimir toda a essência e força do ordenamento jurídico”.

Por outro lado, não há dúvida de que existem diferenças entre os vários ramos do direito processual que os distinguem uns dos outros, visto que lidam com valores, especificamente considerados, diferentes. Assim, por tratarem de valores distintos, o próprio caráter instrumental da atividade processual impõe uma permeabilidade às influências do modo de ser do direito substancial posto à base da pretensão processual, induzindo a cada processo ter uma visão associada aos parâmetros jurídicos substanciais do seu objeto. Atente-se que as diferentes espécies de processos e procedimentos, em consonância com a natureza jurídico-material do provimento pretendido, fragmentam ou distinguem conceitos e estruturas dentro do mesmo ramo do direito processual⁵⁸.

É justamente isso que ocorre com o processo de *habeas corpus*. O seu procedimento, refletindo o conteúdo jurídico-material de proteção à mais importante das liberdades⁵⁹, reclama celeridade da atividade jurisdicional, é livre de formalismos, admite a concessão da ordem até mesmo de ofício, aplica-se a toda e qualquer coação ilegal, quer de natureza cível, quer de natureza penal.

Não deve impressionar, para efeito de fixação da sua natureza, o fato de achar-se o *habeas corpus* inserido no Código de Processo Penal, sendo certo que o seu procedimento não fica limitado aos casos em que a restrição ao *status libertatis* decorre da persecução penal. Aplica-se também, pacificamente, quando a coação à liberdade de locomoção advém

⁵⁵ Cf. COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 5.

⁵⁶ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 40.

⁵⁷ CASTELO, *Direito processual...* cit., p. 50.

⁵⁸ CASTELO, *Direito processual...* cit., p. 35-36. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo do trabalho e processo comum. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, p. 82-94, set./out. 1978.

⁵⁹ SILVA, J. A., *Curso...* cit., p. 237-238, distingue as liberdades em cinco grandes grupos: 1) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação); 2) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); 3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); 4) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); 5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio e autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho).

da aplicação da lei civil, especificamente no que toca à prisão do depositário infiel e do inadimplente voluntário e inescusável de alimentos. A disciplina do *habeas corpus* no âmbito processual penal deve-se à origem histórica, intimamente ligado à esfera criminal, e à sua incidência prevalente nessa seara. Seu procedimento, contudo, colhe todas as hipóteses de cabimento, não havendo necessidade de instituição de procedimento especial para as prisões civis.

Até porque o processo, sendo forma de composição de litígios, é conceitualmente uno. É por meio do processo que o Estado desenvolve sua atividade jurisdicional. Assim, direito processual civil [direito processual do trabalho] e direito processual penal não passam de faces do mesmo fenômeno, ramos do mesmo tronco que cresceu por cissiparidade⁶⁰.

Na verdade, a existência de procedimento único para todas as hipóteses de cabimento é normal nos chamados *writs* constitucionais, cuja abrangência e aplicação, geralmente, transcendem o ramo do direito processual que os hospedam. Assim, o rito procedimental do *habeas corpus* insere-se no processo penal; já o do mandado de segurança e do *habeas data*, no processo civil. Todavia, aplicam-se indistintamente no processo penal, civil ou trabalhista, sempre que presentes as hipóteses de cabimento. É óbvio que, tratando-se de garantias (ações) constitucionais, qualquer limitação à aplicação dos *writs* por leis processuais padeceria de inconstitucionalidade.

Efetivamente, os ritos procedimentais das ações constitucionais – *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular – integram a jurisdição constitucional e inserem-se no chamado direito processual constitucional⁶¹. Dessa forma, é impossível pretender-se sua vinculação, de forma estrita e limitativa, a determinado ramo do direito, sem ofender seu caráter amplo de garantia constitucional.

Por isso mesmo, o mandado de segurança, conquanto tenha sua disciplina procedimental inserida no campo de direito processual civil – ainda que em lei esparsa – e seja classificado como ação cível⁶², aplica-se indistintamente no processo penal, trabalhista e civil, desde que demonstrado o direito líquido e certo violado ou ameaçado por ato de autoridade. A aplicação pacífica dessa garantia constitucional no processo penal não desnatura ou influencia a definição de sua natureza jurídica⁶³.

Do mesmo modo, a utilização do *habeas corpus* no processo civil ou no processo do trabalho não descaracteriza ou afeta sua natureza jurídica de ação constitucional, que precede – não cronologicamente, mas como fundamento de validade – a instituição do rito procedimental inserido no Código de Processo Penal.

⁶⁰ TOURINHO FILHO, op. cit., p. 20-21.

⁶¹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 79-80.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 14. ed. atualizado por Arnoldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 20-21. Advirta-se, novamente, o artificialismo da adjetivação.

⁶³ A propósito da aplicação do mandado de segurança no processo penal, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 286-302. A jurisprudência também é pacífica admitindo o *mandamus* no processo criminal: STF-RMS-9551/MG, Pleno, Min. Henrique D'Avila, convocado, DJU, 19 jul. 1962; STJ-ROMS-15326/SP, 5ª Turma, Min. Gilson Dipp, DJU, 17 mar. 2003, p. 243.

Em outras palavras, essa inserção não tem o condão de transmutar o *habeas corpus* em ação exclusivamente penal⁶⁴, permanecendo intacta sua natureza de ação capaz de provocar a jurisdição trabalhista, civil e penal, conforme a causa de pedir se assente no direito extrapenal ou penal.

Por isso assiste razão a Silva⁶⁵, quando diz que o *habeas corpus* não é instituto de direito material, nem de um direito processual específico, mas sim de direito processual constitucional, com a finalidade própria de proteger a liberdade de locomoção.

O *habeas corpus* tem, portanto, a natureza jurídica de ação, e ação constitucional porque instituído pela Carta Magna.

5 A prisão na Justiça do Trabalho

A doutrina, sem discrepância, conceitua a prisão como a limitação ao direito de ir e vir⁶⁶. É espécie de pena privativa da liberdade de locomoção, determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente ou em virtude de flagrante delito. A prisão, em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, por motivo ilícito ou ordem legal⁶⁷.

O direito brasileiro admite quatro tipos de prisão:

- a) prisão-pena – é a decorrente da condenação criminal, aplicável após o trânsito em julgado da sentença condenatória;
- b) prisão processual – é a imposta antes da sentença condenatória, com caráter cautelar, mas vinculada a processo penal iniciado ou por iniciar (prisão em flagrante, preventiva, temporária, decorrente da decisão de pronúncia e da sentença penal recorrível);
- c) prisão civil – é a decorrente do descumprimento de obrigação civil (prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel);
- d) prisão administrativa – é a aplicada em razão de descumprimento de dever legal (prisão do falido ou do depositário infiel que não entregam os livros ou bens sob sua guarda)⁶⁸.

Interessam-nos, nessa pesquisa, as hipóteses de prisão que podem advir da atividade jurisdicional trabalhista: a prisão processual decorrente de crime; a prisão civil por dívida.

5.1 A prisão civil na Justiça do Trabalho

A prisão civil não é pena, nem civil, nem penal, nem administrativa, tampouco disciplinar, mas apenas uma forma de coerção, como meio de execução indireta⁶⁹. Não

⁶⁴ Sem perder de vista a artificialidade da classificação, conforme já explicitado anteriormente.

⁶⁵ SILVA, A. A., “Habeas corpus”..., cit., p. 199.

⁶⁶ OLIVEIRA, Pedro Pereira de. A competência da Justiça do Trabalho para julgar “habeas corpus” e decretar prisão. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, Porto Velho, v. 2, n. 1, p. 34, jan./jun. 1993.

⁶⁷ MIRABETE, op. cit., p. 359.

⁶⁸ SILVA, A. A., “Habeas corpus”... cit., p. 218-219. Fala-se, ainda, em prisão disciplinar, porém esta é uma espécie da prisão administrativa, conforme FERREIRA SOBRINHO, op. cit., p. 64.

