

REVISTA DA ESMAPE



Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

16

Direito Alternativo: em busca de sua teoria sociológica

Professor Cláudio Souto

99

As Jurisdições Comunitárias

Desembargador Nildo Nery dos Santos

131

Punibilidade e Norma Penal

Professor Romualdo Marques Costa

184

A Função do Juiz

Ministro José Néri da Silveira.



ESMAPE

Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Av. Martins de Barros, 593 - Stº Antônio - Recife - PE
Fone/Fax: (081) 424.1193

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
BIBLIOTECA

© Copyright by ESMape

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb. FA 19960006

Local P-01

Ch. 00000001 E

Revisão ortográfica: João Lippo Neto

Editoração Eletrônica: Francisco Carlos S. Melo.

Capa: Paulo Rocha. Fone: (081) 339.0967.

Tiragem: 1.000 exemplares

Direitos Reservados à Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape.



Coordenação Editorial:

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA

Rua Conde de Irajá, 315 – Torre – Recife-PE

CEP. 50.710-310 – Fones/Fax (081) 445.5191, 227.4807 e 227.4855

ESMAPE. Recife : ESMape, A.I, n.1,

jun., 1996.

438 p.

1. ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO - PERIÓDICOS.

CDU 34(05)

PeR-BP EP CB

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE PERNAMBUCO - ESMape**

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado, conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª Sessão; de 23/03/87. Av. Martins de Barros, 593 - Stº Antônio - CEP 50.010-230 - Recife-PE - Fone/Fax: (081) 424.1193

Diretoria:

Diretor: Des. José Napoleão Tavares de Oliveira. Supervisor: Dr. Jorge Américo Pereira de Lira. Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura: Dr. Ruy Trezena Patu Júnior. Coordenador dos Cursos de Deontologia, Atualização e Aperfeiçoamento de Magistrados: Dr. Demócrito Ramos Reinaldo Filho. Secretária Geral: Josina de Sá Leitão

Comissão Editorial:

Des. Antônio de Pádua Camarotti Filho (Presidente), Dr. Demócrito Ramos Reinaldo Filho (Secretário), Prof. João Maurício Leitão Adeodato, Dr. Hugo Cavalcanti de Melo Filho.

Corpo Docente: Magistratura Comum: 1º Período:

Direito Civil I: Prof. Jorge Américo Pereira de Lira. Direito Processual Civil I: Prof. Ubiratan do Couto Maurício, Prof. Paulo César Maia Porto. Direito Processual Penal I: Prof. João Olympio Valença de Mendonça. Direito Constitucional: Profª Maria Betânia Silva. Direito Financeiro: Prof. Joaquim Lustosa Filho. Sociologia do Direito: Prof. Cláudio Souto, Profª Solange Souto, Profª Miriam de Sá Pereira. Filosofia do Direito: Prof. João Maurício Leitão Adeodato. Linguagem Vernacular Jurídica: Prof. João Batista Lippo Neto. Direito Comercial I: Prof. Luiz de Freitas Lima.

2º Período:

Direito Civil II: Prof. Ruy Trezena Patu Júnior. Direito Processual Civil II: Prof. André Oliveira da Silva Guimarães. Direito Penal II: Prof. Antônio Barreto Campello. Direito Processual Penal II: Prof. Honório Gomes do Rêgo Filho. Direito Administrativo: Prof. Gabriel Lucena Cavalcanti. Direito Tributário I: Prof. Hélio Sílvio Ourem Campos. Hermenêutica Jurídica: Profª Paula Maria Souza de Oliveira Mendonça. Prática Forense Cível: Prof. Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima. Direito Comercial II: Prof. Paulo César Andrade Siqueira. Organização Judiciária: Prof. Macedo Malta.

3º Período:

Direito Civil III: Prof. Leopoldo de Arruda Raposo, Prof. Alberto Flávio Barros Patriota. Direito Processual Penal III: Prof. Albérico Gomes Guerra. Prática Forense Penal: Prof. Mauro Alencar de Barros. Direito Tributário II: Prof. José Viana Ulisses Filho. Direito do Consumidor: Prof. Demócrito Ramos Reinaldo Filho. Direito Constitucional Positivo: Prof. Zélio Furtado da Silva. Medicina Legal: Prof. Clóvis Mendoza. Direito da Infância e da Juventude: Prof. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo. Direito Eleitoral: Prof. Carlos Moraes.

Magistratura do Trabalho:

Direito do Trabalho: Prof. José Guedes Corrêa Gondim Filho. Direito Processual do Trabalho: Prof. Milton Gouveia da Silva Filho. Direito Constitucional do Trabalho: Profª Alba Mª Pires Barbosa, Prof. Hugo Cavalcanti Melo Filho. Direito Previdenciário: Prof. Mauri Delgado Chacon. Direito Internacional do Trabalho: Prof. José Soares Filho. Prática Forense Trabalhista: Prof. Frederico Correia Maranhão. Direito Penal do Trabalho: Prof. Marupiraja Ramos Ribas.

APRESENTAÇÃO

Efetivar objetivos, cumprir tarefas, satisfazer impostas obrigações exige o correspondente dever de tornar público o desempenho dessas atividades, até como difusa e voluntária prestação de contas.

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, em determinado momento, por sua Diretoria, sentiu a necessidade de dizer **o que é**, criando um meio de comunicação direto para divulgar o que se passa internamente.

Uma revista pareceu-nos o modo mais eficiente para o que temos a dizer, e eis o começo da missão: do que publicamos neste número está o início da revelação dos nossos propósitos, do que pensamos, do que queremos e como nos esforçamos na tentativa de integrar a **Escola** no universo do Poder Judiciário.

A variedade dos assuntos publicados mostra os diversos caminhos que percorremos, possibilitando uma visão sempre atualizada em termos de permanente orientação, ensejando a todos a consulta às vertentes para uma avaliação pessoal dos temas tratados.

Esperamos integrar, definitivamente, mais este dado na geografia da Escola, tornando a Revista, irreversivelmente, uma obrigação da Diretoria e um serviço essencial para os alunos. Acontecendo isso, um dos nossos grandes propósitos estará atendido.

Se é difícil ultrapassar o primeiro número, mais será a continuidade, porém o incentivo, o interesse de todos, inclusive de quem deseje colaborar, será importantíssimo para a integração de objetivos.

O visual gráfico cuidado pela Editora que elegemos nos propicia a esperança de que a **Revista** é um marco que nasceu forte e assim continuará, até porque o ideário de Jorge, Patu, Demócrito e Ulisses tem lastros no desejo de colaborar, ajudar e servir, crescendo todos juntos, diretores, professores e alunos, para a melhoria da **ESMAPE**.

Lá para o décimo número – quem sabe! – voltaremos a uma apreciação crítica a respeito do que tivermos realizado.

Recife, maio, 1996.

Des. Napoleão Tavares
- Diretor -

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO – (Des. Napoleão Tavares)	5
DA AÇÃO MONITÓRIA: OPÇÃO DO AUTOR.	
– (Des. Fátima Nancy Andrighi)	9
DIREITO ALTERNATIVO:	
– (Prof. Cláudio Souto)	16
I. COFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS	
– (Prof. Hélio Silvio Ourem Campos)	74
AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS	
– (Des. Nildo Nery dos Santos)	99
ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO	
PROCESSUAL* – (Juiz José Soares Filho)	107
O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA	
– (Des. Arthur Pio dos Santos Neto)	123
PUNIBILIDADE E NORMA PENAL	
– (Prof. Romualdo Marques Costa)	131
ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA	
ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS – (Juiz José Viana U. Filho)	145
A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL	
– (Des. Agenor Ferreira de Lima)	178
A FUNÇÃO DO JUIZ ^(*)	
– (Ministro José Néri da Silveira)	184
A INCIDÊNCIA DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO CÓDIGO	
DO CONSUMIDOR – (Juiz Flávio Augusto F. de Lima)	202
O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER*	
– (Juiz José Renato Nalini)	211

SENTENÇA CÍVEL - PROCESSO Nº 1.178/93	
- (Juiz Jorge Américo P. de Lira)	230
FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA	
- (Prof. João Maurício Leitão Adeodato)	266
JUZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS	
- (Juiz Og Fernandes)	287
SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5336/92	
- (A Justiça Pública)	292
A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO	
- (Dr. Ricardo de Brito A. P. Freitas)	407
CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM	
- (Juiz Ruy Trezena P. Junior)	421

DA AÇÃO MONITÓRIA:

OPÇÃO DO AUTOR.

Fátima Nancy Andrighi

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Secretária da Escola Nacional da Magistratura. Diretora da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal. Secretária da Comissão de Reformas do CPC.

A Reforma do Código de Processo Civil foi elaborada com o desígnio de eliminar os pontos de estrangulamento do processo e acelerar o quanto possível o seu andamento, no afã de contribuir no sentido da eliminação de numerosas causas de obstaculização processual, que acarretam morosidade há muito tempo imputada à Justiça.

Para se obter a aceleração do processo e com isso evitar que o autor, titular do direito em litígio, tenha que aguardar o final do processo para alcançar o bem da vida pretendido por meio do processo, a legislação reformista adotou novos tipos de tutelas denominadas pela doutrina de diferidas ou diferenciadas que se constituem em formas de abreviar e agilizar a concessão da prestação jurisdicional. Inevitavelmente esses tipos de tutelas diferenciadas “tendem a favorecer cautela no seu uso para evitar violação do necessário tratamento isonômico das partes litigantes bem como do princípio assegurador da paridade das armas do processo”⁽¹⁾.

Entre as tutelas diferidas foram implantadas no sistema processual, por serem mais compatíveis com a nossa realidade, a antecipação da tutela, a ação de cumpro-

mento de obrigação de fazer e não fazer (art. 461), a ação monitória e, além disso, ampliou-se, consideravelmente, o rol de títulos executivos, o que também se constitui técnica de sumarização do processo.

Assim, com o advento da Lei nº 9.079, de 14.07.95, que implantou o procedimento especial de jurisdição contenciosa da ação monitória, o jurisdicionado tem à sua disposição mais um procedimento que objetiva reconhecer ao autor um título executivo judicial sem prévio crivo de minuciosa análise da prova documental oferecida, redundando em inversão do contraditório na sua fase preliminar. Constituindo-se em técnica de antecipação de caráter eventual para obtenção do título executivo, atuando **“secundum eventum defensionis”**.

A comunidade jurídica nacional tem sido brindada com livros e monografias da mais absoluta primazia, interpretando com extrema proficiência a nova Lei, devendo ser citados como exemplos, entre outras, a obra de J. E. Carreira Alvim, intitulada “Procedimento Monitório”, a “Ação Monitória” de José Rogério Cruz e Tucci, a “Ação Monitória na Reforma Processual” de Sidnei Beneti, e, a “Ação Monitória” de José Rubens Costa.

Destarte, à luz de tão preciosos estudos a respeito da ação monitória e no intuito de dar minha modesta contribuição ao tema abordado, ousou trazer à meditação questão que tem causado perplexidade na aplicação da nova Lei, qual seja, a obrigatoriedade ou não de o jurisdicionado submeter sua demanda ao novo rito.

Sendo o jurisdicionado titular de direito enquadrável no procedimento da ação monitória (pagamento de soma

em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, com base em prova escrita) teria de submeter o pedido ao novo procedimento especial ou ser-lhe-ia facultado escolher, entre os demais (ordinário ou sumário) aquele que lhe aprover?

Por outro lado, o magistrado, recebendo petição inicial que não obedeceu ao rito da monitória, pode, de ofício, determinar que sob este deva ser processada?

Para obter a resposta a estas indagações, faz-se necessário “revisitar” os princípios processuais que cuidam da disponibilidade ou não da escolha dos ritos no Código de Processo Civil.

Se atentarmos para o disposto no art. 295, inc. V, segundo o qual a petição inicial será indeferida quando o tipo de procedimento escolhido pelo autor não corresponder à natureza da causa ou ao valor da ação, salvo, se o juiz puder adaptar a petição ao tipo de procedimento legal, pode parecer, a uma primeira leitura, que o Código de Processo Civil adotou a técnica de absoluta indisponibilidade em matéria de procedimento, porém, a busca da melhor exegese nos conduz a formular outras ponderações, atendendo ao sistema processual vigente.

A observação histórica nos mostra que o primeiro diploma legal que regulou o processo – Decreto 736, de 1890 – ditava no art. 245 a admissibilidade do uso do rito sumário pelo autor, desde que as partes o ajustassem e expressamente tivessem convencionado. Essa opção foi repetida pelo Código de 1939, quando cuidou da cumulação de pedidos sujeitos a processos com ritos diferentes, permitindo-se a cumulação, desde que o autor para todos em-

pregasse o procedimento ordinário. O Código de 1973, por sua vez, manteve idêntica performance, conforme se deduz do estatuído no art. 292, § 2º. Assim, tradicionalmente, desde o Império, estaria consagrado no ordenamento processual a "opcionalidade" do rito a ser exercido pelas partes ou pelo autor, ficando ressalvada apenas a inadmissibilidade da eleição de rito diverso do prescrito com caráter **de especial**, determinado pelas exigências do inerente conteúdo da pretensão de direito material.

É consabido que a posição, acima sustentada, encontra sólidos argumentos em contrário. Aduz-se que processo é direito público e, por via de consequência, o procedimento não está posto no interesse das partes, mas, sim, no interesse da Justiça. Não se pode supor, desta forma, que o procedimento célere, abreviado e concentrado, tenha sido instituído com intenção voltada exclusivamente ao interesse do autor, observando-se a atitude publicista que o processo vem assumindo, de modo progressivo em nossos dias, principalmente no que diz respeito aos procedimentos.

Por conseguinte, de acordo com a corrente supracitada, o juiz tem o dever de ofício de corrigir a impropriedade do rito escolhido em obediência ao princípio da indisponibilidade absoluta da escolha do procedimento.

Esta matéria foi objeto de muito estudo e dedicação dos processualistas brasileiros, quando da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 com a instituição do procedimento sumaríssimo, hoje sumário.

No memorável Simpósio sobre Processo Civil realizado de 27 a 30 de outubro de 1975, em Curitiba, essa foi uma das conclusões obtida por maioria: *Opção*

pelo procedimento – que pelo sistema do Código (art. 295, V), não é possível o autor obter por procedimento diferente do prescrito, segundo o art. 271, combinado com o art. 275, nem com anuência do réu. Se o procedimento tiver que ser sumaríssimo (art. 275 e incs. I e II), não pode ser utilizado o ordinário e vice-versa.

Com o advento da Lei nº 9.079 de 14.07.95, que incluiu o procedimento especial de jurisdição contenciosa – Da ação monitória – estamos vivenciando, novamente, o questionamento experimentado quando da inclusão do procedimento sumaríssimo em 1973, acerca da disponibilidade ou não do rito. As teses naquela época defendidas servem de subsídio para se aplicar o princípio da indisponibilidade absoluta ou disponibilidade da escolha do rito à ação monitória.

Inegavelmente, após vinte anos de vigência do Código de Processo Civil, a comunidade jurídica brasileira está consciente da necessidade de abandono de algumas modalidades de interpretação, mormente aquelas que dão exagerada dimensão e importância aos termos usados pelo legislador, lembrando que se chegou a sustentar a indisponibilidade do uso do rito sumaríssimo, porque a locução “*observar-se-á*” foi usada em tempo verbal de que se deduz a intenção impositiva pretendida pela Lei. Evidente que não se está a pregar o abandono total da técnica, tampouco o tecnicismo exagerado, o que se busca é o equilíbrio entre o excesso de rigor técnico e a atecnia, aplicando os institutos processuais de molde a conceder, em tempo e modo adequados, a prestação jurisdicional.

Na nova visão do Direito Processual a “preocupação fundamental é com os resultados a serem eficazmente produzidos no plano material. Assume enorme importância

o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual⁷⁽²⁾. Busca esta nova postura aplicar um estilo de rito menos rígido e sempre com vista a adequá-lo ao direito substancial postulado.

Considerando que o processo é instrumento colocado à disposição do jurisdicionado para obtenção de um bem da vida, é imperioso que haja uma flexibilização desse instrumento, permitindo ao cidadão a escolha, dentre os instrumentos oferecidos pelo Código de Processo Civil, aquele que melhor atenda ao seu direito, haja vista que nem sempre o titular do direito deseja fazer uso da tutela diferenciada tendo em conta a sua individual situação fática em torno do direito material.

Há mais um argumento em favor do princípio da disponibilidade do rito, o pertinente à renúncia do ressarcimento das despesas efetivadas para cobrança do seu crédito.

Estabelece o art. 1.102c., § 1º do CPC que, cumprindo o réu o mandado inicial de pagamento, ficará isento de custas e honorários advocatícios. Trata-se de incentivo ao réu para que cumpra a sua obrigação o mais rápido possível, objetivando evitar a conhecida morosidade do procedimento ordinário. Por outro lado, entretanto, se constitui em verdadeiro ato de renúncia de parte do direito de crédito que a Lei impõe ao autor de ação monitória. Para haver renúncia é necessário atitude incontestada do titular do direito, esta só ficará expressa se o mesmo ajuizar a cobrança pelo procedimento da ação monitória.

Observada a aplicação do princípio da disponibilidade do rito, ao Juiz é vedado determinar, de ofício, que o pedido tramite sob o rito da ação monitória, por duas razões: a **uma** porque estará impondo ao autor uma perda parcial do seu crédito e ao Judiciário não é permitido transacionar com o direito da parte, salvo com sua expressa concordância; a **duas** porque o autor expressamente abdicou do benefício legal do rito célere ao propor ação sob outro rito.

A legislação reformista adotou o procedimento especial da ação monitória com o fim de colocar à disposição do jurisdicionado mais um meio rápido de obtenção de título executivo judicial; contudo, “é lícito a qualquer renunciar o favor da lei, e o autor, assim procedendo, em nada prejudica o réu, dando-lhe ao contrário um campo mais vasto para desenvolver a sua defesa, e ampliando, e não restringindo, a ordem do processo...”⁽³⁾.

Forte nestas razões, ousou afirmar que ao titular de direito enquadrável no procedimento especial da ação monitória há que ser observado o princípio da disponibilidade do rito, face às suas peculiaridades; acrescentando-se que o rito imposto pela nova Lei à ação monitória não figura entre aqueles considerados irredutivelmente especiais, eis que, obedecido procedimento inicialmente especial, este, converte-se em ordinário, havendo embargos ao pedido.

-
- 1 Cf. Donaldo Armelin. “Tutela Jurisdicional Diferenciada”. in *Revista de Processo* nº 65. pág. 45.
 - 2 Cf. José Roberto dos Santos Bedaque. “Direito e Processo”. p. 51.
 3. Cf. Adolpho Cirne. “Ações Summarias”. 1936. p. 102/103.

DIREITO ALTERNATIVO:

Em busca de sua teoria sociológica

Cláudio Souto

Professor Titular Emérito de Sociologia do
Direito da Universidade Federal de Pernambuco.
Doutor em Ciências Sociais pela Universidade
de Bielefeld (Alemanha).

1. Direito alternativo: expressão recente de uma idéia antiga e generosa

“Direito alternativo” é uma expressão de nossos dias que desfruta, a partir da década de 80, mais especialmente na presente década, de um prestígio crescente entre a nova geração brasileira (e latino-americana) de professores, estudantes e práticos do Direito.

Até bem pouco não era assim: no Brasil, manifestava-se antes um verdadeiro imperialismo dos estudos jurídicos dogmáticos, reducionistas do direito ao Estado. O que não fosse direito estatal, não seria propriamente direito; e não teria sentido autenticamente jurídico uma legitimidade não-estatal ou anti-estatal. Só o Estado produziria verdadeiramente direito ou só ele poderia reconhecer como jurídico o que porventura brotasse de fontes sociais não-estatais.

A atividade do jurista dogmático era então considerada como revestida de brilho e elegância lógico-normativos, o que disfarçava a olhos menos atentos o caráter

antiquado, pré-iluminista, de uma postura que a si mesma se confessava – como ainda se confessa – nada menos que “dogmática”, isto é, admitindo, embora apenas parcialmente, algo de indiscutível (cf. Lyra Filho, 1980: 11-12). Mas como justificar uma “ciência dogmática” de natureza não-religiosa, já que a ciência moderna, temporal, e dogmas, são coisas incompatíveis? Simplesmente enfatizando uma especificidade da “ciência jurídica”, o que a distinguiria de todas as outras ciências modernas... Assim, não seria seu problema a verdade, mas sim a validade formal, com base no dogma da legalidade – não a legalidade das leis científicas, mas a legalidade do Estado, portanto a do poder político e a do poder econômico instrumentalizado do político.

Dessa maneira, afinal se reduzia direito a poder. E, dentro dessa redução fundamental, uma linguagem modernamente sofisticada apresentava uma teoria e uma prática “jurídicas” cujo conteúdo continuava sendo essencialmente, como já o era nos primórdios do homem, o poder do mais forte. Poder este maldisfarçado pelas referências à justiça, liberdade e igualdade, que são mantidas em conotação tão formal, e, pois, tão vazia, que não podem descaracterizar o poderio efetivo e avassalador dos donos da hegemonia econômica e política. Tem-se, não necessariamente uma ordem legal e judicial de benefícios reais para todos, mas, necessariamente, uma ordem legal e judicial de benefícios reais aos poderosos.

Desse modo, se os juízes e tribunais, em princípio, aplicam direito e não o criam, em princípio aplicam as leis que consagram, comissiva ou omissivamente, a hegemonia dos mais fortes, dos vitoriosos na competição social. Fala-se de liberdade, igualdade e fraternidade, ontem como hoje:

mas, ontem como hoje, são palavras sem efetivação mais profunda, porque sem realização econômica. Basta ver o pauperismo das massas que se torna miserabilidade agressiva nos países com menos capacidade de competir (cf. Capeller, 1992:78).

Nada disso admira, para quem procure ver: as competições são lutas “pacíficas”, implicando rivalidade entre indivíduos e/ou grupos; e, nas lutas, uns ganham e outros perdem. Apenas nas cooperações é que todos podem ganhar.

Os países do chamado terceiro mundo, como os da América Latina, geralmente perdem e, por isso, fica neles bem claro o contraste entre os que têm muitíssimo, para além do supérfluo, e os excluídos até da alimentação e da moradia: não admira ainda, pois, que na América Latina, onde se combinam esse quadro social e uma tradição relativamente considerável de estudos jurídicos, tenha surgido, e se desenvolvido, especialmente no Brasil, uma alternatividade jurídica como contraposta ao **status quo** da legalidade estatal (esta última caracterizando-se, em países como o nosso, pela insuficiência e ineficiência dos procedimentos decisórios oficiais, como lembra Adeodato, 1992: 159 e 164). Pode-se dizer que o Direito Alternativo tornou-se algo, sobretudo brasileiro.

Na verdade, no primeiro mundo, inclusive nos Estados Unidos, a alternatividade quanto ao Direito é menos dramática e, pois, menos nítida (cf. Röhl, 1987: 517-518 E 523-524, Raiser, 1987:202-203 e 210-213). Em geral trata-se apenas de reação a uma “enchente” normativa e processual (“Normenflut”, “Prozessflut”) e à burocratização legal. Essa reação toma a forma de modos de

desregulamentação e de alternativas dentro da Justiça e de alternativas à Justiça – estas últimas consistentes basicamente de procedimentos de juízos arbitrais (nesse sentido, Nöth, 1993: 77-78 e 78-82; cf. Röhl, 1987:60 e 509-519, Raiser, 1987:202-213).

Essa alternatividade primeiromundista à Justiça tenta “uma regulação conflitual qualitativamente melhor”, buscando-se o auxílio de métodos sócio-científicos, pois os juristas não trabalhariam cientificamente. Procuram-se as “causas conflituais mais profundas” (“*tieferliegende Konfliktursachen*”, “*underlying causes*”), e se chega a ver, de uma maneira geral, a desigualdade entre os homens como responsável por todos os conflitos. Mas tudo isso numa perspectiva antes funcional que causal (nesse sentido, Röhl, 1987:515 e 516).

A ciência social do direito do primeiro mundo não conseguiu ainda, na verdade, definir de modo substantivo (pertinente a conteúdo) e genérico o conceito-chave que é o direito como fenômeno social. São apresentadas definições sócio-jurídicas do direito de caráter tão formal que podem abrigar conteúdos nitidamente contraditórios, em uma imprecisão conceitual significativa que afeta a possibilidade de proposições causais rigorosas sobre o direito e realidade social. A alternatividade sócio-jurídica primeiromundista seria então tímida, prática e teoricamente.

Não parecendo razoável uma ditadura subjetivista do poder judiciário (aliás carente ainda, em geral, de uma maior formação científico-substantiva), não se pode pretender que o magistrado tenha, como regra genérica, a não-aplicação da lei – embora tenha também uma inegável e concomitante função criativa da norma, função esta

atualmente em expansão (cf. Cappelletti, 1993: 128-129, Faria, 1993: 42).

Não se pode desconhecer que nem todas as leis privilegiam minorias poderosas ou estão envelhecidas (cf. Clève, 1991:117, Faria, 1993:38). Mas poderá se afirmar que quanto mais dogmático seja o juiz, como intérprete e aplicador, menos servirá ao que se aspira como igualdade e liberdade humanas.

Diante da injustiça manifesta à luz de um conhecimento objetivo (isto é, objetivamente testável), sua missão fundamental de servidor do direito haverá de conduzi-lo ao **praeter legem** e, mesmo, em casos excepcionais, ao **contra legem** (sobre essa excepcionalidade, cf. Melo, 1994:17 e 112-113, Lima, 1992: 45, Rodrigues, 1992: 196-197, Faria 1993: 45-46). Porque, se o magistrado dogmático é, antes de tudo, o servo da lei, o magistrado verdadeiramente moderno e cientificamente pós-moderno é, antes de tudo, o servo do direito, entendido este como algo que implique, de modo necessário, racionalidade testável do conhecimento e sentimento de justeza.

Aí a alternativa ao dogmatismo que venha dos poderes legislativo e judiciário: alternativa que, devidamente aprofundada no plano teórico e no prático, poderá erguer-se em nome do benefício de todos, e nem mesmo apenas em nome de uma maioria (cf. Correias, 1993:17). E essa alternativa – que seria a idéia de um “direito alternativo” em face a leis vigentes que privilegiam os donos minoritários dos poderes econômico e político – tem-se comunicado com força por palavras da moda a expressarem um pensamento antigo e clássico

co, que já encontra uma manifestação básica na chamada doutrina do direito natural.

A idéia de um pluralismo jurídico não é de hoje, não é pós-moderna: já está na antigüidade clássica jusnaturalista, na tensão e contradição possíveis entre o que seria justo por natureza e o que fosse imposto como justo por via legal e judicial.

O antecessor fundamental, implícito ou explícito, do “direito alternativo” será justamente o “direito natural”: é que tanto um, quanto outro, animam-se da idéia de justiça, já que os autores do “direito alternativo” preocupam-se intensamente com justiça social (por exemplo, Wolkmer, 1992:132-135, 138-139, Clève, 1991:101 – e, por vezes, com uma postura ideológica esquerdista explícita (como, por exemplo, em Rodrigues, 1992:184). A perspectiva do “direito vivo” é também antecessora do “direito alternativo”, porém lhe é antecessora menos afim, pois que se limita a afirmar que “direito vivo” é o que domina efetivamente a vida social – qualquer que seja seu conteúdo. Todavia, o “direito vivo” e o direito alternativo “têm a afinidade de não se preocuparem, ao contrário da perspectiva jusnaturalista, com princípios jurídicos invariáveis (cf. Rodrigues, 1992:183).

Mas o “direito alternativo” latino-americano de hoje e seu antecessor básico, o “direito natural”, são idéias generosamente humanitárias, mas vagas. Não definem, com relativa precisão, um conteúdo jurídico. Uma relativa precisão, embora em plano formalíssimo, alcança-a contudo a dogmática tradicional, com fundamento na precisão relativa da lei. Trava-se então uma luta, ainda desigual, entre o ideologicamente generoso

e o que se apresenta como formalmente preciso (cf. Campilongo, 1992: 54-55).

Seria definitivamente “precisável”, porém, um “direito alternativo”? E como se poderia fazê-lo? Esse seria o primeiro passo para a tentativa de construção de uma teoria rigorosa do “direito alternativo”.

2. O que é direito alternativo? Como tentar uma maior precisão para seu conceito?

O direito alternativo é norma desviante em face à legalidade estatal, do mesmo modo que esta última lhe é desviante. Não coincide (ou não coincide de todo) o direito alternativo com a legalidade do Estado, pois, de outro modo, não lhe seria alternativa (não seria **outro** conteúdo: a palavra “alternativo” vem do latim “alter”, isto é, “outro”). Ou seja, o direito alternativo só é tal pelo desvio, pela não-identificação, pela dessemelhança, em relação ao conteúdo da legislação estatal (conteúdo este que também lhe é desviante e, portanto, lhe é também alternativo).

Essa idéia de desvio é, de fato, essencial à alternatividade jurídica. Ainda quem prefira falar, como Joaquim Falcão, não de oposição ou luta entre um “direito informal (inoficial)” e um “direito formal (oficial)”, mas de um “sincretismo” entre eles, não lhes pode negar uma “convivência contraditória” (Falcão, 1994:29) – contraditoriedade essa que significa desvio recíproco e, portanto, recíproca alternatividade.

Não se trata, simplesmente, pois, do **uso** alternativo (outro uso) das próprias leis do Estado, isto é, a **inter-**

pretação delas que se procure fazer necessariamente no sentido do benefício geral, utilizando-se para isso de pequenas aberturas, existentes na própria legislação, e ampliando-se hermeneuticamente essas aberturas. Não é apenas o “**praeter legem**” para benefício dos desprotegidos economicamente, mas é o desvio aberto do sistema normativo estatal, é o “**contra legem**” – que se pode atuar, explícita ou implicitamente, em nome da justiça social (sobre uso alternativo da legalidade estatal, o chamado “uso alternativo do direito”, – que haveria tido origem na Itália, no início dos anos 70 (Carvalho, 1991:54), ou, mesmo, talvez já na década de 60 (Wolkmer, 1994:270-271 e 229, Carrion, 1992:69) –, cf. Clève, 1991:114-118, Arruda Jr. 1991:90-94, Bergalli, 1992:21-25, Rodrigues, 1992:180-182, Pressburger, 1992:56-60, Andrade, 1992:85-86, Junqueira, 1992:107-109, Wolkmer, 1991:48-50, 1994:202, 256-257, 298).

Do jusnaturalismo herda o direito alternativo a preocupação essencial com a justiça, do “direito vivo” a idéia de que é “alternativo” como direito grupal efetivamente existente e eficaz – embora sem o poderio do Estado.

Direito alternativo seria, então, aquele desviante da legislação estatal (ou de decisões judiciais baseadas nesta legislação), em nome de uma idéia social de justiça.

Nem todo direito é alternativo porque direito e legislação estatal podem coincidir, isto é, a legislação pode ter conteúdo jurídico. Ao passo que direito **alternativo** e legislação estatal são sempre reciprocamente contraditórios, são sempre reciprocamente desviantes. Se se torna estatal, o direito alternativo deixa de ser alternativo, embora não deixe de ser direito (cf. para uma perspectiva diversa, Carrion: 1992:70).

Ou seja: direito é gênero, direito alternativo é espécie do direito, por assim dizer sua espécie contestante, aquela que se opõe à legislação do Estado.

Mas o direito alternativo, tal como se tem apresentado, usualmente, até agora, possui uma referência grupal. Sua justiça é a assim considerada por um grupo social desfavorecido. Seu critério é, desse modo, quantitativo, de natureza grupal-majoritária. Desvia da legislação estatal em nome de uma justiça que se define por uma maioria grupal.

Isso torna o direito alternativo usual prisioneiro de uma perspectiva tão formal quanto a estatista, apenas mais abrangente porque referida a qualquer grupo social desfavorecido e não só ao Estado (excetuados apenas os grupos de criminosos comuns). E esse formal chega também ao formalismo porque se substitui o grupo estatal (grupo dos homens do poder oficial), por qualquer grupo, como critério de justiça. O que é decisivo é o que o grupo entenda como justiça e como direito, seja o que for. O que é decisivo é a forma “aceitação grupal”, que passa a substituir a forma “aceitação estatal”.

Porém, as conseqüências desse formalismo grupal tornam-se insuportáveis do ponto de vista de uma racionalidade substantiva. Há duas décadas, estudando a norma social desviante, tivemos a oportunidade de salientar que um critério meramente quantitativo-majoritário do desvio – critério esse comum em Sociologia – teria como resultado preferir-se, como padrão não-desviante, aquele da maioria de uma comunidade ignorante e refratária a aceitar a aplicação de medicamento, produzido pela técnica científica, que salvaria vidas em período epidêmico (cf. Souto, 1974:86).

Sem que se negue a importância do senso comum, não raro pleno de sensatez, parece, de fato, evidente que o majoritário-popular nem sempre é racional, não havendo, em termos objetivos, como mistificá-lo, fazendo-o critério “*sine quo non*” do conhecimento e de um conteúdo normativo preferencial.

Por isso, nenhum conhecimento científico deixa de antepor o testado ou testável empiricamente (pela observação controlada) ao conhecimento do senso comum. A própria pós-modernidade científica, salientando embora o caráter apenas probabilístico, e portanto dubitativo, de seu conhecimento, nem assim toma o do senso comum como critério preferencial do saber. E já Durkheim, trabalhando, faz um século, nos alicerces da metodologia sociológica, advertia que o senso comum não poderia ter, na Sociologia, um realce de que não desfrutava nas outras ciências (Durkheim, 1972: XV, 28, 31-32, 125; cf. Aguiar, 1993: 23).

Uma legalidade popular, paralela à estatal e por vezes em oposição a ela, não pode então, só porque é popular, ser sempre critério de uma opção racional. A alternativa popular não será pois, sempre jurídica, se pelo jurídico entendermos algo de necessariamente racional e razoável. Não se poderá pensar em regime político onde as pessoas, em geral, sintam-se melhor que naquele onde o poder deflue do majoritário-popular, se respeitadas as minorias – sobretudo se a democracia política se complete por uma democracia econômica. Mas nem por isso o majoritário-popular será fatalmente critério de uma moralidade menos retrógrada, ao contrário: não raro ocorre que a moralidade popular, quer nas comunidades interioranas, quer nas cosmopolitamente urbanas, reflita

uma mentalidade defasada no tempo e contemporânea do Antigo Testamento e da lei mosaica. É a moralidade e a “juridicidade” em que homem e mulher têm desigualdade de direitos, pois que o machismo, não raro o machismo violento, prevalece; em que, além disso, se considerem justificados a vingança privada, o “olho por olho, dente por dente” e os linchamentos sumários, sem maior averiguação da culpa. Decerto, isso é uma alternativa popular à legislação estatal; mas poderíamos chamá-la de **direito** alternativo? Só se preferirmos o “popular” ao racional, razoável e objetivo. Lembra com sabedoria Osvaldo Melo que “o erro existirá tanto em propor o alternativo como uma certeza do bom e do permanente, como em manter a norma injusta em nome do princípio da legalidade” (Melo, 1994:68).

Em termos racionais, “estatal”, “grupal”, “popular”, são meras formas a impor conteúdos normativos, que são **de qualquer natureza**, justamente porque formas nada dizem necessariamente sobre conteúdos. Ora, o que é preciso caracterizar em termos objetivos é a composição social geral de um conteúdo jurídico **em si mesmo**, independentemente da forma – qualquer uma, armada ou desarmada – pela qual se manifeste. Com essa caracterização sociológica teremos um critério racional-objetivo para definir o direito, e, portanto, o direito alternativo (que é espécie do direito) e com ela teremos como decidir, **não-formalisticamente**, se é direito a norma estatal e se é direito a norma popular. Ou se nenhuma das duas é direito...

Em afinidade com aquele nosso estudo teórico-sociológico geral de duas décadas atrás, Luciano Oliveira escreve, de modo muito expressivo, sobre o dra-

ma conceitual da maneira comum de apresentar-se o “direito alternativo”, apontando para o caráter frequentemente conservador de um “direito” das favelas. Escreve ele: “Ocorre que, em muitas de suas manifestações, o direito da favela, longe de significar uma práxis libertadora, cristaliza ao contrário práticas de dominação que vão de encontro à própria noção de direitos humanos, herdeira do iluminismo; vão de encontro àquilo que, em linguagem kantiana tantas vezes acusada de nefelibata, costuma-se chamar de ‘maioridade do homem’. Do homem, mas também das mulheres (...) A verdade é que, seja essa conclusão simpática ou não, julgamentos populares realizados no interior de comunidades brutalizadas pela miséria, costumam aplicar a lei de Charles Lynch: o veredicto é, muitas vezes, linchamento. E essa caricatura de ‘Direito Alternativo’ está em vigor hoje em dia no Brasil. (...) Como era de se esperar, essa justiça sumária reproduz as iniquidades mais tristes da sociedade brasileira: ‘O linchado típico é pobre, negro ou mestiço’.” (Oliveira, 1992:197 e 198; analogamente, Wolkmer, 1992:134-135, Andrade, 1992:86-87, Junqueira, 1992:110-111, 1993:177-180, Marques Neto, 1992:44-45, Carrion, 1992:67, Faria, 1993:37, nota 3).

A idéia de um direito alternativo, que é a própria idéia da oposição às injustiças da legislação estatal, é algo de muito importante para constituir-se em caricatura vaga, o bastante para poder assumir traços de perversidade retrógrada, que, nem por ser popular, deixa de ser menos retrógrada.

Quem preferirá, hoje em dia, o preconceito, a superstição, a credence, o fanatismo de um conhecimento

popular, à objetividade testável de um conhecimento científico – apesar das falácias da ciência, falácias essas, contudo, em geral, sempre menores? Então, por que seria critério do direito alternativo, e do direito em geral, aquele conhecimento, e não este último?

Isso não quer dizer que conhecimento popular e conhecimento científico sempre se contradigam. A medicina popular, medicina das ervas, não ensina, não raro, à medicina oficial? Pois não raro a ciência médica vai apenas confirmar, com os testes sofisticados de sua pesquisa, o poder curativo que a tradição apontara.

Mas quem preferirá, racionalmente, o conhecimento com base na observação não-controlada, ou pouco controlada, àquele fundamentado na observação bem controlada? Por que seria então critério do direito alternativo, e do direito em geral, aquela observação, e não esta última?

O direito, na verdade, se o quisermos algo de racional, informar-se-á de conhecimento **de origem popular ou não**, desde que testado ou testável pela observação adequadamente controlada dos fatos. E, se o quisermos algo de seguro, como não fundamentá-lo no conhecimento menos inseguro que existe, que é o baseado nessa observação controlada?

Na verdade, o ser humano, não conseguindo viver senão socialmente, quanto mais seguramente conhece o social, tanto mais seguramente se adaptará ao social e transforma-lo-á.

O conhecimento geral empiricamente (faticamente) comprovável existe em todas as sociedades

humanas. Nas sociedades ditas civilizadas, esse conhecimento geral, empiricamente comprovável, faz-se conhecimento científico na acepção moderna, aquele testável por técnicas sofisticadas de pesquisa.