⁶⁹ FERREIRA SOBRINHO, op. cit., p. 61.

obstante as críticas que se lhe opõem, continua permitida no ordenamento jurídico pátrio, encontrando previsão expressa na Carta Magna, art. 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Neste trabalho, interessa-nos somente a prisão civil do depositário infiel, uma vez que a do devedor de alimentos é insuscetível de ocorrer na Justiça do Trabalho, dada a incompetência desta para ação de alimentos e a sua impossibilidade de ocorrência, ainda que incidentalmente, no processo do trabalho.

No processo do trabalho, o depósito, normalmente, decorre de ordem judicial, sendo o encargo constituído nos autos da ação trabalhista. Da mesma forma, a prisão do depositário pode dar-se nos autos do processo, sem necessidade de ajuizamento de ação de depósito. É o que ensinam Nery Junior e Nery⁷⁰: “O juiz, no exercício do poder diretor do processo, pode impor ao depositário judicial a prisão civil, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Esse é também o entendimento da Suprema Corte, cristalizado na Súmula n. 619: “A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

A prisão do depositário infiel tem gerado muita polêmica. A controvérsia tem origem na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica – 1969), ratificada pelo Brasil, que no art. 7º, § 7º, dispõe: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”⁷¹. Com base nesse dispositivo, alguns negam a possibilidade de subsistir a prisão civil do depositário infiel. O Supremo Tribunal Federal entende, porém, que persiste a prisão do depositário infiel⁷².

Com isso, permanece possível a decretação da prisão do depositário infiel, que no processo do trabalho costuma dar-se incidentalmente nos próprios autos.

5.2 A prisão criminal na Justiça do Trabalho

Conquanto não se possa falar em direito penal do trabalho dissociado ou autônomo do direito penal “comum”⁷³, é forçoso reconhecer a existência de tipos penais relacionados ao mundo do trabalho e ao funcionamento da Justiça do Trabalho, os quais estão, na grande maioria, inseridos nos crimes contra a organização do trabalho (Código Penal⁷⁴, arts. 197

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 1171.

⁷¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito internacional público: tratados e convenções*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 601.

⁷² Cf. STF-RHC-80035/SC, 2ª Turma, Min. Celso de Mello, DJU, 17 ago. 2001, p. 53

⁷³ Cf. COSTA, Leila Tatiana Prazeres. Poder disciplinar do empregador e o direito penal do trabalho. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano 18, n. 878, p. 8-13, ago. 2001.

⁷⁴ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, col. 2, 31 dez. 1940, p. 23911, ret. 3 jan. 1941, p. 61.

a 207) nos crimes contra a administração em geral (idem, arts. 328 a 337) e nos crimes contra a administração da justiça (idem, arts. 338 a 359)⁷⁵.

A expressão direito penal do trabalho, cunhada na Itália em 1930, deveria alcançar todos os crimes que interessam ao trabalho; rotularia o conjunto das normas que dispensam tutela penal ao trabalho, representando a garantia do sistema do direito do trabalho. Surgiria assim um sistema protetor dotado de sanções penais, nos casos em que a autotutela de classe fosse insuficiente ou sempre que fracassassem as sanções civis e administrativas⁷⁶.

Nesses casos a responsabilização do infrator envolve normas de reposição e de retribuição. Aquelas objetivam o restabelecimento da situação ilícita, a reposição do *status quo ante*, como ocorre com a indenização. São de natureza civil. As normas de retribuição, além da eventual reposição, apresentam um conteúdo adicional, impondo determinada sanção ao devedor. São normalmente regras de direito penal⁷⁷.

Dessa forma, alguns crimes são cometidos perante o juiz do trabalho ou relacionam-se com a atividade jurisdicional deste, como a resistência (Código Penal, art. 329), a desobediência (idem, art. 330), o desacato (idem, art. 331), o tráfico de influência (idem, art. 332), a corrupção ativa (idem, art. 333), o falso testemunho e a falsa perícia (idem, art. 342), a coação no curso do processo (idem, art. 344), a fraude processual (idem, art. 347), o patrocínio infiel ou a tergiversação (idem, art. 355), a exploração de prestígio (idem, art. 357), a violência ou fraude em arrematação judicial (idem, art. 358).

Nos crimes cuja norma tenha como objeto a proteção de direitos trabalhistas, é evidente que os juízes da Justiça do Trabalho têm muito mais condição de julgar o delito, pois é natural que se suponha terem eles maiores conhecimentos do ramo de sua especialidade do que o juiz penal⁷⁸.

Há, nessas hipóteses, a responsabilização do infrator pelo ilícito trabalhista e pelo ilícito penal, os quais, todavia, decorrem do mesmo fato, sendo evidente a conexão entre eles. Por isso, o julgamento criminal adquire mais segurança e racionalidade com a atribuição dessa competência à Justiça Obreira.

Porém, é forçoso reconhecer que, *de lege lata*, a Justiça do Trabalho não detém ainda competência criminal.

É até mesmo controvertida a possibilidade de decretação da prisão pelo juiz do trabalho. Alguns a negam afirmando a ausência de competência penal da Justiça do Trabalho. Outros asseveram a existência dessa competência em alguns casos.

Oliveira⁷⁹, por exemplo, admite possa o juiz do trabalho decretar a prisão penal, quando o crime decorre do desrespeito a decisões da Justiça Especializada, como no caso da desobediência, ainda que a flagrância não se caracterize na sua presença.

⁷⁵ Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal. *Revista LTr*, São Paulo, ano 64, p. 29-35, jan. 2000.

⁷⁶ ROMITA, Arion Sayão. Direito penal do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 63, p. 734-742, jun.1999.

⁷⁷ PAVAN, João Amílcar Silva e Souza. A prisão decretada por juiz do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 8, n. 8, p. 21-27, jan./dez. 1998. Cf. também o voto Ministro Carlos Velloso no STF-CC-6979-1/DF, Pleno, Relator p/ o Acórdão Ministro Ilmar Galvão, *DJU* 26 fev. 1993, p. 2356.

⁷⁸ SILVA, Antônio Álvares da. Ilícito penal trabalhista. Competência da Justiça do Trabalho. *Questões polêmicas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. v. 2, p. 34.

⁷⁹ Loc. cit.

Silva⁸⁰ advoga a possibilidade de o juiz do trabalho decretar a prisão por desacato ou desobediência, no curso do processo trabalhista, escudado na competência derivada da parte final do art. 114 da Constituição Federal.

Ferreira Sobrinho⁸¹ nega, peremptoriamente, a possibilidade de decretação da prisão mesmo que em flagrante:

“Não tem o Juiz do Trabalho competência, à míngua de jurisdição criminal, para determinar a prisão em flagrante por crime de desobediência a ordem judicial, configurando constrangimento ilegal tal forma de coagir o executado a garantir o débito trabalhista”.

Pavan⁸², conquanto reconheça a inexistência de competência penal da Justiça do Trabalho, defende a decretação da prisão criminal pelo juiz do trabalho em casos de flagrância, uma vez que é dado a qualquer do povo efetua-la⁸³: “Em outras palavras, quando qualquer magistrado decreta prisão de outrem, por razões de ordem penal e decorrentes de ilícitos verificados no cotidiano forense, ele está agindo como um cidadão comum”.

Nessa cizânia, parece correta a posição de Dutra⁸⁴, que difere um pouco desse último entendimento:

“[...] é certo que o Juiz do Trabalho, por ser uma *autoridade, um agente político da União*, deve sim proceder à prisão em flagrante, nesses casos também de natureza criminal, visto os delitos ali explicitados, com lavratura do auto, porquanto ocorrido o evento em sua presença, encaminhando o preso imediatamente após à autoridade judiciária a quem a lei atribui jurisdição para o processo penal, que dará seqüência aos trâmites legais, tudo com fincas no multicitado art. 307/CPP” [sublinha do autor].

Note-se a nuance entre as posições de Pavan e Dutra: aquele defende que a prisão se dá na condição de cidadão; este, na de autoridade. Conquanto na prática não decorram diferenças dos entendimentos, a posição adotada por Dutra efetivamente encontra respaldo no art. 307 do Código de Processo Penal:

“Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto”.

⁸⁰ SILVA, A. A., “Habeas corpus”... cit., p. 206-208.

⁸¹ Loc. cit.

⁸² Loc. cit.

⁸³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal: “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

⁸⁴ Loc. cit.

Portanto, a prisão criminal pode ser efetuada pelo juiz do trabalho quando verifica o estado de flagrância, advindo daí a necessidade de fixar-se a competência para julgar o *habeas corpus* eventualmente impetrado, o que discutiremos adiante.

6 A competência da Justiça do Trabalho para o *habeas corpus*

A questão da competência da Justiça do Trabalho para julgar *habeas corpus* não é corretamente dirimida sem a fixação das seguintes premissas: a) o *habeas corpus* não é “desenganadamente uma ação de natureza penal”, mas somente “ação”, instrumento de provocação do Estado para obtenção de um provimento jurisdicional; b) a impetração, portanto, dá-se tanto na jurisdição criminal, quando a restrição à liberdade de locomoção advier da persecução penal, como na jurisdição civil, quando a coação resultar da infidelidade do depositário ou do inadimplemento voluntário e inescusável do alimentante; c) a matéria cognoscível no *habeas corpus* é de índole penal ou civil, conforme se trate de prisão relacionada ao crime ou à seara cível respectivamente, sendo, nessa hipótese, ocioso exigir-se competência criminal do órgão julgador; d) a prisão civil ocorre, incidentemente, no processo do trabalho também, com a decretação da custódia do depositário infiel, aplicando-se supletivamente as disposições de direito material e processual comuns pertinentes ao depósito.

Feitas essas considerações, é imperativo reconhecer-se a competência da Justiça do Trabalho para julgar o *writ* impetrado contra decreto de prisão do depositário infiel incidente no processo do trabalho.

A competência é definida pela natureza da pretensão⁸⁵. Assim, a ação de *habeas corpus* terá a natureza da prestação jurisdicional invocada⁸⁶, que na espécie é fundada no *status libertatis* para afastar a alegada coação ilegal de juiz do trabalho, decorrente da aplicação de legislação de índole civil, incidente no processo do trabalho por força do art. 8º, parágrafo único, da Consolidação das Leis do Trabalho. A causa de pedir na hipótese conduz à apreciação da legalidade da prisão do depositário tido por infiel, cuja decretação dá-se incidentemente no processo do trabalho, na maioria das vezes na execução trabalhista.

É cediço que a competência é fixada primeiramente para a justiça especial ou especializada. A competência da justiça comum é residual. Além disso, a regra é a fixação da competência considerando a matéria objeto do litígio, exigindo a exceção norma expressa em sentido contrário⁸⁷.

Ora, o art. 114, parte final, da Constituição Federal contempla a denominada competência material executória ou derivada, que abrange todos os litígios que tenham origem no cumprimento das decisões da Justiça do Trabalho, inclusive as coletivas, mera consequência natural do exercício da jurisdição.

⁸⁵ SALVADOR, Luiz. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114 da CF na visão do STF. O que define a questão da competência é a natureza da pretensão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2221>>. Acesso em: 30 set. 2003.

⁸⁶ MARQUES, op. cit., p. 447.

⁸⁷ PAVAN, op. cit., p. 25.

Não é sem razão, pois, que a consagradora maioria da doutrina propugna a competência da Justiça Obreira para julgar o *habeas corpus* impetrado da decisão do juiz do trabalho que decreta a prisão civil. Há, contudo, entendimentos divergentes.

Assim, Soares⁸⁸ sustenta que incumbe à Justiça Federal julgar o *writ* no caso vertente, louvando-se na tese vencedora no Supremo Tribunal Federal. Aduz que o *habeas corpus* é sempre ação penal, que a Justiça do Trabalho não detém competência criminal e que a Constituição expressamente atribui competência ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Tribunal Regional Federal para julgar o *writ* quando a autoridade coatora for magistrado trabalhista do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Regional do Trabalho e da Vara do Trabalho respectivamente⁸⁹.

O entendimento não pode prevalecer *data venia*. Antes de mais nada, porque o *habeas corpus* não é ação penal, como amplamente demonstramos quando tratamos de sua natureza jurídica, mas ação simplesmente, instrumento jurídico processual apto a movimentar a jurisdição.

No passo seguinte, é necessário realçar que a pretensão veiculada no *writ*, em face de prisão de depositário infiel, é desenganadamente de natureza civil, não havendo, pois, de cogitar-se, neste ponto, de competência criminal.

Por fim, os arts. 105, I, “c”, e 108, I, “d”, invocados para submeter o *habeas corpus* à Justiça Comum Federal quando forem coatores juízes dos tribunais e varas trabalhistas, reclamam interpretação sistemática que os harmonize com os demais dispositivos constitucionais, notadamente com a regra contida na parte final do art. 114 da Carta.

Diz-se que toca aos Tribunais Regionais Federais o julgamento dos *habeas corpus* impetrados em face de ato de juiz do trabalho, porquanto a referência a juiz federal, contida no art. 108, I, “d”, da Constituição, deve ser tomada no sentido lato, abrangendo, portanto, o juiz do trabalho, que integra a magistratura federal.

Data venia, a argumentação não resiste à leitura combinada da citada alínea “d” com a letra “a” do mesmo artigo. Para chegarmos à conclusão aventada no parágrafo anterior, teremos que admitir que o Legislador Constituinte utiliza, no mesmo dispositivo constitucional, a mesma expressão com sentidos distintos em alíneas diferentes, o que ofende a boa técnica legislativa e contradiz os cânones de interpretação sistemática.

Ora, se a alínea “a” alude a “juízes federais”, no plural, e expressamente insere no comando da norma os da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar, como admitir que a expressão “juiz federal”, no singular da alínea “d”, tenha sentido lato para englobar toda magistratura federal (juízes federais, eleitorais, militares e trabalhistas)? Por que, então, a locução “juízes federais”, contida no art. 106 da Carta, que define os órgãos da Justiça Federal, também não foi empregada nesse sentido?⁹⁰ É razoável aceitar a utilização da

⁸⁸ Loc. cit.

⁸⁹ No mesmo sentido: COSTA, C., *Direito processual...* cit., p. 54; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003. p. 793; FERREIRA SOBRINHO, op. cit., p. 37-38.

⁹⁰ “Art. 106. São órgãos da Justiça Federal: I – os Tribunais Regionais Federais; II – os Juízes Federais.”

mesma expressão com sentido diverso na mesma Seção e no mesmo artigo constitucionais? Evidentemente que não⁹¹.

A Carta não baralhou as denominações “juízes federais” e “juízes do trabalho”, fazendo expressa menção às duas espécies quando pretendia colhê-las na mesma norma, como ocorreu também no art. 92.

Ademais, admitindo-se como certa a tese do sentido amplo, estariam abarcados necessariamente pela competência dos Tribunais Regionais Federais os *habeas corpus* de atos de juízes federais, trabalhistas, militares e eleitorais. Tal interpretação conduz ao absurdo, pois é pacífica a competência da Justiça Militar e Eleitoral para julgar o *writ*. A própria Constituição, no art. 121, § 4º, V, estabelece a competência do Tribunal Regional Eleitoral para julgar *habeas corpus* de ato de juízes eleitorais⁹². Essa orientação deve, destarte, ser de pronto afastada, na esteira do ensinamento de Maximiliano⁹³, no sentido de que o direito deve ser interpretado inteligentemente: “não de modo que a ordem legal envolva um *absurdo*, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Bebber⁹⁴, após defender que o art. 108, I, “d”, da Constituição Federal refere-se a juiz federal estrito senso, assevera:

“Em apoio a essa conclusão encontramos, analogicamente, a regra do art. 109, inciso VII, da Carta Constitucional, que expressamente afasta a competência dos juízes federais para julgar ação de *habeas corpus* quando o constrangimento ilegal tiver emanado de autoridade cujos atos estejam vinculados a outra jurisdição”.