Ora, o conhecimento geral, empiricamente comprovável, é critério transcultural – válido para todas as culturas humanas – de um direito que se pretenda racional. E lhe é critério preferencial quando testável rigorosamente. Conhecimento geral esse a ser combinado, na aplicação prática do direito, aquele nas circunstâncias particulares de um caso concreto, sem o que não se terá uma aplicação eqüitativa.

Mas o conhecimento geral, empiricamente comprovável, seja modernamente científico ou não, é, em si mesmo, moralmente neutro, como conhecimento que é, pode ser usado para integrar ou desintegrar, unir ou desunir, quer no plano das coisas físico-químicas e orgânicas, quer no das mentais e sociais – e isso ao sabor das ideologias que, inevitavelmente, aplicam-no à prática da vida.

Assim é preciso evitar, quanto ao direito alternativo, e ao direito em geral, o equívoco de um cientificismo não compatível com a pós-modernidade da ciência e da vida social. Informação científica no direito, mas, também sentimento nele – pois idéia e sentimento coexistem inseparavelmente no homem e, portanto, em seus produtos culturais.

É preciso que ciência e sentimento de agradabilidade controlem-se reciprocamente no direito, se quisermos assim chamar algo necessariamente ligado ao impulso de conservação do indivíduo e da espécie –

e, por conseguinte, algo menos inseguro. Pois, atrás do sentimento de agradabilidade do homem médio (homem normal, homem de mente não-patológica), está o impulso animal geral de ser (do indivíduo e da espécie) – e de ser cada vez mais profundamente. Ciência e ética no direito, portanto.

Não é biologismo: tudo indica que é realidade e princípio diretor da própria natureza animal, onde ser e dever ser confundem-se, pois o impulso de ser, como diretriz básica da animalidade, lhe é, ao mesmo tempo, dever ser fundamental. Embora não seja obrigatoriamente, para o homem, um dever ser fatal, um dever ser que não possa transgredir.

Se não basta o conhecimento, científico que seja, para informar um direito alternativo, e o direito em geral, não lhes basta igualmente apenas o sentimento, nem mesmo o sentimento de agradabilidade diante do que se acha que deva ser (sentimento de justiça). O homem médio da favela, embora homem normal, homem de mente não-patológica, em virtude do conhecimento deficiente que possui, achará que deve ser a mulher infiel espancada pelo marido – achará, em seu machismo, isso justo, e, por isso, experimentará, diante do fato, um sentimento de uma agradabilidade pelo menos preponderante (veja-se Pressburger, 1988:12).

Tem, então, esse homem, o sentimento de justiça, mas, pela deficiência de seu saber, não possui uma idéia adequada de justiça. Sua postura é uma alternativa ao direito estatal, mas não poderá ser caracterizada como uma alternativa jurídica, como direito alternativo, se

por direito entendermos algo de necessariamente racional (e não algo informado por conhecimento preconcebido, inadequado à realidade, distorcido ou “torto”).

Nesse exemplo de uma “lei” da favela, essa legalidade não-estatal informa-se de conhecimento vulgar e preconcebido contra a mulher e não de dados psicológicos e sociológicos que tornariam claro que homem e mulher têm funções relevantes e complementáveis, de tal modo que uma maior sensibilidade feminina poderá ser vista como até mais importante para a primeira educação da prole. Desse modo, não há base científica, pelo contrário, há uma desigualdade machista de direitos entre homem e mulher.

Um “direito”, alternativo ou não, informado de conhecimento visivelmente “torto”, não poderá ser senão uma caricatura distorcida do jurídico, por mais sentimento de justiça que contenha (cf. Lopes, 1992:73, para quem “a ignorância impede o fazer justiça”). A informação cognitiva inadequada, conjuntamente com sentimento exarcebado de justiça, chegando até o abertamente emocional, é que tem produzido, na verdade, julgamentos fanatizados e/ou sumários, de natureza religiosa ou política, a exemplo da chamada Santa Inquisição ou dos chamados processos populares da “revolução cultural” maoísta, ou de natureza “justiceira”, caso dos esquadrões da morte.

Se quisermos atentar para o poderoso impulso animal de conservação do indivíduo e da espécie, teremos, na idéia de espécie, a idéia de todos os homens e mulheres e a idéia da **segurança e bem-estar, na me-**

dida do possível, de todos. E aí estará a base científico-biológica para os direitos e garantias individuais – de todos os indivíduos – proclamados internacionalmente e que nenhuma alternativa realmente jurídica poderá contrariar (cf. Oliveira, 1992:196).

Ciência e ética no direito alternativo, e no direito em geral, portanto. Nem só informação científica, nem só sentimento de agradabilidade (sentimento de justiça). Mas ambos: por conseguinte, idéia científico-empírica a informar o sentimento de justiça – e este parece ser o critério menos inseguramente racional e justo para a caracterização do direito e de sua espécie contestante, o direito alternativo. Contestante porque o direito alternativo é o direito em oposição à legislação estatal.

Porém, se o direito alternativo é sempre opositivo, como padrão desviante que é, não pode ser apenas desviante e contestatório da legislação estatal (cf. Marques Neto, 1992:39). Se não quiser ser somente algo de sectariamente popularesco, terá de ser desviante e opositivo também quanto à “legislação” popular (quando isso seja igualmente necessário). Terá de afirmar-se, por exemplo, contra o espancamento e/ou morte da mulher adúltera, se não desejar situar-se em dois milênios para atrás e para atrás do tempo de Jesus...

Assim, embora a expressão “direito alternativo” tenha-se originado de movimentos sociais ligados à realidade específica da América Latina – diferente, decerto, da européia e do seu chamado “uso alternativo do direito” – não se confunde, necessariamente, a alteratividade jurídica com a popular (sobre a origem do direito alternativo, cf. Gómez, 1988:58)

A “legislação” popular, assim como a legislação estatal, podem apresentar, decerto, conteúdos que são jurídicos, isto é, conteúdos em consonância com a ciência empírica (que pode confirmar o conhecimento de origem popular) e com o sentimento de agradabilidade do homem normal. Mas, uma e outra legislações podem apresentar também conteúdos apenas morais, isto é, conteúdos em acordo com conhecimento metacientífico (filosófico, religioso, ideológico) a informar o sentimento humano de agradabilidade. Há, assim, em uma legislação, estatal ou popular, conteúdos jurídicos e morais, bem como conteúdos desviantes de um direito alternativo e de uma **moralidade alternativa** (a qual obviamente também existe, a respeito de conteúdos legais estatais ou não).

Esses conteúdos morais da legislação são inevitáveis, pois, a ciência empírica nem sempre apresenta dados disponíveis à normação social (cf. Souto, 1992:98, nota 2, Rocha, 1994:62-63). As possibilidades éticas “**lato sensu**” são a informação do sentimento de agradabilidade por: **1)** conhecimento geral, empiricamente comprovável (científico-empírico, no caso das sociedades civilizadas; **2)** conhecimento metacientífico; **3)** conhecimento das circunstâncias particulares de um caso concreto. Respectivamente **1)** direito, **2)** moral e **3)** equidade. A legislação, popular ou estatal, é apenas forma de manifestação de conteúdos normativos.

O até aqui exposto já nos fornece elementos para que tenhamos uma maior precisão para o conceito de direito alternativo, através de definições breves e tanto quanto possível rigorosas de direito e de direito alternativo.

Direito seria então o sentimento humano normal de agradabilidade (que tem como “infra-estrutura” o impul-

so de conservação individual e da espécie) informado de conhecimento geral empiricamente comprovável (conhecimento científico-empírico, no caso das sociedades civilizadas). Direito alternativo seria esse direito quando desviante de leis ou decisões estatais, ou de “leis” ou decisões de grupos sociais não-estatais (as quais, por sua vez, ser-lhe-iam também desviantes).

Naturalmente, tanto o direito, como o direito alternativo, em sua aplicação prática, implicarão a informação daquele sentimento de agradabilidade pelo conhecimento das circunstâncias particulares do caso concreto – ou seja, implicarão equidade (cf. Lopes, 1992:75-76).

Com isso se assegura, por via científico-empírica, pela determinação de seu conteúdo, uma autonomia do direito alternativo em face de qualquer forma de comunicação impositiva, seja ela estatal, ou grupal, ou classística.

E se assegura também a unicidade do direito e do direito alternativo, pois, se tem um critério definido para saber, de conteúdos normativos reciprocamente desviantes, qual é o jurídico, ou se nenhum o é. Sem prejuízo, evidentemente, do pluralismo das **fontes de produção** do direito, pluralismo esse que é um fato observável. É o que veremos logo a seguir, na seção 3.

Embora as definições aqui sugeridas do direito e do direito alternativo apresentem uma dimensão que pretende uma validade universal (transcultural), não se pretende que alcancem outra perspectiva que não a científico-empírica sobre o jurídico, descrito pois, apenas de modo fático-observacional, um **conteúdo** genérico de sua composição.

Porém, a perspectiva científico-empírica, não obstante autolimitada, é básica para a teoria substantiva do direito (que pode vir a ser aprofundada filosoficamente) e para a prática jurídica que pretenda ser uma técnica moderna e pós-moderna de aplicação informada “*científico-substantivamente*” e não apenas uma técnica lógico-formal de aplicação (embora esta última não careça de importância em si mesma e sejam perfeitamente conciliáveis as técnicas substantiva e formal de aplicação).

Mas, se se pode definir o direito alternativo com relativo rigor substantivo, parece abrir-se o caminho a um conhecimento científico-social relativamente rigoroso do direito alternativo, que não se limite ao apenas descritivo, porém que venha a chegar ao próprio causal-explicativo em suas proposições. Esse conhecimento poderia designar-se por Sociologia do Direito Alternativo ou, simplesmente, Direito Alternativo, com iniciais maiúsculas, e seria parte integrante da Sociologia do Direito (de onde mais diretamente originou-se).

Decerto, não se exclui a possibilidade de um tratamento formalmente lógico-normativo, ou aprofundadamente filosófico, do direito alternativo, a ser feito para além do âmbito estritamente sócio-jurídico. Na verdade, quanto ao direito (e portanto quanto ao direito alternativo) cabem não somente uma ciência social, mas, ainda, uma ciência formal e uma ciência filosófica – sendo esses três saberes jurídicos, saberes complementares. E, certamente, a denominação “ciência jurídica formal” será preferível à designação tradicional de “Dogmática Jurídica”, que leva à idéia pré-iluminista de algum produto humano “indiscutível” (cf. Souto, 1992:10-13 e 14-16).

Contudo, se o direito alternativo, como fenômeno, é, por definição, uma espécie jurídica desviante e, pois, opositiva em relação ao **status quo** estatal ou grupal, até que ponto seria o Direito Alternativo (como conhecimento) uma ciência ideológica? É o que se verá depois, em nossa quarta seção.

3. Pluralismo e unicidade quanto ao direito e quanto ao direito alternativo

O pluralismo quanto ao direito é pré-moderno, moderno e pós-moderno, uma vez que existe já na antiguidade clássica, com o direito natural (não raro contraposto a um direito estatal ou grupal), passando pela modernidade e sendo considerado o traço fundamental da pós-modernidade (sobre este último ponto, Santos, 1987:297-298).

A Sociologia do Direito, em termos modernos, é uma disciplina recente, que pode ser vista como fundada por Durkheim há cerca de apenas um século. Pois bem: nesse século de formação propriamente sociológica, a disciplina tem mantido uma tradição nitidamente pluralista quanto ao direito, afastando-se do monismo estatal em quase todos seus autores de renome (cf. Souto e Souto, 1981:31-49).

Não admira que assim tenha sido: O Estado não pode ser visto, realisticamente, senão como o grupo dos homens de poder oficial e não pode ser identificado, senão em erro ideológico, com a sociedade. Esta, algo de muito mais amplo e complexo. Seria admirável, sim, que a maioria dos sociólogos do direito tivessem-se ofuscado pelo poder das armas estatais a ponto de atribuir ao Estado o

monopólio da produção do jurídico, como o fazem ainda muitos juristas, à luz de uma educação formalista (em países como o Brasil, tal formalismo justificar-se-á menos, pois um pluralismo fático, a propósito do direito, é bem nítido: cf. Henckel, 1991:329 e **passim**; cf. ainda Wolkmer, 1994:195, 201 e **passim**).

Como relacionar, porém, em termos de teoria científica do social, esse pluralismo secular quanto ao direito, com a também secular tradição de unicidade do jurídico?

A resposta seria: tentando-se evitar o acentuado equívoco pluralista tradicional de afirmarem-se “direitos” no plural, – contrapostos, reciprocamente desviantes –, se pertinentes esses “direitos” a uma relação social do mesmo tipo. A alternativa do jurídico (se este realmente o for) não pode ser então, em lógica científica, outro “direito” estatal, por exemplo, mas apenas a legislação do Estado ou a decisão judicial que sejam desviantes àquele jurídico, em seus conteúdos. Não pode, logicamente (definidos com relativa precisão o direito e o direito alternativo), haver dois “direitos” opostos, o alternativo e o estatal: um só deles será direito, ou nenhum o será – de acordo com a definição científico-empírica **de conteúdo** do jurídico como fonômeno social, que se tenha. E essa definição, como se viu, poderá ser válida para todas as culturas.

Naturalmente, essa validez transcultural significa tão só uma tentativa de rigor conceitual e não significa algo de dogmático: algo que se chocasse frontalmente com uma pós-modernidade (ou neomodernidade, se se preferir) científica em seu espírito de dúvida – ou com uma perspectiva dialética em seu espírito de abertura. Ao contrário,

qualquer conhecimento humano, mesmo o testavelmente científico, não contém senão, na melhor das hipóteses, uma verdade apenas relativa (jamais absoluta), com o seu quê de indeterminação, de possível erro, de provisoriedade, de retificabilidade.

Já em escrito da juventude, a respeito da pesquisa jurídica comparativa, publicado pelo Instituto Japonês de Direito Comparado, se notava: “O julgamento de valor referido ao critério científico-positivo universalmente válido do jurídico e estabelecido sobre a comparação dos princípios que impregnam ou podem impregnar sistemas de conteúdos normativos de formas de coerção, constitui um assunto próprio da “Ciência do Direito. (...) Não há jamais Direitos a comparar, porque um só será o Direito, visto que, em todas as divergências, um só corresponderá ao critério científico-positivo universalmente válido do jurídico.” (Souto, 1962:462-463)

Na verdade, em termos de racionalidade quanto ao direito, como se poderia contestar a aplicabilidade de um princípio como o da não-contradição: “Uma afirmação e sua negação não podem ser **todas duas** verdadeiras a propósito da mesma situação de fato”? (cf. Beyleveld e Brownsword, 1989:402 e 410)

Trata-se, obviamente, de uma questão de lógica (não se pode tentar ciência rigorosa sem lógica) e não de antidialecicidade. Aliás, seriam dialéticas pouco dialéticas e igualmente dogmáticas tanto a que afirmasse apenas a unicidade, como a que admitisse apenas a pluralidade, já que a realidade parece combinar ambas as coisas.

Mas, se há, assim, uma unicidade lógico-científico-empírica do direito alternativo em face ao padrão estatal

ou popular que lhe seja desviante (se a referência comum dos padrões, reciprocamente desviantes, for o mesmo tipo de relação social), onde fica o pluralismo quanto ao direito e ao direito alternativo? Fica, em teoria sociológica, tanto quanto possível rigorosa, do jurídico, **nas fontes, sempre plurais, de produção do direito e do direito alternativo.**

A fonte produtiva do jurídico não é, monística e necessariamente, o Estado, o grupo dos homens do poder oficial, o que implicaria o absurdo sociológico de identificar o mais abrangente e complexo – o todo social nacional – com o menos abrangente e menos complexo, o grupo estatal. Mas essa fonte produtiva pode ser o Estado, quando crie originariamente padrão que se identifique com o direito ou, de certo modo, quando venha a incorporar direito alternativo (tais como definidos, com relativa precisão, o direito e o direito alternativo). Neste último caso, o da incorporação do direito alternativo, não há, rigorosamente falando, produção estatal do direito (que teria de ser autenticamente originária), já que o direito alternativo que o Estado passou a incorporar, por via de mudança, era criação não-estatal contraposta.

A fonte produtiva do jurídico pode ser qualquer grupo social, nacional ou não, desde que o produto corresponda a um **conteúdo** geral de composição que se definiu como direito. Pode ser até o simplesmente social, não-grupal (aquilo que apenas se comunica socialmente, sem aceitação em comum, em um lapso de tempo que se considere); e pode ser até o simples e puramente mental, desde que seja aquilo que, com base em conhecimento realmente inovador, não se comunicou (ou não se comunicou ainda) em qualquer interação

social (e que não seja, portanto, somente o social incorporado ao mental individual).

Desse modo, o direito pode ser produzido social, estatal **ou mentalmente**. Em termos de uma teoria científico-empírica rigorosa do direito não há porque limitá-lo apenas ao social-grupal e ao estatal. Tudo indica que um pluralismo jurídico, mais adequadamente teórico, será mais abrangente que essa limitação usual.

Direito e direito alternativo implicariam, pois, um conteúdo geral de composição pelo qual são definidos, tanto quanto possível rigorosamente - conteúdo esse que se expressa por **qualquer forma** (social, estatal ou mental).

De outra maneira, estaremos dando um primado à forma sobre o conteúdo, na caracterização do direito e do direito alternativo. Se o direito se definir pela forma, esse formalismo pode caracterizar **igualmente**, como "direito", tanto o padrão da favela que legitima espancar a adúltera, como o padrão estatal que o proíbe. Seria igualmente "direito" tanto a aspiração dos grupos excluídos por moradia, quanto a negação ou omissão estatal a esse respeito.

Esse primado da forma sobre o conteúdo na própria Sociologia do Direito usual (e, conseqüentemente, na teoria usual do direito alternativo) significa um formalismo sociológico (seria direito o que o grupo social afirme como tal, qualquer que seja o conteúdo) que pouco acrescenta, em termos teóricos, além de uma maior abrangência, ao formalismo jurídico tradicional (para o qual seria direito o que o Estado estabeleça como tal, qualquer que seja o conteúdo).

Daí a crise teórica atual do pluralismo jurídico, acompanhada talvez de uma certa nostalgia pela pretendida unicidade tradicional do direito (cf. Corsale, 1994:27-29. Para Neves, 1993:343, o direito da sociedade moderna “envolve unidade e pluralidade”; entre os juristas alternativos, é sensível à crise pluralística Arruda Jr., 1991:92-93).

Mas a unicidade tradicional do direito é mero artefato lógico que se faz sobretudo às custas do formalismo referido ao Estado, formalismo que traz em seu bojo uma crise teórica ainda maior, por se tratar de um formalismo menos abrangente que o sociológico. Não há, pois, racionalmente, porque voltar ao formalismo estatal (sem prejuízo do formal que seja necessário, científico ou praticamente).

Mas há que se superar também o formalismo sociológico, quanto ao direito e quanto ao direito alternativo. E essa superação, que tudo indica indispensável, parece estar na constatação não só de um pluralismo mais abrangente do que se supõe, quanto à produção do jurídico, como de uma unicidade de conteúdo do direito em face a padrões reciprocamente desviantes (e referidos ao mesmo tipo de relação social).

4. Alternatividade jurídica e ideologia

O direito alternativo como fenômeno é, por definição, algo de necessariamente desviante do **status quo** normativo, assim como este **status quo** lhe é, por sua vez, desviante. Desse modo, o direito alternativo é sempre padrão de mudança mais ou menos acentuada.

Daí a grande afinidade entre o direito alternativo como fenômeno e as ideologias de alteração profunda das sociedades.

Daí a afirmativa que se faz entre autores do Direito Alternativo de que o conhecimento sócio-jurídico, em países de miséria como o Brasil, não se pode pretender não-ideológico (neste sentido, por exemplo, Rodrigues, 1992:178; analogamente Aguiar, 1994:15-16).

Mas é preciso distinguir, para evitarem-se equívocos prejudiciais ao desenvolvimento científico do Direito Alternativo.

Decerto, não se pode pretender uma ciência empírica em estado de absoluta pureza ideológica: não há ciência, sobretudo se relativa ao mental e ao social, que não apresente sua porção de ideologia. Para ser de outra maneira, seria necessário que o homem não fosse o ser afetivo que é, capaz freqüentemente de constituir-se em ser emotivo e produtor de conhecimento hipercondicionado socialmente e pelo menos duvidoso (quando não errôneo) – o conhecimento ideológico. Este conhecimento ideológico é duvidoso, mas indispensável para completarem-se inadiáveis respostas humanas aos problemas do mundo.

Porém, se não há conhecimento científico que não tenha a sua porção de ideologia, e se a ideologia tem função social insubstituível, pois a ciência não tem resposta para tudo – e tudo isso parece evidente. A questão desloca-se para **a quantidade** de ideologia **dentro** da ciência. Se essa quantidade é alta, significativa, perturba-se por conhecimento emocionalizado, preconcebido, classístico, a objetividade científica e a confiabilidade na ciência. Se a

quantidade de ideologia dentro do conhecimento científico não é significativa, tem-se ciência objetiva confiável, nos limites das possibilidades humanas.

Uma analogia útil – e é mera analogia – poderá esclarecer o assunto: algo de semelhante ocorreria com a água potável – seu tratamento técnico-científico não lhe elimina totalmente as impurezas, mas as afasta no grau necessário ao uso relativamente seguro.

Por isso, para que se tenha ciência social confiável, na medida máxima possível, os seus cientistas necessitam de serem treinados no sentido da maior objetividade despreconcebida que se possa alcançar, através de métodos e técnicas de pesquisa social, para que reduzam, ao máximo possível, seus condicionamentos ideológicos – que são pré-noções – **durante** a atividade de produção da ciência (quando procurarão não se preconceber por sua classe social, por sua filosofia de vida, por sua religiosidade ou não-religiosidade). Ideologia antes dessa produção (inclusive na escolha do tema científico), ou depois dela (na sua aplicação), parece inevitável e não perturba o conhecimento científico que se produza – justamente porque localizada a ideologia antes, ou depois, da atividade científica propriamente dita.

Se não é possível uma “neutralidade axiológica” do cientista (pois sua mente de ser afetivo não pode deixar de avaliar, de valorar), será porém de todo viável que, enquanto faça ciência, procure, tanto quanto possa, restringir suas avaliações ao valor “cientificidade” (isto é, à objetividade testável pela observação controlada, à concordância possível de suas descrições e explicações com o que parece real).

Assim é que o próprio direito alternativo como fenômeno (não obstante a sua natureza de direito sempre desviante do **status quo**), na medida em que se informa de ciência empírica, tem nisso diminuída a um nível não-significativo a sua informação ideológica.

Trata-se, pois, de desengajar, ideologicamente, a ciência do direito alternativo, e o próprio direito alternativo, no máximo que se possa, para que essa ciência e esse direito sejam o mais possível objetivos. Mas **não se trata** de desengajar o direito alternativo da sua natureza intrínseca de direito desviante do “**status quo**”, de sua natureza de padrão de mudança, inclusive, de mudança social profunda. Isso, aliás, seria, por definição, impossível.

Ao contrário, quanto menos ideológico e quanto mais objetivo for o direito alternativo em seu conhecimento informativo, maior sua eficácia como padrão para uma mudança social profunda de maior permanência.

Dessa maneira, o direito alternativo é engajado, por sua própria natureza, no desvio, na divergência, na contestação (ao **status quo** normativo, seja este estatal ou sócio-grupal) – já que, onde não há esse desvio pode haver direito, mas não direito **alternativo**. E será desengajado ideologicamente tanto quanto possível para maior objetividade – e para uma maior eficácia social do desvio.

Note-se, por outro lado, que uma ciência empírica do direito alternativo que seja o mais possível ideologicamente desengajada não é, com isso, uma ciência alienada da realidade, muito pelo contrário. Uma ciência objetiva parece ser justamente o oposto dessa alienação ideológica.

Por exemplo, será muito difícil manter uma ideologia neoliberal diante de uma informação científico-social menos imprecisa. Assim, é um dado de ciência social que a competição significa, em si mesma, um processo dissociativo, o qual, **apenas**, pode, em determinadas circunstâncias, prevenir um afastamento ainda maior no espaço da interação social. Desse modo, não é razoável esperar de um processo dissociativo, de afastamento no espaço social, benefícios **para todos** e uma integração **estável** do sistema social competitivo. E não admira realmente que assim seja: Como vimos, a competição é “luta pacífica”, mas é luta, e na luta competitiva uns ganham e outros perdem, sejam indivíduos ou grupos de qualquer tamanho, inclusive nações.

Não obstante a ciência social limite-se a descrever e explicar o que parece ser real, a ingenuidade teórica do neoliberalismo parece clara em face a esse dado.

De maneira análoga, desde que a hierarquização (estratificação), é, em si mesma, um processo de afastamento no espaço social, não é de se esperar da ênfase em hierarquia, como em ditaduras de direita ou de esquerda, uma integração social estável.

Já a cooperação é **sempre** um processo de aproximação no espaço social e, desse modo, quanto maior for a cooperação, maior a estabilidade da integração social.

A ciência social do direito e do direito alternativo não tem então de ser acentuadamente ideológica para servir a ideologias de benefício geral. Ao contrário, sendo tão objetiva quanto possível, por ser o menos possível ideológica, suas proposições podem servir melhor, na sua

aplicação prática, a ideologias sociais que pretendam favorecer todos os homens e mulheres.

Isso sem que, evidentemente, se possa desconhecer que dados científicos, sejam da Física ou das ciências sociais, possam ser utilizados para integrar ou desintegrar. A escolha prática entre essas alternativas é, inevitavelmente ideológica.

Se a práxis ideológica for favorável à integração social estável, a informação científico-social dessa práxis conduzi-la-á, então, à ênfase em processos cooperativos e não em processos de afastamento no espaço social.

5. “Domesticando” o ideológico no Direito Alternativo: a substituição de “igualdade” por “semelhança”, rumo a uma perspectiva causal

Não há um fosso intransponível entre tipos de conhecimento humano, quaisquer que sejam. Assim, o que era conhecimento filosófico, ou religioso, pode se transformar em conhecimento científico, desde que se torne testável por métodos e técnicas de pesquisa empírica. E vice-versa: o conhecimento científico pode ser aprofundado metacientificamente.

No caso do conhecimento ideológico, Shils notava, em verbete clássico, a possibilidade de vir a ser apresentado de tal forma que se torne testável pela observação controlada, deixando então de ser ideologia e tornando-se ciência, não obstante sua origem ideológica. Shils chama a esse processo, expressivamente, de “domesticação” da ideologia (Shils, 1972:73-74). A “domesticação” da ideologia é, pois, a sua cientifi-

cização, pelo refrear de sua emocionalidade e pela possibilidade de ser testada “*técnico-empiricamente*”.

O Direito Alternativo, como área da Sociologia do Direito, e o direito alternativo, como fenômeno, têm feito amplo uso da expressão “igualdade” como alternativa ao **status quo** de acentuadas desigualdades econômicas e sociais. Mas essa expressão, da tradição iluminística, é ideológica, não é rigorosamente científica. Precisa ser “domesticada”, se se quer, no Direito Alternativo, definições e proposições científicas tanto quanto possível próximas do real. Isso é tanto mais importante quanto o conceito a que a expressão “igualdade” refere-se é, de fato, básico à alternatividade jurídica como fenômeno, ou como conhecimento científico do fenômeno.

É “igual”, na acepção básica da palavra, o que é “idêntico”. Nessa acepção, não há igualdade na natureza conhecida pelo homem. O que é aparentemente idêntico, a microscopia mais desenvolvida revela de imediato como desigual. A igualdade, no sentido de identidade absoluta entre dois ou mais seres, poderá ser uma aspiração ideológica, mas não é uma realidade fática, nem há indicativos de que venha a ser uma realidade fática capaz de superar a individualidade dos seres.

Mas, se não há “igualdade” entre os seres, há de certo “semelhança” entre eles, em grau maior ou menor. Se “igualdade” significasse fundamentalmente “analogia” (e não “identidade”), não haveria maior problema científico no uso dessa palavra tradicional. Mas, não sendo assim, cumpre substituí-la por “semelhança”.

Com a perspectiva da “semelhança”, o panorama é outro. Ao invés da irrealidade da “igualdade” (“identida-

de”), uma realidade de altíssima abrangência, pois tudo é mais ou menos semelhante na natureza conhecida: o próprio homem que pareceria tão dessemelhante do apenas físico-químico, tem-no na sua própria infra-estrutura de composição orgânica.

Porém, como não existe igualdade absoluta dos seres, tudo é, ao mesmo tempo, semelhante e dessemelhante na natureza conhecida. Os graus de semelhança e de dessemelhança é que vão definir as relações entre os seres.

Desse modo, especificamente quanto ao social (espaço das ações relacionadas e exteriorizadas), pode-se postular (de maneira simplificadaíssima), por via indutiva, que os indivíduos ou grupos se aproximam sempre do que percebem como (preponderantemente) semelhante ao que aceitam – e se afastam do que percebem como (preponderantemente) dessemelhante. Já mentalmente assim o é: o indivíduo sempre se aproxima, (no espaço de suas interações mentais, isto é, interações que lhe são interiores ou interiorizadas) do que nesse espaço percebe como (preponderantemente) semelhante ao que aceita – e afasta-se do que percebe como (preponderantemente) dessemelhante.

Pode-se postular também, e mais genericamente ainda, no que pertine a esses espaços: quanto maior a semelhança percebida (semelhança com o que se aceita), maior a agradabilidade sentida, e quanto maior esta, mais se a quer.

Um postulado sociológico é uma proposição básica comprovada ou comprovável, da qual seria possível deduzir proposições menos gerais (chamadas teoremas). A partir, portanto, dos dois postulados mencionados (pro-

posições mais gerais) seguem-se dedutivamente teoremas (proposições menos gerais), alguns dos quais são do interesse direto da alternatividade jurídica (sobre a testabilidade empírica dessas proposições, veja-se Souto, 1984:136-138, 141; 1976:55-59; para uma exposição menos breve do modelo teórico, Souto, 1976: 43-62).

A explicação teórica consistirá em deduzir de proposições mais gerais explicativas, obtidas por indução. Na indução vai-se, por observação dos fatos, do particular para o geral, ali, naquele deduzir, vai-se do geral obtido (leis científicas) em direção ao particular.

Já notamos que não há direito e, pois, direito alternativo, que se possa afirmar com exclusão da conservação da espécie – já que, por definição, o impulso de conservação individual e da espécie lhes é infra-estrutural (como impulso de ser que é, ao mesmo tempo, o dever ser fundamental do homem). Ora, espécie não é um indivíduo, alguns indivíduos, uma minoria, ou, mesmo, uma maioria deles: espécie são todos os indivíduos humanos, independentemente de quaisquer distinções, pois todos mantêm entre si semelhanças básicas, como seres da mesma espécie. O impulso de conservação da espécie pauta, portanto, no sentido do ser de **todos**, tanto quanto seja isso possível (sem prejuízo de processos seletivos, como o de reclusão de criminosos comuns). E o impulso do ser, seja o ser do indivíduo, seja o ser da espécie, é também impulso de ser cada vez mais profundamente, o que implica a evolução humana.

O ser cada vez mais profundo de todos é pois o dever ser jurídico fundamental. E não é isso, significativamente ideologia ou filosofia, é simplesmente a fundamen-

tação biológica, fática, do comportamento humano. E não é um determinismo biológico: o indivíduo ou o grupo humano podem contrariar qualquer direito e qualquer direito alternativo, mesmo porque podem se desviar do próprio impulso de conservação individual e da espécie. Esta lhes é diretriz básica, mas nunca uma diretriz fatal. No plano ético, não há diretrizes fatais para o ser humano.

O ser de todos (cada vez mais profundamente) implica, como diretriz instintiva da animalidade, a integração (coesão) da espécie – a integração de todos, tanto quanto seja isso possível. Assim, onde haja desunião, conflito (luta), competição (“luta pacífica”), hierarquismo – que são processos de afastamento no espaço da interação social – não há, em geral, juridicidade, embora possa haver legalidade, oficial ou não (cf. Batista, 1993:98, para quem “direito não pode ser desagregação ou desequilíbrio social.”).

São processos descoesivos da espécie humana. A não ser que previnam uma descoesão ainda maior, em determinadas circunstâncias, existiria sem eles. Neste caso, temos uma descoesão menor prevenindo uma descoesão maior.

Seria atualmente criticável, se conduzido dentro dos limites do indispensável à repressão do crime, e civilizadamente, o conflito da polícia com criminosos comuns? Certamente que não. Mas nem por isso processos de afastamento deixam de ser processos de afastamento, que se tornam gradativamente funcionais na medida em que diminuem as possibilidades do afastamento maior. Estas possibilidades já foram aliás maiores quando o homem estava mais próximo da

animalidade ancestral e, por conseguinte, a agressividade, o conflito e a competitividade eram-lhe mais funcionais à subsistência.

À alternatividade jurídica interessam portanto, visceralmente, teoremas dedutíveis daqueles postulados e que pertinem, de maneira direta, à integração social – pois, onde haja, nos termos apontados, integração social, aí há juridicidade, alternativa ou não.

São exemplos desses teoremas:

1) Se prepondera a idéia de semelhança sobre a de dessemelhança entre pólos sócio-interagentes, o respectivo sistema de interação social está em equilíbrio (“contrabalançado”, “compensado”); 2) Se há equilíbrio permanente do sistema de interação social, o processo social (resultante) é associativo (= grupal = cooperativo); 3) Quanto maior a semelhança (preponderante) entre pólos sócio-integrantes (tal como definida por um ou mais deles), maior o equilíbrio do sistema de interação social correspondente.

Ora, a alternativa jurídica, já que é definida em função do impulso de conservação individual e da espécie, normatiza, tanto quanto possível, no sentido do equilíbrio e, mais que isso, no sentido do grupal (cooperativo). Suas regras, então, à luz da informação prestada por esses teoremas sociológicos, serão construídas no sentido de favorecer a semelhança objetiva no meio social, para com isso favorecer a semelhança subjetiva (idéia de semelhança).

A idéia de semelhança é fator determinístico de aproximação no espaço da interação social. Indivíduos ou grupos **sempre** se aproximam daquilo que julgam

semelhante (preponderantemente) ao que aceitam (seja certa ou errada essa sua avaliação). Ora, quanto mais semelhanças objetivas existam, maior a possibilidade da ocorrência de idéias de semelhança, sempre aproximativas (apesar da possibilidade de erros de avaliação, tornando-se como dessemelhante o que é semelhante, ou vice-versa).

Já se vê que a menção a “equilíbrio” não possui, em Sociologia, necessariamente, uma conotação de ideologia conservadora (do mesmo modo que uma referência a “conflito” não tem, necessariamente, uma conotação de ideologia progressista). Mesmo porque não há equilíbrio **estável** em nenhum dos macrossistemas ideológicos internacionais básicos contemporâneos (o democrático-capitalista, o socialista-estatista e o fascista), macrossistemas esses altamente conflituosos (pois evidenciam muito fortes dessemelhanças no plano econômico, ou no político, ou em ambos esses planos).

Basta notar que para existir um conflito de classes é preciso que haja classes: que exista, portanto, equilíbrio permanente (aproximação permanente) e, pois, coesão ou integração, ainda que instável esse equilíbrio, em cada uma das classes conflitantes. Na verdade, integração e conflito coexistem nas sociedades, estas integradas, mesmo que muito instavelmente, como condição de sua própria existência. O que há é que existem relações sociais nas quais predomina a integração e outras em que prevalece o conflito.

Como nenhum homem é totalmente semelhante ou totalmente dessemelhante de outro, existe sempre, potencialmente, a possibilidade do consenso ou de

seconflito: eis o que parece ser a razão teórica mais genérica e fundamental porque integração e conflito coexistem nas sociedades.

Assim, como os homens nunca se assemelhariam ou desassemelhariam de maneira absoluta, a cooperação pode se tornar competição e, até, conflito, e, de modo inverso, a competição e o conflito podem se tornar cooperação. Desse modo, o equilíbrio de todo e qualquer grupo social seria sempre móvel e relativo.

Eis aí como podem coincidir uma perspectiva causal e uma perspectiva dialética, se ambas estiverem compensadas com a observação objetiva do mesmo real (cf. Souto, 1987;16-17 e 34-39).

Mas, para que a alternativa jurídica favoreça em suas regras a semelhança objetiva no espaço social, a informação de um outro teorema lhe é estratégica. Trata-se de um teorema sobre socialização e que é do seguinte teor: 4) Quanto mais a socialização se faça no sentido da semelhança entre pólos de interação social, tanto maior equilíbrio terá o sistema de interatos sociais correspondentes a esses pólos.

Nesse teorema, “socialização” significa a modalidade de interação social em que um dos pólos integrantes acentua-se comunicativamente, ocorrendo padronização ideativa e sendo o padrão comunicado de natureza grupal.

Não terá sentido, racionalmente, uma socialização que afirme, em um processo educativo, que “brancos”, “pretos” e “índios”, “esquerdistas” e “direitistas”,

“feministas” e “machistas”, “burgueses” e “proletários”, “cristãos” e “muçulmanos”, são “iguais”, porque evidentemente não são.

Porém, será racional educar no sentido de que, sendo desiguais, neles preponderam as semelhanças sobre as dessemelhanças, pois todos são seres humanos com diferenças físicas ou ideativas secundárias em relação ao que apresentam em comum.

Mas não é assim que se educa geralmente, desde o nível familiar. Ao contrário, a socialização usual, a que todos fomos expostos, põe ênfase nas dessemelhanças entre essas categorias, consideradas, preconcebida e rigidamente, umas superiores e outras inferiores – enfatizados, portanto, o afastamento no espaço social e a estratificação (hierarquização) social.

Todavia, na medida em que a socialização consiga afirmar as semelhanças fundamentais de **todos** os homens, favorece o equilíbrio dos sistemas sociais. Favorece, portanto, a integração, a coesão, a cooperação, a paz.

Eis aí, por conseguinte, o caminho fundamental da prática jurídico-alternativa (já que, por definição, o direito alternativo implica a conservação da espécie e, pois, tanto quanto possível, a sua integração): pautar no sentido de uma socialização afirmativa das semelhanças humanas. E, se o direito alternativo, em si mesmo, tal como foi aqui definido, não é significativamente ideológico no conhecimento que o informa (o qual é acorde com a ciência empírica), ideologias da “igualdade” têm, contudo, decerto, em

sua ação social, o efeito de salientar as semelhanças humanas. Assim, por exemplo, a ideologia cristã, sobretudo na versão do cristianismo primitivo (ou nas versões modernas que procurem restaurá-lo), e as ideologias político-econômicas igualitárias.

A prática jurídico-alternativa e ideologias como essas, que a precederam e coexistem no meio social, possuem, na verdade, por tarefa, nada menos que a socialização para um novo tipo humano, mais aproximativo dos seus semelhantes. E tudo parece indicar que o terceiro milênio poderá ver o início da constituição de uma humanidade mais semelhante em idéias fundamentais sobre o próprio homem – e, assim, mais equilibrada e coesa.