Dito isso, deve-se aplicar a regra geral de competência que preside o julgamento de todo *habeas corpus*: impetração na instância imediatamente superior àquela tida como coatora⁹⁵. Ou seja, a competência para julgar o *writ* contra ato de juiz de trabalho que decreta a prisão civil é sempre do Tribunal Regional do Trabalho a cuja jurisdição se submete⁹⁶.

Incide, na hipótese, o já citado art. 114, parte final, da Constituição, que trata da competência derivada ou executória. A prisão nesse caso é derivada, repita-se, do depósito judicial, incidente no processo do trabalho para dar efetividade às decisões da Justiça do Trabalho. Assegurada essa competência pela Constituição Federal, entende-se conferida

⁹¹ Já é antiga a doutrina que propugna a necessidade da interpretação sistemática, devendo os termos ou dispositivos objetos de exegese ser cotejados com outros do mesmo diploma ou de outras leis que tratam da mesma matéria, a fim de evitarem-se contradições, antagonismos. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995. p. 226-227. V. também: MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 136.

⁹² SANTOS, Ocino Batista dos. Os juízes do trabalho e a prisão civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, João Pessoa, n. 6, p. 93-95, 1998.

⁹³ MAXIMILIANO, op. cit., p. 136.

⁹⁴ Loc. cit.

⁹⁵ SILVA, A. A., “Habeas corpus”... cit., p. 203-204.

⁹⁶ Incorreta, pois, a Súmula n. 10 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

com amplitude necessária para o exercício do poder ou desempenho da função, de forma ampla⁹⁷.

Ora, se a Justiça do Trabalho detém competência para nomear o depositário e decretar sua prisão nos próprios autos da ação trabalhista⁹⁸, é imperativo que também se lhe atribua a competência para apreciar o meio de impugnação desses atos, julgando o *habeas corpus* impetrado para discutir justamente as conseqüências do depósito instituído no processo do trabalho. Admitir-se a competência da Justiça Federal na hipótese importa cindir a competência da Justiça do Trabalho, submetendo àquela jurisdição questões de direito e processo do trabalho, sempre que matéria for agitada em *habeas corpus*⁹⁹. Isso evidentemente feriria de morte o art. 114 da Constituição.

A solução que sustentamos preserva a coerência do sistema ao manter no mesmo ramo – a Justiça do Trabalho – a competência para julgar a matéria impugnada, independentemente de o remédio utilizado ser o recurso cabível ou o *habeas corpus*. Evita-se, assim, o disparate de afetar o julgamento da legalidade dos atos de coação à Justiça Federal ou à Justiça Obreira, conforme o prejudicado se valha do *writ* ou do recurso¹⁰⁰.

Ora, é insofismável que a relação jurídica processual não se rompe, não se fraciona, ela é una, ruma para a solução do litígio, a completa prestação jurisdicional, que deve ser dada em sua totalidade. Não objetiva somente uma decisão, mas abrange, ainda, uma série de atos tendentes a torná-la factível e exequível. Essas tarefas também incumbem ao juiz da lide, ao juízo natural¹⁰¹.

Interessante notar que tal doutrina também é seguida no Superior Tribunal de Justiça, que, de maneira contraditória¹⁰², afeta à competência da sua Segunda Seção, que é fixada em função da relação jurídica litigiosa e ocupa-se de direito civil – a competência para apreciar direito penal é da Terceira Seção –, o julgamento do *habeas corpus* em matéria de prisão civil¹⁰³:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO. [...] I – A Corte Especial, no julgamento do CC n. 22.009-DF, em sessão realizada em 16.9.98, fixou entendimento no sentido de ser da competência da Segunda Seção a apreciação dos feitos decorrentes de prisão civil. [...]” (STJ-HC-8402/SP, Quarta Turma, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJU*, 3 nov. 1999, p. 115).

⁹⁷ MAXIMILIANO, op. cit., p. 216.

⁹⁸ Súmula n. 619 do STF.

⁹⁹ SILVA, A. A., “Habeas corpus”... cit., p. 210-211.

¹⁰⁰ Segundo o art. 897, “b”, da Consolidação das Leis do Trabalho, cabe agravo de petição da decisão que decreta a prisão do depositário na execução.

¹⁰¹ MENEZES, Cláudio Armando Couce de. “Habeas corpus”: competência. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano 16, n. 765, p. 6-11, jun. 1999.

¹⁰² A contradição não escapou ao Ministro Ari Pargendler no voto vencido proferido no STJ-14084/SP, Corte Especial, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, *DJU*, 20 maio 2002, p. 94.

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Art. 9º. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 24 out. 2003.

Os critérios de competência adotados pela Justiça Comum de São Paulo também corroboram a tese ora defendida, conforme salienta Ferreira Sobrinho¹⁰⁴:

“É o que ocorre na Justiça Estadual paulista, onde o *habeas corpus* impetrado contra ato de prisão decretada em processo civil é julgado pelo Tribunal de Alçada Civil ou Seção Civil do Tribunal de Justiça (Regimento Interno do TJSP, art. 185)”.

Esses fundamentos aplicam-se também na interpretação do art. 105, I, “c”, da Constituição Federal¹⁰⁵.

Por força dessa norma, assevera-se que os atos dos juízes dos Tribunais Regionais do Trabalho, quando impugnados por *habeas corpus*, submetem-se à jurisdição do Superior Tribunal de Justiça.

Pelo menos em relação à prisão civil do depositário infiel, isso não pode ser aceito. Nessas hipóteses, as decisões dos juízes ou colegiados dos Tribunais Regionais do Trabalho, que importem coação à liberdade de locomoção, são tomadas no julgamento do agravo de petição ou do *habeas corpus* originário, sempre analisando questão incidente no processo trabalhista já decidida em primeira instância pela Vara do Trabalho. A competência para julgar o recurso ou o *habeas corpus* substitutivo¹⁰⁶ daquelas decisões é indeclinavelmente do Tribunal Superior do Trabalho¹⁰⁷. Decorre da própria organização da Justiça do Trabalho, esboçada no art. 111 da Carta Política¹⁰⁸, e da multicitada norma de competência do art. 114. Se a competência material é atribuída ao órgão de primeiro grau, inafastavelmente o sistema recursal a reproduz¹⁰⁹.

Os *habeas corpus* impetrados das decisões do Tribunal Superior do Trabalho serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal, a teor do art. 102, I, alínea “i”, da Constituição, o que não enfrenta controvérsia.

O entendimento defendido nesse trabalho é extraído da doutrina majoritária, que, como já dito, atribui à Justiça Especializada a competência para julgar o *habeas corpus* impetrado em decorrência de ato de juiz do trabalho que decreta a prisão do depositário infiel. Vejamos a seguir a exposição dessa doutrina.

¹⁰⁴ FERREIRA SOBRINHO, op. cit., p. 100-101. Esse autor ainda lembra (p. 74) que a Constituição Paulista cindiu a competência para julgar o *habeas corpus* entre os Tribunais de Alçada, civil e criminal, em matérias de suas respectivas competências recursais.

¹⁰⁵ Redação dada pela Emenda Constitucional n. 23, de 2 de setembro de 1999.

¹⁰⁶ Sendo o *habeas corpus* instituto de direito processual constitucional, o Supremo Tribunal Federal elaborou construção jurisprudencial que permite a impetração originária dessa ação em substituição ao recurso cabível. Cf. BEBBER, op. cit., p. 287.

¹⁰⁷ Incorreta nos parece, portanto, a distinção que faz o TST, entendendo que a competência será do STJ se a autoridade coatora for membro do TRT e não órgão colegiado (cf. TST-HC-760171/2001, SBDI-2, Min. Ives Gandra Martins Filho, DJU, 26 out. 2001, p. 589). Em se tratando de prisão do depositário infiel no processo do trabalho, que pode pelo menos em tese ser decretada monocraticamente por juiz integrante do TRT (CPC, art. 557, § 1º-A), a competência para o *habeas corpus* será sempre da Justiça do Trabalho.

¹⁰⁸ BRASIL. *Constituição de 1988*, loc. cit.: “Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho: I – o Tribunal Superior do Trabalho; II – os Tribunais Regionais do Trabalho; III – Juízes do Trabalho”. Redação dada pela Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999.

¹⁰⁹ Cf. FERREIRA SOBRINHO, op. cit., p. 94.

Ensinam Menezes e Borges¹¹⁰:

“Competente é a Justiça do Trabalho para julgar *habeas corpus* proveniente de alegada coação de Juiz do Trabalho, seja do primeiro grau ou de segundo grau. Tal se dá por expressa disposição constitucional (art. 114 da CF). Os incidentes, as ações incidentais e as demandas derivadas surgidas no processo de conhecimento ou de execução devem ser apreciadas pelo juízo laboral”¹¹¹.

Malta¹¹² admite a competência do Tribunal Regional do Trabalho para julgar o *writ* referente à prisão do infiel depositário decretada por juiz do trabalho, porém assevera que o recurso interposto dessa decisão será encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça, sem contudo explicitar melhor seu entendimento.

Dutra¹¹³ segue a corrente mais ampla:

“A Justiça do Trabalho é competente para apreciar *habeas corpus* destinado a resguardar a liberdade do paciente contra ordem de prisão civil emanada de Juiz do Trabalho, por tratar-se de ato de jurisdição cível, diretamente relacionado ao processo trabalhista. O art. 114 da Constituição Federal estabelece tal competência na medida em que afirma a Justiça do Trabalho como aquela apta a julgar os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, como já asseverei alhures”¹¹⁴.

Oportuna a lição de Silva¹¹⁵:

“De todo o exposto, conclui-se: retirar da jurisdição trabalhista a competência de decidir em sede de HC é interpretar restritivamente a Constituição Federal, limitar o alcance de suas normas, subtrair da parte o juiz natural especializado e remeter a outros tribunais fragmentos da competência trabalhista por razões de ordem estritamente formal”.

Tal restrição à competência da Justiça do Trabalho só se pode atribuir ao preconceito dos demais ramos do Poder Judiciário, que sempre a trataram com inferioridade, em grande parte devido à já tarde extinta representação classista¹¹⁶.

¹¹⁰ Loc. cit.

¹¹¹ No mesmo sentido: BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1995. p. 302-303; MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 120 e 476; CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. atualizado por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 754.

¹¹² MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2002. p. 823; ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2002. p. 455-456.

¹¹³ Op. cit., p. 136.

¹¹⁴ No mesmo sentido: SANTOS, op. cit., p. 95; OLIVEIRA, op. cit., p. 35; COSTA, L. T. P., Poder disciplinar... cit., p. 12.

¹¹⁵ SILVA, A. A., “Habeas corpus”... cit., p. 208.

¹¹⁶ PAVAN, op. cit., p. 26.

Portanto, não se pode negar, cientificamente, a competência da Justiça do Trabalho para julgar o *habeas corpus* impetrado em decorrência da prisão civil do depositário infiel. A questão será definitivamente resolvida com a promulgação do texto da Reforma do Poder Judiciário, que expressamente prevê a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar o *habeas corpus*¹¹⁷.

O mesmo não se pode dizer do *writ* relacionado à prisão criminal na Justiça do Trabalho.

Já ficou evidenciado que vários tipos penais vinculam-se à atividade jurisdicional trabalhista, podendo haver, em conseqüência, prisões criminais decorrentes ou relacionadas com a atuação do juiz do trabalho.

Batalha¹¹⁸, sem aprofundar a questão, advoga que a competência para o *habeas corpus* deve ser atribuída aos Tribunais Regionais do Trabalho quando decorrente de falso testemunho ou desacato relacionados ao processo trabalhista.

Silva¹¹⁹, apesar de negar competência criminal à Justiça do Trabalho, defende a competência desta para julgar o *habeas corpus* impetrado de prisão por desacato ou por desobediência decretada pelo juiz do trabalho, o que soa contraditório porque a matéria debatida no *writ*, nessas hipóteses, relacionam-se com o direito penal em regra. Este autor já havia sustentado, *de lege lata*, a competência penal da Justiça Obreira¹²⁰, tendo mudado, ao que parece, de opinião.

É mais consistente, todavia, o entendimento de que o Texto Constitucional não dotou a Justiça do Trabalho de competência criminal¹²¹. A ampliação da competência para abarcar a penal reclama a reforma dos arts. 109 e 114 da Carta¹²². Infelizmente, o Senado Federal não acolheu, no relatório aprovado em primeiro turno, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para esses crimes.

Desse modo, a competência para julgar o *habeas corpus* das prisões criminais relacionadas ao exercício da jurisdição trabalhista ainda está afeta ao Tribunal Regional Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, conforme seja apontado como autoridade coatora, respectivamente, o juiz da Vara do Trabalho ou do Tribunal Regional do Trabalho. Urge, todavia, seja implementada na Reforma do Poder Judiciário a competência penal da Justiça do Trabalho para os crimes decorrentes das relações de trabalho e os originados no exercício da jurisdição trabalhista, devendo a Câmara dos Deputados promover as modificações no texto que retorna àquela Casa.

¹¹⁷ Proposta de Emenda Constitucional n. 29/2000, que vai a promulgação após a aprovação em segundo turno pelo Senado Federal: “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...] III – os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição”.

¹¹⁸ BATALHA, op. cit., p. 302-303.

¹¹⁹ SILVA, “Habeas corpus”... cit., p. 210-211.

¹²⁰ SILVA, A. A., Ilícito penal... cit., p. 37.

¹²¹ FERREIRA SOBRINHO, op. cit., p. 78.

¹²² FELICIANO, op. cit., p. 29.

7 Conclusões

A doutrina majoritária entende que o *habeas corpus* teve origem na Inglaterra, no ano de 1215, constando da Magna Carta outorgada pelo Rei João Sem-Terra. No Brasil, já se achava previsto no Código Criminal de 1830 e no Código de Processo Criminal de 1832. Com a promulgação da Carta Republicana de 1891, foi elevado ao patamar de garantia constitucional, estando previstos nos textos constitucionais que se seguiram.

O *habeas corpus* é o meio judicial adequado para combater qualquer lesão ou ameaça ilegal à liberdade de locomoção, seja proveniente de autoridade, seja de particular.

Não é recurso. Tem a natureza jurídica de ação, mas não de ação penal. Não é monopólio do direito penal ou processual penal. Sua natureza processual é ampla. Como garantia constitucional, é o instrumento para proteger o direito de locomoção.

O *writ* serve também para atacar atos de juiz de trabalho que importem coação ao direito de liberdade ambulatoria. Esses atos costumam ser de duas espécies: prisão processual decorrente de crime; prisão civil do depositário infiel.

A Justiça do Trabalho não detém competência para julgar o *habeas corpus* impetrado em face da prisão decorrente de crime, em que se discute matéria penal, ainda não afetada ao seu âmbito de jurisdição.

Todavia, o *habeas corpus* ajuizado em decorrência da prisão civil do depositário infiel, em que não se discute matéria criminal, está inserido na competência da Justiça do Trabalho. Nesse caso, a matéria debatida – as conseqüências da não-restituição da coisa depositada – é de índole cível, envolvendo normas de direito material e processual.