Se dificilmente pode-se negar o processo intelectual do homem, a partir de sua muito provável animalidade inicial, por que se haveria de negar redondamente a possibilidade de seu progresso moral? Não diminuíram, ao longo da história, as impunidades dos poderosos – apesar das cenas de cruel violência, inclusive, de cruel violência popular, que continuam a existir? (cf., para uma perspectiva cética sobre uma “lei do progresso”, Oliveira, 1994:71 e **passim**; uma perspectiva cética análoga em Marques Neto, 1992:50-53; cf., para uma visão esperançada sobre o direito alternativo, Genro, 1991:26-27).

A prática jurídico-alternativa pode ser, portanto, sem perda de racionalidade científica em sua informação, um instrumento de esperança. Se continuamos a ser animais agressivos, essa agressividade parece ter diminuído, pelo menos um pouco, desde a origem do homem. Tudo indica que se

processou algum aumento do controle social da agressividade em geral e que esse aumento pode prosseguir.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, é, na verdade, um esperançoso programa de diminuição das dessemelhanças entre os homens (cf. Herkenhoff, 1994:19, para quem “os Direitos Humanos continuaram e continuam sendo construídos, na dialética da história”). Na medida em que assim o faz, o seu conteúdo, à luz do exposto até aqui, é jurídico. Mas, sendo altamente genérico e dependendo basicamente, em sua aplicação, das legislações menos gerais (sejam estas estatais ou populares), no mínimo omissas ou vagas, depende essa aplicação de uma política jurídico-alternativa. Para que se possa superar um caráter meramente programático da Declaração.

No plano da moradia, por exemplo, há forte dessemelhança entre os que habitam residências suntuosas e são proprietários de muitos imóveis, e os excluídos de qualquer teto que os abrigue. Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagre o direito de todos à moradia (art. 25), uma legislação estatal como a brasileira, e tantas outras, não providenciam no sentido da efetivação dessa prerrogativa. Cabe então à prática jurídica alternativa atuar para que esse direito universal se realize, ultrapassando-se um teor apenas programático de sua declaração (cf. Oliveira, 1992:196, Rodrigues, 1992:202-203, 1991:146).

Não é o direito (seja alternativo, ou não) que está explicando fundamentalmente a vida das sociedades, mas a legislação estatal a refletir em seu conteúdo, ativa

e comissivamente, os interesses dos poderosos e políticos – em clima, pois, de acentuada dessemelhança entre as pessoas e grupos (inclusive classes sociais).

Já o clima intrínseco do direito alternativo, por tudo que se viu, é o clima da semelhança, e o clima da prática jurídico-alternativa é, portanto, o da atuação no sentido da semelhança. Por definição, tal **prática** não pode ser senão um **engajamento** nessa atuação (o que se confunde com um engajamento do direito alternativo considerado em si mesmo, a evitar-se no máximo que se possa, para o máximo de objetividade desse direito).

Na medida em que a prática jurídico-alternativa vá conseguindo diminuir as dessemelhanças objetivas e subjetivas entre os homens, vai, nessa mesma, diminuindo a distância social entre eles. E tem aqui relevância jurídica teorema sobre comunicação e controle social; 5) Quanto menor a distância social do pólo integrante (individual ou grupal) de outro pólo interagente (individual ou grupal), menos energia será necessária para a receptividade de sua comunicação e para o exercício do controle social.

Isso significa que, diminuídas as dessemelhanças, facilitam-se a comunicação e o controle sociais, (entendendo-se por controle social a modalidade de interação social em que um dos pólos interagentes tem maior energia que o outro ou os outros, acentuando-se nesse relação o elemento vontade). A facilidade de comunicação reforça por sua vez a aproximação inter-humana e a facilidade de controle favorece por seu turno, a atuação do direito, seja este, ou não, conteúdo

de legislações estatais ou populares (isto, é seja simplesmente direito, ou seja direito alternativo).

Desse modo, quanto mais atue a prática jurídico-alternativa no sentido da semelhança entre os homens, mais se afirma o direito no meio social e mais se caminha na direção de um efetivo primado do jurídico na vida social, primado este hoje inexistente.

Por outro lado, não parece razoável tratar como fundamentalmente dessemelhante o que é fundamentalmente semelhante. Ora, cada homem é fundamentalmente semelhante a outro e tudo indica que isso é um dado científico: desta maneira, não se poderia configurar uma espécie humana como diferente de outras espécies animais (capaz de reproduzir-se independentemente de diferenças raciais de superfície).

Dentro da mesma espécie animal formam-se dessemelhanças entre dominantes e dominados, com o estabelecimento de privilégios, mas não na extensão e intensidade com que a inteligência humana tem criado essas dessemelhanças, a ponto de uns indivíduos viverem em nababesca opulência e outros morrerem em extrema miséria. Há um forte consenso de que isso não é razoável (e não sendo razoável, não é justo), pois todos são fundamentalmente humanos. E começa-se a compreender que o egoísmo, funcional que seja para a conservação individual e da espécie, pela seleção dos mais aptos, em etapas iniciais da evolução animal, torna-se disfuncional para a própria conservação da espécie, quando da etapa da inteligência humana sofisticada, podendo levar das crises econômicas, das ditaduras e das guerras até a uma catástrofe nuclear geral.

Na medida, portanto, em que a prática jurídica alternativa luta pela semelhança que for possível entre os homens, está lutando pelo razoável, pelo justo, pelo atualmente funcional para a conservação individual e da espécie. E, na medida em que essa prática alternativa lute pelo que é amplamente visto como justo, está contribuindo para o bem-estar mental e social e diminuindo o sentimento humano de disforia diante do que se acha que não deve ser – sentimento este capaz de conseqüências patológicas, individual ou socialmente.

É o que se esclarece, de forma menos imprecisa, por outros teoremas sociológicos de interesse direto para a ciência do direito alternativo: 6) Se um sistema de interatos sociais é considerado essencialmente (principalmente) justo por pólos interagentes (e, pois, essencialmente semelhantes ao que aceitam), esses pólos experimentam (sentem) uma situação de relativa e saudável suavidade (tranqüilidade) afetiva. Caso contrário, as situações oscilantes de agradabilidade e desagradabilidade, sobretudo as de desagradabilidade, não sendo situações relativamente suaves, propiciam condições patológicas no indivíduo e, portanto, no sistema interativo-social. 7) Quanto mais seja considerado essencialmente justo um sistema de interatos sociais por pólos interagentes, maior a probabilidade de paz desses pólos (para outros teoremas de interesse sócio-jurídico, veja-se Souto, 1922:102-107).

Está-se aqui entendendo por “paz” algo mais, no sentido da aproximação, que a simples cooperação entre pólos sócio-interagentes, algo mais que o simplesmente

grupais, pois implica uma maior idéia de semelhança entre esses pólos. O conflito (luta) é, dos processos de afastamento no espaço social, o que envolve maior idéia de dessemelhança entre os pólos interagentes, sendo, desse modo, o mais disfórico (desagradável) desses processos; enquanto, no extremo oposto, a paz seria o processo social a implicar a maior idéia de semelhança entre os pólos interagentes, e, dessa maneira, o mais eufórico (agradável) dos processos de aproximação, com o máximo de relativa suavidade afetiva.

Um contínuo da distância social teria, então, quatro pólos básicos, no sentido decrescente da distância: conflito, competição, cooperação e paz.

Ou, se quiséssemos expressar isso na linguagem menos imprecisa de um teorema sociológico, poderíamos ter: **8)** Se a idéia de semelhança entre pólos interagentes é maior que a necessária para o (simples) equilíbrio permanente do sistema de interação social, o processo social (resultante) é da maior agradabilidade (= maior suavidade afetiva = paz).

O presente texto, através de postulados e teoremas de interesse do conhecimento científico-social do direito alternativo, situou-se em uma perspectiva metodológica indutiva-dedutiva de natureza causal, que é indispensável, deseja-se maior rigor na construção teórica (neste sentido, o próprio Durkheim, 1968:95, para quem “é natural procurar a causa de um fenômeno antes de tentar determinar-lhe os efeitos.”). Mas aludiu também a uma perspectiva funcional, no que disse respeito à funcionalidade e disfuncionalidade para o fim de conservação individual e da espécie.

Esses métodos (caminhos), o causal-explicativo e o funcional-teleológico, não são reciprocamente excludentes, porém complementaras – e isso vale ainda para o caminho dialético, que tem sido o mais freqüentemente palmilhado em estudos de direito alternativo. O caminho dialético considera as contradições existentes no real e suas tendências de síntese, sem prejuízo de qual síntese possa ser, por sua vez, contraditada (cf. Souto, 1987:41-49, Andrade, 1992:90).

Contudo, seria um estranho sectarismo dialético, contraditório com a dialética mesmo, pretender que o dialético fosse o único caminho de confiança para uma alternativa jurídica.

Bem como seria estranho excluir a abordagem dialética, e pode-se afirmar isso a partir de premissas observacionais, em si mesmas, não-dialéticas. Assim, parece observável em largos traços – mediante a história da humanidade –, apesar das grandes dessemelhanças ora existentes, uma diminuição, até o momento progressiva, de dessemelhanças entre indivíduos e grupos sociais (inclusive classes sociais). Parece **então** possível a união futura desses contrários numa síntese (síntese afirmativa de maiores semelhanças objetivas e subjetivas entre os homens). Por exemplo, teríamos como síntese (por ora mais um tipo ideal teórico que realidade social) a combinação de democracia política (que seria mais real que formal) e sistema de socialização econômico-social não estatista, do qual se falará sumariamente no próximo tópico.

Temos usado, em nossos ensaios, dos três caminhos, com ênfase pessoal na perspectiva causal,

que é, aliás, a carência maior dos estudos sócio-jurídico em geral, inclusive dos de direito alternativo.

Na seção subsequente e final, ver-se-á, com nitidez, o uso concomitante e aparentemente harmônico dessas três perspectivas metodológicas.

6. Conclusões para uma prática jurídica alternativa

Em face a todo o exposto até agora, conclui-se que, se uma prática alternativa quiser ser efetivamente jurídica, não haverá de por a sua tônica nem em conflito, nem em competição, mas em cooperação e em paz. Se a competição não lhe tem sido historicamente tentadora, resta-lhe superar ligeiros traços, somente residuais, de uma inclinação histórica pela luta violenta como meio de transformação social – meio esse em que se parece acreditar cada vez menos, de tal sorte que aqueles traços residuais sobreviveriam a rigor apenas numa linguagem um pouco mais belicosa que a comum.

É preciso notar que o próprio Karl Marx, que tem sido visto como uma espécie de profeta da mudança por meios violentos, não a recomendava para os países mais desenvolvidos de seu século XIX (cf. Marx, **apud** McLellan, 1990:470-471 e Laidler, 1933:250). De fato, são evidentes os custos de sofrimento que a violência armada implica e suas prováveis conseqüências ditatoriais são extremamente onerosas. Ora, os países mais desenvolvidos do tempo de Marx serão significativamente mais desenvolvidos que países latino-americanos de hoje, como a Argentina, o Brasil, o Chile, o Uruguai? Parece que não.

Acabam de ruir as ditaduras socialistas construídas (como é usual ocorrer com as ditaduras de qualquer espécie) com sangue e terror político, encaminhando-se agora, antiteticamente, no plano econômico, a uma posição de neoliberalismo – decerto um profundo retrocesso do ponto de vista da ideologia socialista, após custos humanos tão altos durante longos anos.

Os antigos diziam: **“si vis pacem, para bellum”** (se queres a paz, prepara a guerra). Nosso século ainda viveu esse primitivismo e também sob outra forma ideológica: **“si vis pacem, para violentiam”** (se queres a paz, prepara a violência), no sentido de que os fins justificam os meios. A lição histórica recente é, todavia, a de que os meios violentos podem retardar fins vistos como de justiça e paz. Pois esses meios violentos têm provocado historicamente reações também violentas, fechando-se um círculo vicioso que se pode prolongar no tempo e que é, portanto, afinal, de natureza conservadora.

A teoria sociológica sugere antes uma prática jurídica alternativa: **“si vis pacem, para similitudinem”** (se queres a paz, prepara a semelhança – semelhança objetiva e subjetiva). Aqui, uma maior lentidão do processo transformador se compensará, tudo o indica, pela sua continuidade, dada a provável ausência de rupturas significativas em um processo natural e gradual de fundo educativo.

Na verdade, será estranho “realismo” esse que procura construir a aproximação entre os homens através do processo de afastamento máximo no espaço

social, o do conflito, e conflito armado. Com efeito, a luta armada só contribui para a aproximação no sentido de prevenir um afastamento ainda maior: é o caso único do uso da violência como **defesa**, tão moderada quanto possível, em face à violência maior dos criminosos comuns ou dos excessos de tirania e absolutismo – estes últimos parecendo tender a se tornarem obsoletos.

Conseqüentemente, a transformação social no sentido da semelhança, objeto de uma política jurídica alternativa, haverá de ser gradual para ser racionalmente mais eficaz. Essa transformação no sentido da semelhança é a transformação na direção de uma aproximação cada vez maior entre os homens, aumentando-se os processos sociais aproximativos, como a cooperação e a paz, e diminuindo-se os processos sociais de afastamento, como os do conflito e da competição.

Mas isso implica primordialmente a educação no sentido de apontar-se a semelhança fundamental entre **todos** os homens, que é a educação fiel ao impulso de conservação da **espécie**, o qual implica, quanto a esta última, o seu desenvolvimento adaptativo (por via intelecto-afetiva) cada vez maior.

A transformação social no sentido da semelhança objetiva e subjetiva entre os homens, para ser cada vez mais efetiva, necessita de que vá surgindo progressivamente, de uma renova educação para a semelhança, um novo tipo de homem, cada vez mais solidário com seus semelhantes. Leis estatais ou populares novas adiantam pouco se operadas pelo indivíduo humano velho em egoísmo e em agressividade

conflituosa ou competitiva (tornados cada vez mais disfuncionais pelo desenvolvimento adaptativo da espécie). Parece de todo óbvio que uma sociedade efetivamente nova não pode ser operada por um homem efetivamente renovado pela educação.

Uma prática alternativa, que seja atualizantemente jurídica, será então engajada no sentido de lutar pela realização do direito entendido como síntese de ciência e ética, o que implica a busca de uma mudança social profunda, revolucionária, que é a de procurar-se sempre o benefício efetivo de todos. Mas não será revolucionária na acepção de lutar através de meios violentos de transformação social.

Há cerca de três décadas e meia, usando de uma metodologia dialética que procurava que fosse acentuadamente não-dogmática, Gurvitch apontava para a síntese entre um socialismo ditatorial estatizante e um capitalismo formalmente democrático mas desumanamente competitivo (que hoje percebemos com clareza como criador de dessemelhanças agudas entre opulência e miséria, sobretudo nos países periféricos). Inspiradamente alude, como tipo sociológico ideal, a uma descentralização do Estado e da economia, a se controlarem reciprocamente. Ou, em suas palavras pioneiras: “Multiplicidade das hierarquias equivalentes de agrupamentos, econômicos, de uma parte, locais, de outra parte, dando em resultado a organização econômica de um lado, o Estado de outro, os dois se limitando reciprocamente” (Gurvitch, 1960:233; cf., para uma visão panorâmica recente da descentralização, Junqueira, 1992:96-105; cf. ainda Correias, 1993:10 e Capeller, 1995:20-21).

Algo bem mais abrangente, portanto, que uma simples perspectiva classista-operária da sociedade, pois abrangente do movimento sindical em geral e do que atualmente chamamos de organizações não-governamentais (cf. Souza Júnior, 1991:131-133, Volkmer, 1991:44-47, Adeodato, 1992:161). Note-se que a própria classe média, caracterizada como conservadora, tem começado a atuar, sobretudo em seus setores intelectualizados e nos países centrais, transformativamente, de uma maneira um tanto significativa.

Tratar-se-ia do que temos chamado (Souto, 1971:177-178, Souto e Souto, 1981:137-137) sistema social de socialização econômico-social não-estatista, entendida aqui por socialização a extensão de benefícios particulares a **todos** da sociedade. É sistema que se dirige ao futuro e que, no presente, não evidencia senão alguns traços parciais, e isso apenas em países de efetiva democracia social (como os da Escandinávia). Nesse tipo sociológico ideal diminui acentuadamente tanto a estratificação (hierarquização) política, como a econômica, numa fonte fundamental dupla de semelhança objetiva e subjetiva favorável ao direito. É uma antítese praticamente perfeita do sistema facista (onde se acentua tanto a estratificação política, como a econômica).

Será portanto, essa, também, uma perspectiva de síntese entre a moda mais antiga do socialismo estatista e a sua antítese, a moda neoliberal atual (herdeira de uma limitada democracia capitalista). A primeira dessas modas é sobretudo desequilibrante no plano político, e a outra sobretudo desequilibrante no plano econômico,

porque implicam elas acentuada dessemelhança e afastamento, nesses planos, entre indivíduos e grupos no espaço social. E aqui a perspectiva causal-explicativa harmoniza-se complementarmente com a dialética.

O tipo ideal sociológico que é o sistema de socialização social não-estatista, prevê etapas progressivas, rumo a uma realização tanto quanto possível integral da democracia (governo efetivamente do povo), pelo complemento econômico do princípio democrático.

Essa realização não é fácil. Palavras de Einstein, em escrito de 1949, permanecem válidas, especialmente para países periféricos. Ele se refere a “uma oligarquia do capital privado, cujo enorme poder não pode ser efetivamente controlado nem mesmo por uma sociedade política democraticamente organizada. Isso ocorre porque os membros das câmaras legislativas são escolhidos por partidos políticos, amplamente financiados ou influenciados de outros modos por capitalistas privados que, para todos os efeitos práticos, isolam o eleitorado do legislativo. A consequência é que os representantes do povo não protegem suficientemente, de fato, os interesses dos setores desfavorecidos da população. Além disso, nas condições vigentes, os capitalistas privados inevitavelmente controlam, de maneira direta ou indireta, as principais fontes de informação (imprensa, rádio, educação). Assim, é extremamente difícil para o cidadão comum, e, na maioria dos casos, de fato absolutamente impossível, chegar às conclusões objetivas e fazer um uso inteligente dos seus direitos políticos.” (Einstein, 1994:135)

Aquele tipo ideal se aproximaria do ideal de sociedade justa, porque “dificilmente se poderá chamar de sociedade justa aquela em que **todos** os seus componentes não se **sintam** relativamente bem em face a essa sociedade. Desse modo, nenhuma sociedade civilizada seria realmente justa, nem mesmo aquelas que pretendam representar interesses políticos ou econômicos de uma maioria (pois em todas essas sociedades há um grande número de pessoas sentindo-se mal em relação a elas). (...) Pois, em termos simples e objetivos, justiça não seria senão função do que se pensa que deve ser.” (Souto, 1987:38 e 39). Lembre-se que a cada idéia de dessemelhança com o que se aceita corresponderia um sentimento de agradabilidade, e, a cada idéia de semelhança preponderante com o que se aceita, um sentimento preponderantemente de desagradabilidade.

Evidentemente, nenhuma das sociedades modernas efetuou a mudança social profunda que o tipo ideal implica em sua inteireza: um máximo de semelhança objetiva e subjetiva entre todos os indivíduos sócio-integrantes, todos eles educados na idéia de semelhança essencial entre todos os homens. Desse modo, o sistema macrogrupal apresentaria o máximo de estabilidade e de abertura à mudança em seu equilíbrio.

Quanto mais a educação se faça no sentido da semelhança fundamental entre os homens, e, portanto, quanto mais se faça no sentido da cooperação e da paz (revejam-se os teoremas causais 1, 2, 3 e 4 aqui mencionados), mais esse tipo ideal terá realidade, e realidade progressiva, nos espaços de interação social.

A propriedade de bens econômicos poderá ser, então, tanto mais comum, quanto mais renovado esteja o indivíduo humano, pela educação para a semelhança. Assim é que, atualmente como ontem, apenas em grupos religiosos, de extensão limitada, animados pela idéia de uma profunda fraternidade humana levando a considerações altamente altruísticas, é que tem sido possível realizar de forma duradora um ideal comunista, para além da própria propriedade privada derivada do trabalho.

Edmundo Arruda Jr. afirmara, com humildade intelectual: “Sem dúvida, aumenta o débito teórico dos alternativos, a ser saldado com o estreitamento do diálogo e síntese entre fazedores de movimento e de teoria” (Arruda Jr., 1993:9). Para ele é um problema grave para o movimento “a falta de maior elaboração teórica”, falando de uma “definição ainda embrionária, do que entendemos por direito alternativo.” (Arruda Jr. 1992:171-172; analogamente Wolkmer, 1992:136, escreve que “o ‘novo’ já está acontecendo, o problema é que os atuais modelos teóricos não conseguem percebê-lo e retratá-lo.” (cf. Bergalli, 1992:23-25).

Este ensaio não é senão uma mera tentativa de contribuir para aquele diálogo, pelo oferecimento de algo, por apoucado que seja, para a construção, ora em seus primórdios, de uma teoria científico-social do direito alternativo.

Tenta-se oferecer algo, também, para a síntese dialética apontada, e esse algo estaria, de um lado, na perspectiva de engajamento da prática jurídica alternativa para a realização do direito de todos, que é a realização

de uma semelhança e aproximação inter-humana cada vez maior; e, por outro lado, na perspectiva de desengajamento ideológico, tanto quanto seja possível, da ciência do direito alternativo e do próprio direito alternativo em si mesmo, para fins de uma maior objetividade e eficácia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício Leitão (1992). "Para uma Conceituação do Direito Alternativo". **Revista de Direito Alternativo**, No. 1, pp. 157-174 (São Paulo: Editora Acadêmica).
- AGUIAR, Roberto A. R. de (1993). "O Imaginário dos Juristas". **Revista de Direito Alternativo**, No. 2, pp. 18-27 (São Paulo: Editora Acadêmica).
- AGUIAR, Roberto A.R. de (1994). "Significação do Direito no Planejamento Estratégico Alternativo para o Brasil". **Direito em Debate**. Ano IV, No. 4, setembro, pp. 9-28.
- ANDRADE, Lédio Rosa de (1992). "Processo Social Alternativo". In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo 2**, pp. 80-94. São Paulo: Editora Acadêmica.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de (1991). "Direito Alternativo – Notas sobre as Condições de Possibilidade". In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo**, pp. 71-98. São Paulo: Editora Acadêmica.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de (1992). "Direito Alternativo no Brasil: Alguns Informes e Balanços Preliminares". In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo 2**, pp. 159-177. São Paulo: Editora Acadêmica.
- ARRUDA JR., Edmundo Lima de (1993). **Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa** (Ensaio sobre o Direito numa sociedade de classes). São Paulo: Editora Acadêmica.
- BAPTISTA, José Cláudio (1993). **Dogmatismo Jurídico em Análise Crítica**. João Pessoa: Empório dos Livros.
- BERGALLI Roberto (1992). "Usos y Riesgos de Categorías Conceptuales: Conviene seguir empleando la expresión 'uso alternativo del derecho'?" **Revista de Direito Alternativo**, No. 1, pp. 19-36 (São Paulo: Editora Acadêmica).
- BEYLEVELD, Derick et BROWNSWORD, Roger (1989). "Les Implications de la Théorie du Droit Naturel en Sociologie du Droit". **Droit et Société**, No. 13, pp. 389-414.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes (1992). "Justiça Alternativa". **Revista de Direito Alternativo**, No. 1, pp. 53-56. São Paulo: Editora Acadêmica.
- CAPELLER, Wanda de Lemos (1992). "Fênix e o Eterno Retorno: A Dialética entre a 'Imaginação Criminológica' e a Força do Estado". In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo 2**, pp. 63-79. São Paulo: Editora Acadêmica.
- CAPELLER, Wanda (1995). "(Dé)colonisation Culturelle ou 'l'habitude de singer tout ce qui est étranger': Réflexions sur le Postmodernisme dans un Pays

- Tropical”. **Cahiers CIRESS** (Centre Interdisciplinaire d’Études sur les Systèmes Sociaux de l’Université des Sciences Sociales de Toulouse), Outubro, pp. 12-22.
- CAPPELLETTI, Mauro (1993). **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- CARRION, Eduardo Kroeff Machado (1992). “O Poder Judiciário, o Juiz e a Lei”. **Revista de Direito Alternativo**, No. 1, pp. 65-70 (São Paulo, Editora Acadêmica).
- CARVALHO, Amilton Bueno de (1991). “Lei No. 8.009/90 e o Direito Alternativo”. In Edmundo de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo**, pp. 53-70. São Paulo: Editora Acadêmica.
- CLÈVE, Clémerson Merlin (1991). “Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo”. In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo**, pp. 99-120. São Paulo: Editora Acadêmica.
- CORREAS, Oscar (1993). “Los Derechos Humanos Subversivos”. **Revista de Direito Alternativo**, No. 2, pp. 9-17 (São Paulo: Editora Acadêmica).
- CORSALE, Massimo (1994). “Alcuni Nodi Teorici del Modello Pluralistico”. **Sociologia del Diritto**, XXI/1994/1, pp. 15-29.
- DURKHEIM, Emílie (1968). **Les Règles de la Méthode Sociologique**. Paris: Presses Universitaires de France.
- EINSTEIN, Albert (1994). **Escritos da Maturidade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira.
- FALCÃO, Joaquim (1994). “O Desequilíbrio entre a Demanda da Sociedade Civil e a Oferta do Poder Judiciário”. **São Paulo em Perspectiva**, 8 (2), pp. 26-32.
- FARIA, José Eduardo (1993). “As Transformações do Judiciário em face de suas Responsabilidades Sociais”. **Revista de Direito Alternativo**, No. 2, pp. 35-46 (São Paulo: Editora Acadêmica).
- GENRO, Tarso Fernando (1991). “Os Juizes contra a Lei”. In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo**, pp. 1727. São Paulo: Editora Acadêmica.
- GÓMEZ, Jesús Antonio Muñoz (1988). “Reflexiones sobre el Uso Alternativo del derecho”. **El otro Derecho** (Bogotá: Temis – Ilsa), no. 1, agosto, pp. 43-62.
- HENCKEL, Hans-Joachim (1991). **Zivilprozess und Justizalternativen in Brasilien: Recht, Rechtspraxis, Rechtstatsachen – Versuch einer Beschreibung**. Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris: Peter Lang.
- HERKENHOFF, João Baptista (1994). **Curso de Direitos Humanos**, Volume I (Gênese dos Direitos Humanos). São Paulo: Editora Acadêmica.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho (1992). “O Alternativo regado a Vinho e a Cachaça”. In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo 2**, pp. 95-114. São Paulo: Editora Acadêmica.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho (1993). **A Sociologia do Direito no Brasil: Introdução ao Debate Atual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- LAIDLER, Harry W. (1933). **História del Socialismo**. Trad. por Felipe Villaverde. Tomo I. Bilbao – Madrid – Barcelona: Esposa – Calpe, S.A.
- LIMA, Miguel Alves (1992). “O ‘Direito Alternativo’ e a Dogmática Jurídica”. In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo 2**, pp. 42-54. São Paulo: Editora Acadêmica.
- LOPES, José Reinaldo de Lima (1992). “Voltar à Teoria da Justiça?” **Revista de Direito Alternativo**, No. 1, pp. 71-76 (São Paulo: Editora Acadêmica).

- LYRA FILHO, Roberto (1980). **Para um Direito sem Dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho (1992). “Direito Alternativo e Marxismo – Apontamentos para uma Reflexão Crítica”. **Revista de Direito Alternativo**, No. 1, pp. 37-53 (São Paulo: Editora Acadêmica).
- McLELLAN, DAVID (1990). **Karl Marx: Vida e Pensamento**. Trad. de Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes.
- MELO, Osvaldo Ferreira de (1994). **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC.
- NEVES, Marcelo (1993). “Do Pluralismo Jurídico à Miscelânea Social: o Problema da Falta de Identidade da(s) Esfera(s) de Juridicidade na Modernidade Periférica e suas Implicações na América Latina”. **Anuário do Mestrado em Direito**, Universidade Federal de Pernambuco, No. 6, pp. 313-357.
- NÖTH, Wilhelm (1993). **Rechtssoziologie: Inhalte und Probleme im Überblick**. Pfaffenweiler: Centaurus Verlagsgesellschaft.
- OLIVEIRA, Luciano (1992). “Ilegalidade e Direito Alternativo: Notas para Evitar alguns Equívocos”. In Álvaro Vilaça Azevedo et al. (orgs.), **Ensino Jurídico: Diagnósticos, Perspectivas e Propostas**. Brasília: Conselho Federal da OAB.
- OLIVEIRA, Luciano (1994). “Ética e Determinação Sociológica em Tempos Sombrios: Uma Breve Reflexão”. **Direito em Debate**. Ano IV, no. 4, setembro, pp. 65-71.
- PRESSBURGER, Miguel (1988). **Um Trabalhador fala: o Direito, a Justiça e a Lei**. Rio de Janeiro: AJUP.
- PRESSBURGER, Thomas (1987). **Rechtssoziologie**. Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag.
- ROCHA, J. Elias Dubard de Moura (1994). **Poderes do Estado e Ordem Legal**. Recife: Editora Universitária da UFPE.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (1991). “Por um Ensaio Alternativo do Direito: Manifesto Preliminar”. In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo**, pp. 143-154. São Paulo: Editora Acadêmica.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei (1992). “Direito com que Direito?”. In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo 2**, pp. 178-207. São Paulo: Editora Acadêmica.
- RÖHL, Kalus F. (1987). **Rechtssoziologie**. Köln – Berlin – München: Carl Heymanns Verlag.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1987), “Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”. **Journal of Law and Society**, Volume 14, Number 3, Autumn, pp. 279.-302.
- SHILS, Edward (1972). “The Concept and Function of Ideology”. In **International Encyclopedia of the Social Sciences**. David L. Sills (ed.). Volume 7. New York – London: The Macmillan Company & The Free Press, Collier – Macmillan Publishers, pp. 66-76.
- SOUTO, Cláudio (1962). “La Recherche Comparative comme Instrument de la Communauté de Droit des Nations”. In **Problèmes Contemporains de Droit Comparé**. Tome Deuxième. Tokio: Institut Japonais de Droit Comparé, Université Chuo, pp. 445-470.
- SOUTO, Cláudio (1971). **Introdução ao Direito como Ciência Social**. Rio de Janeiro – Brasília: Edições Tempo Brasileiro – Editora Universidade de Brasília.
- SOUTO, Cláudio (1974). **Teoria Sociológica Geral**. Porto Alegre: Editora Globo.

- SOUTO, Cláudio (1976). "Teoria Geral do Social: Uma Tentativa de Explicação Axiomatizada". **Revista Brasileira de Sociologia**, v. II, nos. 1 e 2, janeiro-dezembro, pp. 43-62.
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange (1981). **Sociologia do Direito**. São Paulo: Livros Técnicos e Científicos Editora – Editora da Universidade de São Paulo.
- SOUTO, Cláudio (1984). **Allgemeinste wissenschaftliche Grundlagen des Sozialen**. Wiesbaden: Franz Steiner Verlag.
- SOUTO, Cláudio (1987). **O Que é Pensar Sociologicamente**. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda. (E.P.U.).
- SOUTO, Cláudio (1992). **Ciência e Ética no Direito, Uma Alternativa de Modernidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (1991). "Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito". In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo**, pp. 131-142. São Paulo: Editora Acadêmica.
- WOLKMER, Antonio Carlos (1991). "Constituição para o Projeto da Juricidade Alternativa". In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo**, pp. 28-52. São Paulo: Editora Acadêmica.
- WOLKMER, Antônio Carlos (1992). "Direito Comunitário Alternativo: Elementos para um ordenamento Teórico-Prático". In Edmundo Lima de Arruda Jr. (org.), **Lições de Direito Alternativo 2**, pp. 126-144. São Paulo: Editora Acadêmica.
- WOLKMER, Antônio Carlos (1994). **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega.

I. COFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS

Hélio Sílvio Ourem Campos

Professor da Escola Superior da Magistratura/PE.
Professor da Universidade Católica de Pernambuco.
Juiz Federal/PE. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Procurador Judicial do Município do Recife. Ex-Consultor e Procurador do Estado de Pernambuco.

Após tomar conhecimento de que a Escola Superior da Magistratura – Estado de Pernambuco pretendia lançar o primeiro número da sua Revista, imaginei, imediatamente, que seria uma honra para mim contribuir com a iniciativa.

Primeiro, porque as publicações, inclusive as jurídicas, fornecem a possibilidade de uma análise crítica mais ampla daquilo que se escreve.

Depois, porque há um pouco mais de seis meses encaminhei Ofício à Diretoria da Instituição exatamente com esta proposta.

Enfim, é com este espírito que me posiciono, em seguida, sobre três pontos polêmicos e atuais que ainda emergem entre os temas de direito tributário que constantemente chegam à Justiça Federal,

O primeiro diz respeito à possibilidade de se incluir os imóveis no conceito de mercadoria; e, como tal, fazer incidir a COFINS – CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL, quando da alienação dos mesmos por empresas incorporadoras e congêneres.

O segundo diz respeito à tese da impossibilidade de se compensar o remanescente do FINSOCIAL (atual COFINS – CONTRIBUIÇÃO PARA PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL) com parcelas indevidas do PIS – PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL. Note-se que o que se defende não é a aplicação retroativa da Lei nº 9250/27.12.95 (Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências)⁽¹⁾, mas a tese de que o conceito de espécie, em Direito Tributário, abrange, quando se trata das contribuições especiais, o destino dos valores arrecadados.

O terceiro diz respeito ao instituto da compensação liminar, que não extingue por si a obrigação, quando se trata dos tributos lançados por homologação.

Como se vê, são temas polêmicos, sobre os quais o Judiciário não vem decidindo de modo uniforme.

Logo, entre as várias interpretações possíveis, escolhi aquelas que apresento mais adiante.

Antes de transcrevê-las, advirto que os textos refletem algumas das minhas decisões.

II. Os imóveis devem ser considerados “mercadorias” para efeito da incidência da COFINS (Incorporadoras).

Normalmente, os argumentos colacionados pelos Impetrantes dos Mandados de Segurança que se opõem a esta afirmação, podem ser resumidos nestes termos:

A impetrante argüi que: a) é pessoa de direito privado, do ramo da construção civil, cujo objetivo social é a construção de edificações para fins de incorporação imobiliária; b) a Autoridade Impetrada vem exigindo da Impetrante o recolhimento da COFINS – CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL; c) esta exação não é devida pela Impetrante, que exerce a atividade de incorporação imobiliária; d) a alíquota e a base de cálculo da COFINS – CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL estão delineadas no art. 2º, da Lei Complementar nº 70/30.12.91 (institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras, e dá outras providências)⁽²⁾; e) a Impetrante exerce atividade de construção de edificações compostas de unidades autônomas; primeiramente para si, e, posteriormente, repassadas para terceiros; f) a atividade de construção de bens imóveis, para si, e depois o repasse para terceiros, não se inclui no conceito de mercadoria, sendo ilegal a incidência da COFINS – CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL; g) a atividade da Impetrante não pode ser enquadrada como uma venda de mercadoria ou como uma prestação de serviço; h) a Incorporação Imobiliária não é uma prestação de serviços, conforme estabelece a Lei nº 4591/16.12.64⁽³⁾, pois a Impetrante constrói para si própria, e somente depois de concluída a obra é que a mesma realiza a venda do bem construído; i) o legislador não pretendeu, implícita ou explicitamente, que a exigência da COFINS atingisse a atividade de Incorporação Imobiliária; j) não cabe ao intérprete alterar os conceitos e formas do direito privado; k) não

há razão para a exigência da exação, em face da inexistência de fato gerador.

Ao final, rotineiramente se requer o seguinte: a) a concessão de medida liminar para que a autoridade Impetrada não venha a praticar qualquer ato coativo contra o patrimônio da Impetrante, e para que fique suspensa a exação COFINS – CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL; b) a concessão da segurança definitiva.

Notificada a Autoridade Coatora (Delegado da Receita Federal), a prestar informações, via de regra, o faz argüindo que: a) os imóveis podem ser, e são, objeto de especulação, devendo, desse modo, entrarem essas especulações no âmbito do direito comercial, igualando-se os imóveis aos bens suscetíveis de comercialização; b) a Lei nº 4068/09.06.67⁽⁴⁾ declarou como atividade comercial a de construção; c) a Lei Complementar nº 70/91 estabeleceu, no Parágrafo Único do art. 2º, o que deveria ser excluído da base de cálculo. E, nos arts. 6º e 7º, elencou os casos de isenção; d) a receita da venda de imóveis deve ser enquadrada na base de cálculo da contribuição; e) não se pode dar ao vocábulo “mercadoria” sentido restritivo, pois tudo que se compra e se vende enquadra-se no conceito de mercadoria, inclusive os imóveis; f) a referida Lei Complementar nº 70/91 foi declarada constitucional pelo Eg. STF⁽⁵⁾.

Diante destas ponderações, venho afirmando:

“Inicialmente, faço constar que o fenômeno da mercantilização dos bens imóveis já de há muito é uma realidade jurídica, não sendo a semântica de uma palavra

(mercadoria) um caminho seguro para a interpretação adequada da norma.

No caso dos incorporadores de imóveis, a própria Lei nº 4591/64, que dispõe sobre as incorporações imobiliárias, já admitia que estas empresas, quando insolvéveis, estivessem sujeitas à falência (art. 43), instituto caracteristicamente mercantil.

O que significa dizer que a incorporação imobiliária encontrava-se equiparada às atividades de comércio, cujo objetivo não é outro senão o de operar com mercadorias. Enfim, dentro da orientação da lei supramencionada, os imóveis são equiparados às mercadorias.

Assim se fez porque como mercadoria entende-se todos os bens que se sujeitem à atividade de comércio. No caso, é inegável, no próprio objeto da empresa (construção e repasse das unidades construídas para terceiros), que a atividade comercial ocorre em função da própria natureza da incorporadora, que exige a especulação direta com o bem.

Enfim, desconsiderar que os imóveis atualmente também podem ser objeto de especulação mercantil, e com isto integrar o conceito de mercadoria, é desconhecer a realidade vigente e querer se firmar em um tempo onde esta atividade não existia.”

II. Reforçando o meu entendimento, passo a elencar o que se segue:

a) o Acórdão unânime da 2ª Seção do TRF-1ª Região, diz “in verbis”:

“EMENTA: COFINS. LC 70/91. EMPRESAS CONSTRUTORAS DE IMÓVEIS. COMERCIALIZAÇÃO.

1. O conceito de mercadoria para fins tributários não se restringe às coisas móveis, albergando, também, os imóveis que, tendo valor econômico, possam ser objeto de comércio.
2. Neste sentido, as empresas voltadas para a construção e comercialização de imóveis sujeitam-se à incidência da COFINS, seja como prestadoras de serviços ou porque vendem mercadorias.
3. Precedentes da 2ª Seção – MMSS 94.01.31862-0/DF e 95.06991-5/DF.
4. Segurança denegada.” (Ac. un da 2ª Seção do TRF-1ª Região, MS nº 95.01.11294-2/DF, Rel JUIZ FERNANDO GONÇALVES, DJU 02.10.95, p. 6643) (GRIFEI);

b) a afirmação constante no vol. V, 1ª parte, Livro III – Das Causas no Direito Comercial, nº 4 – Do Estabelecimento Comercial/Das Mercadorias/Da Propriedade Industrial do Tratado de Direito Comercial Brasileiro, de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA, quando o mesmo fez registrar que a exclusão da compra e venda de imóveis do elenco dos atos de comércio não mais se justificava, **já à época dos seus comentários**⁽⁶⁾.