Nessa hipótese, o encargo é instituído nos próprios autos da ação trabalhista, sendo o depositário judicial um auxiliar do juiz do trabalho. Também a prisão é decretada normalmente no processo de execução trabalhista, de forma incidente, conforme prevê a Súmula n. 619 do Supremo Tribunal Federal. Portanto, a lide veiculada no *habeas corpus*, impetrado dessa prisão, tem origem no cumprimento de sentença proferida pela Justiça do Trabalho, atraindo a aplicação da parte final do art. 114 da Carta Política, sob pena de fracionar-se a atividade jurisdicional, com a transferência de matéria trabalhista para apreciação de outro ramo do Judiciário.

Por essas razões, a doutrina e a jurisprudência majoritárias defendem a Justiça do Trabalho para julgar o *writ* impetrado em face da prisão do depositário infiel determinada pelo juiz do trabalho.

Referências

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Marco Antonio. Ministério Público e o “habeas corpus”: tendências atuais. *Justitia*, São Paulo, 59 (181/184), jan./dez. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de direito judiciário do trabalho*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1995.

BEBBER, Júlio César. *Processo do trabalho: temas atuais*. São Paulo: LTr, 2003.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: Texto Constitucional promulgado em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*: Texto Constitucional promulgado em 16 de julho de 1934. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto Constitucional promulgado em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: Texto Constitucional outorgado em 10 de novembro de 1937. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*: Texto Constitucional promulgado em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, col. 2, 31 dez. 1940, p. 23911, ret. 3 jan. 1941.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, col. 2, 13 out. 1941, p. 19699, rep. 24 out. 1941. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 9 maio 1943. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Emenda à Constituição da República Federativa do Brasil (1967): Texto Constitucional outorgado em 17 de outubro de 1969. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras/>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. *Novo Código Civil: Exposição de Motivos e texto sancionado*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 24 out. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. Atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTELO, Jorge Pinheiro. Dano moral trabalhista. Competência. *Trabalho & Doutrina*, São Paulo: Saraiva, n. 10, set./1996.

_____. *Direito processual do trabalho na moderna teoria geral do processo*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. A apelação no processo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1079>>. Acesso em: 23 set. 2003.

COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

COSTA, Leila Tatiana Prazeres. Poder disciplinar do empregador e o direito penal do trabalho. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano 18, n. 878, p. 8-13, ago. 2001.

DALAZEN, João Oreste. *Competência material trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos de processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DUTRA, Léverson Bastos. Prisão ordenada por juiz do trabalho – Hipóteses – Casos de flagrante delito – Natureza – Cumprimento – Competência – “Habeas corpus” – Reparação de danos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, 34 (64), jul./dez. 2001.

FACCI, Lucio Picanço. Evolução histórica do mandado de segurança. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3461>>. Acesso em: 22 set. 2003.

_____. Meios de impugnação dos atos jurisdicionais no direito brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3760>>. Acesso em: 23 set. 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal. *Revista LTr*, São Paulo, ano 64, p. 29-35, jan. 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA SOBRINHO, Aderson. *O “habeas corpus” na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

GALO, Fabrini Muniz. Jurisdição constitucional: controle de constitucionalidade e *writs* constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2301>>. Acesso em: 22 set. 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. Processo do trabalho e processo comum. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 15, set./out. 1978.

KALTBACH, Tarcísio Lobato. *Resenha sobre o “habeas corpus”*. [s.l.], 2002. Disponível em <<http://www.revista.bitjuris.nom.br/estudosjuridicos/HabeasCorpus01.htm>>. Acesso em: 9 set. 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000. v. 4.

MARTINS, Adalberto. *Manual didático de direito processual do trabalho*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. 14. ed. atualizado por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direito internacional público: tratados e convenções*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. "Habeas corpus": competência. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano 16, n. 765, p. 6-11, jun. 1999.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. Depósito, depositário infiel e "habeas corpus" na Justiça do Trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 63, p. 743-757, jun. 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. rev. e atualizado até dezembro de 2002. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do "habeas corpus"*. 2. ed. atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. t. 1.

_____. *História e prática do "habeas corpus"*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. com a EC n. 24/99. São Paulo: Atlas, 2000.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. atual. pela EC 31/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 20. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. *Doutrina brasileira do "habeas corpus": fundamentos históricos e polêmica doutrinária*. Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/profpito/doutrinanaspolini.html>>. Acesso em: 9 set. 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, Pedro Pereira de. A competência da Justiça do Trabalho para julgar "habeas corpus" e decretar prisão. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região*, Porto Velho, v. 2, n. 1, p. 34, jan./jun. 1993.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo M. V. Interpretando o art. 114 da Constituição Federal de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2064>>. Acesso em: 30 set. 2003.

PAVAN, João Amilcar Silva e Souza. A prisão decretada por juiz do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, Brasília, DF, v. 8, n. 8, jan./dez. 1998.

PEIXOTO, Aguiar Martins. Prisão civil do depositário infiel e a competência dos tribunais trabalhistas diante do pedido de “habeas corpus”: efeito vinculante das decisões do STF. *Revista LTr*, São Paulo, ano 59, p. 898-899, jul. 1995. Publicado também na *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região*, Cuiabá, p. 18-21, jul. 1996/jun. 1997.

ROMITA, Arion Sayão. Direito penal do trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, ano 63, p. 734-742, jun. 1999.

SALVADOR, Luiz. A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114 da CF na visão do STF. O que define a questão da competência é a natureza da pretensão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2221>>. Acesso em: 30 set. 2003.

SANTOS, Ocino Batista dos. Os juízes do trabalho e a prisão civil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, João Pessoa, n. 6, 1998.

SILVA, Antônio Álvares da. “Habeas corpus” e processo do trabalho. *Questões polêmicas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. v. 4.

_____. Ilícito penal trabalhista. Competência da Justiça do Trabalho. *Questões polêmicas de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. v. 2.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Evanna. A competência da Justiça do Trabalho e o “habeas-corpus”. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, v. 5, n. 27, mar. 1995.

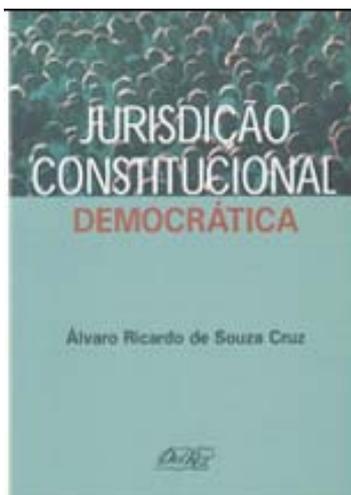
SOARES, Ronald. Impetração de mandado de segurança pelo Estado e contra o cidadão. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região*, Fortaleza, ano 17, n. 19, jan./dez. 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo (Org.). *Novo Código Civil: texto comparado – Código Civil de 2002 – Código Civil de 1916*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA



Resenha: Emílio Peluso Neder Meyer*
Autor: Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 492 páginas.

O título da obra de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, *Jurisdição constitucional democrática*, encerra um paradoxo. Fossem outros os tempos, considerar-se-ia tal fato um problema, uma evidência de ausência de cientificidade. Niklas Luhmann, sociólogo contemporâneo, já teria uma outra visão: é possível perceber os paradoxos de uma forma criativa, como opostos que se constituem reciprocamente¹. Jürgen Habermas, marco teórico da obra em análise, substituiria o termo *paradoxo* por *tensão*, mantendo o mesmo intuito.

Realmente, nenhuma questão tem afligido o Constitucionalismo de uma maneira tão aguda quanto a da devida relação a se estabelecer entre Constituição e democracia. Como compatibilizar um documento que, de antemão, estabelece quais os limites, o *modus faciendi* e que matérias são ou não passíveis de alteração no que respeita à elaboração das leis? A autonomia popular para definir que leis regerão a vida em comum dos participantes de uma comunidade política é ilimitada? Tais perguntas sempre permearam as teorias constitucionais pós-revolucionárias; mas elas ganharam uma nova coloração, como também

* Emílio Peluso Neder Meyer é graduado em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Advogado.