Ora, esta opinião do festejado juriconsulto deu-se entre o final da década de 20 e o início da década de 30;

c) a severa discordância de PONTES DE MIRANDA, que não admitia “a pré-exclusão dos bens imóveis” do conceito de mercadoria, atribuindo esta posição a um inexplicável romanismo tardio (Apud “COFINS nas Operações com Imóveis e Empresas

Construtoras”. NAVARRO COELHO, Sacha Calmon – IV Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário);

d) o parecer ministerial⁽⁷⁾:

“Não se pode negar, atualmente, que os bens imóveis podem ser objeto de especulação mercantil. Nossa realidade não permite mais desconsiderar o fenômeno da mercantilização de imóveis.

Percebe-se a evolução do conceito de mercadoria. Outrora, referia-se tão somente às coisas móveis que fossem objeto de comércio. Modernamente, devido a multiplicação das grandes metrópoles e a incrementação da indústria de construção civil, estende-se a conceituação aos bens imóveis. Haja vista o surgimento dos negócios imobiliários especulativos.

Além de ser, de direito, uma sociedade comercial, ela, de fato, realiza atividade comercial, na medida em que seu objetivo é a venda de imóveis.

Pode-se ainda asseverar que, com o advento da Lei nº 4068/62, as empresas de construção passaram a ser comerciais.

Assim, não é por tratar-se de bem imóvel, que será excluído do conceito de mercadoria; e, muito menos, que não será caracterizada a atividade mercantil. Logo, deverá incidir sobre estas operações a COFINS.

Com este mesmo entendimento, encontra-se na Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, ano I, nº 4, julho a setembro de 1993, o Parecer do Ilustre Professor Vittorio Cassone, que, por sua grande lucidez sobre o tema, exigiu uma pequena transcrição:

“Em conclusão, é meu entender que, pela conjugação dos princípios constitucionais que norteiam as contribuições sociais destinadas à Seguridade Social (para custeio da saúde, previdência e assistência), e dos arts. 1º e 2º da LC 70/91, e da evolução doutrinária, legislativa e jurisprudencial quanto ao **alargamento do conceito das empresas comerciais (e, via de conseqüência, de “mercadorias”)**, e, até da tendência do STF, quanto às várias contribuições sociais, **as empresas imobiliárias e outras da mesma natureza, que operam com imóveis com fim especulativo**, aspecto que dá margem à interpretação ampliativa (não confundir com extensiva) ao significado de mercadoria, **são contribuintes da COFINS.**”

Por tudo isto, venho julgando improcedente este tipo de Ação.

III. Não é juridicamente possível a compensação entre o excedente do FINSOCIAL com o PIS.

Normalmente, os argumentos colecionados pelos Impetrantes podem ser resumidos nestes termos:

A Impetrante argüi que: a) pretende valer-se da compensação de valores do FINSOCIAL, oriundos de pagamentos realizados acima da alíquota de 0,5%, com os débitos vincendos, relativos à contribuição social COFINS e ao PIS; b) utilizou, para o dimensionamento do crédito relativo ao FINSOCIAL, os mesmos índices de atualização praticados pela Justiça Federal; c) o Eg. STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 150.764-1/120, prolatou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do FINSOCIAL; d) o FINSOCIAL tem a mesma espécie que a COFINS e o

PIS, satisfazendo os parâmetro legais exigidos para a compensação estabelecida no art. 66 da Lei nº 8383/91; e) a Instrução Normativa nº 67/26.05.92, reconhecendo o princípio da correção monetária, estabeleceu restrição ilegal, ao dispor que não se aplicaria a correção monetária a períodos anteriores a 01.01.92. Esta Instrução Normativa fere a Súmula nº 46, do ex-TFR; f) a autoridade Impetrada (Delegado da Receita Federal) vem se negando a fornecer a certidão negativa de débitos.

Ao final, rotineiramente se requer o seguinte: **a)** a concessão de medida liminar para: **a. I)** que a Impetrante proceda ao lançamento dos valores do FINSOCIAL, pagos indevidamente, com débitos da COFINS e do PIS, vencidos, já compensados, permitindo-se a utilização dos mesmos índices de atualização monetária atribuídos à União Federal na cobrança de seus créditos; **a. II)** que as autoridades coatoras abstenham-se de adotar contra a Impetrante quaisquer medidas coativas ou punitivas que a impeçam de efetuar compensações na forma do contido no art. 66, § 1º, da Lei nº 8383/91, sem prejuízo da atividade fiscalizadora tendente a verificar a exatidão das compensações nos moldes descritos, a fim de que possam ser homologados os correspondentes lançamentos, determinando-se que a Autoridade Coatora forneça a CND (Certidão Negativa de Débito); **b)** a concessão da SEGURANÇA DEFINITIVA.

Discute-se, portanto, a compensação do que foi pago a maior referente à contribuição para o FINSOCIAL com o pagamento da contribuição para a COFINS e para o PIS.

Verifica-se, via de regra, nas cópias dos Contratos Sociais das Impetrantes, que estas têm por objeto a prática de atividades de natureza industrial e mercantil (ou outras atividades que não impliquem em prestação de serviços).

Portanto, parece-me necessário que se faça uma rápida alusão à classificação dos atos de comércio.

Sobre este assunto, saliento a classificação de um dos nossos maiores juristas, que foi **José Xavier Carvalho de Mendonça**.

É o que se fará a seguir.

Para este jurista, os atos de comércio deveriam ser divididos em três categorias:

a) ato de comércio por natureza, que é aquele onde a atividade de intermediação exsurge com todo o vigor. O ponto central deste gênero de ato é a existência imediata de especulação direta com o bem;

b) ato de comércio por dependência, por conexão, por conexidade ou acessório, que é aquele que adota em seu conteúdo bens necessários à realização da atividade mercantil-especulativa. É o caso dos móveis e imóveis utilizados como instrumentos para o desenvolvimento da atividade de comércio;

c) ato de comércio por força da lei, que é aquele, como o próprio nome indica, ao qual a lei atribui a qualidade de mercantil. É o caso das operações com letra de câmbio e nota promissória, dos contratos das sociedades por ações, etc.

Desta classificação pode-se concluir que as Impetrantes normalmente adotam como atividade principal a prática de atos de comércio por natureza,

havendo os serviços por elas prestados de serem enquadrados na categoria dos atos de comércio por dependência ou por conexão, porquanto realizados com o objetivo de viabilizar a atividade mercantil-especulativa.

II. Dito isto, passo a reproduzir o meu entendimento a respeito do FINSOCIAL incidente sobre as empresas comerciais, que foi extinto pela Lei Complementar nº 70/91.

Logo, o que virá disposto a seguir já se encontra assente na Jurisprudência.

No entanto, antes de apresentar a posição do STF e o entendimento sumulado do Eg. Tribunal Regional Federal – 5ª Região, será tomado de empréstimo um valioso resumo sobre o assunto, da lavra do saudoso Dr. PETRÔNIO MARANHÃO GOMES DE SÁ, anterior Juiz Federal Titular desta Vara⁽⁹⁾:

“Assim, inicialmente, comporta registrar que o FINSOCIAL foi criado pelo DL 1940/82, tendo como destinação custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor (art. 1º) Tinha duas alíquotas: 0,5% sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizassem vendas de mercadorias, bem como instituições financeiras e sociedades seguradoras; e de 5% para as empresas públicas e privadas que se dedicassem à venda de serviços, sendo que, nesta última hipótese, a base de cálculo seria o valor do Imposto sobre a Renda devido.

Posteriormente, a Lei 7611/87 alterou a destinação dos recursos do FINSOCIAL, para incluir

o custeio com investimentos na área da Justiça. Ainda no mesmo ano de 1987, o DL 2397 inovou a incidência do FINSOCIAL no tocante às sociedades legalmente regulamentadas, e ampliou sua alíquota em 0,1% (um décimo por cento). Logo em seguida, o DL 2413/89 destinou esse 0,1% para financiamento da reforma agrária. E o DL 2463/89 mais uma vez alterou a destinação dos recursos do FINSOCIAL, desta feita para aplicação em programas, projetos e atividades de saúde, previdência e assistência social. Também fixou, em definitivo, a alíquota de 0,6, revogando a destinação prevista no DL 2413/89. Vale anotar que esse último DL, o de nº 2464, foi rejeitado expressamente pelo Decreto Legislativo nº 77, de 15.12.89, publicado em 20.12.89. Entretanto, em 15.12.89, foram publicadas as Leis 7689 e 7690, sendo que a primeira, em seu art. 9º, fazia remissão ao art. 195, I, da CF. Posteriormente, foram os arts. 28 da Lei 7738/89, art. 7º, da Lei 7787/89, art. 1º, da Lei 7894/89 e art. 1º, da Lei 8147/90, que vieram alterar o art. 9º da Lei 7689/88”.

Portanto, a legislação, como facilmente se pode observar, é uma seqüência de idas e vindas legislativas.

No entanto, seguindo o critério de obediência ao Texto Constitucional, veio a Jurisprudência a fixar o seu entendimento, que foi o seguinte.

O STF, TP, no Recurso Extraordinário nº 150764-1, Pernambuco, Recorrente: União Federal; Recorrida: Empresa Distribuidora Vivacqua de Bebidas Ltda., assim se pronunciou:

“Constituição Social-Parâmetros – Normas de Regência-FINSOCIAL – Balizamento temporal. A teor do disposto no artigo 195 da Constituição Federal,

incumbe à Sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias – folha de salários, o faturamento e o lucro. Em norma de natureza constitucional transitória, emprestou-se ao FINSOCIAL características de contribuição, jungindo-se a imperatividade das regras insertas no Decreto-Lei nº 1940/82 com as alterações ocorridas até a promulgação da Carta de 1988, ao espaço de tempo relativo à edição da lei prevista no referido artigo. Conflita com as disposições constitucionais – artigos do corpo permanente da Carta e 56 do Ato das Disposições Transitórias – preceito de lei que, a título de viabilizar o Texto Constitucional, toma empréstimo, por simples remissão, a disciplina do FINSOCIAL. Incompatibilidade manifesta do artigo 9º da Lei nº 7689/88 com o Diploma Fundamental, no que discrepa do contexto constitucional.”

O Eg. Tribunal Regional Federal – 5º Região sumulou a matéria.

Este é o texto da sua Súmula nº 06 (pub. DJU, 14.10.93, Seção II, p. 43516):

“Subsiste, até a vigência e eficácia da Lei Complementar nº 70/91 a cobrança do FINSOCIAL, com base no Decreto-Lei nº 1940/82, sendo inconstitucionais as alterações introduzidas pela Lei nº 7.787/89, **ressalvada a situação das empresas prestadoras de serviços.**”

III. Considerando estes pressupostos, venho decidindo liminarmente nos termos seguintes:

“(…)”

Tenho comigo que o art. 170, CTN merece ser melhor analisado, pois o mesmo é textual ao autorizar a compensação apenas na hipótese de existirem créditos líquidos e certos do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Portanto, poderia ser apressado realizar compensações do excedente inconstitucional do FINSOCIAL com parcelas a serem devidas da COFINS e do PIS, dado que as mesmas variam em função do faturamento, que não é líquido e certo.

Mais: a L. nº 8383/91 apenas autoriza a compensação entre tributos e contribuições da mesma espécie⁽¹⁰⁾.

O conceito de espécie, para efeito de compensação, há de ser entendido de maneira restritiva; ou seja, de acordo com a afetação constitucional.

Entre as contribuições, o critério a ser adotado é exatamente este: o da finalidade.

“Prima facie”, parece-me indiscutível que o substrato normativo da COFINS (CF/88, art. 195, inc. I – faturamento) não se confunde com o do PIS (CF/88, art. 239). Afora o fato de que a afetação constitucional dos produtos arrecadados é nitidamente distinta. Sendo incabível a compensação de tributos com destinações orçamentárias diversas, conforme já afirmou o Eminentíssimo Juiz Dr. HUGO MACHADO, Relator da AMS nº 42.486 – CE (Apelante: Fazenda Nacional. Apelado: Mercantil São José S/A Com. Ind.).

Admitir a compensação, indistintamente, entre estas espécies tributárias é defender interpretação

extensiva em favor de uma modalidade de extinção do crédito tributário que seguramente não é a normal.

Ora, o pagamento é que é a modalidade normal de extinção do crédito tributário. Todas as demais, portanto, merecem interpretação restritiva.

Mais do que isto, pois, se não tem o contribuinte a faculdade de optar, entre os seus débitos vencidos, sobre aquele que pretende pagar (CTN, art. 163), nenhuma razão se teria para lhe atribuir o direito de optar entre o que deve ser compensado.

A idéia-base que venho defendendo é a de que a compensação da COFINS, acaso possível, deve ser realizada com a contribuição que foi por ela sucedida (FINSOCIAL), preservando as mesmas características.

O mesmo raciocínio, no entanto, não pode ser reproduzido quando se trata do PIS, cujos amparos constitucionais são nitidamente diversos, como há pouco ficou demonstrado (CF/88, art. 195, inc. I – faturamento; art. 239).

Frise-se: se o contribuinte não tem a faculdade de optar, entre os seus débitos, sobre aquele que pretende pagar (CTN, art. 163)⁽¹¹⁾, não encontro razão para lhe atribuir o direito de escolher entre o que deve ser compensado, ainda mais quando assim se pretende proceder entre contribuições cujos destinos eram diversos (FINSOCIAL-PIS).

Creio mesmo que a interpretação extensiva das hipóteses de compensação termina por implicar no emprego da equidade como uma forma de dispensa do pagamento do tributo devido, o que é vedado por lei (CTN, art. 108, §2º).

Portanto, resta discutir a possibilidade de compensação entre a COFINS e o havido como excedente a título de FINSOCIAL.

Sobre este assunto já me manifestei dizendo: ‘(...) destaco que se demonstra assente na Jurisprudência o entendimento a respeito do excedente de inconstitucionalidade do FINSOCIAL, havendo inúmeras Empresas que já levantaram por Alvarás o percentual viciado. Portanto, tenho o entendimento de que o valor indevido pago a maior pode ser compensado com as quantias relativas à COFINS, pois me parece indiscutível que esta contribuição possui a mesma natureza do antigo FINSOCIAL, não sendo senão a sua sucessora.’

IV. Não é satisfativa a liminar que autoriza a compensação entre o excedente do FINSOCIAL e a COFINS.

Quanto à constante alegação de que a liminar requerida detém natureza satisfativa, entendo que este obstáculo esteja superado diante das tantas decisões do Eg. TRF-5ª Região, que permanecem a dizer que a compensação prevista no art. 66, da Lei nº 8383/91 não possui tal natureza.

Como exemplo do que digo, aponto:

a) o pronunciamento do então Juiz Presidente, à época Juiz Relator – Vice Presidente, Dr. LÁZARO GUIMARÃES, que afirmou: ‘A L. nº 8383/91, art. 66, criou nova modalidade de compensação, daí a aparência do direito líquido e certo invocado pela impetrante, atingido pelo ato omissivo do impetrado. O perigo de

lesão decorre do óbice à utilização da forma abreviada de compensação, com imediato prêmio financeiro. Assim, defiro a liminar para anterior a compensação, ressalvada a possibilidade de fiscalização pelos órgãos competentes.’ (DJU 17.10.94, Seção II, p. 5842);

b) o pronunciamento do Juiz Relator, Dr. RIDALVO COSTA, que afirmou: ‘(...) entendia, antes, que a liminar que autoriza a compensação de tributos tinha natureza satisfativa, haja vista ser a compensação de créditos forma de extinção das obrigações. Todavia, o Eg. Plenário desta Corte tem-se manifestado favoravelmente à tese segundo a qual a liminar em exame não é satisfativa, vez que a compensação, nos termos do art. 66, da Lei nº 8383/91, não extingue o crédito tributário, não se confundindo com a compensação, nos termos em que a palavra é tradicionalmente empregada. Neste sentido, manifestou-se o eminente Juiz CASTRO MEIRA, no AGR em MS nº 43.399-PE.’ No que tange ao perigo de dano, parece-me também inexistente. Como enfatizou o Juiz HUGO MACHADO, trata-se de tributo em que o lançamento se procede por homologação. Desse modo, o crédito tributário somente se aperfeiçoa, em caráter definitivo, de forma explícita, com a manifestação da autoridade competente concordando com os atos praticados pelo contribuinte, ou, de modo implícito, pelo decurso do quinquênio legal. Não há, assim, o perigo de produzir-se a imediata extinção do crédito tributário, que fica submetido à condição resolutiva.’ (DJU 22.09.94, Seção II, p. 53394).’

Além do mais, merecem ser consideradas as palavras do Juiz PETRÚCIO FERREIRA, em favor da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, dizendo

sobre a importância da liminar que assegura o próprio objeto da ação, pois, em sendo a mesma julgada procedente, não estaria a Autora obrigada a recorrer à repetição de indébito (DJU 14.09.94, Seção II, p. 51106).

Adotando o que aqui vem sendo exposto, compreendo devidamente fundamentada a liminar que autoriza a compensação da COFINS apenas com o excedente inconstitucional do FINSOCIAL.

Isto porque, com o máximo respeito aos que pensam o contrário, considero inadequada uma interpretação que estenda ainda mais a abrangência do instituto da compensação em matéria tributária. Inclusive porque há toda uma larga reflexão doutrinária em torno do art. 1017, CC, que não deve “ad limine” ser afastada.

Neste diapasão, merecem ser lembradas as palavras de J.M. CARVALHO SANTOS, ‘in’ Código Civil Brasileiro Interpretado, Livraria Freitas Bastos S.A., vol. XIII, 13ª ed., p. 308, tantas vezes repetidas pelo Exmo. Sr. ex-Presidente do Eg. TRF 1ª R, Dr. HERMENTO DOURADO (apud’DJU, Seção 2, 20.04.94, p. 17160). O que se transcreve a seguir diz respeito ao caráter nitidamente excepcional que se encontra na compensação de créditos tributários. ‘In verbis’:

‘Visa-se impedir, em suma, que fiquem paralisadas as frentes de renda com que conta a administração pública para satisfazer as suas necessidades, que são também as da comunhão.

As contribuições fiscais são para o Estado o que os alimentos são para o homem. Elementos essenciais para a própria manutenção.’

Ainda aqui, tenho a dizer que é uma verdade apenas parcial a de que o Fisco possa recuperar os valores não recolhidos em virtude de uma eventual suspensão, porquanto, admitindo a hipótese de ser descabida a pretensão formulada, o dinheiro que não ingressou nos cofres públicos já teria provocado todo um aprofundamento nas gritantes carências que cada vez mais se alinham no setor da seguridade social (saúde, previdência, assistência aos desvalidos);

Em suma: considerando o que foi dito, venho negando liminares em favor da compensação tributária entre exações que possuem substratos normativos claramente diferenciados”

Por isto, venho concedendo a segurança apenas no que diz respeito à compensação da COFINS – até o limite do crédito excedente do FINSOCIAL, o que não impede a possibilidade de fiscalização pelos órgãos competentes.

Portanto, mesmo após decorrido um certo período desde que formei esta convicção, continuo a admitir como válidos os argumentos que nela foram esposados.

Acrescento, contudo, que não basta admitir a possibilidade da compensação, pois é também fundamental se determinar a atualização dos valores compensados.

Sobre isto, registro que quanto à compensação e os seus indexadores, diz a Lei nº 8383/30.12.91, em seu art. 66:

a) “Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos e contribuições federais, inclusive

previdenciárias, mesmo quando resultantes de reforma, anulação, revogação, ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento correspondente a períodos subseqüentes.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos e contribuições da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do imposto ou contribuição corrigido monetariamente com base na variação da UFIR.”

Diante deste dispositivo de lei, e ratificando o até aqui transcrito, é que continuo a analisar a possibilidade de compensação da COFINS – com o FINSOCIAL.

Como foi visto, a legislação permite que tributos e contribuições federais sejam compensados com outros da mesma espécie.

Logo, não parece difícil retirar a conclusão de que é cabível a compensação do que foi pago indevidamente a título de FINSOCIAL com a COFINS, vencida ou vincenda.

De igual modo, quanto à questão da correção monetária do crédito do contribuinte pelo que foi pago indevidamente, entendo que haverá de sofrer atualização monetária integral, sob pena de o Fisco obter um indevido enriquecimento à revelia das garantias individuais conquistadas em nosso Estado Democrático de Direito.

Além disto, o texto da lei não permite dúvidas ao determinar a correção monetária com base na variação da UFIR.

Ainda quanto à correção monetária, é de ser destacado que tudo aquilo que foi pago indevidamente haverá de ser corrigido desde o momento do pagamento indevido.

Isto porque desadequada é a adoção de tratamento que não consagre a isonomia entre o Fisco e o contribuinte.

Os créditos e os débitos do Fisco têm de ser submetidos aos mesmos indexadores econômicos.

É de absoluta improcedência admitir-se como juridicamente válido que a correção do indébito se dê apenas a partir de janeiro de 1992, quando foi criada a UFIR.

Logo, não deve ter eficácia jurídica a Instrução Normativa nº 67/92 – Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (Dispõe sobre a compensação de recolhimento ou pagamento indevido ou a maior, pelo Departamento Federal), que determina a correção apenas a partir deste período.

Enfim, considero que o adequado é julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** este tipo de ação (compensação entre o excedente do FINSOCIAL com a COFINS e o PIS), concedendo a segurança pleiteada, pelos fundamentos acima expendidos, para determinar a compensação dos valores recolhidos indevidamente do FINSOCIAL apenas com as parcelas da COFINS, vencidas ou vincendas, operando-se a correção monetária pelos mesmos índices que são adotados em favor da Fazenda Nacional, desde o pagamento indevido até a efetiva compensação (princípio da isonomia).

IV. Conclusão:

Como os assuntos aqui tratados ainda são bastante polêmicos, é possível dizer que o mais prudente seria evitá-los. Ocorre que só os enfrentando é que se tornará possível atingir raciocínios mais completos, e com uma força de convencimento maior.

Note-se que, como quase tudo em Direito, existem teses opostas supedaneadas em lições proferidas pela mais abalizada doutrina e jurisprudência, de modo que não pretendo alçar as minhas conclusões a uma situação de imodificabilidade.

Pois, bem ao contrário, o que objetivo é aprofundar ainda mais o debate.

Portanto, estou entre aqueles que entendem que só a mais ampla discussão de temas deste jaez, inclusive na esfera judicial (nas diversas instâncias), é que permite o regular cumprimento do princípio constitucional do contraditório.

Em seguida, coleciono as minhas conclusões:

a) vai longe o tempo onde apenas se comercializava bens móveis;

b) a nova lei que restringe a compensação de tributos (Lei nº 9250/95), ao proclamar a mesma destinação constitucional como requisito para a compensação, detém caráter meramente interpretativo, não retroagindo os seus efeitos; mas apenas colhendo a interpretação mais razoável do art. 66, Lei nº 8383/91;

c) a compensação liminar, diante de tributos lançados por homologação, não extingue o crédito; pois a extinção fica ao encargo da homologação futura – explícita ou implícita.

É como concludo.

(1) "Art. 29. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importâncias correspondentes a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes".

(2) "Art. 2º. A contribuição de que trata o artigo anterior será de 2% (dois por cento) e incidirá sobre o faturamento mensal, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza.

(...)

Art. 6º. São isentas da contribuição:

I - as sociedades cooperativas que observarem ao disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades;

II - as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-lei nº 2397, de 21 de dezembro de 1987;

III - as entidades beneficiantes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Art. 7º. É ainda isenta da contribuição a venda de mercadorias ou serviços, destinados ao exterior, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo".

(3) Lei nº 4.591, de 6 de dezembro de 1964: Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

(4) Lei nº 4.068, de 09 de junho de 1962: Declara comerciais as empresas de construção e dá outras providências.

Art. 1º. São comerciais as empresas de construção.

(5) Como se sabe esta matéria foi julgada pelo STF, que, por unanimidade, decidiu por ser esta contribuição CONSTITUCIONAL.

Como a decisão foi proveniente de Ação declaratória de constitucionalidade tem eficácia contra todos e efeito vinculante, "relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário" (CF/88-Em. Const. nº 102, § 2º).

A seguir, apenas se esclarece alguns dos mais destacados argumentos do Min. Moreira Alves, que foi o primeiro a votar:

Disse ele: 'Não há como vislumbrar que a Constituição vede que a União arrecade os recursos da COFINS, já que eles são repassados às áreas a que se destinam: saúde, previdência e ação social.'

Disse, ainda, quanto à questão da anterioridade: 'É improcedente esta argumentação. A COFINS é regida pelo artigo 195, § 6º da Constituição, que diz que a contribuição prevista neste artigo poderá entrar em vigor em 90 dias depois da publicação da lei.' (apud Gazeta Mercantil, 02.12.93, p. 37).'

- (6) A 2ª Edição foi posta em dia por ACHILES BEVILÁQUA e ROBERTO CARVALHO DE MENDONÇA. Livraria Editora Freitas Bastos, RJ, 1934.
- (7) O trecho foi transcrito conforme Parecer do MPF, lançado na 9ª Vara Federal/PE, Proc. nº 95.0426-7.
- (8) Sobre o FINSOCIAL das empresas que têm por objeto a prestação de serviços venho concluindo, afirmando: no que diz respeito ao FINSOCIAL incidente sobre as prestadoras de serviços, concordo com o Acórdão do Eg. TRF 1ª Região (AMS nº 93.01.33388-0/MG; Rel: Juíza ELIANA CALMON; Apelantes: Transexito Ltda e outro; Apelada: Fazenda Nacional; Julg. unânime, DJ - Seção II - p. 8922, de 10.03.94), entendendo que se deva proceder do seguinte modo: a) até dezembro de 1988, nos moldes do Decreto-lei nº 1940/82; ou seja, 5% (cinco por cento) sobre o valor resultante do Imposto de Renda; b) inexistente de dezembro de 1988 a junho de 1989 (Desapareceu o FINSOCIAL, para as empresas prestadoras de serviços, com o advento da Lei nº 7689/88; isto pela identidade de destinação e base de cálculo com Contribuição Social sobre o lucro das pessoas jurídicas, que foi criada por esta lei); c) a partir daí, é devido à razão de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) sobre a Receita Bruta mensal; e d) sem as majorações, ocasionadas pela Lei nº 7.789/89 - 1% (um por cento); Lei nº 7.894/89 - 1,2% (um vírgula dois por cento); e Lei nº 8.147/90 - 2% (dois por cento); igualando-se as empresas prestadoras de serviços às comerciais.
- (9) - Este trecho foi extraído de Sentença proferida no Processo. nº 92.9148-2 - 9ª Vara Federal/PE.
- (10) Lei nº 9250/27.12.95 (Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências):
(...)

Art. 39. A compensação de que trata o art. 66 da Lei nº 8383, de 30 de dezembro de 1991, com a redação dada pelo art. 58 da Lei nº 9069, de 29 de junho de 1995, somente poderá ser efetuada com o recolhimento de importância correspondente a imposto, taxa, contribuição federal ou receitas patrimoniais de mesma espécie e destinação constitucional, apurado em períodos subseqüentes.

(11) Art. 163. Existindo simultaneamente dois ou mais débitos vencidos do mesmo sujeito passivo para com a mesma pessoa jurídica de direito público, relativos ao mesmo ou a diferentes tributos, ou provenientes de penalidade pecuniária ou juros de mora de autoridade administrativa competente para receber o pagamento se determinará a respectiva imputação, obedecidas as seguintes regras, na ordem em que estão enumeradas:

I - em primeiro lugar, aos débitos por obrigação própria; e, em segundo lugar, aos decorrentes de responsabilidade tributária;

II - primeiramente, às contribuições de melhoria, depois às taxas e por fim aos impostos;

III - na ordem crescente dos prazos de prescrição;

IV - na ordem decrescente dos montantes.

AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS

Nildo Nery dos Santos

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco e Diretor Adjunto da Escola Nacional da Magistratura.

A ordem jurídica comunitária cria obrigações e confere direitos, não só para as instituições da própria comunidade e os seus Estados-membros como para os particulares e empresas em geral.

O Mercosul em seus primeiros passos já começa a sentir a necessidade de ser instituído um Tribunal supranacional não apenas com função consultiva, mas também litigiosa. Os conflitos entre Estados-membros em relação ao cumprimento dos tratados já existem, e só uma sorte supranacional poderá manter o equilíbrio entre as atribuições transferidas para a comunidade e as que os Estados-membros conservam.

No mês de janeiro de 1996, magistrados brasileiros do Instituto Jurisul e da Escola Nacional da Magistratura, tendo à frente o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, estiveram em Luxemburgo para um melhor conhecimento da estrutura e funcionamento do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias.

A acolhida dispensada pelos juízes, advogados gerais, referenciados e funcionários da Corte foi primorosa.

Por intermédio do Presidente do Tribunal, Rodrigues Iglésias, os juízes Constantinos Kakourins, P. Jann; os advogados gerais Otto Lens, F. Jacobs, Ruiz-Jarabbo, Coloumer, os referendários Vassili Christianos e Stathopoulos e o Secretário-Geral Roger Grass foram transmitidos oralmente e por escrito, preciosos informes a respeito da importante missão que desempenha aquela instituição no contexto internacional.

Com o propósito de divulgar aqui no Brasil alguns dados sobre o Tribunal de Justiça, sediado em Luxemburgo, reproduzo as referidas informações.

O referido Tribunal supranacional foi criado em 1952 e já foram submetidos à sua apreciação mais de 7000 processos, sendo que em outubro de 1988, com o objetivo de melhorar a proteção judicial dos que recorrem ao Tribunal, foi criada a Corte de 1^a instância, instaurando assim um duplo grau de jurisdição e permitindo ao Tribunal de Justiça concentrar-se na sua tarefa essencial, a interpretação uniforme do direito comunitário.

O Tribunal de Justiça é composto por quinze juízes e por seis advogados gerais. Os juízes e os advogados-gerais são designados de comum acordo pelos governos dos Estados-membros por um período de seis anos, sendo possível uma recondução. O mandato presidencial é de três anos, permitida uma reeleição. O presidente dirige os trabalhos e serviços do Tribunal e preside as audiências e deliberações.

Os advogados-gerais têm como missão apresentar publicamente, com toda imparcialidade e independência, conclusões sobre os processos submetidos ao Tribunal.

O Tribunal pode funcionar em sessão plenária ou em secções de três ou cinco juizes. Reúne-se em sessão plenária a pedido dum Estado-membro ou duma instituição, bem como para os processos particularmente complexos ou importantes. Os outros processos são decididos nas secções.

O Tribunal de Primeira Instância é competente para se pronunciar sobre: as ações fundadas na responsabilidade Civil propostas por pessoas singulares ou coletivas, as ações e os recursos interpostos contra a Comissão, em virtude do Tratado CECA, pelas empresas ou associações de empresas; em caso de litígio entre a Comunidade e os seus funcionários agentes.

Acha-se, contudo, previsto no Tratado da União Européia, mediante decisão do Conselho, transferir quaisquer outras categorias de ações para o Tribunal de Primeira Instância com exceção dos pedidos de decisão prejudicial.

A missão principal do Tribunal de Justiça é assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação das diretivas das comunidades européias, bem como das normas diretivas aprovadas pelo Conselho e pela Comissão.

Para levar a bom termo esta tarefa, o Tribunal de Justiça foi dotado de ampla competência jurisdicional.

As espécies de ações e recursos são: a) ação por incumprimento; b) recurso de anulação; c) ação por omissão; d) a ação fundada na responsabilidade civil; e) recurso ordinário.

Tem, outrossim, características especiais, o processo de reenvio prejudicial. Nos processos em que

o direito comunitário esteja em causa, os juízes nacionais, em caso de dúvida sobre a interpretação ou a validade desse direito, podem dirigir-se ao Tribunal de Justiça, para lhe submeter questões no quadro de um reenvio prejudicial, o que garante ao direito comunitário uma interpretação uniforme e uma aplicação homogênea no conjunto da Comunidade.

O processo nas ações e nos recursos diretos inicia-se no Tribunal de Justiça através de um requerimento escrito. O pedido é inscrito no registro e o Secretário divulga a ação ou recurso no jornal oficial da União Européia.

Um juiz é incumbido de ser o relator, enquanto um advogado-geral fica acompanhando o desenvolvimento do processo. A parte contrária é notificada e dispõe de um mês para apresentar sua contestação ou resposta. O demandante terá direito a replicar e o demandado o de treplicar, sendo de um mês o prazo fixado para cada um. Uma vez encerrada a fase escrita do processo, decide-se, com base no relatório do juiz-relator e depois de ouvido o advogado-geral, se são necessárias diligências de instrução e se o processo deve ser julgado pelo plenário ou por uma secção. Depois da apresentação do último articulado ou, caso haja instrução, após o seu encerramento, o presidente designa a data da audiência.

Na audiência é apresentado o relatório produzido pelo Juiz, consistente no resumo dos fatos alegados e da argumentação desenvolvida pelas partes; o processo é debatido perante os juízes e o advogado-geral incumbido de acompanhar o caso. Em uma segunda audiência pública, algumas semanas depois, é que o advogado geral apresenta suas conclusões ao tribunal,

nas quais analisam detalhadamente a matéria de fato e sobretudo, os aspectos jurídicos do litígio e propõe ao Tribunal a solução que lhe parece adequada ao problema.

A deliberação dos juízes não é pública; decidem eles com base no projeto de acórdão elaborado pelo juiz relator; qualquer um dos juízes podem propor alterações e, uma vez obtido o texto definido do acórdão, este é lido em audiência pública. Os acórdãos são assinados não constando de quem foi o voto vencido, se houver.

A língua do processo só pode ser uma das línguas oficiais das Comunidades, as quais correspondem aos idiomas dos quinze países que atualmente a integram – inclusive o português.

A contribuição mais importante do Tribunal é constituída pela jurisprudência que define as duas regras essenciais sobre as quais repousa a comunidade de direito que é a União Européia (anteriormente denominada Comunidade Européia): a aplicabilidade direta do direito comunitário nos Estados-membros e o primado da norma comunitária relativamente à norma nacional. Graças a essa jurisprudência, os cidadãos europeus podem invocar perante os seus Tribunais as disposições dos tratados, dos regulamentos e das diretrizes comunitárias e requer que não lhe seja aplicada uma lei nacional, se esta for contrária à legislação comunitária, tornando-se assim o direito comunitário uma realidade para os referidos cidadãos.

O Tribunal, em sucessivas decisões, conseguiu definir as obrigações dos Estados-membros em relação à livre circulação das mercadorias e à instauração de um mercado comum, efetivando a abolição de barreiras

que dificultavam a livre concorrência, especialmente no setor agrícola, consagrando, inclusive, os princípios fundamentais da política agrícola comum, assegurando o bom funcionamento dos diversos mecanismos forjados para sua implantação.

A Corte de Luxemburgo definiu, também, em seus acórdãos, a integração na área do trabalho, ensejando que o trabalhador europeu que decida instalar-se noutro país da Comunidade beneficie-se, agora, no que diz respeito a todas as condições de emprego e de trabalho, dos mesmos direitos e regalias que são concedidas aos trabalhadores nacionais. Neste contexto, o Tribunal decidiu “que uma prestação social que garanta, em termos gerais, um rendimento mínimo para idosos constitui regalias sociais a que os trabalhadores migrantes têm direito nas mesmas condições que os trabalhadores nacionais”.

O Tribunal, inclusive, vem reconhecendo o direito de que gozam os filhos de um trabalhador migrante a serem admitidos nos cursos de ensino geral e de formação profissional e até mesmo benefícios com bolsas de estudo e empréstimos sem juros.

O referido Tribunal supranacional foi também chamado a pronunciar-se sobre a igualdade de remuneração entre homens e mulheres: reconhecendo que uma disposição expressa sobre uma questão no Tratado de Roma, não se fazia necessária para sua aplicação nenhuma outra norma de caráter nacional e que incumbia às jurisdições nacionais fazer beneficiar qualquer mulher europeia em decorrência do princípio.

A proteção do meio ambiente tem sido assegurada pelo aludido Tribunal. Foi o que ocorreu em relação a

obrigação imposta aos distribuidores de cerveja e de refrigerantes de organizarem um sistema de depósito e da recuperação das embalagens vazias.

Em acórdão de 1991, o Tribunal confirmou o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos causados aos particulares em virtudes de violações do direito comunitário, bem como da obrigação de repará-las.

É de se registrar que o Tribunal vem proclamando a adaptação do direito comunitário à evolução das circunstâncias.

Algumas decisões do Tribunal de Justiça foram incorporadas ao texto do Tratado de MAASTRICHT como a que possibilita ao Parlamento Europeu impugnar os atos de outras instituições, se pusessem em causa as suas prerrogativas.

O Tribunal vem, ano a ano, alargando a sua influência na União Europeia, por ser uma instituição altamente respeitada que tem cumprido fielmente sua missão de intérprete e aplicadora dos tratados.

O Tribunal contribuiu assim decisivamente para que uma nova ordem jurídica torne-se uma realidade quotidiana na Europa, através de numerosas realizações, como a abertura das fronteiras, a livre circulação de mão de obra e o crescente número de associações de empresas de diferentes países.

Uma outra característica da ordem jurídica comunitária é a sua influência na manutenção da paz. Houve uma substituição da força pela solução jurídica como meio para resolver os conflitos, unindo tanto Estados-membros como cidadãos numa comunidade solidária.

Há em Luxemburgo, por outro lado, uma visível preocupação com o futuro do Tribunal de Justiça no sistema institucional da união, com sua expansão geográfica, a necessidade de reforçar os laços com novos parceiros vindos da Europa do Norte e do Leste, o que levará a um acréscimo da carga de trabalho e também a um alargamento da sua competência. As dificuldades deverão ser vencidas e o tribunal de justiça “continuará a assegurar o respeito do direito na interpretação e aplicação dos tratados e, por isso, os seus órgãos serão respeitados por todos aqueles que aspiram à realização de uma Europa forte e solidária na paz e na unidade”.

Há de se ressaltar que com o Acordo Básico de Cooperação Internacional e a Declaração sobre o Diálogo Político celebrados em Madri, em dezembro de 1995, a União Européia e o Mercosul dão um passo histórico em direção à formação de uma futura associação.

O Acordo Básico contém aspectos de caráter geral e outros que indicam a futura e progressiva liberação do comércio interregional, a qual envolverá uma grande série de trabalhos preparatórios.

A Escola Nacional da Magistratura, dirigida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, procura, ao estabelecer intercâmbio com os magistrados das Comunidades Européias, auxiliar no fornecimento de condições jurídicas que propiciem o surgimento do Tribunal de Justiça do Mercosul com as características que vêm notabilizando a Corte de Luxemburgo como garantidora da aplicação uniforme e prioritária do direito comunitário em todos os Estados-membros.

ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL*

José Soares Filho

Juiz Togado do T.R.T. da 19ª Região (Alagoas).

SUMÁRIO: I – Introdução; II – Conceito de Substituição Processual; III – Peculiaridades da Substituição Processual no Processo Trabalhista; IV – Alcance dos poderes do substituto processual; V – Efeitos da Substituição Processual-litispendência, coisa julgada; VI – Conclusão.

I – Introdução

Assunto dentre os mais controvertidos no Direito Processual do Trabalho em nossos dias, a Substituição Processual é tratada, por vezes, sem a devida atenção ao conceito doutrinário da matéria, o que leva alguns juslaboristas a tender fazê-la invadir espaço reservado à legitimação ordinária “ad causam”, desse modo perdendo sua característica de legitimação extraordinária, ou anômala.

Em nosso meio, essa tendência acentuou-se com a edição de leis implantadoras da política salarial do

* Trabalho preparado para debate no I Congresso Brasileiro de Direito Trabalhista em Alagoas, de 25 a 27.5.94;

Governo Federal e, notadamente, em face do art. 8^a, III, da Constituição Federal de 1988, que alguns estudiosos interpretaram como instituidor, no âmbito da Justiça do Trabalho, da substituição processual ampla, geral, abrangente de litígios que versem a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, quer de natureza judicial, quer de natureza administrativa, sem restrição.

Cumprindo ao jurista equacionar adequadamente essa problemática, a fim de que o instituto em apreço seja aplicado de modo a atender à sua finalidade social, sem desvirtuamento de seu conceito elaborado segundo a doutrina e a jurisprudência mais categorizadas, evitando-se, destarte, uma prática infringente da garantia constitucional relativa ao direito de ação.

II – Conceito de substituição processual

Ensina Arnaldo Sussekind que “no direito contemporâneo a figura do substitutivo processual surgiu no Regulamento de Procedimento Civil da Alemanha (1877); mas só foi difundido no Brasil depois das lições dos processualistas italianos Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman sobre o art. 81 do Código de Processo Civil (1942) desse país peninsular”⁽¹⁾.

A substituição processual é espécie do gênero legitimação extraordinária, no qual se incluem também a denunciação da lide, a assistência simples, a gestão de negócios, dentre outros, que a rigor não se consideram casos de substituição processual.

Trata-se, aqui, da outorga, por lei, da legitimação para propor ação em juízo, ou nela ingressar, a alguém que não é titular do direito material questionado, o qual,

destarte, pleiteia em nome próprio direito alheio. Tal legitimação diz-se extraordinária, porquanto, ordinariamente, apenas o titular da relação substancial, vale dizer, aquele que é (ou se apresenta) titular do direito em causa, está credenciado para reivindicá-lo judicialmente (“*legitimatio ad causam*”). Por ser extraordinária, ou excepcional, essa legitimação depende sempre de previsão legal, como dispõe o art. 6º de nosso Código de Processo Civil. Isso porque implica em restrição ao direito constitucional de ação, o que pode, em tese, acarretar prejuízo ao titular da relação jurídica substancial.

Constitui pré-requisito da substituição processual, dentre outros, que haja entre o substituto e o substituído “uma relação ou situação de direito substancial (material), em virtude da qual, através do exercício do direito do substituído, o substituto vem a satisfazer um interesse individual próprio” (Calamandrei, in “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, Buenos Aires, 1973, vol. II, págs. 331/2; apud Arnaldo Süssekind)⁽²⁾. Ou, na expressão de Carnelutti, a situação em que uma pessoa, por ter também interesse próprio na solução do litígio, pode defender, em seu nome, direito de outrem. “Não se confunde, pois, com a representação, legal ou voluntária, porque o substituto tem, com o substituído, um interesse conexo no negócio ou na lide” (in “*Derecho y Proceso*”, Buenos Aires, 1971, pág. 130, e “*Instituciones del Proceso Civil Italiano*”, Barcelona, 1942, pág. 109)⁽³⁾. É o que resulta do art. 81 do Código de Processo Civil italiano – “*far valere in nome proprio um diritto altrui*” –, que inspirou o art. 6º do nosso CPC. Do mesmo teor é o magistério de Chiovenda, em suas “*Instituições de Direito Processual Civil*”, traduzidas no Brasil por Liebman (SP,

2ª ed., 1965, pág. 253), como relata Sússekind⁽⁴⁾. Diante do exposto, para que se configure a substituição processual requer-se haja comunhão, ainda que em parte, de interesse entre o substituto e o substituído, quanto ao objeto do litígio. Daí, a motivação para que aquele aja em lugar deste, o que se lhe apresenta como meio de defender o seu próprio direito.

Outro pressuposto desse instituto é a ausência do titular material na posição de parte principal no processo (admite-se que figure como assistente) (Ephrain de Campos Júnior, “Substituição Processual”, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1985, pág. 20). Ocorre na hipótese, por conseguinte, a inércia do substituído suscetível de causar dano ao substituto.

Com base nesses princípios e em homenagem à doutrina prevalente no direito comparado, Sússekind conclui que “a ação judicial ajuizada por sindicato em defesa de interesses individuais homogêneos de seus representados, nas hipóteses autorizadas por lei, tal como os procedimentos administrativos intentados nas mesmas circunstâncias, não configuram substituição processual”⁽⁵⁾, especialmente no Brasil, porque os referidos diplomas legais, salvo a Lei nº 7.788/89 (art. 8º), no seu entender, “pretenderam apenas autorizar o sindicato de trabalhadores a ajuizar ações para a cobrança de diferenças salariais devidas aos seus associados (depois da Constituição de 1988, aos seus representados), em decorrência da aplicação das suas regras cogentes. Nada mais do que o exercício de representação autorizada por lei, independentemente de mandato dos trabalhadores, visando à defesa de direitos individuais homogêneos de inquestionável interesse coletivo da correspondente categoria profissional”⁽⁶⁾.

De acordo com esse entendimento estão os renomados juristas pátrios Antônio Lamarca, Valentim Carrion, Isis de Almeida, José Augusto Rodrigues Pinto, Hugo Gueiros Bernardes. Antônio Lamarca diz, em síntese, que “o sindicato possui, no caso, mandato “ad litem”, decorrente de norma legal; não é substituto processual, mas mandatário legal” (“Processo do Trabalho Comentado”, SP, 1982, pág. 437; apud Arnaldo Süssekind)⁽⁷⁾. Valentim Carrion, referindo-se ao substantivo processual, diz que “não é crível que o legislador trabalhista o tenha usado com propriedade técnica; entre outras razões, porque a substituição processual própria impediria a presença do titular do direito no processo e tornaria impossível o instituto de conciliação, que integra o processo trabalhista por vontade expressa e reiterada das Constituições brasileiras, a vigente inclusive (art. 114)” (“Comentários à CLT”, SP, 16ª ed., 1993, pág. 649; apud A. Süssekind)⁽⁸⁾. Isis de Almeida observa que “o empregado, na condição de ‘substituído processual’ não poderia desistir da ação, nem transigir, livremente, sem a anuência do ‘substituto’, porque, segundo a doutrina supracitada, entre o substituto e o substituído existe uma relação ou situação jurídica de caráter substancial, pela qual, através do direito do substituído, vem o substituto a satisfazer interesse que lhe é próprio (Calamandrei); ou, segundo Monacciani, porque, da existência do direito subjetivo material dele, depende a existência de um direito do substituto, direito – diga-se de passagem – que legitimou a ação”. E conclui afirmando inexistir substituído processual propriamente dito, no processo trabalhista, por ser incompatível, no caso do dissídio individual, com a índole e os princípios jurídicos expressos do Direito do Trabalho, ocorrendo, portanto, mera representação na atuação do Sindicato

nas hipóteses em referência. (“Manual de Direito Processual do Trabalho”, SP, 5ª ed., 1993, vol. I, págs. 152, 153 e 158; apud A Sússekind)⁽⁹⁾. José Augusto Rodrigues Pinto entende que, nos casos previstos na legislação trabalhista, que mais se aproximam da figura da representação pela associação sindical, o máximo que a esta se “pode atribuir é o interesse social de satisfação de direitos individuais de integrantes da categoria por ela representada” (“Processo Trabalhista de Conhecimento”, SP, 1991, pág. 167; apud A. Sússekind)⁽¹⁰⁾. E Hugo Gueiros Bernardes, ao mencionar como um dos elementos da substituição processual, perante o direito comparado, a indisponibilidade do direito pelo substituído, salvo em acordo com o substituto, adverte: “Para haver substituição processual, o interesse comum tem que existir na esfera do direito material e tem que ser indivisível... O substituto é virtualmente compelido a agir no lugar do substituído, porque é desta maneira que defende o seu próprio direito. O representante não defende direito próprio; o substituto sim, necessariamente.” (“Substituição processual: o equívoco doutrinário da “legislação do trabalho brasileira”, in Rev. Ltr nº 57, SP, 1993, págs. 645 e segs.; apud A. Sússekind)⁽¹¹⁾.

Arnaldo Sússekind cita, como exemplo de casos tidos como de substituição processual e que, a seu ver, não caracterizam esse instituto: a) ação de cumprimento de decisão normativa ou de acordo celebrado em processo de dissídio coletivo (art. 872, § único, da CLT); b) ação de cobrança de adicionais de insalubridade ou de periculosidade (art. 195, § 2º, consolidado); c) impetração, por entidade sindical, de mandado de segurança coletivo, em defesa do direito líquido e certo de seus membros ou associados, quando

ferido por ato ilegal ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXX, “h”, comb. com o inc. LXIX, da CF/88); d) ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, perante o colendo Supremo Tribunal Federal, em representação de interesses coletivos do respectivo ramo ou grupo econômico ou profissional (art. 103, IX, da CF/88). Quanto ao dissídio coletivo – expressa aquele renomado jurista –, “o sindicato funciona como *“alter ego”* da categoria, posto que esta não tem personalidade jurídica. A legitimação é ordinária”⁽¹²⁾. E, reportando-se à opinião de Octávio Bueno Magno e Carlos Simões, acrescenta que “não se trata de substituição processual, pois, **in casu**, o sindicato se confunde com a categoria e se torna titular da defesa dos seus interesses coletivos; isto é, dos direitos ou interesses transindividuais, indivisíveis, relativos a pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica básica, caracterizadora de um grupo social”⁽¹³⁾.

A propósito desse interessante e polêmico tema, o professor J.J. Calmon de Passos ensina que “a chamada legitimação extraordinária só é viável quando pode constitucionalmente conciliar os pressupostos da legitimação ordinária de um sujeito, no tocante a determinada situação de que é titular, com a legitimação ordinária de outro sujeito, no tocante a situação que seja conexa àquela. Isto é, a legitimação extraordinária só é admissível e válida se prevista em lei; e a lei que a autoriza só é válida se atende ao que vem de ser exposto: não expropria o titular do interesse do seu poder de disposição ou, se faz, fá-lo constitucionalmente autorizada, e legitima extraordinariamente apenas quem

titular de um interesse conexo ao do legitimado ordinário, cuja inatividade significaria prejuízo para o interesse do extraordinariamente legitimado” (in “Substituição Processual e Interesses Difusos, Coletivos e Homogêneos. Vale a pena “pensar” de novo? – “Livro de Estudos Jurídicos”, vol. 6, Inst. de Estudos Jurídicos, Rio, 1993, pág. 271). Aduz, sobre o tema, que “não pode o trabalhador ser limitado no exercício de seus direitos, nem expropriado dele, senão nos termos em que isso for constitucionalmente autorizado. Donde a impossibilidade de haver legitimação extraordinária, em termos de direito material ou direito processual do trabalho, com desatendimento a essa exigência, que é de caráter geral e não comporta exceções” (Idem, op. cit. págs. 273/274). Em suma, o professor Calmon de Passos entende que substituição processual, como legitimação extraordinária, só deve ser admitida restritivamente, ou seja, somente nos termos em que for autorizada pela Constituição, preservando-se o direito de ação do titular do direito material, especialmente o trabalhador, o qual “não está arrolado entre os que a lei considera incapazes, absoluta ou relativamente”, do que decorre ser ele “sempre legitimado ordinário para as demandas que envolvam seus interesses relacionados com contrato de trabalho que haja ultimado” (Idem, op. cit., pág. 273). Com essa manifestação, ele revela não admitir a substituição processual autônoma exclusivamente e, sim, apenas, a concorrente, em que se faculta a participação, como parte principal e concorrente com o substituto, do titular da relação jurídica litigiosa.

O ilustre mestre baiano, falando das ações coletivas pertinentes a interesses homogêneos – como a prevista no Código do Consumidor –, considera que, “no particular,

a iniciativa há de ser de um legitimado ordinário que não se faz substituto processual dos demais legitimados ordinários; apenas, com seu processo, enseja, ao magistrado, emprestar a sua decisão, dada a peculiaridade da hipótese, uma eficácia “*ultra partes*” (Ibidem, pág. 278). E, no campo dos chamados interesses difusos, “a peculiaridade, que decorre da própria natureza das coisas, de ser impossível apropriação ou satisfação meramente individual, impondo-se, de modo irremediável, a satisfação de todos sem apropriação por ninguém, aqui, de legitimação extraordinária não se pode falar”, pois “qualquer sujeito, pessoa física ou pessoa jurídica, a quem se atribua legitimação, é legitimado ordinário e não substitui quem quer que seja, visto como os outros não podem excluí-lo de promover a tutela, porque ele também experimenta a necessidade, nem ele pode excluir os demais, postulando sua exclusiva satisfação, porque esta vai importar a satisfação de todos” (Ibidem).

Peculiaridades da Substituição Processual no Processo Trabalhista

Toda a elaboração doutrinária sobre esse instituto jurídico foi feita no âmbito do direito processual civil, como era natural, tendo em vista a precedência daquele ramo da ciência jurídica em relação ao do Direito Especializado do Trabalho. O processo trabalhista tem características próprias, que se manifestam, inclusive, no tocante à substituição processual, por adaptação, às suas necessidades, dessa figura do processo comum.

Segundo Donald Armelin (in “Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro”; apud Wagner D. Giglio)⁽¹⁴⁾, “a substituição processual civil ocorre por predominância do interesse público sobre o

particular, por comunhão de direitos ou conexão de interesses entre substituto e substituído, por vinculação entre ambos em função do direito questionado, ou porque a situação jurídica do substituto lhe impõe deveres de guarda e conservação de direitos alheios”. Na substituição processual trabalhista, como observa Wagner D. Giglio, “o sindicato não atua em defesa do direito público, mas defende o interesse privado dos integrantes da categoria que representa. Quando muito se poderia dizer que age na defesa do interesse social. Por outro lado, embora seja possível divisar uma conexão indireta de interesses entre o sindicato e os substituídos, inexistente comunhão de direitos entre um e outro. Não há, além disso, qualquer vinculação jurídica entre sindicato e os membros da categoria, resultante do direito discutido, que não cria nem se confunde com o vínculo entre associados e a entidade sindical. Resta à substituição trabalhista apenas uma semelhança com o último fundamento da substituição, no processo civil: apesar de ao sindicato não ser atribuído dever de guarda e conservação de direitos, cabe-lhe a defesa dos direitos e interesses dos integrantes da categoria”⁽¹⁵⁾.

Outros pontos de diferença são apontadas entre a substituição no processo civil e no processo do trabalho, a saber: neste, verifica-se a despersonalização do trabalhador, para evitar, ou, pelo menos, dificultar represália por parte do empregador, fenômeno esse inexistente naquele; no processo civil, o substituto satisfaz seu interesse através da satisfação do direito do substituído, o que não acontece na substituição processual trabalhista, em que o sindicato cumpre, apenas, sua missão precípua de defender os interesses e direitos dos integrantes da categoria; a substituição trabalhista é autônoma, concorrente e primária –

autônoma, porque o substituído pode desistir da ação (Enunciado nº 255 do TST) e transacionar (Enunciados nº 180 e 310, VI); concorrente, e não exclusiva, porque nada impede que o substituído assuma a posição de parte; e primária, porque o substituto pode propor ação sem aguardar, por algum tempo, a inércia do substituído; admite-se a substituição processual nas ações rescisórias ajuizadas perante a Justiça do Trabalho sem a expressa autorização legal exigida pelo art. 6º do CPC, o que representa construção doutrinária de iniciativa do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.

O incremento da substituição processual trabalhista – com os limites inerentes à natureza jurídica desse instituto – oferece, como vantagens: proteção do trabalhador contra represália do empregador, face à sua despersonalização no feito; a expansão da ação fiscalizadora do sindicato do cumprimento, pelos empregadores, da legislação trabalhista; a mais eficiente atuação do Poder Judiciário, com a extensão da abrangência de suas decisões, que aí, via de regra, compreendem considerável número de trabalhadores ao mesmo tempo, posto que idêntica é a lesão de direitos que eles teriam sofrido e que se pretende coibir, ou reparar. Atende-se, pois, nesse caso, ao princípio da economia processual.

Alcance dos poderes do substituto processual

O substituto processual não pode praticar todos os atos que seriam facultados ao substituído. Segundo Chiovenda, há atividades que só produzem efeito, no processo, quando emanem do titular da relação substancial, o substituído, tais como o juramento, a confissão, a renúncia, o reconhecimento de direito.

Outrossim, a substituição processual não impede que titular do direito material seja chamado ao feito, embora não como parte.

No magistério de Arruda Alvim (“Código de Processo Civil Comentado”, vol. I/429-430; apud Ephrain de Campos Jr)⁽¹⁶⁾, o grande rol de direitos processuais fica afeto ao substituto, mas direitos há que são próprios e inalienáveis, por assim dizer, do substituído; embora a atividade do substituto seja ampla, não poderá praticar atos que impliquem disposição do direito, como, p. ex.: a transação; a confissão, da qual pode decorrer a procedência do pedido; o reconhecimento do pedido; etc.”

Esse, também, é o entendimento de Gelson de Azevedo (in “Representação e Substituição Processual por Sindicato”, Síntese Trabalhista 42 – dez/92, pág. 125), o qual, partilhando o entendimento de J. Ruprecht, admite a renúncia, assim como a transação e desistência individual do substituído, exceto quando existir vício de seu consentimento, notadamente quando a manifestação de vontade se dá extrajudicialmente. A jurisprudência predominante no TST consolida essa posição doutrinária (Enunciados n^{os} 255 e 310, VI).

Ademais, a legitimidade do substituto processual, em sede do Judiciário Trabalhista, é concorrente e sempre primária ou originária, visto que decorrente de norma constitucional, podendo, destarte, surgir independentemente ou até mesmo contra a vontade do substituído. Todavia, tem como pressuposto a existência do direito de ação próprio do substituído, de moda a caracterizar-se também como acessória ou instrumental. Disso resulta que nascerá, subsistirá ou extinguir-se-á no mesmo momento em que nascer, subsistir ou

extinguir-se a ação do substituído, ressalvada apenas a hipótese de perda de ação por incapacidade deste – assinala Gelson de Azevedo⁽¹⁷⁾.

Efeitos da Substituição Processual – Litispendência, coisa julgada

Cuidamos, nesse ponto, apenas da legitimação extraordinária autônoma concorrente, cabível no processo trabalhista. Admite-se aí, assim como na legitimação extraordinária autônoma e exclusiva, tanto a litispendência, quanto a coisa julgada, como alguns de seus efeitos.

Para a identificação de ações, tendo em vista essas duas figuras de direito processual, há que se ter em vista a qualidade da pessoa que age como parte e não a mera identidade física. O que importa, aí, é a identidade de função jurídica (no caso de ser o sindicato o substituto processual, ele exerce, como tal, a função de parte que cabe aos substituídos), a qual, tal como a identidade de partes, configura litispendência ou produz a coisa julgada.

Fugindo à regra expressa pelo art. 472 do CPC – “a sentença faz coisa julgada às partes ente as quais é dada” –, na substituição processual quem é atingido pela coisa julgada é o substituído, que não é parte, e não diretamente o substituto. No entanto, como afirma Antônio Carlos de Araújo Cintra (apud Ephraim de Campos Jr.)⁽¹⁸⁾, “A impossibilidade de ajuizar nova ação, com o mesmo objeto e a mesma *causa petendi* da anteriormente julgada, que é óbvia, não decorre de sua sujeição à coisa julgada, mas, unicamente, da sujeição do substituído à autoridade da sentença, a impedir que

sua lide seja, de novo, deduzida em juízo. É claro, também, que a decisão há de ter natural eficácia reflexa sobre a relação de direito material do substituto dependente da relação de direito material julgada, pois é exatamente essa eficácia que, em última análise, levou o ordenamento jurídico a atribuir ao substituto o poder de ação por este exercido. E tendo exercido este poder de ação, em nome próprio, fica o substituto, por consequência, impedido de impugnar a eficácia que porventura venha a prejudicá-la”. Temos, pois, uma situação excepcional: a sentença proferida no processo produz efeitos, com autoridade de coisa julgada, para quem não foi parte no feito, ou seja, o substituído, embora indiretamente atinja o substituto.

Conclusão

Do quanto ora exposto, deduz-se:

a) são requisitos da substituição processual que haja entre o substituto e o substituído uma relação ou situação de direito material em virtude da qual, através do exercício do direito do substituído, o substituto vem a satisfazer um interesse individual próprio, ou seja, uma comunhão de interesses entre eles; bem assim a ausência do titular do direito material (ou substancial) na posição de parte principal no processo;

b) como legitimação extraordinária, a substituição processual não pode, logicamente, ser admitida com amplitude e generosidade, mas, apenas, nos casos compreendidos na previsão legal e quando pode, constitucionalmente, conciliar os pressupostos da legitimação ordinária de um sujeito, no tocante a determinada situação de que é titular, com a legitimação ordinária de outro sujeito, no tocante a situação que

seja conexa àquela, procurando evitar que o titular do interesse seja expropriado do seu poder de disposição;

c) a substituição, no processo trabalhista, tem peculiaridades que a distinguem da mesma figura no processo civil, posto que, neste, ocorre por predominância do interesse público sobre o particular, enquanto que, naquele, defende-se o interesse privado dos integrantes da categoria representada pelo sindicato. Além disso, com ela, no processo do trabalho, verifica-se a despersonalização do trabalhador, no intuito de evitar, ou, ao menos, dificultar represália por parte do empregador, ao passo que, no civil, esse fenômeno inexistente;

d) a substituição processual trabalhista é autônoma, concorrente e primária – autônoma, porque o substituído pode desistir da ação e transacionar; concorrentemente, e não exclusiva, porque nada impede que o substituído assuma a posição de parte; e primária, porque o substituto pode propor ação sem aguardar, por algum tempo, a inércia do substituído;

e) admite-se, por construção doutrinária, substituição processual em ação rescisória ajuizada perante a Justiça do Trabalho, sem que haja expressa autorização legal (art. 6^o do CPC);

f) o substituto processual não pode praticar todos os atos que seriam facultados ao substituído, tais como o juramento, a confissão, a renúncia, o reconhecimento do direito, a transação, ou seja, em suma, atos que impliquem em disposição do direito material; em contrapartida, é válida a renúncia, assim como a transação e desistência individual do substituído, exceto quando existir vício do seu consentimento, o que

acontece, geralmente, quando a manifestação de vontade se dá extrajudicialmente;

g) admite-se, face à substituição processual, tanto a litispendência, quanto a coisa julgada, inobstante não haver aí identidade física das pessoas das partes, eis que, para identificação das ações, há que se ter em vista a qualidade da pessoa que age como parte e, não, a mera identidade física, ou seja, o que importa, no caso, é a identidade da função jurídica;

h) diversamente do que expressa a regra geral (art. 472 do CPC), na substituição processual, quem é atingido pela coisa julgada é o substituído, que não é parte, produzindo a sentença efeitos sobre o substituto indiretamente, dada a dependência da relação de direito material do substituto, da relação de direito material julgada (do substituído).

NOTAS

- (1) - "Substituição Processual ou Representação Legal exercida de ofício" (Ltr 57-09/1039);
- (2) - *Idem*, *ibidem*;
- (3) - *Idem*, *ibidem*;
- (4) - *Idem*, *ibidem*;
- (5) - *Idem*, pág. 1040;
- (6) - *Idem*, pág. 1041;
- (7) - *Idem*, pág. 1039;
- (8) - *Idem*, *ibidem*;
- (9) - *Idem*, págs. 1029 e 1040;
- (10) - *Idem*, pág. 1040;
- (11) - *Idem*, *ibidem*;
- (12) - *Idem*, pág. 1041;
- (13) - *Idem*, *ibidem*;
- (14) - "A Substituição Processual Trabalhista e a Lei nº 8073" (Síntese Trabalhista 41 - nov. 92, pág. 111);
- (15) - *Idem*, *ibidem*, pág. 112;
- (16) - "Substituição Processual" (Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1985, pág. 31);
- (17) - *Op. cit.*, pág. 125;
- (18) - *Idem*, pág. 76.

O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA

Arthur Pio dos Santos Neto

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco

I

No Brasil, o Direito Agrário e Reforma Agrária tiveram suas cartas de alforria, a partir da Emenda Constitucional nº 10, de 1964, e da publicação do Estatuto da Terra.

Não é demais lembrar que aqui, em Pernambuco, plasmaram-se essas idéias. Isto porque, nos idos de 1963, em plena efervescência pelas Reformas de Base, o então Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais, sob a direção do Mestre Gilberto Freire, realizou um Seminário sobre o Problema Agrário na Zona Canavieira de Pernambuco, reunindo técnicos e políticos de escol, e que contou com a presença assídua e atenta do Comandante do IV Exército, o General Humberto de Alencar Castelo Branco.

Eleito o Presidente da República, após a Revolução de 1964, Castelo Branco cuidou em pôr em prática as idéias que sedimentara, enviando projeto de reforma constitucional, criando o Direito Agrário, reformulando o Imposto Territorial Rural e possibilitando fosse paga em títulos, a indenização dos imóveis rurais expropriados para fins de Reforma Agrária.

Foi também este ilustre militar, quem criou um grupo de trabalho incumbido de elaborar o ante-projeto do Estatuto da Terra, que ele próprio sancionaria em 30/XI/1964.

Foram dias – e também noites – de um trabalho intenso, onde Paulo de Assis Ribeiro, Fernando Sodero, Messias Junqueira, José Gomes da Silva, Eudes de Souza Leão Pinto, entre outros, deram corpo a uma estrutura administrativa, técnica e financeira que permitisse atender às necessidades do desenvolvimento agrícola e às exigências de uma Reforma Agrária integral.

Pronto o Projeto de Lei, não foram poucas as dificuldades enfrentadas no Congresso Nacional, forçando, inclusive, a que se procedessem a algumas modificações, como por exemplo, a diminuição da alíquota-base do Imposto Territorial Rural.

Aprovado e sancionado o Estatuto da Terra, novas dificuldades tiveram de ser vencidas, em especial, no campo da Reforma Agrária. Uma legislação adjetiva não adequada à celeridade própria dos planos e projetos de Reforma Agrária, emperrava as desapropriações, forçando, em 1969, a edição de um Decreto-Lei, precedido de reforma constitucional, permitindo a translação liminar do domínio, depositado que fosse o montante da indenização.

Na atual sistemática constitucional, como nas anteriores, de vital importância é o papel do magistrado, no acolher e julgar as ações expropriatórias.

II

- 1 – A Constituição Federal e as leis complementares e adjetivas, que tratam da desapropriação, reservam papel de destaque ao Poder Judiciário no tocante à concretização da Reforma Agrária em nosso país.

É que, na sistemática concebida pelo art. 17 do Estatuto da Terra, o grande veículo de acesso do campesinato à propriedade rural é, indiscutivelmente, a desapropriação dos imóveis que não estejam cumprindo sua função social.

A desapropriação, que há de se fazer sempre e obrigatoriamente na forma prevista na Lei Maior é implementada, na atualidade, com base na Lei Complementar 76 de 07/07/1993.

- 2 – Em dois aspectos, na expropriatória, é de vital importância a atuação do Magistrado, a saber: na análise da admissibilidade da ação e na fixação de uma indenização justa.
- 3 – Toda ação, ao ser proposta, sofre por parte do julgador uma análise prévia de admissibilidade.

Basta lembrar que o Código de Processo Civil, no art. 295, fulmina a inicial quando comprovadamente inépta, quando a parte autora for ilegítima ou carecedora de interesse, quando o procedimento não corresponder a natureza da causa, quando desatendidas certas condições formais (art. 39 e 284) ou evidenciada a decadência ou a prescrição.

São essas as condições gerais de admissibilidade aplicáveis a toda e qualquer ação, às quais se somam outras, próprias ou específicas de cada tipo de procedimento.

- 4 – Na ação expropriatória, por exemplo, exige-se ainda, conste da inicial cópia do ato de declaração formal, o valor ofertado e a planta ou descrição do bem expropriado.

É o que se lê no art. 13 do Decreto Lei 3365 de 21/06/41, a Lei Geral das Desapropriações.

4.1 – Passo inicial do processo é, sem dúvida, o Ato Declaratório que deve ser subscrito por autoridade competente, através do qual o Poder Público faz ciente ao proprietário do bem sua intenção de expropriá-lo.

Este Decreto é a um só tempo a base fática do procedimento, o ponto de partida da contagem do prazo decadencial e o limite para a defesa do expropriado, restrita pelo Decreto Lei 3365/41, art. 20, ao valor da oferta ou vícios processuais.

4.2 – Já o preço ofertado, guardando estreita relação com o bem descrito e suas benfeitorias, permite ao proprietário, no âmbito da contestação, aceitá-lo ou no curso da ação, negociar valor tido como mais justo que, acordado entre as partes, será homologado por sentença.

5 – Quando se trata de desapropriação para fins de reforma agrária, duas outras importantes condições de admissibilidade são exigidas:

5.1 – A primeira é quanto à iniciativa declaratória; no caso, exclusiva da União a quem incumbe, a Constituição Federal declarar de interesse área destinada à Reforma Agrária e, como corolário lógico, sendo a Justiça Federal aquela onde se processará a ação.

5.2 – A segunda, é o ato de verificar se o imóvel, objeto do decreto expropriatório, é ou não insuscetível de expropriação, com base em uma das hipóteses elencadas no art. 185 da Constituição Federal em vigor, ou seja, se é ele uma pequena ou média propriedade rural ou um imóvel produtivo.

5.2.1 – A obrigatoriedade de anexar à petição inicial o documento cadastral do imóvel e o laudo de vistoria e avaliação administrati-

va, conforme determina o art. 5º da já citada Lei Complementar 76/93, permite ao magistrado, com certa facilidade, verificar se é o imóvel uma pequena ou média propriedade, conforme os critérios estabelecidos na Lei 8.629 de 25/02/93.

5.2.2 – Mais complexa é a análise a ser procedida em relação à chamada propriedade produtiva.

Na verdade, a Lei nº 8.629/93, ao regulamentar o art. 185 da Constituição da República, rebatizou como “propriedade produtiva” a Empresa Rural definida no art. 4º, inciso VI, do Estatuto da Terra.

Com efeito, o art. 6º e seus parágrafos da Lei 8.629/93, com ligeiras alterações, repetem o disposto no art. 22 do Decreto nº 84.685, de 6/5/80, que regulamentou a Lei 6.746/79.

Assim, a análise da declaração cadastral atualizada para efeito do estímulo fiscal (art. 50 § 5º E.T.), combinada com a do laudo de vistoria administrativa, evidenciará a condição de propriedade produtiva ou não, do imóvel expropriado.

6 – Essas condições de admissibilidade da ação expropriatória não de ser criteriosa e aprofundadamente estudadas pelo Magistrado quando do seu despacho liminar.

É bem verdade, conforme jurisprudência assente no Supremo Tribunal Federal, que a inépcia da inicial pode ser reconhecida mesmo após contestada a ação.

7 – Importante é acentuar – “a latere” – que a apreciação dessas condições de admissibilidade da ação expropriatória aplica-se aos procedimentos cautelares, sempre que estejam fundamentados na inexpropriabilidade prevista no art. 185 da Constituição da República e pretendam impedir ou sustar, à conta de liminar, o procedimento expropriatório, sob o fundamento de ser o bem expropriado uma pequena ou média propriedade ou um imóvel produtivo.

8 – O segundo ponto a abordar, da maior importância no processo expropriatório, é o da fixação do valor indenizatório.

A indenização – reza a doutrina – deve substituir efetivamente o bem expropriado, permitindo ao seu antigo dono adquirir outro de igual natureza e qualidade.

Isto não quer dizer que nas desapropriações por interesse social, fundadas no uso incorreto do bem produtivo terra, comparados dois imóveis idênticos do ponto de vista pedológico, geográfico e de dimensão, não possam eles apresentar valores diferentes.

O imóvel improdutivo tem como fator indenizatório básico o preço da terra nua, com pequeno acréscimo monetário em razão das suas parcas benfeitorias. Já o imóvel produtivo acresce ao valor do hectare de terra nua o montante das benfeitorias físicas, dos cultivos e/ou do criatório, resultando daí valor superior ao do primeiro.

8.1 – Vale ressaltar que a legislação em vigor, a exemplo das anteriores, não subordina o Juiz, na fixação do

“quantum”, aos laudos periciais, podendo ele fundamentá-lo, em sua sentença, em outro ou outros meios de convencimento.

O que se exige do julgador é que estabeleça a indenização devida, partindo de elementos efetivos de mensuração, afastados, por impróprios, cálculos aleatórios como, entre outros, a média dos laudos apresentados.

Embora, como visto, não imponha a Lei, como base de cálculo, os valores constantes dos laudos, estes – o da avaliação prévia e o dos peritos – cresceram de importância com o advento da nova legislação.

É que a Lei Complementar 76/93 reduziu drasticamente o âmbito da vistoria pericial, ao dispor, no § 1º do art. 9º, que os peritos ficarão adstritos, tão somente, aos pontos da vistoria administrativa que forem impugnados pelo expropriado.

Em outras palavras, os itens acatados na contestação são tidos como corretos, devendo prevalecer seus valores no cálculo final.

- 8.2 – O que se exige do julgador é uma apreciação detalhada e criteriosa dos pontos contestados, das justificativas dos peritos e de outros elementos que lhe possibilitem fixar o valor atualizado da terra nua e das benfeitorias úteis e necessárias existentes.
- 8.3 – Ponto ainda conflituoso é o que se refere à cobertura florística arbórea. Tem-se, como certo, que sendo esta nativa, acarreta um acréscimo ao valor da terra nua e, sendo fruto de um processo de reflorestamento, deve ser indenizada pelo montante dos investimentos e do corte viável.

A dúvida repousa quanto às áreas de preservação permanente ou de reserva legal, que sendo insuscetíveis de corte ou aproveitamento econômico, não devem, a meu ver, ter valor indenizatório.

8.4 – Por fim, é de se sublinhar que a Lei impõe, nas desapropriações para fins de Reforma Agrária, separe a sentença o valor da terra nua daquele das benfeitorias indenizáveis.

Isto, porque a Constituição Federal e a legislação específica determinam que a terra nua seja indenizada com Títulos da Dívida Agrária e as benfeitorias, quando indenizáveis, em moeda corrente e legal do país.

PUNIBILIDADE E NORMA PENAL

Romualdo Marques Costa

Prof. de Direito Penal III da Escola Superior de Magistratura do Estado de PE. – ESMAPE

O primeiro contato que se mantém com a punibilidade – entendida literalmente como a qualidade do que é punível – ocorre no espaço interno da norma penal. Por sua vez, a noção do punível – também aqui apreendida em seu sentido mais elementar, de atributo daquilo que é susceptível de punição – deriva da fórmula com que se expressam, tradicionalmente, as normas penais em sentido estrito ou normas penais incriminadoras, ao estabelecerem que o autor de um fato, ali descrito, é ou será punido com a pena também ali cominada. Reproduzam-se algumas dessas normas: **Quem matar outrem será punido...** (Código Penal Português, art. 131); **El que matare a otro será castigado...** (Código Penal Espanhol, art. 407); **Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito...** (Código Penal Italiano, art. 575); **Wer einen Mann tötet... wird... bestraft** (Código Penal Alemão, art. 212).

Destaque-se a elegância da fórmula elíptica adotada pelo direito legislado brasileiro, numa tradição que remonta às suas origens. No Código Criminal do Império, de 1830, monumento inaugural da legislação penal brasileira, eliminou-se a referência expressa e repetitiva ao autor, colocando-se face a face a descrição do fato punível e

a cominação da pena a ele correspondente. Dentro desse estilo foi que o vigente Código Penal Brasileiro veio a imprimir às normas incriminadoras a feição literária de um dístico, de que é exemplo a lacônica incriminação do homicídio:

Art. 121 – Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

Ao nível da compreensão doutrinária, ambas as fórmulas têm o mesmo significado: pune-se o autor em razão da prática do ato. É de indagar-se, entretanto, se punível é o ato ou punível é o autor, ou se a idéia de punibilidade a ambos enlaça. Parece claro que a punição somente ao autor pode ser aplicada, por consistir na privação de um bem jurídico cuja titularidade pertence ao apenado. A idéia de punição não se ajusta ao ato, salvo quando esse relacionamento se faz através do autor. Urge portanto distinguir o **ato punível** – no sentido de ensejador da punição – e o **homem punível** – mas já então no sentido de destinatário da punição. Entretanto, constatação dessa natureza, quando tomada como ponto-de-partida, e não ponto-de-chegada da interpretação da norma incriminadora, corre o risco de contrariar postulados fundamentais do direito punitivo, que é um direito penal do ato, e não um direito penal do autor.

A conhecida frase de VON LISZT, segundo a qual é de se castigar o autor e não o ato – **nicht die Akt, sondern der Täter ist zu bestrafen** – foi elaborada nos primórdios do século como lema indicativo dos rumos humanistas da política criminal. Veio a ser, entretanto, nas palavras de MAURACH, “ressuscitada”, porém para fundamentar, na época do nazismo, a indesejável doutrina dos tipos penais de autor, consagradora do princípio de que **decisivo não é o que se faz, mas o que se é** ⁽¹⁾. É de

justiça, entretanto, ressaltar que à sua época LISZT situou o direito penal como **limite intransponível da política criminal**, caracterizando então o Código Penal como a **Carta Magna do delinqüente**, em aforismo célebre que nem sempre foi bem recebido pela doutrina alemã, dele chegando a dizer HIPPEL que seria apenas mais um paradoxo tão ao gosto do seu autor – **magna charta des Verbrechers... ein Paradoxon wie v. Liszt sie gelegentlich liebte** ⁽²⁾. Tratava-se, pelo contrário, da completude do pensamento lisztiano de representação de um ordenamento jurídico abrangente do indivíduo e da sua atuação social. A verdadeira “ressurreição” de LISZT, como faz ver CLAUS ROXIN, ocorreu na década de 1960, com a elaboração do Projeto Alternativo de Código Penal Alemão, onde se harmonizariam as exigências do Estado de Direito e do Estado Social ⁽³⁾

Punível é, de início, o ato humano, embora a punição tenha por objetivo o homem e a sua capacidade de agir e ser agido, ganhando com isso uma extensão temporal. A punibilidade transfere-se do ato (que foi) para o agente (que continua sendo). Isto porque as normas incriminadoras, inseridas na categoria das **leges minus quam perfectae**, prestam-se para acolher a pessoa humana em suas dimensões reais, com ela preenchendo a amplitude do seu espaço interior. Normas dessa natureza deslocam a posição do agente, convertendo o sujeito ativo da ação em sujeito passivo da sanção, e essa rotatividade **intra legem** faz do sujeito o traço de união entre o crime e a pena. Como não se trata de **leges perfectae** que, anulando o ato injusto, restabelecem o equilíbrio anterior, as normas incriminadoras sancionam exclusivamente através da punição, que é um avanço e não um retorno. E a idéia de punição reclama o ser humano, e não somente o ser humano, mas a existência humana, ou seja, o conjunto de

atos por ele e sobre ele praticados. Um desses atos é o crime; o outro desses atos é a pena. Se é autor que confere uma dimensão temporal ao ato, é a punibilidade que confere uma dimensão temporal ao crime – sua **atualidade penal**.