¹ Para tanto, cf. LUHMANN, Niklas. O uso criativo dos paradoxos no direito e na história jurídica: a terceira questão. Tradução para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto. *Law and Society Review*, n. 15, p. 153-165.

uma maior gravidade, com a consolidação do controle de constitucionalidade das leis. Toda vez que um juiz ou um tribunal declara inconstitucional uma lei, a princípio, está-se afirmando a Constituição em prejuízo das leis aprovadas pela maioria; esse seria o modo de conceber as coisas caso se entendesse o princípio da supremacia constitucional como diametralmente oposto ao princípio da democracia.

O trabalho em voga não comunga desse conceito restrito de tensão. Nele, tal como em Habermas, Constituição e democracia “constituem-se” reciprocamente; nele, não podemos conceber o Estado de direito sem uma democracia radical. Se Kant e Rousseau falharam em tentar relacionar eqüiprimordialmente a autonomia pública e a autonomia privada cidadãos (ou seja, soberania popular e direitos humanos, democracia e Constituição), Jürgen Habermas foi pródigo em justificar tal tensão como opostos que se fazem valer complementarmente². Em sociedades modernas e complexas, os indivíduos não podem mais apelar para um suposto direito natural, ou qualquer outra justificação metafísica, caso queiram regular suas vidas em comum; eles precisam do instrumental do direito positivo, o único capaz de gerar racionalidade, visto que, também, gera liberdade. Ora, o direito só possibilita liberdade na medida em que ele é fruto da vontade daqueles que a ele se submetem. Se a autonomia no direito é fracionada em autonomia pública (direitos de participação na formação da vontade do Estado) e autonomia privada (liberdades de ação individuais) em razão de seu caráter positivo, isso não significa que não haja um nexó interno entre ambas. Dá de barato que só há direito se ele for legitimado pelo princípio democrático; só há democracia caso haja procedimentos autonomamente positivados que a possibilitem.

Assim, o exercício do poder político em sociedades contemporâneas requer legitimação por meio da democracia. Mesmo as mais severas ditaduras do século XX precisaram, ao menos, travestir-se de democracias ou “empunhar” o poder em nome do povo; a justificação pública do governo de George W. Bush para derrubar a longa permanência de Saddam Hussein no Iraque não foi outra. A necessidade de legitimidade e justificação dos atos de quem exerce o poder político cresce na medida em que o Poder Judiciário assume a função anômala de dizer o que, supostamente, o Poder Legislativo esqueceu de obedecer ou simplesmente ignorou. O exercício do controle de constitucionalidade das leis requer uma fundamentação complexa e racional: Álvaro Ricardo de Souza Cruz demonstra, com acuidade, como as teorias adotadas no Brasil a fim de dar curso a tal tarefa são extremamente problemáticas, para dizer o mínimo.

Descartes e seu *cogito* inauguraram uma era de certezas no pensamento ocidental. Nada do que não pudesse ser comprovado “cientificamente” pelas matemáticas, pela física e outras ciências exatas poderia ser chamado de ciência. A divisão procedida por Schleiermacher, entre ciências do espírito e ciências da natureza, gerou uma busca incessante por “portos seguros” mesmo na hermenêutica, como se pode depreender da obra de Dilthey. O ápice dessa jornada pode ser encontrado no positivismo de Comte: a sociedade possuiria suas próprias leis que deveriam ser desvendadas pelo cientista, é dizer, serem descritas por ele.

² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

É certo que o positivismo jurídico não se confunde com o positivismo científico; mas ele compartilha a idéia de que haveria um sentido a ser desvendado, um único sentido que traria certezas às relações entre os membros de uma comunidade regida pelo direito. Está aí a popularidade do positivismo: seja por buscar um único sentido, seja por criar métodos que busquem um sentido aproximado, ele estará sempre atrás de certezas. Numa sociedade complexa como a nossa, talvez não haja nada mais atrativo.

Seguindo as tradições ibéricas, o positivismo se implementou de uma maneira incisiva no pensamento de juristas e operadores do direito. Ele é predominante nas faculdades de Direito, nos tribunais, no exercício da advocacia; é saudado pela maioria das pessoas, já que ele promove o que se costumou chamar de segurança jurídica. O positivismo vê o sistema do direito constituído unicamente por regras (Hart e Kelsen): nos casos difíceis, para os quais não há uma resposta imediata nem na legislação e nem na jurisprudência, o positivismo apresenta a alternativa do uso do poder discricionário do juiz. Segue que o argumento de autoridade assume as vestes de justificação racional das decisões. Não é à toa que o normativismo kelseniano irá indiferenciar qualitativamente o ato legislativo do ato jurisdicional, apenas distinguindo-os no que concerne ao aspecto quantitativo.

Conseqüência disso é a concepção de um tribunal constitucional como legislador negativo. Um legislador negativo que, no Brasil, traria a segurança do fim de decisões díspares a respeito da constitucionalidade das leis. O Supremo Tribunal Federal carregaria o fardo de dizer, de uma só vez, o que é direito abaixo da Constituição, instaurando, a tantas vezes proclamada, segurança jurídica.

Não tardaria muito para que a doutrina e a prática jurídicas brasileiras se apercebessem das insuficiências do positivismo jurídico. Um despertar que já havia ocorrido, no início do século XX, nos Estados Unidos, por meio de teorias como a do *realismo jurídico*, e na Alemanha dos anos de 1950, pela jurisprudência de valores da Corte Constitucional Alemã e seus asseclas, apenas se concretizaria no Brasil após a Constituição de 1988. Enquanto, no século passado, o pensamento ocidental via a alteração do foco da filosofia do sujeito para a filosofia da linguagem, com movimentos como a Escola de Oxford, bem como a ocorrência posterior e mais radical do giro pragmático, a doutrina brasileira ainda tinha muito o que fazer para compensar os anos de aprisionamento à interpretação positivista conceitual. Assim, teorias como as propostas pela jurisprudência de valores, classificadas pelo autor como comunitaristas, passaram a exigir do operador jurídico e, principalmente, do Judiciário que se mostrassem mais sensíveis às mazelas da sociedade brasileira.

Para tanto, havia um caminho. A Constituição viria a ser interpretada como uma ordem concreta de valores, tal como havia proclamado a Corte Constitucional Alemã, cinquenta anos atrás, valores estes realizáveis num grau ótimo por um Judiciário que deve tomar as rédeas da conduta da sociedade no paradigma do Estado democrático de direito. Grande parte da doutrina constitucionalista brasileira prega uma renovação do constitucionalismo, renovação esta influenciada pelo pensamento de autores como Robert Alexy. Teorias extremamente sedutoras, porque transferem um poder ainda maior aos juízes – e o que é

pior, com pretensões de justificação racional –, são incorporadas acriticamente como a superação do arcaico positivismo jurídico. Os autores brasileiros não reconhecem a contradição interna de um pensamento que reconhece o giro lingüístico, mas permanece positivista quando entende que o conflito de princípio será racionalmente resolvido caso se obedeça a um método (o princípio da proporcionalidade). O caráter deontológico do direito é substituído pelo tratamento valorativo de princípios, renovando os padrões normativos do direito. Tal relativização é percebida como uma inovação extremamente saudável, sem se atentar para os perigos que ela suscita.

Talvez não seja tão difícil diagnosticar o problema: em países como o Brasil, de pouca tradição democrática e de instituições pouco participativas, parece que a sociedade atravessa uma fase de imaturidade, na qual é mais proveitoso que um tutor (o Estado e, *in casu*, o Judiciário) nos guie no caminho da emancipação. Tal como demonstra Maus³ em relação à Alemanha, onde o Judiciário assumiu o trono do Imperador outrora deposto, no Brasil o Judiciário se dirige para o mesmo local onde antes figurava (ou ainda figura) o Executivo.