Como é destino do autor preceder e suceder ao ato, refletindo em sua identidade futuro e passado, a punibilidade a todos alcança, permitindo a plenitude da função normativa. Falam PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA numa **constante interação entre o ato e a pessoa**, presente em todo julgamento ético ou jurídico: “La morale et le droit jugent à la fois l’acte et l’agent (...) Du même fait qu’on le juge lui, l’individu et non ses actes, on admet qu’il est lié aux actes qu’il a commis. Mais, d’autre part, si l’on s’occupe de lui, c’est en raison de ces actes, que l’on est capable de qualifier indépendamment de la personne”⁽⁴⁾. Essa interação assume uma feição adequada à norma penal, onde o ato se liga à pessoa do agente pelo poder de aderência da punibilidade, podendo-se dizer que a punibilidade persegue o ato porque acompanha a pessoa do autor. Mas, como se pode facilmente observar, esse raciocínio é reversível, desde que encaremos o atributo da criminalidade, e não só o da punibilidade. O autor é causa e o ato é efeito (crime), mas também o ato é causa e o autor é efeito (punição). No caso, o ato é **incriminável**, e o autor é **punível**.

Ocorre que a doutrina tradicional e ainda hoje dominante encontra na estrutura da norma incriminadora dois elementos fundamentais: o preceito e a sanção. São os dois pólos da formulação normativa, que balizam os mais antigos conceitos de lei, a exemplo da clássica definição de PAPINIANO: **Lex est commune praeceptum... delictorum... coercitio...** Ora, **praeceptum** guarda um

sentido de ordem, de comando, enquanto **coertitio** traz a idéia de castigo ou punição. Esclarece o romanista GIOFFREDI que na área penal o **coercere** equivalia ao **punire**, ao **vindicare**, ao **animadvertere**, ao **plectere**, ao **luere** ⁽⁵⁾.

Vem-se tradicionalmente entendendo que a norma penal exprime dois comandos: o da conduta prescrita e o da sanção imposta. Essa visualização imperativa da norma, de inegável fortuna na evolução do direito penal, chegou praticamente incólume à doutrina contemporânea. Vamos encontrá-la, por exemplo, em ANTOLISEI, que em nada inova a clássica bipartição da estrutura normativa: “Le norme penali di regola risultano costituite da due elementi: il precetto (**praeceptum legis**) e la sanzione (**sanctio legis**). Il precetto è il comando (...) la sanzione è la conseguenza che deve seguire l’infrazione del precetto” ⁽⁶⁾. Bem examinado, esse dualismo revela-se insuficiente, dado que o preceito, aliás implícito, liga-se a um elemento de rigorosa explicitude, que é a descrição do fato, a merecer indêntico destaque na analítica da norma incriminadora. Mais adequada nos parece a tripartição que encontramos, por exemplo, em HELLMUTH MAYER, quando divisa, na estrutura da norma incriminadora, a descrição típica (**Tatbestandsbeschreibung**), a ameaça de pena (**Strafdrohung**) e o preceito (**Imperativ**), este último assumindo a modalidade de uma proibição (**Verbot**) ou de uma imposição (**Gebot**) ⁽⁷⁾.

Característica da norma penal como um todo não é, exatamente, a punibilidade, mas, digamos, a “punitividade”, visto que a norma não é punível, e sim punitiva. Isso nos dispensa, tratando da punibilidade, de resolver previamente a questão da coercibilidade no direito. A punibilidade nasce no âmago da norma penal por

força de um relacionamento que ali se instaura entre os elementos internos da formulação normativa: num dos extremos relacionais encontra-se a pena, enquanto no outro extremo poderão, aliás deverão situar-se tanto a ação como o agente, ambos essencialmente puníveis.

Vimos como a doutrina, nesse relacionamento, vem dando ênfase à ação em detrimento do agente, com isso estabelecendo a polaridade **fato-sanção**, e conferindo à relação assim estabelecida uma natureza consequencial. Por outro lado, se a ação é tomada como desobediência ao preceito, ou seja, como infração, e se a punição é tomada como consequência dessa infração, abre-se caminho à formulação de juízos de natureza lógica, ou deôntica, ou axiológica, tendo por objeto a norma, total ou parcialmente considerada, vale dizer, sua natureza, ou o relacionamento entre os elementos que a integram.

A norma penal oferece a singularidade de ser, ao mesmo tempo, descritiva, prescritiva e punitiva. Enquanto descritiva, poderia chamar-se **norma incriminadora**. Enquanto punitiva, poderia receber a denominação de **norma penal**. Enquanto prescritiva, poderia ser tida como **norma impositiva** ou **norma proibitiva**. A perda da sua especificidade é que justificaria a denominação genérica de **norma valorativa**. Vale exemplificar algumas dessas opções na doutrina penal.

É justo que se inicie com KARL BINDING que, empreendendo a primeira revisão da analítica da norma, estabeleceu rigorosa distinção entre duas espécies jurídicas: a regra jurídico-penal (**Strafrechtssatz**), com fundamento na qual o criminoso é julgado (**beurteilt**), e a regra jurídica (**Rechtssatz**) que o criminoso transgredir (**Ubertritt**), erroneamente unificada pela doutrina tradicional⁽⁸⁾. A lei penal descreve uma conduta a que faz corres-

ponder uma pena, não sendo assim susceptível de transgressão pelo criminoso, cuja punição somente pode ser aplicada se ele agir de acordo com a primeira parte dessa lei: “muss er vielmehr immer, damit er bestraft werden könne, diesem Gesetze in seinem ersten Teile gemäss, in Einklang damit gehandelt haben”.⁽⁹⁾ As outras regras, inconfundíveis com as leis penais, recebem a denominação de “normas”, e são as únicas que podem ser transgredidas porque prescrevem um modelo a que deve adequar-se a conduta do criminoso: “Jene Rechtssätze, taufe ich Normen, weil der Verbrecher nur den Satz übertreten kann, der ihm die Richtschnur seiner Verhaltens vorschreibt”⁽¹⁰⁾. A cominação da pena, esvaziada de qualquer caráter imperativo, apenas regularia o relacionamento entre o Estado, detentor do poder de punir, e o criminoso⁽¹¹⁾, enquanto as normas, embora não se encontrem dentro da lei penal, podem, através da lei, declarar a vontade do direito: “durch ein Gesetz, aber nicht in einem Gesetz den Rechtswillen zu erklären”.⁽¹²⁾

Abstraídas as concepções supralegais, resulta da doutrina bindinguiana uma precisa distinção entre a implicitude do preceito transgredido, e a explicitude da descrição, com deslocamento da punibilidade para o domínio das leis positivas que constituem, sob esse aspecto, **regras jurídicas legitimadoras** ou, como prefere BINDING, **afirmativas**: “sogenannten berechtigenden Rechtssätzen die ich lieber bejahende nennen möchte”⁽¹³⁾. Tampouco admite BINDING a existência de uma **norma** expressa na lei penal que imponha a aplicação da pena ali cominada. Observa que destinatário dessa ordem somente poderia ser o próprio ordenador, ou seja, o Estado que legisla e, sendo soberano, pode impor deveres a si mesmo: “Der Staat allein kann, soweit er suverän, sich selbst verpflichten”⁽¹⁴⁾.

É indiscutível a fecundidade da teoria bindinguiana das normas, tanto dentro do direito penal, quanto fora dele, nos domínios da teoria geral do direito e da filosofia jurídica. Na evolução da doutrina penal, é impossível imaginar a teoria da tipicidade fazendo abstração da precisa distinção bindinguiana entre a descrição (legal) e o preceito (normativo). Isso é enfatizado por ASÚA quando lembra que “Ernesto von Beling no creyó contrariar las doctrinas de Binding, a quien miraba como maestro, sino que quiso desenvolverlas en la técnica jurídica”⁽¹⁵⁾. Entretanto, inevitável “bipartição” a que se sujeitou BINDING para inovar a analítica da lei penal ensejou o advento de duas possíveis revisões críticas: uma, orientada no sentido de um “remembramento” que reunisse numa mesma realidade a lei e a norma (reforço das doutrinas tradicionalistas), e outra orientada no sentido de um “desmembramento” que situasse a lei no mundo do direito, e deslocasse a norma para um universo extrajurídico ou pré-jurídico (jusnaturalismos, culturalismos, formalismos jurídicos).

Essa singularidade permitiu a ARMIN KAUFMANN, tratando justamente do que sobreviveu e do que findou-se na teoria de BINDING, descobrir na crítica dos seus próprios opositores a confirmação da existência de normas no sentido bindinguiano do termo. Detendo-se, por exemplo, na crítica de HIPPEL – que reduz a teoria das normas ao desenvolvimento de um “paralogismo” – faz vez que a doutrina de HIPPEL acolhe a norma, na medida em que conjuga o tipo com as conseqüências penais, afastando-se de BINDING apenas por inserir as normas dentro das leis⁽¹⁶⁾. E avaliando a crítica de HANS KELSEN formulada nos **Hauptprobleme** – de que BINDING “erigiu todo um sistema para servir de justificativa a uma equívoca interpretação literal do ele-

mento lingüístico” – lembra que o criador da teoria pura, embora atribuindo à regra jurídica a forma de um juízo hipotético, reconheceu, no plano fático, a emissão de ordens e proibições emanadas do poder estatal⁽¹⁷⁾. Vamos encontrar, em HIPPEL, um exemplo de “reembalamento”, e em KELSEN um exemplo de “desmembramento” da realidade normativa.

Ao contrário do que pretende ARMIN KAUFMANN, é, indefensável a persistência, digamos “subliminar”, da teoria das normas na doutrina mesma dos opositores de BINDING, sendo vão o esforço para extrair uma confirmação da existência das normas em cada crítica adversa. A posição final adotada por KAUFMANN é ainda de dualismo jurídico, como se colhe das suas próprias palavras: “As regras de direito dividem-se em dois grupos, as normas e os juízos de valor. Na classe desses últimos incluem-se não apenas as valorações incorporadas à norma e que incidem sobre o mesmo objeto desta, mas também todos os juízos de valor que antecedem a valoração dos atos”⁽¹⁸⁾. E coloca em oposição a esse entendimento a teoria monista de KELSEN, para quem a valoração do ato só se faz “de forma mediata, através da sanção resultante de sua prática ou abstenção.”⁽¹⁹⁾

Merece ainda análise, por igualmente interessar à caracterização da punibilidade, a posição antibindinguiana de KELSEN e seus seguidores, na medida em que somente divisam um comando na norma jurídica quando, descrita uma conduta, ligar-se à conduta contrária uma sanção. Ao contrário do que defende BINDING, o comando – determinativo ou proibitivo – se deduziria da existência da sanção e, assim, sua explicitude seria “supérflua”, dado que, mesmo explicitado, não constituiria uma norma jurídica autônoma: “Um código penal moder-

no não contém, a maior parte das vezes, normas nas quais, como nos Dez Mandamentos, o homicídio, o adultério e outros delitos estejam proibidos, mas limita-se a ligar sanções penais a determinados tipos legais (**Tatbestände**). Aqui se mostra claramente que a norma “Não matarás” é supérflua quando vigora uma norma que diz: “Quem matar será punido”, ou seja, que a ordem jurídica proíbe uma determinada conduta pelo fato mesmo de ligar a esta conduta uma sanção, ou prescreve uma determinada conduta enquanto liga uma sanção à conduta oposta.”⁽²⁰⁾ Na visão kelseniana, a proibição jurídica decorre da sanção. Entretanto, para BINDING, a proibição, também considerada jurídica, antecede à sanção, e subsiste independentemente dela, na conformidade da glosa por ele invocada: **“Primo ponit prohibitionem. Secundo ponit poenam transgressoribus”**.

Infere-se que, para KELSEN, a punibilidade integraria a essência da norma ou, mais precisamente, a essencialidade de todo o direito entendido como “ordem normativa de coação”⁽²²⁾, o que lhe permite definir o ilícito não como **negação**, mas como **pressuposto do direito**: “A relação entre ilícito e consequência do ilícito não consiste, assim – como o pressupõe a jurisprudência tradicional – em a uma ação ou omissão, pelo fato de representar um ilícito ou delito, ser ligado um ato de coação como consequência do ilícito, mas em uma ação ou omissão ser um ilícito ou delito por lhe ser ligado um ato de coação como sua consequência”.⁽²³⁾ Na visão kelseniana, observa o penalista ALDO MORO, “si oscura il momento della tutela preventiva che à essenziale alla vita del diritto e costituisce il solo fondamento razionale della tutela in forma di sanzione”.⁽²⁴⁾

Aderimos, na teoria da norma penal, a uma analítica de tripartição que distinga uma **descrição**, uma **sanção** e um **preceito**, cada um com características próprias e destinações específicas. Argumentar-se-ia, em contrário, que o preceito é apenas uma inferência lógica da junção da descrição com a sanção, carecendo, pois, de autonomia conceitual. Não entendemos assim, porque encontramos no preceito um dos muitos relacionamentos possíveis entre descrição e sanção. O preceito não é propriamente “supérfluo”, ele é “implícito”, e fornece o sentido da formulação normativa. Se fizermos abstração do preceito, teremos uma equivalência entre fato e sanção, enquanto alternativas indiferentemente admitidas. Tudo seria mera descrição, e a norma penal em nada se distinguiria da lei natural. Mas então não se poderia cogitar de punibilidade, porque punibilidade exige proibição, partindo-se do suposto, **juris et de jure** presumido, de que a punição não é querida, sua procura não é admitida penalmente, nem o direito penal pode confundir-se com um direito premial.

As normas punitivas distinguem-se das demais espécies normativas por serem **obrigatoriamente preceptivas**. Embora imperfeita no seu domínio dos fatos (**minus quam perfecta**), a lei punitiva alcança uma outra perfeição, ao estabelecer nítida oposição entre o crime e o castigo. A pena é correlata ao crime porque o contradiz, e não porque a ele corresponde, causal ou logicamente. O preceito fornece o sentido da norma penal, e o fundamento da incriminação.

Rechaçando a opinião daqueles que reduzem a pena a uma espécie de “preço” do crime, como ocorre num negócio jurídico, ao admitirem que **qualquer pessoa pode praticar um crime desde que esteja pronta a sofrer a**

respectiva pena, sustenta KARL ENGISCH: “O Direito moderno proíbe o homicídio com tanta firmeza como a Lei mosaica. De igual modo, constitui um imperativo categórico que o transgressor da proibição seja punido.”⁽²⁵⁾ LOURIVAL VILANOVA, conquanto centralize sua investigação nas estruturas lógicas do direito, bem como perfilhe a **teoria da estrutura dual da norma jurídica**, distinguindo uma norma primária estatuidora de direitos e deveres e uma norma secundária de caráter sancionador, ligadas por uma **relação-de-ordem não simétrica... de antecedente lógico para conseqüente lógico**⁽²⁶⁾, não deixa, posteriormente, de acrescentar: “A proposição normativa vem para modificar o mundo social e é através da ótica do social que entra o mundo não apenas ideal (Peter I. Berger, **A Construção Social da Realidade**, págs. 126-142), mas, inclusive, parte do universo físico que se veste simbolicamente para as categorias do social. A proposição jurídica não vem para reproduzir o mundo, porém para **alterar** a circunstância (Ortega) segundo pautas valorativas; digamos, não como **representação**, mas como **vontade**, se nos utilizamos das categorias de Schopenhauer”⁽²⁷⁾.

É em termos de **finalidade** que melhor pode ser apreendida a norma penal. Diferenciando-se dos outros setores do ordenamento jurídico, o direito punitivo orienta-se no sentido de uma oposição: é o instrumento de que se arma o direito na luta contra o crime. As normas penais são, sob esse aspecto, de uma pobreza extrema, sem a riqueza de alternativas presentes noutras ramificações do ordenamento normativo cujas regras constituem um conjunto de meios para atingir um conjunto de fins. Ocorre, entretanto, que finalidade do direito penal não se resume no combate ao crime: compreende também um combate à pena. Arma-se com isso o **paradoxo penal**, aliás muito

bem compreendido por BRUNO quando, após definir o direito penal como “o conjunto de normas jurídicas, pelas quais se exerce a função de Estado de prevenir e reprimir os crimes por meio de sanções cominadas aos seus autores”, ⁽²⁸⁾ finaliza com a ressalva de que “é um sistema jurídico de dupla face, que protege a sociedade contra agressão do indivíduo e protege o indivíduo contra excessos de poder da sociedade na prevenção e repressão dos fatos puníveis”. ⁽²⁹⁾ E a chave desse “paradoxo”, achamo-la na punibilidade, porque vinculada a uma eterna busca da **legitimação da punição**.

Se a pena é um obstáculo à prática do crime, convém não esquecer que o crime é por sua vez um “obstáculo” à aplicação da pena. A criminalidade do fato é indispensável à sua punibilidade, tanto em nível da elaboração da norma, quanto em nível da sua aplicação.

REFERÊNCIAS

- (1) - Reinhard Maurach - “Tratado de Derecho Penal”, trad. de Juan Córdoba Roda, tomo I, Ariel, Barcelona, 1962, pp. 292-293.
- (2) - Robert von Hippel - “Deutsches Strafrecht” (reimpressão da edição de 1925), Scientia Verlag, Aalen, 1971, vol. 2, p.36, nota 2.
- (3) - Claus Roxin - “Franz Von Liszt e a Concepção Político-Criminal do projecto Alternativo”, incluído nos “Problemas Fundamentais de Direito Penal”, trad. de Ana de Paula dos Santos Luis Natscheradetz e outros, Vega Universidade, Lisboa, 1986, pp. 49-89.
- (4) - Ch. Perelman e I. Olbrechts-Tyteca - “Acte et personne dans l' Argumentation” in “Réthorique et Philosophie”, Presses Universitaires de France, Paris, 1952, p.55.
- (5) - Carlo Giuffredi - “I Principi del Diritto Penale Romano”, G. Giappichelli, Torino, 1970, p.45

- (6) - Francesco Antolisei - "Manuale di Diritto Penale - Parte Generale", 7 ed., Giuffré. Milano, 1975, p. 32
- (7) - Hellmuth Mayer - "Strafrecht - Allgemeiner Teil", W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1967, p. 4
- (8) - Karl Binding - "Die Normen und ihre Übertretung" (reimpressão da 5ª ed. de 1922) , Scientia Verlag, Aalen, 1965, vol. I, p.3
- (9) - id., ibid., p. 4
- (10) - id., ibid., p.7
- (11) - id., ibid., p. 20
- (12) - id., ibid., p. 157
- (13) - id., ibid., p. 19
- (14) - id., ibid., p. 18
- (15) - Luís Jimenez de Asúa - "Tratado...", cit., tomo I I I, Losada, Bueno Aires, 1963, p. 55
- (16) - Armin Kaufmann - "Teoria da Norma Jurídica", trad. de Richard Paul Netto, Editora Rio, Rio de Janeiro, 1976, p. 65.
- (17) - id., ibid., pp. 67 e 93.
- (18) - id., ibid., p. 342.
- (19) - id., ibid., pp. 342-343.
- (20) - Hans Kelsen - "Teoria Pura do Direito", trad. de João Baptista Machado, 3 ed., Armênio Amado, Coimbra, 1974, p.89.
- (21) - Karl Binding - "Die Normen...", cit., vol. I, p. 4, nota 3.
- (22) - Hans Kelsen - "Teoria Pura...", cit., pp. 74 e ss.
- (23) - id., ibid., p. 167
- (24) - Aldo Moro - "L'Antigiuridicità Penale", G. Priulla Editore , Palermo, 1947, p.4
- (25) - Karl Engisch - "Introdução ao Pensamento Jurídico", trad. de J. Baptita Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, 3 ed., Lisboa, 1972, pp. 40-41.
- (26) - Lourival Vilanova - "As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito positivo", Revista dos Tribunais , São Paulo, 1977, pp.64-65.
- (27) - id., ibid., p. 69.
- (28) - Aníbal Bruno - "Direito Penal" , tomo I , Ed. Nacional , Rio. 1959 pp. 27-28
- (29) - id., ibid., p. 32.

ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS

José Viana Ulisses Filho

Juiz de Direito Substituto da Capital no Estado de Pernambuco e Professor de Direito Tributário da Universidade Católica – Unicap e da Escola Superior da Magistratura – Esmape.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Breves considerações a propósito do evoluir histórico do princípio da anterioridade da lei tributária e suas características no novel sistema constitucional brasileiro. – 3. Aplicabilidade isonômica do princípio da anterioridade da lei tributária em observância a situações concretas. – 3.1. A isonomia como princípio de aplicação geral no ordenamento constitucional positivo e especial no sistema tributário nacional. – 3.2. A quem está dirigido o princípio da isonomia tributária. – 3.3. A isonomia e seu conteúdo pragmático. – 3.4. Funcionalidade do princípio da anterioridade e sua aplicação. – 3.5. Tratamento tributário igual a desiguais: o problema de aplicação inconstitucional de normas constitucionais. – 4. À guisa de conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Este pequeno trabalho, elaborado sem maiores pretensões científicas, teve por inspiração algumas reflexões desenvolvidas pelo eminente tributarista pernambucano prof. José Souto Maior Borges, despertando-nos certa curiosidade e inconformismo no

que se refere à funcionalidade do nosso sistema tributário, notadamente no que concerne a uma exegese mais aprofundada do nosso ordenamento positivo examinado sob a ótica da dogmática do direito.

Consoante o escólio do mencionado professor, entendo que o aperfeiçoamento das regras de interpretação visando a uma aplicação mais justa do direito e mais consentânea com os fins e objetivos colimados pela lei, passam necessariamente por um rigor metodológico que em momento algum deve se afastar do objeto científico previamente delimitado, sem preocupações de ordem zetética ou metajurídica.

Dentro destas diretrizes, propomo-nos a elaborar estas breves reflexões, escolhendo um tema que vem sendo analisado sob diferentes ângulos, como é o instituto da anterioridade da lei tributária, que também é um princípio constitucional expresso que tem como função precípua limitar o poder de tributar do Estado.

Por outro giro, procuramos relacionar o citado princípio limitativo ao poder de tributar a um outro que por seu prestígio e importância galga uma posição hierárquica superior a outros que é o princípio da isonomia ou igualdade. Tão grande é a sua importância na aplicação de outros princípios e regras constitucionais que o citado tributarista e professor pernambucano denominou-o de “protoprincípio – o mais originário na ordem do conhecimento, o outro nome da justiça. Uma justiça imanente – não transcendente portanto – ao ordenamento constitucional positivo.”¹

Desta forma, tentaremos nesta oportunidade investigar a aplicação legal do princípio da anterioridade

da lei tributária, seus efeitos e conseqüências no sentido de cumprir a finalidade a que se destina, bem como avaliar os resultados advindos de sua observância e aplicabilidade, notadamente no que diz respeito ao contribuinte e a sua segurança dentro do nosso sistema positivo, procurando relacionar seus pressupostos, contextura e funcionalidade com o princípio da Isonomia, princípio este que necessariamente contamina os atos normativos ou de aplicação do direito, considerando o alto teor axiológico de que é possuidor, sendo no dizer do inesquecível Becker: “o equilíbrio unificador da Unidade atômica estatal”.²

Identificamos em nosso estudo, algumas distorções e incongruências que caracterizam a aplicação do princípio da anterioridade da lei Tributária, quando examinados os seus efeitos práticos dentro do sistema positivo em cotejo com a observância da isonomia ou igualdade de todos perante a lei, acoimando a este último princípio a função de balizador dos balizadores dentre os princípios constitucionais gerais e específicos, considerando-o até, como afirma CANOTILHO um princípio estruturante do sistema jurídico.³

Em um exame do mundo fático, abstraindo situações juridicizadas pela norma jurídico-tributária, posto que a função da normatividade é regradar as relações intersubjetivas ocorridas no domínio dos fatos, pudemos colher exemplos que, com efeito, induzem-nos a concluir que o princípio da anterioridade carece ser reestruturado ou repensado, colimando atingir objetivos mais pragmáticos no sentido de servir como efetivo estorvo às pretensões fiscalistas do Estado, que tem

demonstrado a cada dia mais desdém para com os princípios que se destinam a limitar constitucionalmente o seu poder de tributar, comprometendo, sobremaneira, o princípio da boa-fé na tributação, que sempre deve nortear a relação entre o fisco e o contribuinte.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES A PROPÓSITO DO EVOLVER HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E SUAS CARACTERÍSTICAS NO NOVEL SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.

Há notícias de que o princípio da anualidade (antecessor da nossa anterioridade) tenha surgido na Inglaterra feudal, provavelmente na era de João Sem Terra, em que para realizar determinadas despesas extraordinárias e eventuais exigia-se do monarca, para obter a receita, autorização de um conselho denominado *COMMUNE CONCILIUM REGIS*.⁴

Com o advento do iluminismo e o triunfo das idéias liberais burguesas consubstanciado com a revolução francesa, foi o princípio da anualidade erigido à condição de norma constitucional, constituição francesa de 1791 onde consagrava que “as contribuições públicas serão deliberadas e fixadas cada ano pelo corpo legislativo e não poderão subsistir depois do último dia da sessão legislativa seguinte se não forem expressamente renovadas”.

Destarte, não nos é dificultoso concluir que o princípio em comento teve suas origens modernas vincadas ao ideário revolucionário do século XVIII,

Inegavelmente, consoante suso realçado, a teleologia do princípio teve seu fundamento político-filosófico calcado no ideário liberal burguês de respeito à propriedade e ao patrimônio do contribuinte, sempre susceptível aos humores do governante e as conveniências do Estado, continuamente disposto a tributar. É evidente que o cidadão contribuinte necessitava de alguma proteção que objetivasse conter ou ao menos limitar a voracidade presente no Estado, sempre tendente a arrecadar sem freios ou parâmetros éticos, surpreendendo muitas vezes o contribuinte em suas atividades econômicas com inovações fiscais que sempre causava sequelas patrimoniais.

Destarte, podemos concluir que o objetivo da anterioridade da lei tributária é imunizar o contribuinte da inconveniência de ser colhido de surpresa por normas tributárias, quase sempre editadas com pretensões fiscalistas, dando condições a que o cidadão possa programar as suas atividades econômicas dentro de uma certa margem de segurança que deve ser conferida em observância aos princípios da estrita legalidade e da certeza do direito.

Sem embargo, inferimos do exposto que mesmo tratando-se de um princípio positivado em nosso ordenamento constitucional, não se pode olvidar da marcante carga axiológica que o mesmo traz consigo, merecendo por parte do Tributarista SACHA CALMON NAVARRO COELHO a feliz asserção: “O princípio da não-surpresa do contribuinte é de fundo axiológico. É valor nascido da aspiração dos povos de conhecerem com razoável antecedência o teor e o quantum dos tributos a que estariam sujeitos no futuro imediato, de

modo a poderem planejar as suas atividades levando em conta os referenciais da lei.⁶

Nesta esteira, e em breve recapitulação do que foi visto, o princípio da anterioridade surgiu historicamente em nosso direito positivo com a denominação de princípio da anualidade onde a constituição exigia que um tributo só poderia ser instituído ou majorado mediante a antecipada existência de duas leis: a tributária que o instituiu ou majorou e a orçamentária com previsão de duração de um ano (por isso anualidade) contendo toda a programação de receitas e despesas do exercício. Entrementes, com a Emenda Constitucional n^o 1 de 1969 deixou a anualidade (prévia inclusão do tributo ou sua majoração na lei orçamentária anual) de ser exigida como requisito de validade para a cobrança do tributo. Curiosamente, antes mesmo de editada a citada Emenda Constitucional, a construção jurisprudencial já havia desvirtuado em sua essência o princípio em questão, quando através da Súmula n^o 66 da lavra do supremo tribunal Federal ficou assentado que: "É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro."

Atualmente, estabeleceu a Constituição promulgada, em 5.10.88, com a dicção emprestada em seu artigo 150, inc.III , B que: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III – cobrar tributos:

a) (...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;"

Do exposto, conclui-se que, com o delineamento e configuração traçados pelo novo ordenamento político da nação, o princípio da anterioridade da lei tributária ganha importante destaque no denominado Estatuto do contribuinte, prestando-se como princípio de grande valia para a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais do cidadão ou do contribuinte de uma maneira especial, que se encontra protegido em seu patrimônio da tendência sempre atual do Estado em querer suprir as suas necessidades e deficiências de caixa, através do sacrifício dos seus súditos, que com esta proteção, podem planejar e programar as suas atividades econômicas e financeiras com a garantia de que naquele exercício tributário não será tolhido de surpresa pelas manobras fiscalistas do Poder Público.

O princípio da anterioridade da lei tributária, pode-se dizer, goza atualmente do prestígio de norma gravada com a condição de imodificabilidade por Emenda Constitucional, “status” este reconhecido pela Corte Constitucional Suprema do país, quando examinando a ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional do Trabalhadores no Comércio – ADIN n^o 939-7-DF, reconheceu ser inconstitucional a Emenda n^o 3 que autorizou a União a instituir o imposto provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), no que dizia respeito à exclusão do citado tributo da incidência do princípio da anterioridade da lei tributária.

Desta forma, percebe-se que o desenho constitucional da garantia “SUB EXAMINE” encontra-se incluído naquelas garantias constitucionais especiais

conhecidas como cláusulas pétreas, insusceptíveis que são de qualquer modificabilidade, mesmo através de Emendas do Poder Constituinte derivado, limitações estas que realçam a natureza de proteção a direito fundamental do cidadão a ser exercido subjetivamente por este contra o Estado – fisco sempre que estiver sofrendo ou sob ameaça de sofrer qualquer violação.

Mesmo em se considerando os rígidos contornos da proteção constitucional do instituto em relevo, cumpre-nos referir a propósito de sua efetividade quando de sua aplicação, porquanto, possamos constatar empiricamente que, em determinados aspectos ele se nos afigura por demais insuficiente para cumprir os seus desideratos constitucionais e axiológicos, notadamente quando, em determinadas situações concretas, serem percebidas algumas distorções e assimetrias verificáveis sob o enfoque dos efeitos práticos que devem nortear todos os princípios garantidores de direitos.

E são estes aspectos que encerram os objetivos desta singela dissertação, quando se tentará demonstrar que a aplicabilidade constitucional deste princípio, sem maiores preocupações exegéticas no que tange a uma cuidadosa interpretação lógico-sistemática do nosso ordenamento, poderá acarretar em sérios prejuízos aos direitos dos contribuintes examinados à luz do princípio da isonomia constitucional, que ao contrário do que muitos pensam é de uma enorme relevância e importância prática. Cuidamos em no próximo capítulo tentar expor o nosso entendimento.

3. APLICABILIDADE ISONÔMICA DO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA EM OBSERVÂNCIA A SITUAÇÕES CONCRETAS.

3.1 – A Isonomia Como Princípio De Aplicação Geral No Ordenamento Constitucional Positivo E Especial No Sistema Tributário Nacional.

Tradicionalmente, as Constituições do nosso país vêm dando um tratamento genérico ao princípio da isonomia, que figura entre aquelas proteções dispensadas ao cidadão, aplicadas genericamente em todos os capítulos da Constituição, independentemente de qualquer referência especial à tutela de determinados direitos específicos. Tal asserção deflui do exame das constituições passadas, desde a imperial, que sempre trataram o princípio em questão como sendo de garantia e proteção genérica aos direitos individuais do cidadão, bastando, para tanto, conferir os arts. 179; item 13 da Constituição de 1824; art. 72, § 2º da Constituição de 1891; art. 113, item 1 da de 1934; art. 222, item 1, da de 1937; art. 141, § 1º da de 1946; art. 150, § 1º da emenda Constitucional nº 1 de 1969.⁷

Todavia, no que se refere ao Estatuto do contribuinte, inaugurado com o novel ordenamento constitucional em vigor desde o dia 05.10.88, além de estar estatuído como garantia genérica no art. 5º, vem especificada a isonomia tributária dos ditos contribuintes, em preceptivo inserido no capítulo pertinente ao sistema tributário nacional, vazado nos seguintes termos: “Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – (...)

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Com efeito, somos do entendimento que despicienda seria esta previsão, como é do nosso costume constitucional, porquanto ser o princípio da isonomia, como realçado anteriormente pelo prof. Souto Borges, um protoprincípio que a nosso ver não deveria nem estar explicitado no texto constitucional. Entrementes, devido à prática de nossos governantes e principalmente considerando esta “ansiedade” fiscalista que tem caracterizado os nossos governos, urge que tenhamos instrumentos explícitos de proteção ao contribuinte, no sentido de reforçar princípios que estão estatuídos genericamente como direitos e garantias fundamentais do cidadão, mas que, erigidos à condição de princípios específicos, tenham a função de reforçar os direitos subjetivos dos contribuintes hiposuficientes diante do poderio estatal, vindo a conferir foros de efetividade a princípios que são imanentes a todos os seres humanos, como sói ocorrer com o presente.

3.2 A Quem Está Dirigido O Princípio da Isonomia Tributária.

Outra questão que não deve passar ao largo é a que concerne ao direcionamento do princípio da isonomia na tributação. Sem embargo, é uma evidência a observação de que este princípio deverá ser prescrito

primeiramente pelo legislador, ou em um sentido mais técnico, pelo poder encarregado de legislar que é o legislativo. todavia, cuida em realçar que mesmo considerando ser a teleologia do princípio destinada primeiramente aos elaboradores da lei, deverá ele ter aplicabilidade concreta pelos operadores do direito, dando um conteúdo prático para que a isonomia se consubstancie na realidade fática como norma positiva que é e possa tornar perceptível aos nossos sentidos que apesar de erigido à condição de princípio, tem ela as mesmas características e atributos da norma jurídica, incidindo, destarte, as mesmas regras e técnicas que informam a interpretação e a aplicação das leis de uma maneira geral.

Desta forma, mesmo em se reconhecendo o alto grau de dificuldade em demarcar o seu conteúdo,⁸ não podemos deixar de reconhecer que “o preceito magno da igualdade como já tem sido assinalado, é norma voltada, quer para o aplicador da lei, quer para o próprio legislador”.⁹

Assim, sob um parâmetro dogmático, mesmo reconhecendo o alto teor axiológico de que são dotados de uma maneira geral os princípios, podemos admitir que os mesmos devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas¹⁰ e por conseqüência, quando de sua aplicabilidade por parte dos operadores do direito (quer sejam legisladores, magistrados ou autoridades administrativas) deverão ter sempre em mente as regras básicas da hermenêutica, dentro dos princípios gerais que informam o ordenamento positivo, sempre pugnando por uma interpretação congruente e coerente com os preceitos e valores incorporados positivamente pelo sistema de direito vigente.

3.3 A Isonomia E Seu Conteúdo Pragmático

O conteúdo precípua do princípio da isonomia é, justamente, aquele que tem por escopo impedir que a lei ou a sua aplicação descompromissada com a *RATIO JURIS* da norma seja fonte de privilégios ou de discriminações odiosas, mas que sirva como norteador para que o cidadão mereça um tratamento deveras equitativo por parte do ordenamento jurídico. Desta forma, ao se editar uma lei ou ao aplicá-la dever-se-á ter sempre a perspectiva de que todas as pessoas abrangidas por sua incidência deverão receber um tratamento igualitário desde que se encontrem em situações, equivalentes. É evidente que em determinadas hipóteses razões irão existir que justifiquem uma aplicação desigual da lei, considerando que em certas situações haverá a clara necessidade de se proceder a um *discrimen* objetivando a efetivação da isonomia, mas tendo por balizador um teste de verificabilidade dos requisitos de permissibilidade em confronto com os valores tutelados pelo ordenamento positivo.

Em obra que já se tornou um clássico da literatura jurídica publicística pátria, o professor paulista Celso Antonio Bandeira de Melo¹¹ procura fornecer pistas para que o intérprete do direito encontre um norte que o possibilite identificar da validade ou não-validade dogmática de determinados preceitos normativos que consagrem quaisquer espécies de discriminações. Ele enumera três critérios de verificabilidade da validade do *discrimen*, a saber:

“a) o primeiro diz com o elemento tomado como fator de desigualação;

b) o segundo reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;

c) o terceiro atina a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e, destarte, juridicizados.”

Mais adiante, esclarece o autor a aplicação destes critérios da seguinte maneira:

“Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é dotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é “IN CONCRETO”, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles.”¹²

Desta maneira, tendo em vista os critérios de discrimen sistematizados pelo professor paulista, procuraremos relacionar a praxis destas diretrizes com a aplicação isonômica do princípio da anterioridade da lei tributária, pinçando da realidade concreta situações que bem examinadas irão fundamentar um tratamento diferenciado, bem como irá nos indicar a necessidade de reestruturarmos a citada limitação ao poder de tributar de tal modo que o instituto venha a corresponder aos verdadeiros desideratos colimados pelo princípio da igualdade de todos perante a lei, em uma perspectiva de tratamento referente à isonomia garantida pelo Estatuto Constitucional do Contribuinte.

3.4. *Funcionalidade Do Princípio Da Anterioridade E Sua Aplicação*

Como temos afirmado, a aplicabilidade do princípio da anterioridade pode trazer conseqüências que depõem contra a própria finalidade da garantia que é impedir que a criação ou majoração de tributos colha o contribuinte de surpresa, impossibilitando-o de planejar os seus negócios ou atividades econômicas, vindo a causar-lhe um gravame de natureza patrimonial. A aplicabilidade do princípio da anterioridade da lei tributária possibilita também a realização do princípio da não-surpresa cuja finalidade última é garantir a segurança e a certeza do direito que também são valores tutelados pelo ordenamento jurídico positivo.

Pois bem, dispõe a Constituição Federal em seu art.150, inc.III, b que:

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

(...)

III – cobrar tributos:

(...)

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.”

Decompondo os elementos que informam o princípio, podemos inferir que topograficamente encontra-se o mesmo inserido na seção destinada a garantir o contribuinte contra as investidas do fisco sempre tendente a aumentar a sua arrecadação,

limitando o Estado no seu poder de tributar. Estas limitações podem ser interpretadas como sendo um segmento do art. 5º do Diploma Político da Nação que preconiza a proteção dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, sendo que situados no capítulo pertinente ao Sistema Tributário Nacional, dando um destaque especial e efetivo a estes direitos que são denominados em seu conjunto de “Estatuto do Contribuinte.”

Pois bem, o poder de tributar do Estado ao ser limitado pelo Estatuto do Contribuinte, dá-nos a certeza precisa de que a relação jurídico tributária vincada entre o fisco e o contribuinte caracteriza-se como uma relação de direito e não de poder ou soberania como afirmam alguns estudiosos, o que nos possibilita afirmar que ao menos do ponto de vista formal vivemos em um estado de direito. Entrementes, a aplicabilidade na prática do princípio em comento deixa muito a desejar.