Contra essas duas propostas – de um lado, a positivista e, de outro, a comunitarista – Álvaro Ricardo de Souza Cruz propõe uma compreensão procedimentalista da jurisdição constitucional. O controle de constitucionalidade passa a ser visto não mais como uma legislação negativa em termos de uma composição hierárquica das leis, nem como uma atividade de realização, na maior medida possível, dos valores constitucionais, mas como uma garantia dos direitos fundamentais e do devido processo, de modo que possibilite a autonomia pública e privada em equiprimordialidade dos destinatários das leis e provimentos jurisdicionais. Nesse diapasão, é possível enxergar uma convivência pacífica entre os modelos concentrado e difuso de controle de constitucionalidade, uma vez que eles passam a ser compreendidos, na esteira de uma teoria discursiva do direito, como processos *subjetivos* que demandam a participação de seus destinatários para que se pretendam legítimos.

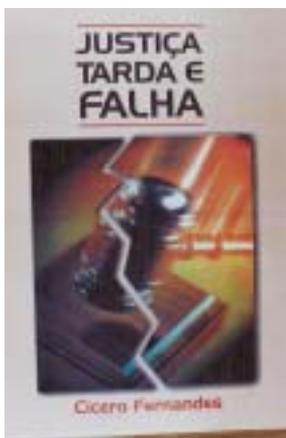
É nessa perspectiva reconstrutiva da jurisdição constitucional (empreendida ao longo dos capítulos I a V) que o autor analisa todas as inovações trazidas pelas Leis n. 9.756/98, 9.868/99 e 9.882/99 ao controle brasileiro de constitucionalidade das leis. Sem deixar de dedicar uma importante avaliação histórica do Supremo Tribunal Federal (capítulo VI), demonstrando a tradição autocrática do nosso controle, Souza Cruz salienta como institutos da espécie das técnicas de decisão no controle de constitucionalidade (as chamadas “sentenças intermediárias”), o efeito vinculante, o instituto do *amicus curiae*, a concepção objetiva de processo, entre outros, devem ser reinterpretados para que possam ter uma justificação racional no paradigma do Estado democrático de direito. Todas essas mudanças, comemoradas pela doutrina brasileira, são analisadas sob críticas contundentes, tudo no marco de uma teoria discursiva do direito e da democracia.

³ Cf. MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, São Paulo, p. 183-202, nov. 2000.

Ante as exigências cada vez mais candentes de legitimidade no exercício do poder político, não se pode relegar ao alvedrio e à virtude das pessoas o encargo de conduzir a autonomia de nossa sociedade. No paradigma democrático, como lembra Habermas, a soberania popular ocupa um lugar vazio, descansando em procedimentos. Juízes, tal como cidadãos comuns, devem ser vistos como co-partícipes de uma mesma comunidade de princípios, no sentido dworkiano⁴, que exige deles responsabilidade e reflexão na tomada de decisões. Os juízes devem aplicar um direito instituído autonomamente e, justamente por isso, deontologicamente concebido; cuida-se de um direito que vale para eles também, ontem, hoje e amanhã. O direito é um empreendimento que pede a todos que o tratem coerentemente e à sua melhor luz, ou seja, de acordo com um projeto para o qual todos contribuíram e contribuem diuturnamente, como autores e destinatários. Afinal, o direito não é simplesmente o que os juízes dizem que ele é.

A obra de Álvaro Ricardo de Souza Cruz vem integrar uma escola procedimentalista do direito e da Constituição. Ao lado de autores como José Alfredo de Oliveira Baracho, Menelick de Carvalho Netto e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, entre vários outros, o jurista dá sua contribuição na melhor maneira possível de se fazer ciência nos dias atuais: criticamente, mas sabedor dos limites. Nesse diapasão, a academia oferece aquilo que dela se espera em sociedades democráticas. Ela deve contestar e propor novas soluções (sempre provisórias, diga-se), como partícipe que é da mesma comunidade de princípios. *Jurisdição constitucional democrática* cumpre tal desiderato, de uma maneira didática e, ao mesmo tempo, rica, revelando a grandiosidade de um autor que prova conhecer todas as nuances do Direito Constitucional e da Teoria da Constituição. Trata-se de um livro tanto para iniciados na matéria quanto para profundos conhecedores; em suma, uma das melhores obras relativas ao controle de constitucionalidade à disposição do leitor.

⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



JUSTIÇA TARDA E FALHA

Edição do Autor – 2003 – 529 p.

Cícero Fernandes – Subprocurador-Geral da República aposentado

Com base em dados recolhidos de sua atuação como Procurador da República, Assessor de Procuradores-Gerais da República e de Ministros do antigo Tribunal Federal de Recursos (TFR), em processos em tramitação neste e no Supremo Tribunal Federal (STF), bem como da leitura paciente do *Diário de Justiça* da União, o autor faz estudo crítico das causas (geralmente olvidadas) da lentidão e das falhas da Justiça e oferece sugestões para reforma que efetivamente as elimine (abrangendo o Ministério Público e a Ordem dos Advogados do Brasil). O livro é, também, espécie de laboratório para professores e estudantes de Direito, pela transcrição, antecedida de amplos comentários, das peças de um processo (petições, pareceres e decisões) da primeira instância ao Supremo Tribunal. Em linguagem simples, é útil também ao leitor comum, especialmente ao servidor público, ao qual dedica dois capítulos, um sobre previdência.

NORMAS PARA ENVIO E PUBLICAÇÃO DE TRABALHOS NO BOLETIM DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU)*, com periodicidade trimestral, destina-se à veiculação de pequenos artigos, de autoria, preferencialmente, de membros e servidores do MPU, que versem sobre matéria jurídica ou afim; de conferências promovidas pela mencionada Instituição de Ensino; bem como à divulgação de lançamentos de obras dos membros e servidores do MPU, do extrato de notícias e de eventos da Escola. O envio e a publicação de trabalhos no Boletim hão de atender às normas a seguir apresentadas.

1 Normas para apresentação:

- 1.1. Os trabalhos poderão ser redigidos em português ou língua estrangeira, com no máximo vinte laudas.
- 1.2. Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e *e-mail*, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.
- 1.3. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquete de 3 ½ polegadas, no formato RTF (*Rich Text Format*), acompanhados de prova impressa do texto, processado em *Word for Windows*, fonte *Times New Roman*, corpo 12, margem superior 3,0 cm, margem inferior 2,5 cm, margem esquerda 3,0 cm, margem direita 2,0 cm, rodapé 2,0 cm, espaçamento simples entre linhas e antes e depois de parágrafos 6 pt, em papel A4, ou por meio eletrônico, para o endereço < editoracao@esmpu.gov.br >.
- 1.4. As notas de rodapé de página devem obedecer à mesma fonte do texto, corpo 10, sem espaçamento entre linhas e com numeração progressiva.
- 1.5. A citação deverá obedecer à mesma fonte do texto, corpo 11; recuo de 2,5 cm.
- 1.6. As referências bibliográficas devem ser apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.
- 1.7. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais há de ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico*.
- 1.8. O autor encaminhará ao Conselho Editorial da ESMPU, juntamente com o trabalho, autorização para sua publicação no *Boletim Científico da ESMPU*.
- 1.9. O Conselho Editorial da ESMPU coloca-se à disposição dos autores para orientá-los na adequação de forma dos originais.

2 Normas editoriais para publicação:

- 2.1. Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.
- 2.2. Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.
- 2.3. Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.
- 2.4. A remessa ou publicação dos trabalhos não implicará remuneração a seus autores ou qualquer outro encargo atribuído à ESMPU.
- 2.5. Os artigos publicados pelo *Boletim Científico da ESMPU* poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da ESMPU, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.
- 2.6. As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da ESMPU.
- 2.7. Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem, não serão devolvidos a seus autores.
- 2.8. O Conselho Editorial da ESMPU reserva-se o direito de adequar o artigo às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