O dispositivo em exame indica que as quatro entidades político-administrativas de direito público interno não podem cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os criou ou majorou. Apesar do silêncio da Constituição, o exercício financeiro em nossa tradição jurídico-administrativa coincide com o ano civil, ou seja, tem início no dia 1º de janeiro de cada ano protraindo-se até o dia 31 de Dezembro, quando se encerra. Com efeito, na hipótese de um tributo vir a ser criado ou majorado em determinado ano, só poderá entrar em vigor no exercício subsequente ao que foi publicada a lei que o criou ou majorou.¹³

Todavia, a regra da anterioridade sofre algumas exceções no que tange a sua aplicabilidade a determinados tributos, que, em essência, têm finalidade extrafiscal e por isso não se prestam à incidência da garantia em epígrafe. É a própria Constituição Federal quem estabelece estas exceções a saber: impostos sobre: a importação e exportação; produtos industrializados; operações de créditos, câmbio e seguro; impostos extraordinários de guerra; sobre as contribuições sociais; e por fim sobre os empréstimos compulsórios criados para atender às despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública e guerra externa. As exceções ora enumeradas estão previstas nos artigos 150, § 1º; 190, § 6º e 148, inc. I todos do nosso Diploma Político.

Em síntese, do que foi exposto não nos é dificultoso concluir que nos transplantando para o mundo dos fatos, no sentido de dar concretude ao princípio SUB EXAMINE, na hipótese da criação ou majoração de um imposto determinado ocorrida no dia 31.12.95, derradeiro dia do exercício tributário do ano de 1995, a citada exação poderá vir a ser cobrada já no dia 1º de janeiro do exercício financeiro subsequente (1996) porquanto estarem satisfeitos os requisitos e exigências estabelecidos no preceptivo constitucional em exegese. É justamente este aspecto da aplicabilidade da anterioridade da lei tributária que vem merecendo intermitentes críticas por parte dos estudiosos porquanto atingir frontalmente os desideratos teleológicos que informam a “RATIO JURIS” do princípio. Neste diapasão, cumpre-nos indagar: de que forma estariam sendo resguardados os direitos subjetivos do contribuinte que inobstante a existência

formal de uma regra de proteção constitucional, estaria exposto a uma surpresa que iniludivelmente atingiria o seu patrimônio trazendo-lhe conseqüências de ordem econômico-financeira? Em outras palavras, estariam os sobreprincípios da não-surpresa e da segurança do direito efetivamente resguardados da incontida voracidade do fisco, ou o princípio em apreço não passaria de um discurso retórico introjetado demagogicamente pelo constituinte de 1988?

Ademais, ainda examinando hipóteses de concreção do princípio em comento através de sua aplicabilidade, pode ocorrer de determinados tributos excluídos da incidência do citado princípio vir a dar mais segurança e proteção ao contribuinte, como por exemplo acontece com as contribuições sociais pertinentes à seguridade social que, apesar de excluídas do princípio da anterioridade (art. 195, § 6º da C.F.), estão condicionadas em sua vigência a um período de VACATIO LEGIS de noventa dias, o que no mundo dos fatos pode em determinadas situações dar mais segurança ao contribuinte, bastando para tanto imaginarmos a hipótese em que um imposto submetido ao princípio em comento e uma contribuição não submetida a ele serem criados por lei publicada no dia 31 de dezembro do exercício de 1995, sendo que no outro dia, ou seja 1º de janeiro de 1996 (termo a quo do exercício tributário seguinte) o imposto já poderá ser cobrado, enquanto que a contribuição (excluída da anterioridade) só poderá ser exigida noventa dias após a sua publicação, melhor dizendo, no dia 1º de abril de 1996. Com efeito, as questões acima postas à guisa de exemplo, dão-nos a certeza e a convicção de que da maneira como se encontra estruturado, o princípio da

anterioridade da lei tributária não vem cumprindo os seus desideratos principiológicos de promover uma efetivação da justiça tributária, calcada na realização dos princípios da não surpresa e segurança do cidadão contribuinte no que tange às limitações que devem nortear as ações do fisco sempre tendente a promover mutilações de ordem econômica no patrimônio dos sujeitos passivos da relação tributária.

Não é à toa que juristas saudosistas vivem a evocar “os bons tempos em que o princípio da anualidade teve guarida na Constituição Federal¹⁴ como é o caso do tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho que acredita que o princípio da anualidade conferia uma maior segurança ao cidadão contribuinte.

Efetivamente, não nos é difícil inferir que o princípio da anualidade conferia uma maior segurança ao contribuinte, posto que além de exigir lei em sentido material publicada anteriormente à lei orçamentária, ainda exigia que esta publicação antecederesse o exercício tributário seguinte. Era, no dizer do ministro Carlos Mário da Silva Velloso “um plus em relação ao princípio da anterioridade: enquanto este exige, apenas, a anterioridade da lei em relação à data inicial do exercício para cobrança do tributo, aquele compreende a anterioridade da lei e mais autorização orçamentária”.¹⁵

Desta forma, não seria absurdo concluirmos a nossa reflexão afirmando que historicamente foi um retrocesso a atual estruturação do princípio da anterioridade que diante de determinadas hipóteses relacionadas à sua aplicabilidade transparece-nos tratar-se de um princípio cuja funcionalidade não satisfaz as

expectativas do contribuinte em se ver protegido de uma tributação que o surpreenda, afetando sobremaneira o legítimo interesse do cidadão em planejar e organizar suas atividades econômico-financeiras direcionando-a no sentido de pagar menos tributos.

Além das questões suso referidas, examinaremos no próximo item deste trabalho os efeitos da anterioridade da lei tributária quando aplicado o preceptivo constitucional sem a observância de determinados postulados de interpretação que poderão de alguma sorte acarretar um prejuízo ao princípio da isonomia tributária.

3.5 *Tratamento Tributário Igual a Desiguais: O Problema da Aplicação Inconstitucional de Normas Constitucionais.*

É curial o entendimento de que o conteúdo jurídico da obrigação tributária é o dever que tem o sujeito passivo em entregar certa quantia em dinheiro ao sujeito ativo da citada obrigação. Desta arte, é legítimo inferir que no campo da aplicação concreta da lei tributária poderão ocorrer situações em que a incidência da norma, mesmo estando esta de acordo com os preceitos constitucionais, poderá ter por consequência desacertos ou a sensação de que efetivamente a justiça não está se realizando. Ou melhor explicando: no mundo moderno a lei está intrinsecamente associada a idéia de abstração e generalização. Destarte, a lei para ser legítima e cumprir seus desideratos institucionais tem que prever hipóteses abstratas e as mais genéricas possíveis. Sendo assim, no processo de

elaboração das leis os legisladores tentam prescrever regras para serem aplicadas a fatos que normalmente acontecem, dentro de uma previsão que é fornecida pelas próprias circunstâncias fatuais. Entretanto, o mundo fenomênico onde ocorrem os fatos é de uma dinâmica e riqueza inimagináveis, sendo sobremodo impossível ao artesão da lei identificar todas as hipóteses que poderão ocorrer, principalmente quando do momento da aplicação do preceito. Deste modo, hipóteses poderão surgir em que o intérprete da lei se confrontará com situações que mesmo aplicando corretamente o dispositivo legal redundará na sensação de que não se está fazendo justiça. E esta experiência é justamente exposta aos nossos sentidos quando o tratamento dispensado na aplicação da norma acarreta em uma violação ao princípio da isonomia, notadamente no que diz respeito à aplicação de preceptivo tributário quando a incidência da norma jurídica ao se individualizar, trará necessariamente efeitos e conseqüências de ordem patrimonial. É neste momento que o operador do direito deverá indagar da verificabilidade da justeza na aplicação do direito, em cotejo com todo o ordenamento jurídico-positivo, mormente à observância de princípios consagrados explícita ou implicitamente na Lei Fundamental da Nação.

Em tais hipóteses, urge ao operador do direito confrontar a situação concreta advinda da aplicação da norma com o sentido lógico oferecido pelo ordenamento ao princípio da isonomia tributária, cuja razão última de ser é a de evitar uma discriminação que possa constituir-se em algo de odioso ou ao contrário, consagrar privilégios que denunciem claramente a intenção em burlar a correta aplicação da lei.

Deve o aplicador da lei pesquisar dentro do próprio sistema de direito os valores que estão positivados explícita ou implicitamente, perseguindo sempre a realização efetiva do princípio da igualdade, sem todavia perder o enfoque dogmático-normativo posto que a exegese jurídica deverá estar imunizada da perquirição de valores extrajurídicos em fiel observância ao objeto de conhecimento em análise.¹⁶

Desse modo, situações surgirão em que serão verificadas como resultantes da aplicação de uma norma do sistema, mesmo em se considerando tratar-se de uma norma constitucional, a ocorrência de resultados incompatíveis com a isonomia tributária, afetando em essência a própria noção de justiça, dando-nos a idéia de que os efeitos esdrúxulos e danosos decorrente da aplicação da norma constitucional têm um caráter inevitável e irreversível. Entrementes, suponho estarmos diante de um falso dilema. Cabe ao aplicador da lei primeiramente conhecer o sistema positivo que é objeto de seu estudo, e em seguida, consoante já realçado, proceder a uma pesquisa dos valores que estão positivados na Constituição, partindo sempre da premissa inicial de que é incompatível com os sistemas jurídicos consagrados pelos povos cultos e civilizados, a aplicação de um direito que mesmo aparentemente legal e de acordo com os preceitos constitucionais, venha a acarretar em injustiça devido a uma evidente violação do princípio da igualdade. Efetivamente, esta não é a vontade e nem a intenção da lei. Desta forma, cumpre ao exegeta proceder a um minucioso exame do ordenamento, extraindo o verdadeiro sentido da norma cuja finalidade precípua é garantir a certeza do direito e por assim dizer, a realização suprema da justiça.

Pois bem, traçados os pressupostos de ordem teórica, cabe-nos, nesta oportunidade, adentrarmos no tema proposto para esta singela dissertação, abstraindo as conclusões necessárias para a confirmação das nossas observações.

Com efeito, existiriam no mundo dos fatos situações que pudessem tornar em concreto as nossas preocupações de, relacionando a anterioridade da lei tributária como princípio limitativo ao poder de tributar do Estado com o princípio da isonomia tributária, trazer por consequência a aplicação inconstitucional de uma norma constitucional? Tenho a idéia que sim. E para tanto, lastreados nos ensinamentos do prof. Souto Borges, formulemos a seguinte hipótese: no dia 31.12.95 é publicada uma lei federal (de validade nacional) que modifica radicalmente a legislação do imposto de renda, reformulando por completo a sistemática de apuração, prazo para recolhimento, novas hipóteses ampliando a incidência do tributo, aumento de alíquotas, etc. Pois bem, imagine-se a existência de contribuinte que habita um município situado nos recônditos desta imensa nação de dimensões continentais, digamos na longínqua Amazônia, local este desprovido de meios de comunicação eficiente e onde são transportados valores, correspondência postal e documentos até em canoas e outros meios primitivos de transporte fluvial.¹⁷

Considerando a data de publicação da lei anteriormente citada, e diante do que dispõe o art. 150, III, b da Constituição Federal, estará preservado o princípio da anterioridade da lei tributária com a vigência da lei em questão no dia 1^o de Janeiro de 1996,

data em que a mesma deverá produzir efeitos obrigando indistintamente a todos que sejam em concreto colhidos nas situações definidas pela hipótese de incidência descrita na norma. E esta submissão à lei tributária deverá abranger genericamente todos os contribuintes independentemente do local onde os mesmos fixem os seus domicílios tributários, quer em Brasília, quer na cidadezinha imaginária do Amazonas. Ora, consoante já salientamos, a “RATIO JURIS” da anterioridade da lei tributária é evitar o fator surpresa, dando segurança ao contribuinte que necessita planejar as suas atividades econômico-financeiras dentro de uma margem de certeza de que não haverá durante determinado período “modificações nas regras do jogo” no que tange às inovações que venham a acarretar em novas exações ou majoração de tributos.

Desse modo teríamos o seguinte desenho: aqueles contribuintes com domicílio tributário no Distrito Federal (principalmente) e em capitais de fácil acesso e comunicação, teriam a possibilidade material de conhecer a lei imediatamente e guardar a observância com relação aos seus preceitos dando-lhe cumprimento, posto que a ninguém é escusado o descumprimento de uma norma sob o argumento de sua ignorância. É a efetivação da ficção presuntiva de que “IGNORANTIA LEGIS NEMINEM EXCUSAT”, que no dizer de Eros Roberto Grau, é uma exigência da “estrutura do sistema do direito positivo”¹⁸

Ora, de acordo com a ficção retrodestacada, a publicidade da lei deve ser presumivelmente do conhecimento de todos os súditos no sentido de se efetivar a operacionalização do direito, considerando que:

“A publicidade do direito, por um lado, é necessária e indispensável à operacionalidade da circulação mercantil, porque concede substância à reserva de segurança e certeza das relações jurídicas e possibilita o cálculo e a previsibilidade reclamados na dinâmica dessas mesmas relações. o direito organiza os processos que fluem segundo as regras da economia de mercado, colocando a sua disposição normas e instituições (em especial o contrato, a propriedade privada, o direito de propriedade industrial, etc). essas normas e instituições devem ser conhecidas para que cumpram sua função.¹⁹

Diante das razões retro invocadas, haveria um descompasso legal ou uma assimetria ao exigir-se, em condições de igualdade o cumprimento de uma norma tributária por contribuintes que materialmente tiveram a possibilidade de conhecê-la, como é o caso dos domiciliados em Brasília, e de outros que por impossibilidade material, não se sabe quando, terão acesso ao texto legal. Sem embargo, diante deste fato, qual deveria ser o procedimento do intérprete ou aplicador da lei: exigir do contribuinte domiciliado no Amazonas o cumprimento da lei cujo desconhecimento é inescusável, ou não aplicá-la por reconhecer que nesta hipótese específica estaria transgredindo o princípio da igualdade de todos perante a lei, tratando desiguais de maneira igual? Atente-se para o fato de que a norma a ser aplicada é plenamente consonante com a Constituição Federal e legislação infraconstitucional, inclusive tendo resguardado o princípio da Anterioridade da lei Tributária. Trocando em miúdos: seria justo dar o mesmo tratamento tributário a contribuintes que estão em situações diferentes, ou seja,

privilegiar quem teve em concreto condições de conhecer uma norma em detrimento de outros impossibilitados em fazê-lo? Na hipótese de aplicação da norma, estariam sendo resguardados ou respeitados os princípios da não-surpresa e os seus consectários que são os princípios da segurança e certeza do direito? Seria a intenção do constituinte e a MENS LEGIS da norma, em nome da generalização do direito permitir que na aplicação da lei viesse a ser consagrada injustiça deste jaez? Evidentemente que não. E qual seria a data em que se poderia exigir o cumprimento da lei por parte do contribuinte domiciliado na Amazônia? Ora, do que foi demonstrado neste trabalho, a aplicabilidade do princípio da anterioridade da lei tributária deve estar jungida a garantir a realização dos princípios que explícita ou implicitamente estão positivados na constituição Federal, sob pena deste princípio não cumprir seus desideratos e ser considerado mera peça de retórica, demagógica e sem qualquer efetivação prática. Assim, no que se refere ao prazo mencionado, a experiência nos demonstra que efetivamente deve o intérprete ou aplicador da lei, dependendo de cada hipótese, dentro de uma certa razoabilidade delimitar o tempo que ensejará o seu cumprimento, sob pena de se estar aplicando inconstitucionalmente uma norma constitucional. Poder-se-ia até, em termos analógicos, conceder-se o prazo da “vacatio legis” de vigência das contribuições sociais conforme preconiza o art. 195, § 6º da Constituição Federal em vigor, que mesmo excluindo destas exações a incidência do princípio da anterioridade, condiciona a sua vigência ao decurso do prazo de noventa dias a contar da data da publicação da lei. Desta forma, estar-se-ia, no caso concreto, viabilizando de maneira racional a efetivação de

princípios e protoprincípios que permeiam o nosso ordenamento positivo, deixando neste aspecto de aplicar normas que mesmo constitucionais ou legais, sem dúvida redundariam em uma flagrante inconstitucionalidade. Desta maneira, deixando de aplicar a norma assim que publicada, no primeiro dia do exercício subsequente, estará o intérprete da lei dando ensanchas a que se proceda a um *discrimen* que seria um tratamento tributário diferenciado dispensado aos contribuintes domiciliados no imaginário município do Amazonas, que teriam um prazo mais elástico (por exemplo noventa dias) para cumprir a norma, enquanto que o contribuinte domiciliado em Brasília não estaria excluído da obrigatoriedade de cumpri-la imediatamente.

Submetendo este *discrimen* a um teste de verificabilidade dentro dos parâmetros traçados pelo professor Celso Antonio Bandeira de Melo²⁰, para aferir se a discriminação concebida encontra-se em adequação com o princípio constitucional da isonomia, teríamos que primeiro submeter a exame o fator de desigualação: o contribuinte é domiciliado em local de difícil acesso e comunicação, impossibilitado, destarte, de ter conhecimento em prazo razoável de lei publicada e vigente; em segundo lugar analisar a correlação lógica abstrata existente entre o fato de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diferenciado: sem embargo, há justificativa lógico racional em estabelecer tratamento desigual, considerando que a toda evidência é materialmente impossível o contribuinte domiciliado naquela região de difícil acesso e comunicação ter conhecimento da norma, enquanto que os domiciliados no Distrito Federal e em outras localidades têm a possibilidade de

conhecê-la imediatamente, e, por fim, a existência de correlação lógica entre o *discrimen* verificado em concreto, em consonância com os valores normativos consagrados constitucionalmente: o tratamento tributário diferenciado dispensado ao contribuinte domiciliado na Amazônia repousa na necessidade da preservação de valores e princípios tutelados pelo ordenamento constitucional positivo, no caso, os princípios da não-surpresa, segurança jurídica e isonomia tributária. Em face o exposto, concluímos que a discriminação efetivada tem a chancela do nosso ordenamento constitucional positivo.

4. À GUIA DE CONCLUSÃO

Pelo que foi visto, mesmo em se tratando de um exame *perfunctório* dos princípios da anterioridade e isonomia da lei tributária, no que pertine à dinâmica da aplicação e interpretação do direito sob um enfoque dogmática e tendo por objeto de pesquisa o nosso ordenamento positivo, podemos encerrar estas breves linhas reflexivas concluindo que:

1º) Da maneira como se encontra estruturado o princípio da anterioridade da lei tributária, mesmo em se reconhecendo a sua peculiaridade de inexistir no direito comparado princípio a ele equivalente ou mesmo de ter sido reconhecido por decisão do STF em ação direta de inconstitucionalidade como um direito e garantia fundamental do cidadão, portanto insuscetível de ser modificado pelo poder constituinte derivado através de Emendas, não vem cumprindo os seus desideratos constitucionais de promover uma efetivação da justiça tributária, supedaneada na realização dos

princípios da não-surpresa e segurança jurídica do cidadão contribuinte no que concerne às limitações ao poder de tributar do Estado, sendo por assim dizer um retrocesso institucional diante do princípio da Anualidade da lei tributária, da maneira como estava posto no ordenamento constitucional de 1946 que além de exigir a existência material de norma anterior ao exercício tributário subsequente que instituisse ou majorasse tributos, ainda exigia que esta lei estivesse incluída formalmente na lei orçamentária anual, autorizando a instituição ou majoração do tributo pretendido.

2º) Ficou demonstrado que a aplicação, em concreto, do princípio da anterioridade da lei tributária, poderá ensejar, hipoteticamente, mesmo em se tratando da aplicação de uma norma constitucional, em uma situação de injustiça, consagrando uma discriminação odiosa entre contribuintes que estejam em situações diferentes (V.G. Lei Tributária que aumenta tributo e que colha da mesma forma com a sua publicação contribuintes que se encontrem com domicílios tributários situados geograficamente uns com o privilégio de terem a possibilidade de conhecê-la imediatamente, outros, pelo difícil acesso e comunicação, sem esta possibilidade); tendo em vista que respeitado o princípio da anterioridade e sendo publicada a norma inovatória de Tributação lastreada na presunção de que “IGNORANTIA LEGIS NEMINEM EXCUSAT”, a aplicação da citada lei acarretará, indubitavelmente, uma flagrante inconstitucionalidade, em decorrência de clara e indisfarçável agressão ao princípio geral da igualdade de todos perante a lei, que é norma e princípio constitucional explícito e auto-aplicável (direito e garantia fundamental

do cidadão), como também, especificamente, lesionará o Estatuto Constitucional do Contribuinte consubstanciado como limite ao poder de tributar do Estado sob a denominação de princípio da isonomia da lei tributária.

Nestas circunstâncias, cabe ao intérprete ou aplicador da lei realizar em toda plenitude os princípios da não-surpresa e segurança do contribuinte, aplicando a norma jurídico-tributária com prudência e cuidado para não individualizar normas que idealizaram situações abstratas e genéricas, mas que na dinâmica de tornar o direito em concreto não puderam prever incongruências ou assimetrias decorrentes do fenômeno da sua aplicação, criando situações de inusitada injustiça, perceptível, principalmente, quando se viola o princípio da isonomia tributária.

Desta forma, deve o aplicador ou intérprete da lei avaliar e aquilatar as conseqüências da aplicação do direito, em cada caso concreto, dando cumprimento ao princípio maior que irradia os seus vetores por todo o ordenamento positivo, que é a igualdade, devendo discriminar situações sempre que a aplicabilidade do princípio o exija, verificando, na eleição do discrimen, se estão presentes os critérios fornecidos pelo publicista Celso Antonio Bandeira de Melo para uma aplicação isonômica da lei que são: o elemento de discriminação tomado como fator de desigualação; a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido como critério de discriminação e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado e, finalmente, a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e juridicizado.

Verificada na análise do caso concreto a existência destes critérios, cumpre ao intérprete deixar de aplicar de maneira inconstitucional a norma constitucional, como no exemplo que foi dado, dentro daquela razoabilidade que deve nortear o operador do direito preconizada por SICHES, concedendo um prazo diferenciado ao contribuinte que esteja em situação de desvantagem no que se refere à sua possibilidade de conhecer uma lei tributária publicada no exercício financeiro anterior em estrita observância ao princípio da anterioridade, mas que a sua vigência imediata trará por conseqüência uma discriminação odiosa e inconstitucional em que se privilegiará contribuintes em detrimento de outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALEEIRO, Aljomar – Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar. 5^a ed. Forense. Rio de Janeiro -1977
- BECKER, Alfredo Augusto – Teoria Geral do Direito Tributário. 2^a ed. São Paulo, Saraiva 1972.
- BORGES, José Souto Maior – A Isonomia Tributária na Constituição Federal de 1988, in Revista de Direito Tributário n^o 64. In Limitações Temporais da Medida Provisória: A Anterioridade Tributária, in Revista de Direito Tributário n^o 64.
- CANOTILHO, J.J. Gomes – Direito Constitucional. 5^a ed. Ed. Almedina, Coimbra, 1992.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro – Comentários à Constituição de 1988. Sistema Tributário 6^a ed. Forense. Rio de Janeiro-1995.
- CARRAZA, Roque Antonio – Curso de Direito Constitucional Tributário. 5^a ed. Malheiros Ed. -São Paulo.1993.
- CARVALHO, Paulo de Barros – Curso de Direito Tributário. 6^a ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 1993. In O Princípio da Segurança Jurídica. Revista de Direito Tributário n^o 61.
- FORANELLI Jr. Adelmo – Anterioridade e Irretroatividade – vigência, eficácia e validade, in Revista de Direito Tributário n^o 54.
- GRAU, Eros Roberto – In Publicação da Lei e Termo Inicial da Vigência da Lei. Revista de Direito Tributário n^o 63.
- GONÇALVES, J.A. Lima – Isonomia da Norma Tributária. 1^a ed. Malheiros Editores. São Paulo.1993.

- MANEIRA, Eduardo - Direito Tributário. Princípio da Não-Surpresa. Livraria Del Rey Editora - Belo Horizonte - 1994.
- MACHADO, Hugo de Brito - Curso de Direito Tributário. 9^a ed. Malheiros Editora. São Paulo 1994.
- MELO, Celso Antonio B. de Melo - O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 2^a ed. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1984.
- ROSA Jr., Luiz Emygdio F. da - Novo Manual de Direito Financeiro e tributário. 6^a ed. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 1990.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Temas de Direito Público. 1^a ed. Del Rey Editora. Minas Gerais. 1994.

- ¹ A isonomia tributária na Constituição Federal de 1988. In Rev. de Direito Tributário n^o 64-pág.11 - Ed. Malheiros - S. Paulo
- ² Teoria Geral do Direito Tributário - Ed.Saraiva - 2^a ed. 1972-pág.177-S.Paulo
- ³ Direito Constitucional - Gomes Canotilho - ED. Almedina - 5^a ed. 1992-pág.186-Coimbra
- ⁴ Flávio Novelli, O Princípio da Anualidade Tributária, Apud Eduardo Maneira (princípio da não-surpresa pag.36)
- ⁵ Aliomar Baleeiro, Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar - 5^a ed. - Forense - 1977 - pag.12. Rio de Janeiro
- ⁶ Sacma Calmon Navarro Coelho - Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário - forense - 1995, pag. 315 - Rio de Janeiro
- ⁷ Luiz Emygdio F. da Rosa Jr - Novo Manual de Direito Financeiro e Tributário - 6^a ed. Ed. Renovar - Rio de Janeiro, 1990 - pag.216.
- ⁸ Sobre a dificuldade de aplicação do princípio da isonomia, afirma Paulo de Barros Carvalho: "O conceito de igualdade, porém, não é de fácil determinação. autores ilustres pretenderam demarcá-lo, encontrando acerbos dificuldades. Em função de sua plasticidade, amolda-se diferentemente aos múltiplos campos de incidência material das regras jurídicas, o que torna penosa a indicação precisa do seu conteúdo." In curso de direito Tributário, 6^a ed. - Saraiva, 1993, pag. 92 - São Paulo
- ⁹ Celso Antonio Bandeira de Melo, o Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade - 2^a ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1984 - pag.13 - S. Paulo
- ¹⁰ Paulo de Barros Carvalho in "O Princípio da Segurança Jurídica" - Revista de Direito Tributário n^o 61, pag.78, Ed. Malheiros - S.Paulo
- ¹¹ Ob. Cit. pag.27.

- ¹² Ob. Cit.pág.27/28
- ¹³ Diferentemente do que preconiza o prof. Roque Carraza (Curso de Direito Constitucional Tributário - 5^a ed. - Malheiros Editora-1993, pag.118) o nosso entendimento é no sentido de que o princípio da anterioridade refere-se a vigência da lei e não a sua eficácia. Conferir o artigo "anterioridade e irretroatividade - vigência, eficácia e validade das leis" da autoria de Adelmo Fioranelli Júnior (in Revista de direito tributário n^o 54 - out/dez. 1990, pag.44/46) onde o autor dilucida o problema: "O conceito de eficácia, por outro lado, diz respeito à produção pelas leis (ou pelas normas jurídicas em geral), de efeitos de direito, consiste a eficácia na aptidão de uma norma para produzir efeitos jurídicos concretos. (...)
A doutrina tem reconhecido a íntima vinculação existente entre a eficácia das leis e a vigência das normas.
Vigente é a lei que pode ser invocada para produção de efeitos jurídicos concretos. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, vigência "é uma qualidade da norma que diz respeito ao tempo em que ela atua, podendo ser invocada para produzir efeitos. "Deste modo, a vigência da lei consiste no período em que a norma pode ser aplicada ou incidir sobre as situações de fato nela descritas."
Ver também a propósito Hugo de Brito Machado, Curso de direito Tributário - pag.63/65 -Ed. Malheiros - 9^a ed.-1994 - São Paulo
- ¹⁴ Ob. Cit pag.316.
- ¹⁵ Carlos Mário da Silva Velloso, in "TEMAS DE DIREITO PÚBLICO" 1^a ed. 1994 - Ed. Del Rey - pag.253 - Minas Gerais
- ¹⁶ J.A. Lima Gonçalves in Isonomia na Norma Tributária, 1^a edição - 1993 - Malheiros Editores - pag.54 - São Paulo
- ¹⁷ José Souto Maior Borges, in Limitações Temporais da Medida Provisória: A Anterioridade Tributária, Revista de Direito Tributário n^o 64, Malheiros Editores, pag.197 - São Paulo
- ¹⁸ Eros Roberto Grau, in publicação da lei e termo inicial de vigência da lei, Revista de Direito Tributário n^o 62, Malheiros Editores, pag.63 - São Paulo
- ¹⁹ Eros Roberto Grau, Ob. cit. pag.63.
- ²⁰ Ob. Cit.pág.27/28

A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL.

Agenor Ferreira de Lima

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, integrante da Primeira Câmara Criminal.

A tentativa de conciliação como procedimento preliminar em ações judiciais não é novidade no nosso direito judiciário. Sabemos todos que certas demandas cíveis, assim como as lides trabalhistas conhecem-na, não é de hoje. No próprio Código de Processo Penal está prevista a possibilidade de solução acordada, embora de aplicação restrita às ações de iniciativa privada relativas aos crimes de calúnia e injúria da competência do juiz singular (arts. 520 e 522).

Com o advento, porém, da recente Lei 9.099/95, que tem sua nascente no art. 98, I, da Constituição Federal, a justiça brasileira põe à prova uma nova experiência de composição consensual com mais larga abrangência, tanto no âmbito dos litígios como no campo da persecução penal.

Na área do direito repressivo, criaram-se os Juizados Especiais Criminais com competência para a conciliação, o julgamento e a execução das denominadas infrações de menor potencial ofensivo, compreendidas nessa acepção legal as contravenções penais e os delitos a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, exceção feita dos casos sujeitos a procedimento especial (art. 60 e 61).

Os novos institutos, muitos deles de natureza híbrida (instrumental e material) cortaram fundo no tecido da nossa legislação processual codificada. Doravante, temos de conviver com eles. Os mais inovadores são a composição do dano civil, a transação penal, a representação do ofendido como condição de procedimento da ação pertinente às lesões corporais culposa ou leves e a suspensão condicional do processo em relação a delitos cuja pena mínima não seja superior a um ano.

Trata-se, bem se procede, de mais uma cirurgia de implante no já demais remendado organismo do nosso estatuto processual penal. Tão perturbadoras são as suas conseqüências no mudar os rumos teóricos e dogmáticos, da nossa ciência penal que levou Ada Pellegrini Grimover a considerá-las “uma verdadeira revolução no sistema processual penal brasileiro”.

O procedimento é informal e descomplicado. Dá-se ênfase funcional à oralidade e celeridade dos atos do processo. Seu objetivo é de resultado, como se diz hoje, e visa a proporcionar uma prestação jurisdicional rápida em que haja redobrado empenho de evitar a imposição de pena privativa de liberdade; ao invés, busca-se a aplicação de pena alternativa (restritiva de direito ou multa-CP. 43 e 49).

Para isso o Estado faz concessões. Flexibilizou o princípio dogmático da obrigatoriedade da perseguição penal nos crimes de natureza pública, concedendo ao Ministério Público poder discricionário regrado, de modo a permitir-lhe transacionar com o autor do fato, independentemente do exame antecipado da culpabilidade.

Com tal mecanismo, agilizam-se os passos do Poder Judiciário na definição das situações jurídicas pendentes

tes do seu pronunciamento e, ao mesmo tempo, briga-se contra a impunidade dos malfeitores que agora irão encontrar um portal de difícil acesso à prescrição extintiva. Não só isso. As novas medidas também põem em prática uma salutar política criminal do alívio da sobrecarga das populações carcerárias do País.

A partir de agora, as pessoas incumbidas de operar o sistema terão que se familiarizar com um novo roteiro de trabalho muito diferente dos cânones com que temos lidado até hoje. De começo, há uma fase preliminar que se inaugura com a atuação da autoridade policial, atos pré-processuais, naturalmente. A ele se comete a tarefa de registrar, em termo circunstanciado, a ocorrência do fato, providenciando o boletim médico respectivo e remeter ditos papéis para o Juizado Especial, encaminhando também o autor do fato e a vítima, a não ser que se trate de delito cuja ação penal dependa da iniciativa do ofendido.

Recebendo o expediente da polícia, presentes o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima, acompanhados dos seus advogados, o Juiz ou os Conciliadores abrem, na audiência, espaço à composição negociada entre o ofendido e o autor do dano civil, e se for o caso, a subsequente proposta do MP de aplicação imediata de pena não detentiva (art. 72). Se a composição civil chegar a bom termo, homologada esta pelo Juiz, adquire caráter de título executivo. O eventual não cumprimento da obrigação dá cabimento à execução no Juízo cível.

Sob outro aspecto, resulta de acordo civil a extinção da punibilidade desde que não esteja em jogo ação penal

pública incondicionada. É que a conciliação implica na renúncia tácita do direito de queixa ou representação na hipótese em que a ação dependa do impulso inicial do ofendido ou de sua representação para legitimar a promoção do MP.

Não obtida a composição conciliada, sendo de caráter público a ação penal intentável ou já tendo a vítima oferecido a representação no caso de ação condicionada, a Promotoria de Justiça recorrerá à via consensual mediante proposta de aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa), a qual, aceita pelo autor do fato e seu defensor, será aplicada pelo Juiz, por sentença, abstraído o problema da culpabilidade. Cumprida a sanção, extingue-se a pretensão punitiva do Estado.

Caso não se chegue à transação penal, isto é, frustrada a tentativa de aplicação consensual da pena alternativa, passa-se na mesma audiência, e sem solução de continuidade, à etapa da persecução penal, adotando-se o procedimento sumaríssimo.

Então o Ministério Público oferecerá, de logo, a denúncia oral com suporte no termo circunstanciado da ocorrência, ocasião em que proporá a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, caso a cominação mínima para o ilícito não vá além de um ano e o denunciado reúna os requisitos legais exigíveis. Reduzida a escrito a peça inicial acusatória, marca-se a data da audiência de instrução e julgamento. Nessa audiência, ouvido o defensor sobre os termos da acusação (juízo de admissibilidade) o magistrado acolherá ou não a imputação; recebendo-a, e acordando as partes com a suspensão do processo, poderá a autoridade suspendê-lo pelo tem-

po e sob as condições negociadas. Decorrido o prazo sem ter havido revogação do benefício, ocorre a extinção da punibilidade. A prescrição não ocorre durante o período de prova.

Se o delito por sua natureza não comportar a suspensão condicional do processo, a ação terá seguimento, iniciando-se a instrução criminal que se encerrará com a sentença final de que caberá apelação para o Colégio Recursal.

Sobrevindo condenação exclusivamente à pena de multa, paga esta, “o juiz declarará extinta a punibilidade” (art. 84, parág. único).

Temos para nós não ser a expressão “declarará extinta a punibilidade” tecnicamente apropriada para traduzir a real eficácia do ato. Pois, aqui, a multa aplicada não resulta de transação entre partes (art. 76); decorre mesmo de condenação imposta pelo juiz no exercício de função jurisdicional em que se discutiu e foi reconhecida a culpa do agente. Paga a multa, exauriu-se a punição. Parece-nos que uma releitura em nível sistêmico do dispositivo (art. 84. parág. único) captará o seu exato sentido que poderia ter sido expresso, com melhor adequação terminológica, nestes termos: Efetuado o pagamento, o Juiz declarará extinta a pena.

Esta é a nossa visão sucinta dos quatro institutos básicos da Lei 9099/95 de nítido conteúdo despenalizador. Dada a sua natureza benéfica ao infrator têm eles incidência imediata (C.F., art. 5º LXXVII, §1º) e, por isso mesmo, devem ser aplicados por qualquer Juízo enquanto não instalados os Juizados Espe-

ciais Criminais. E mais: por força ainda de comando constitucional (art.5º XL), a nova lei terá de retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência, respeitada a autoridade da “RES JUDICATA”. Daí porque todos os processos em andamento no surgir dessa Lei nos quais estejam envolvidos tipos penais por ela contemplados, estão sujeitos a retrospecto, em que se examine a aplicabilidade dos novos institutos mais benéficos. Mesmo os feitos em grau de recurso nos tribunais devem retornar à instância inferior com idêntica finalidade.

Resta-nos esperar que todos os operadores da nova legislação façam a sua parte com redobrado esforço, visando a uma eficiente operacionalidade do sistema na esperança de que a criminalidade em nosso País possa, pelo menos, recuar para níveis suportáveis de convivência.

A FUNÇÃO DO JUIZ(*)

José Néri da Silveira

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Sumário: 1. Introdução. 2. A ordem jurídica e os valores. Missão do jurista, diante do neutralismo axiológico. 3. Características da atividade jurisdicional. Judiciário: poder político e independência. 4. A função do juiz. Limites na atividade jurisdicional. 5. O juiz, a realidade e as exigências sociais. 6. O juiz e seus poderes na cena judiciária. 7. O juiz, a justiça social e o bem comum. 8. Encerramento.

1. Muito me sensibilizou o honroso convite do ilustre Desembargador Nildo Nery dos Santos, Diretor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, a participar do Curso de Processo Civil para magistrados de todo o País, que se realiza nesta bela cidade do Recife, de tão honoráveis tradições de civismo e amor às causas do Direito.

Agradeço a amável acolhida e a oportunidade de estar entre ilustres magistrados e juristas partilhando das preocupações de todos com a melhoria da administração da Justiça, em nossa Pátria, serviço público essencial ao aperfeiçoamento da ordem democrática, à segurança e à realização dos direitos e garantias do povo.

2. Enquanto obra do homem, o direito positivo há de ser, por primeiro, compreendido “no círculo da conduta impregnada de valor”, na expressão de Radbruch, pois, em verdade, na vida cultural, em que se insere o direito, os valores constituem objetivos a ser alcançados. A consciência jurídica é, acima de tudo, uma consciência de valores na vida social, cumprindo se lhes empreste, outrossim, verdadeira ordem hierárquica, na dinâmica do convívio. Na formulação da ordem jurídica, não cabe, dessa maneira, o neutralismo axiológico, em virtude do qual “justo é apenas sinônimo de legal”, ou como decorre do historicismo radical, ao afirmar, na expressão de Helmut Coing, sua crença no princípio da igual dignidade das idéias morais eficazes no transcurso da história. Conforme anotou Carlos Cossio, passou a ser “verdade de ordem comum que a experiência jurídica, por ser precisamente experiência humana, não é uma experiência natural, isto é, neutra no valor, mas uma experiência estimativa, valiosa”. Nem seria aceitável erigir a ordem jurídica positiva, em si mesma, como exclusiva medida do justo, sob pena, desde logo, de renúncia à realização do valor da Justiça, naqueles convívios sociais, onde não se garantem a liberdade ou o livre desenvolvimento da personalidade, nem se dá eficaz proteção à pessoa humana, contra a exploração econômica, que humilha, por vezes, frações majoritárias de integrantes dessa mesma comunhão social, ou, ainda, onde não se criam, na ordem estabelecida, os instrumentos indispensáveis à geração de oportunidades a todos, e não apenas a alguns, a fim de lograrem condições de alcançar a realização dos anseios fundamentais da vida, presentes, de forma insopitável, em toda a criatura humana, por sua própria natureza, mesmo considerada na sua inserção histórica. Cumpre entender, de outra parte, que os membros do convívio estão ligados em um destino

comum, constituindo a solidariedade valor, que propicia a cada um sentir-se, a bom modo, em contato com os outros. Gerando a coexistência espírito de autêntica empresa comum, a cooperação e participação são, também, valores imprescindíveis: de um lado, a superar o isolamento e o egoísmo, elementos negativos ao diálogo que constrói, e, de outro, a possibilitar a contribuição consciente e indispensável de todos ao sucesso da empresa comum, cujo malogro ou êxito a todos alcança e envolve.

Na reflexão em torno da angustiante problemática social, onde há, também, expressões de desvalor, de injustiça, não poderão os combatentes do Direito adotar, à evidência, atitude de indiferença, abstendo-se, deliberadamente, de discutir o valor do conteúdo da ordem positiva, na parte que guarda pertinência com esse tema, ao fundamento de que seu dever se restringe, tão-só, à verificação da justiça conforme a lei. FRIEDRICH VON HAYEK, no vol 2 de sua obra *LAW, LEGISLATION AND LIBERTY* (1976), rebatendo o referido neutralismo axiológico, em Kelsen, para quem, “a noção de justiça escapa ao conhecimento racional, que só discerne interesses, em conflito ou em eventual composição”, assevera: “A ausência de um critério positivo do justo não elimina a possibilidade de testes **negativos**, perfeitamente objetivos e racionais, que caracterizam o **injusto** através da procissão histórica dos esforços humanos movidos por um ideal de justiça”, anotando: “A busca do ideal de justiça, como a do ideal de verdade, não pressupõe que saibamos o que a Justiça (ou a verdade) é - mas apenas que conheçamos o que consideramos injusto (ou falso)”. Não cabe, pois, aos juristas, apenas, analisar a ordem revelada nas instituições vigentes, para mantê-las, assim como se manifestam, mas visualizados os fatos do convívio, se-

gundo os parâmetros da Justiça, incumbem-lhes porfiar pelas transformações, na medida em que estas se fazem imperativo do justo, seguindo-se, para tanto, as vias formais previstas no próprio direito. Aliás, esse compromisso dos juristas com as mudanças da ordem positiva, mediante o devido processo legal, é tanto mais suscetível, quanto mais em foco se encontrarem os superiores interesses da liberdade e da dignidade da pessoa humana, enfim, a causa da humanidade, à qual todos prometemos, um dia, em juramento solene, não faltar.

3. Ao magistrado, na aplicação da ordem jurídica positiva, propõem-se, no particular, todavia, quanto ao exercício do seu nobre ofício, notas que bem caracterizam, por si sós, não ser a atividade jurisdicional simples atividade jurídica.

Com efeito, a garantia de direitos e a separação de poderes são componentes da noção de ordem constitucional, desde o último quartel do século XVIII. A constituição, no Ocidente, tem sido instrumento de limitação do poder. Qual escreveu EDWARD S. CORWIN, “como os poderes “legislativo” e “executivo”, sob a Constituição, o poder “judiciário” também implica certos atributos incidentais ou **inerentes**. Um deles é a faculdade de interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, quer as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com uma autoridade que obriga, constitucionalmente, ambos os ramos do Governo”. Noutro passo, acrescenta: “Intimamente ligado a esse atributo do poder judiciário, existe outro, o de proferir ‘decisões finais’. Quando se confia a um tribunal dos Estados Unidos a determinação de uma questão, seja de direito ou de fato, sua decisão só pode ser revista, constitucionalmente, por um **tribunal** de instância supe-

rior, e não pelos outros dois ramos do Governo ou pelos seus órgãos”. (in *“A Constituição Norte-Americana e seu significado atual*, tradução de Lêda Boechat Rodrigues, págs. 162/165). COOLEY, à sua vez, anotou: “Os diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e em autoridade que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter o outro a sua jurisdição, nem a privar de qualquer porção de seu poder constitucional. Mas o poder judiciário é autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos”. Não cabe, diante da decisão judicial definitiva, opção dos que lhe são destinatários, – quer se cuide de particulares, quer de detentores de poder, – no sentido do acatamento, ou não, do julgado. Por sua natureza, o que se contém na sentença judicial, desde que esta se torne irrecorrível, no âmbito do Poder Judiciário, constitui, na ordem democrática, comando incontestável, tornando-se, pois, fora de propósito, qualquer indagação ou perplexidade sobre se a autoridade executiva ou legislativa cumprirá a decisão judicial.

Assenta, de outra parte, o sistema que nos serviu de modelo, ao implantar-se a República, em 1889, no princípio da supremacia da Constituição, à qual se subordinam todos os Poderes, e, por igual, na independência do Judiciário, que se manifesta, por primeiro, na prerrogativa eminente de proceder à revisão judicial das leis diante da Constituição, anulando-as quando com esta incompatíveis. Depois do advento da Constituição de 1891, que definia, expressamente, essa faculdade do Poder Judiciário, no art. 59, parágrafo 1º, letra b), quanto ao controle de validade de leis e atos estaduais, em face da Constituição e leis federais, a matéria da constitucionalidade dos

atos legislativos, em geral, foi tratada, de explícito, pela Lei nº 221, de 20.11.1894, cujo art. 13 dispõe: “Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar, aos casos ocorrentes, as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. Essa competência para operar, acerca da lei, a chamada “judicial review”, a revisão judicial, revela manifesto **poder político**, porquanto, se este existe no órgão que faz a lei, cumpre entender, inafastavelmente, estar presente, por igual, no órgão que dispõe de império para declarar-lhe a invalidade. Bem de entender é, outrossim, que essa dimensão política do Judiciário, onde consagrado o controle judicial da constitucionalidade dos atos do Congresso e do Governo, confere-lhe a inequívoca nota de **independência**.

4. Se é certo, assim, que o juiz, na fase republicana brasileira, não há de ser autômato, na aplicação da lei, senão que lhe cumpre, desde logo, verificar de sua conformidade com a Constituição, não é menos exato, de outra parte, que o juiz, enquanto órgão do Poder Judiciário, não está autorizado, pela ordem constitucional, a desprezar a lei válida e decidir o caso concreto, por critérios pessoais, subjetivos, qual estivesse a criar a norma que lhe pareça, mais justa ou mais conveniente, a solver a hipótese em exame. A autoridade do juiz decorre da Constituição e das leis em conformidade com a Carta Magna. A só investidura como autoridade judiciária não lhe empresta aptidão a decidir, discricionariamente, apenas, por invocação de princípios ideológicos ou de convicções pessoais, deixando à margem a lei válida (isto é, conforme à Constituição), aplicável à espécie. De contrário, seria admitir, desde logo, a substituição do legislador, pelo

juiz, com evidente desconsideração ao preceito básico do sistema democrático, relativo à separação e harmonia dos poderes, cujo exercício há-de dar-se nos limites deferidos na Constituição.

Cumprido entender, entretanto, que, com isso, não se diminui a independência do magistrado na sua legitimação para, em solvendo litígios, interpretar a lei, atento a seus fins sociais e aos imperativos do bem comum, que também lhe cumpre promover, no ato de julgar.

Com efeito, vencida está a era em que uma concepção predominante diversa do comportamento dos poderes constitucionais, como “províncias estanques do Estado”, operava, em princípio, a submissão inquestionável do magistrado ao texto literal e frio da lei, reduzida a função judiciária a atividade estritamente jurídica, incumbindo ao Juiz, apenas, dizer o direito, tam como preexiste a seu pronunciamento, jungido a limites lógico-formais, sem permissão para liberdades que possam acrescentar ao mundo jurídico qualquer elemento que, aí, já não figure de modo explícito ou latente. Nesta quadra do tempo, não é possível ter do juiz, apenas, a fisionomia que lhe retrata esta passagem de Cícero, no *De legibus*, 3, 2, “pode o magistrado dizer-se a lei a falar; e a lei dizer-se o magistrado em mudez (*dici potest magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum*)”, visão essa ainda projetada, no século XVIII, quando Montesquieu, repetindo o conceito ciceroniano, escreve que “os juizes da nação não são... senão a boca que pronuncia as palavras da lei”, “seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o vigor” (*De L’Esprit des lois*, 11,6). Há, em verdade, o juiz, de nossos dias, de ter presente a realidade do mundo social e econômico em que vive, ao

voltar-se para a concretude do caso que lhe incumbe dirimir. Só desta maneira atenderá ao caráter prático de seu ofício, considerando, outrossim, na aplicação da lei, conforme preceito em voga, os fins sociais a que ela se dirige, quanto às exigências do bem comum. A esse propósito, admiravelmente, observou o ilustre Ministro JOÃO LEITÃO DE ABREU:

“Auscultando, em face da dramaticidade inerente ao caso concreto, as pulsações da vida social, o juiz, guardando as palavras da lei, porta-se com certa margem de liberdade na sua aplicação.”

Referindo-se ao fato de, em realidade, os juizes, no exercício legítimo de sua função, nunca se terem cingido, no aplicar as leis, a realizar operações de caráter simplesmente lógico-formal, escreveu o insigne jurista:

“A verdade é que, em todos os tempos, o juiz, para dar resposta às exigências da utilidade comum, sempre se deixou guiar por juízos de valor. (...) A sensibilidade apreciadora do juiz preside, comumente, por conseguinte, quer à qualificação dos fatos, que hajam de entrar no silogismo da sentença, quer à eleição do texto legal, que lhe venha servir de apoio. A juízos de feição axiológica subordinasse, igualmente, a escolha, em cada hipótese, do método de interpretação a ser utilizado, porquanto não é possível justificar-se, por via puramente lógico-formal, o emprego, aqui, de um método e ali de método diverso para aplicação do direito”. (in “*A Função Política do Judiciário*”, “Correio do Povo”, Porto Alegre, ed. 14.09.1965. p. 4).

Em torno da atividade judiciária, neste particular, à sua vez, MIGUEL SEABRA FAGUNDES percorreu: “Por isto, quando os conflitos de interesses suscitam a aplica-

ção da norma legislativa, pelo poder estatal incumbido de dirimir as controvérsias sociais, é comum que o seu ajustamento à solução dos casos exija um trabalho criador naquele sentido apontado por JHERING e SALEILLES, isto é, partindo da lei, mas indo além dela. Se a norma não acompanha o compasso da vida, e, no entanto, se torna preciso com ela regular relações novas, é mister extrair-lhe sentido inédito e emprestar-lhe conseqüências inesperadas (RECASÉNS SICHES). E, então, o juiz se desdobra no completar e desenvolver, no restringir e atenuar, segundo critérios emergentes, as deficiências e arestas dos textos legais. Ao influxo da sua ação o 'teor literal da lei permanece invariável, porém, insensível, e continuamente vai cobrando novo sentido e varia de conteúdo com as modificações dos fenômenos sociais sobre os quais deve projetar-se' (RECASÉNS SICHES). Adstrito de um lado ao princípio de fidelidade à lei, que preside às atividades judiciárias, mas de outro obrigado a decidir pelo princípio de **não denegação da justiça**, imperativo do próprio conteúdo ético, utilitário e jurídico do Estado (DONATI; ALÍPIO SILVEIRA), o juiz, partindo dos textos, quando possível e enquanto possível, tangenciando-lhes a rigidez, recorrendo aos princípios gerais que a doutrina e o direito comparado lhe fornecem, alcança soluções superando a omissão da lei escrita ou ampliando-a na sua compreensão". (in *Contribuição da Jurisprudência à Evolução do Direito Brasileiro*, Revista Forense, vol. 126, pág. 18).

5. Em outro aspecto de sua função, releva sinalar que não pode o juiz viver, apenas, no campo das idéias. A idéia, como observa LAVELLE, é, tão-somente, um intermediário, e é nos seres verdadeiros e nas relações vivas que com eles mantemos, que encontramos o real e não nas idéias (*Le moi et son destin*, págs. 167 e 168). Se,

como proclamou RAVÀ, o direito é uma consciente tentativa para aplicar a idéia eterna da Justiça, segundo as condições concretas de um dado lugar, de certa população, de um determinado momento, ao mensageiro desse ideal incumbe viver e sentir essa realidade. O direito, para servir à sociedade, não pode ficar na pura abstração, mas deve existir no conviver humano, ser companheiro da vida, assistindo e protegendo, promovendo o convívio harmônico e a segurança nas relações sociais. O juiz, desse modo, há de estar atento aos fatos, ao tempo em que vive, não lhe bastando o conhecimento da técnica de direito, para que se resolvam adequadamente os conflitos e se avance, de maneira segura e equilibrada, em direção ao que deve ser. Válido é, no particular, afirmar-se que, em princípio, o que se procura, no processo, é a vida, nas suas múltiplas manifestações. E o juiz tem que penetrar na parte noturna do ser, nas suas manifestações de rebeldia, na sua variada manifestação: no crime, na fraude civil, no desamor, no ódio. Em princípio, em cada processo, há problemas humanos, e não apenas problemas de técnica jurídica. Não é possível, destarte, admitir-se que ao juiz caiba, predominantemente, a tarefa de especulação abstrata ou a simples exegese do direito constituído. Se não lhe é possível a criação livre do direito, para o caso concreto, partindo o juiz, nas decisões, ou de meras ideologias ou concepções pessoais sobre a sociedade ou o homem, ou curvando-se ao império das emoções no subjetivismo de seus julgamentos, não lhe compete, também, perder-se em puras divagações doutrinárias alheias às realidades da vida. Desse modo, o conhecimento do mundo, de par com uma profunda seriedade moral, a presença do humano e do social, à luz de seu tempo, o amor ao saber e à verdade, a inflexibilidade na defesa do valor da justiça, não podem estar ausentes da vida do juiz. Cumpre-lhe, pois, pelo estudo e

a reflexão, tecer suas construções, a partir da descoberta de elementos existentes na intimidade do ordenamento jurídico, com base nos quais encontra, dentro do possível e enquanto cabível, a prudente solução às transformações sociais necessárias e, por vezes, indiscutivelmente, desejados. Nisso está uma das mais significativas atividades dos juizes na busca do bem comum, que não se compreende, nem se pode realizar, sem Justiça. Se a interpretação das leis e a construção do direito não podem negar ou violar os limites, expressamente, demarcados, da fonte principal, legislativa, indiscutível é, todavia, que imensos domínios se abrem à adaptação dos textos legislativos, tantas vezes inadequados à época e às exigências vitais da sociedade, para os que sabem ver a função social e conciliadora da justiça viva, da justiça dinâmica. Há o juiz, outrossim, de vislumbrar, de maneira constante, o caráter prático do grave ofício de julgar e, desse modo, embora seguro nos exercícios lógico-formais, nas construções teóricas e nas doutrinas hermenêuticas, cumpre-lhe não expor suas decisões, em nenhum momento, ao perigo da ausência do real, certo de que é, na perspectiva deste, que cabe desenvolver o raciocínio judiciário, orientado, permanentemente, por elementos de índole axiológica.

6. De outra parte, distante de mais de um século está a quadra em que exacerbado individualismo reduzia a limites estreitos a área de atividade do juiz, aparecendo as demandas como de interesse exclusivo dos litigantes, intervindo o Estado tão-só para que as regras da luta judiciária fossem observadas pelos contendores e não se fizesse justiça pelas próprias mãos. É certo que a esse sistema do juiz espectador inerte da batalha judicial se procurava atribuir o merecimento de resguardar, de forma plena, a imparcialidade do magistrado. Tornada predominante,

porém, a concepção publicística do processo, não apenas cresceu de ponto a importância da jurisdição no quadro das funções do Estado, alçada à eminência de prerrogativa da soberania nacional, como a finalidade do processo deixou de ser exclusivamente a proteção dos direitos subjetivos, passando a garantir ou atuar o direito objetivo, o que seria de interesse do Estado e não apenas dos particulares.

Se, nessa linha do pensamento político-filosófico, foram aumentados os poderes do juiz, na cena judiciária, cabendo-lhe impulsionar o andamento das causas, determinar provas, reprimir a má conduta das partes, conhecer, “*ex officio*”, de circunstâncias, até então dependentes de alegação do interessado, nada parece, todavia, dar-se em prejuízo da imparcialidade do magistado. Cumpre, nesse sentido, antes de tudo, ter presente que o que bem interessa é a verdade na decisão final. O triunfo na pugna judiciária não deve resultar de pequenos lapsos na atividade do adversário, nem convém à Justiça que as demandas se inutilizem por preliminares de natureza processual, mas, sim, que se decidam os conflitos no seu mérito, pela efetiva existência do direito ao lado do vencedor. Manter o juiz, em relação aos advogados, procuradores judiciais e defensores públicos, que se hão de ter como efetivos colaboradores na administração da Justiça, a mais ampla abertura, prestando-lhes, inclusive, se necessário, esclarecimentos, chamando atenção dos litigantes para aspectos das causas não suficientemente elucidados, alertando-os, outrossim, para circunstâncias descuidadas, por um ou outro dos demandantes, mas que podem ser conhecidas, “*ex officio*”, pelo magistrado, não constitui, por si só, quebramento da imparcialidade do julgador, mas representa, isto sim, forma de favorecer o andamento das

causas e a justiça das decisões. Não há, inclusive, o juiz de recear que essa atividade esclarecedora denuncie sua opinião sobre certos pontos do processo, pois o derradeiro desate pende sempre da concorrência de uma pluralidade de fatores.

7. Por outro lado, se a missão de julgar deve ser cumprida, com inteira indiferença, em relação aos poderosos, jamais poderá ser, entretanto, conforme se assinalou, cega aos imperativos do bem comum. O processo, já disse eminente jurista brasileiro, como eficaz instrumento de ação política estatal, não pode deixar de receber o influxo do universal reclamo de justiça social, que é a tônica de nossa época. Ganha relevo a afirmação, no plano das demandas, hoje, tão numerosas, com as entidades de direito público, em que é parte a União, Estado ou Município, ou suas autarquias, empresas públicas ou sociedade de economia mista em que mantenham o controle acionário, Estado estrangeiro ou organismo internacional. Ora, conquanto, tecnicamente, se deva ter como reduzida, na batalha judicial, à condição de simples parte a entidade de direito público, inequívoco se faz, porém, que as exigências do bem comum, que lhes incumbe imediatamente promover, hão de emprestar sempre a seus atos conteúdo e destinação transcendentes ao simples interesse do particular, na ordem civil, situando-os, em princípio, numa perspectiva do interesse público, pois, como magnificamente ensinou o saudoso professor gaúcho Ruy Cirne Lima, “o fim – e não a vontade – domina todas as formas de administração”.

Refletindo-se, nesta lição judiciária, as relações de tensão permanente entre o Estado e o indivíduo, entre o poder e a liberdade, a figura do bem comum se nos

depara, de maneira imediata e ostensiva, aqui, a cada instante de decidir, e não apenas por forma mediata, consoante sucede, amiúde, no desate das contendas entre particulares. Se isso impõe profunda meditação e grave responsabilidade, no momento em que, dentre outros, pela aplicação da lei, são apreciados pedidos de anulação ou suspensão de eficácia de atos praticados pelas autoridades públicas, de largo alcance numa visão do bem comum, não menos certo é também exista imenso cuidado, para que, em relação aos direitos e garantias dos indivíduos, aos desamparados da fortuna, que são tão numerosos a pleitear direitos, previdenciários ou de qualquer outra espécie, inclusive hoje de natureza trabalhista, não ocorra, em virtude de sua desproteção econômica, lesão ao princípio da efetiva igualdade no processo, entre as partes, ao longo da luta judiciária que travam com as entidades de direito público. Não é suficiente se desenhe mera igualdade formal na relação processual, como a entendia bastante a antiga concepção privatística do processo, para propiciar uma justa solução das demandas. A deficiência, na representação judicial de tais partes, tão freqüente, por razões óbvias, verificadas na observação diária da vida forense, reflete-se, à evidência, no andamento e no resultado final das causas, fazendo com que, por vez, as decisões não correspondem à Justiça, carente o juiz de maiores informações e provas, em face da forma por que se conduz a representação dessas partes. Incumbe, diante disso, ao juiz, principalmente, em primeira instância, por igual, no exercício de suas prerrogativas constitucionais de órgão de um dos Poderes da República, com vistas ao bem comum, informado pela justiça social, sem temor de comprometer sua imparcialidade, realizar, de ofício, participação real em pro-

cessos tais, através de providências de índole probatória. Conforme registrou Liebman, entre o princípio inquisitório e o princípio dispositivo, há lugar para uma fórmula intermédia. Aliás, a regra do art. 130 do Código de Processo Civil permite iniciativa probatória ao juiz, fugindo, assim, à clássica e superada concepção que via no princípio dispositivo a limitação do juiz a decidir, “segundo o alegado e provado pelas partes”, e colocando-se dentro do conceito moderno, que restringe aquele princípio apenas ao primeiro aspecto, isto é, à vinculação do julgador a decidir, “segundo o alegado pelas partes”.

Nessa mesma perspectiva do bem comum, ainda, a independência assegurada à magistratura nacional, por meio das prerrogativas e garantias que a Constituição da República confere ao Poder Judiciário, não significa, nem pode justificar alheamento dos juízes à realidade do tempo em que lhes é dado atuar. Se a admissão do Judiciário, como poder autônomo, a par do Executivo e do Legislativo, representa, indubitavelmente, garantia dos direitos dos cidadãos, sem a qual não é possível o florescimento da vida democrática, e assinala um marco avançado na evolução jurídica dos povos, não menos certo é que se impõe exercitem os juízes, numa democracia, a sua competência jurisdicional, com lúcida visão da enorme responsabilidade, que assumem, notadamente, quando, usando do extraordinário poder de decidir terminativamente, anulam atos ou suspendem a sua eficácia, *si et in quantum*, que hajam sido praticados por órgão do Executivo ou do Legislativo. Na condição de prerrogativa eminente da soberania nacional, há, na função judiciária, o exercício de um poder, de um comando, por via do qual é possível opor limite ao arbítrio do governo ou

da legislatura, mas tal arbítrio deve ser tido, em princípio, como exceção no Estado de Direito, onde a presunção é do exercício do poder segundo a Lei. Em verdade, não é hoje cabível falar-se num inevitável antagonismo entre a administração e a legalidade. Se a administração, no seu agir cotidiano, é simultaneamente dominada, como sinala Jean Cruet, pelo cuidado duplo e contraditório de respeitar aos textos legislativos e de obedecer, entretanto, às necessidades naturais de sua função própria, de seu quase incontrolável anseio de expandir-se, – impende considerar que, nesta era da evolução jurídica e política do mundo ocidental, integrou-se, definitivamente, a administração num processo, com inequívocas características de irreversibilidade, segundo o qual o autoridade há-de se submeter ao império da lei. Uma autêntica vocação de respeito às instituições legislativas parece se ter inserido nos próprios fluxos de atividades do Poder Público, a ponto de tender este, espontaneamente, a fórmulas, expressas ou larvadas, de autolimitação. A racionalização do poder, colimando substituí-lo, enquanto fato metajurídico, pelas regras do direito escrito, é, também, iniludivelmente, fenômeno constante da moderna evolução constitucional. Todo o poder, que se pretenda consolidar, já implica, como condição de sua continuidade, a existência de limites. Foi asseverado por ilustre publicista francês que “todo poder se embebe de direito, no instante mesmo em que instaura nova ordem positiva de direitos”. É, assim, que a fisionomia contemporânea do Estado de Direito retrata progressiva influência do processo jurídico nos domínios da administração pública. Firma-se, cada vez mais, a convicção de que o ato administrativo não pode, útil e validamente, ser praticado pelo Estado, senão nos limites demarcados pela legislação, em conformidade com a moral da instituição e no sentido do interesse público. Nessa

linha, está, inclusive, o art. 37 da Constituição de 1988, ao estipular que a administração pública, de qualquer nível, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A seu turno, o regime democrático autêntico pressupõe o desempenho do poder sob o signo da responsabilidade. Dessa sorte, quando os detentores da autoridade – executiva ou legislativa – presumivelmente preocupados com a promoção do bem comum, introduzem alterações na ordem legal ou nos processos de realização do bem-estar coletivo, importa não procedam os juízes, desde logo, diante das mutações havidas, como sujeitos a “tortura do anacronismo”, tão cruel quanto a do “isolamento ou do automatismo judiciário”. Isso não significa, à evidência, que o juiz há-de titular, um só instante sequer, na prestação jurisdicional, provisória ou definitiva, quando couber amparo a direito violado ou ameaçado, injustamente, pela autoridade, que exceder os limites de seu poder constitucional, subvertendo a ordem jurídica em vigor, ferindo ou ameaçando de lesão direitos dos cidadãos. O compromisso do juiz com a Constituição e a lei válida autoriza-o, desde logo, a exercer sua autoridade no sentido de fazer cessar a eficácia do ato ilegal. De outra parte, no que concerne, em particular, às provisões cautelares, o juízo prudencial do magistrado há-de formular-se, de maneira ainda mais percuciente e aguda, diante das conseqüências que possa ter a decisão provisória, quanto aos interesses maiores do bem comum. Manifesta-se, aí, por sua vez, a fina sensibilidade do juiz que, independente e na solidão de sua consciência, resolve, com lucidez e equilíbrio, a relação de tensão estabelecida entre os interesses sociais e legítimos interesses individuais, ora para acautelar, desde logo, estes, ora para não comprometer aqueles. Em qualquer caso, entretanto, não pode o juiz sucumbir à tentativa do pare-

cer, de parecer simplesmente, sem a responsabilidade do ser ou a correspondência no ser.

8. Cumpre terminar. A independência pessoal e intocável do magistrado, que a Constituição garante, há-de ser âncora de seu agir, mas, acima de tudo, deve constituir instrumento para a realização do justo, não podendo inspirar-se em premissas maiores de diversa natureza, nem servir à promoção de qualquer outra finalidade. A alma de um magistrado autêntico não se pode moldar para o egoísmo ou a soberba, que Calamandrei disse ser o grande pecado do juiz, mas, sim, para a generosa comunicação da verdade e da justiça. Na decisão, com efeito, cumpra ocorra um ato de comunicação, como se algo do juiz se separasse, numa mensagem existencial. Na equidistância dos interesses em conflito, na preocupação exclusiva com a verdade, o justo e o bem comum, o ofício de administrar a justiça, no exercício do poder, dá ao juiz a íntima convicção de que, em essência, o mistério do poder é simplesmente o mistério do amor, que se revela no serviço aos outros. E nisso o juiz compreende, também, que a solidão do julgar não é nem a solidão do egoísmo ou do orgulho, ou pior, a da avareza, mas, sim, a solidão do sentinela, à beira do acampamento, responsável, mais que ninguém, pela tranquilidade de todos e, não obstante, tranquilo e silencioso, ele próprio. Realiza-se, desse modo, a maravilhosa e fascinante missão do magistrado, que está em dar-se todo ao serviço em favor de todos, buscando permanecer, entretanto, para sempre, fiel aos valores de sua vida, quaisquer sejam as dificuldades, guardando o espírito da verdade, da bondade e da justiça. Muito obrigado.

* Palestra proferida no Recife, a convite da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, em Curso de Processo Civil, a 06.12.1991.

A INCIDÊNCIA DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Flávio Augusto Fontes de Lima
Juiz de Direito – 3ª Vara São Lourenço da Mata

No extenso universo do Direito das Obrigações de nossos dias, vislumbra-se o desiderato de oferecer melhor equilíbrio social. Com efeito, seus preceitos estão impregnados da preocupação moral de evitar a exploração do fraco pelo forte, assim como ressaltar a prevalência do interesse coletivo sobre o particular.

Observa-se dessa linha de conduta voltada à harmonia social que, modernamente, o Direito das Obrigações adequa situações injustas criadas pelo liberalismo político/econômico, dando-lhes um sentido mais humano, social e ético. Caminha, desta forma, para a socialização, contudo, estruturalmente, conflitante com suas origens.

De fato, o Direito das Obrigações teve início no século XIX e foi inspirado no vetusto Direito Romano. Coube aos alemães aperfeiçoá-lo, principalmente pela Escola das Pandectas. Não se pode olvidar o seu concurso para o desenvolvimento econômico, assim como não se pode esquecer que ele deu azo à prática de abusos, ao acobertar a opressão das pessoas economicamente fortes.

Como exemplo de movimento incipiente deste questionamento, destaca-se a atitude de Von Ihering ao se manifestar em favor da prevalência do coletivo contra o indivíduo. É escusado dizer que esse posicionamento promoveu uma revolução na cultura jurídica, tal a conflitante transformação proposta, consubstanciada na afirmação de que “o direito se determina pelo que é útil à sociedade”.

Nessa mesma linha de pensamento surge mais tarde Gierke que concorreu para que, numa etapa posterior, se delineassem os rudimentos do conteúdo social no BGB.

Lançada já a semente do social no mundo jurídico de antanho, agora se desenvolve com todo vigor em torno da obra festejada de Manger: “O Direito Civil e os pobres”. Não deixa de ser atual a análise do Direito Civil segundo as suas convicções socialistas. Na verdade, a experiência jurídica vem demonstrando que, no âmbito do Direito Privado, os efeitos do princípio da igualdade formal era, de fato, arma dos fortes contra os fracos, dos ricos contra os pobres.

No século XIX resplandecia o positivismo científico que entendia o Direito como sistema de preceitos e decisões oriundas de inspiração racional. Não tinham vez considerações éticas, políticas ou econômicas. Só interessavam, em última análise, realidades lógicas, sob as quais se buscava, com ardor, rendilhar conceitos.

É de se notar que, a despeito das transformações que vem passando o Direito Civil, por imperativo de fenômenos sociais que impõem novas limitações à liberdade de ação individual, há, ainda, juristas ligados à influên-

cia do positivismo científico. Esses doutos não aceitam que o processo histórico não estancou, mas prossegue no seu dinamismo atingindo o conceito de autonomia privada, coluna mestra do sistema civilista. Os novos fatos sociais influenciaram a própria noção básica de negócio jurídico. E isto foi realizado de tal forma que fez surgir categorias que a desfiguram como os contratos coativos, contratos normativos, contratos coletivos e contratos de adesão.

Ressaltam-se novas construções jurídicas conflitantes com o método e os conceitos pandectistas.

Por seu turno, a teoria geral das obrigações também experimenta consideradas modificações.

Muito embora alguns desses conceitos e construções ainda não estejam definitivamente firmados, representam, no entanto, louváveis tentativas de mudança de uma dogmática ultrapassada pelas pressões sócio-econômicas.

É fácil constatar que as transformações econômicas e políticas realizadas modificaram profundamente a consciência jurídica dos povos cultos. Essas transformações despertaram idéias de valor diferente e quase sempre opostas às que se fixaram nos Códigos novecentistas e do primeiro quartel do século XX.

O interesse de imprimir ao equilíbrio social significado mais humano e moralizador, levou a elaboração legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada.

Dessa sistemática intervencionista destacam-se importantes conseqüências de sentido estatal da econo-

mia. Em decorrência, novas figuras jurídicas surgiram, ultrapassando o modelo clássico do contrato.

Em certos momentos já não vige o princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos. É ao Juiz que se atribui o poder de revisão para restaurar o equilíbrio rompido, ou para liberar o devedor, o qual passa a ser tratado, em determinadas situações, com maior benevolência, objetivando humanizar sua condição.

Busca-se, através da política legislativa, resguardar o contrato desde que sua invalidade não seja em decorrência de grave defeito.

Dá-se conotação social ao contrato. Cresce o âmbito da sua responsabilidade com o fim de alcançar as hipóteses nas quais, já concluído, prejudica a terceiros. Pode-se dizer que a realidade social gerou o contrato, e vem adequando-o ao longo do tempo.

Conforme se observa da história do Direito Obrigacional, o entendimento de contrato vem sofrendo uma significativa evolução para moldar-se ao modelo da época. Nos últimos tempos essa evolução é impulsionada pela criação de um novo tipo de sociedade, sociedade industrializada de consumo, massificada e também pelo desenvolvimento natural do pensamento teórico-jurídico.

O contrato avançará da livre soberana manifestação da vontade das partes, para ser um instrumento jurídico mais social, controlado e submetido a uma série de imposições cogentes, mais equitativas.

Mencione-se, com entusiasmo, que, no Brasil, a evolução da teoria contratual oriunda da realidade e da

ciência do Direito, culminou com a criação do Código de Defesa do Consumidor.

O estado social impõe uma nova concepção de contrato, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear. Substituindo-o, neste patamar, surge o componente estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.

O fenômeno dos contratos socializados redescobre o papel da lei, que não será mais meramente interpretativa ou supletiva, mas cogente, a teor do art. 1º do dito Código de Defesa do Consumidor.

Tal Código, portanto, veio a lume através da Lei nº 8.078, de 11-09-90, justamente para estabelecer normas de proteção e defesa do consumidor, consoante seu primeiro artigo. A sua aplicabilidade é por demais abrangente posto que ele se analisa "*ratione personae*", quanto "*ratione materiae*". Assim, cumpre definir quem será considerado consumidor e quem são os fornecedores de bens e serviços. Em seguida, busca-se incluir ou excluir contratos especiais, como os de trabalho, contratos administrativos, ou as técnicas especiais de contratação, como os contratos de adesão e as condições gerais dos contratos.

Apreciando o elenco de contratos submetidos às regras do Código de Defesa do Consumidor, é de se destacar o de fornecimento de serviços públicos. Trata-se, na verdade, de uma grande novidade a inclusão de pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores.

O art. 22 do CDC preceitua como dever dos órgãos públicos, de suas empresas, concessionárias ou

permissionárias de fornecer "serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos". Neste passo nos parece que o legislador não foi muito feliz ao não conceituar o que vem a ser "serviços essenciais". Não se discute neste momento da conveniência ou não de um código proceder definições. Esse que se ocupa da defesa do consumidor, por exemplo, logo de início define as figuras do "consumidor" e a do "fornecedor" em seus artigos 2º e 3º, respectivamente. Dizer, também, que "serviços essenciais" já foram suficientemente aclarados pelos administrativistas não satisfaz, visto que o tema, na prática, vem suscitando aceso debate, sobretudo, quando se trata de concessionárias de distribuição de energia elétrica. É que essas empresas, como se sabe, não são órgãos públicos. Trata-se na sua grande maioria de sociedade de economia mista. Nesta qualidade, integram o rol dos entes de natureza jurídica de direito privado na conformidade do § 1º, do art. 173, da Carta Magna em vigor. Elas se regem, como tal, pelos seus respectivos Estatutos Sociais, pelas Escrituras Públicas que a constituíram, pela Lei das Sociedades Anônimas, por não disporem ainda de uma norma legal própria.

Como consequência de não serem órgãos públicos, os serviços que elas prestam não são públicos e, portanto, essenciais. Eles são de utilidade pública, cuja distinção reside, nos primeiros, na essencialidade e necessidade do agrupamento social, para que este possa subsistir e se desenvolver como tal; na segunda hipótese (serviço de utilidade pública), o serviço objetiva facilitar a vida do indivíduo na coletividade, pondo a sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar. Daí a denominação de serviços pró-comunidade para os primeiros e pró-cidadão para os segundo. Esta é a cátedra de

Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª. Ed. Malheiros Editora, p. 296).

Feita a necessária distinção entre **Serviços Essenciais** (saneamento, polícia, água, transporte, limpeza pública, funerários etc.) e **Serviços de Utilidade Pública** (distribuição de energia elétrica, telefonia etc.), é de aceitar que o CDC não alcança esses últimos serviços, permanecendo, assim, incólume o direito que têm as empresas paraestatais de suspenderem o fornecimento de energia elétrica ao inadimplente.

Tem-se, portanto, que a suspensão do fornecimento de energia elétrica, nas hipóteses de falta de pagamento do respectivo consumo, é uma imposição do poder concedente (a União), através do regulamento da CONCESSÃO. Esse instituto cuida detalhadamente da prestação do serviço e, ao disciplinar o relacionamento obrigacional entre partes envolvidas, chega a proibir, em quaisquer circunstâncias, o fornecimento sem a contraprestação do mesmo, ou seja, o pagamento das contas / faturas. Há uma rígida exigência de equanimidade no trato com os usuários, de tal forma que todos são obrigados a pagar a energia consumida, a fim de evitar a injusta sobrecarga financeira para alguns.

Como se observa do exposto, o CDC, apesar da sua elasticidade, não contempla os serviços de fornecimento de energia elétrica. Isto, porque ele não tem o condão de extinguir conceitos, normas jurídicas e os institutos do direito tradicional, que continuam em vigor. Cabe-lhe, sim, compatibilizá-los com a nova realidade social.

Todavia, analisando-se as decisões de alguns pretórios pátrios, nota-se uma considerável inclinação para

identificar os serviços públicos com os de utilidade pública. O caráter desassemelhado desses serviços não permite unificá-los no epíteto “essenciais”, sem que se cometa uma impropriedade terminológica, comprometedora da sentença judicial. A aplicabilidade do CDC, nessas hipóteses, torna-se conflitante com os consagrados princípios de Direito, porque, como já foi dito, ele não explicita o que vêm a ser serviços essenciais para efeito do código. Generalizando o termo, nele são incluídos serviços já regulados e incompatíveis pela natureza jurídica com o próprio texto codificado.

Na verdade, o serviço de fornecimento de energia elétrica, que para uns doutrinadores não é um contrato simplesmente e sim um ato-condição, não tem o caráter de essencialidade, mas de utilidade pública, feito a telefonia e assemelhados.

Ademais, dito serviço já é regulamentado pelo instituto da concessão, que no seu bojo engloba uma vigente, robusta e específica legislação, a exemplo do Código de Águas (Dec. nº 24.643, de 10/07/34), o Regulamento dos Serviços de Energia Elétrica (Dec. nº 41.019, de 26/02/57) e outras normas legais.

O CDC, apesar do seu avançado passo socializante dentro do Direito Obrigacional, deve ter a sua aplicação restrita, evidentemente, às hipóteses que ele menciona. Avançar daí é, obviamente, subverter valores, princípios e institutos jurídicos em nome de uma errônea defesa do consumidor.

Neste sentido, doutrina Arnaldo Wald: “que longe de se criar um “direito alternativo”, rompendo com o sis-

tema tradicional, a elaboração do direito do consumidor foi uma especialização útil e necessária, que mantém os princípios e normas do direito privado, desenvolvendo-os com maior densidade em relação a atividades e situações específicas.

Esta análise é feita para mostrar que o direito do consumidor mantém, na sua terminologia, nos seus conceitos e na sua referência aos institutos, as definições do direito privado e que a diferença de ótica não deve ensejar uma visão do novo ramo da ciência jurídica que esteja em conflito ou em confronto com os princípios tradicionais, especialmente nas matérias reguladas ou não inovadas pelo Código do Consumidor” (Obrigações e Contratos, 10ª. Ed., pgs. 528/529).

Por tudo quanto foi dito, conclui-se que se há de ter cautela, em face do CDC, para que a sua abrangência, no resguardo do consumidor, não alcance matéria por ele não contemplada e que já se encontra regulada, a fim de não extrapolar o seu império.

Ademais, essa nova legislação responsável pela introdução de recentes técnicas e soluções, longe de representar a decadência do contrato e o advento do dirigismo contratual, significa, em última análise, o rejuvenescimento, com nova roupagem, da autonomia da vontade e do princípio “*pacta sunt servanda*”.

O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER*

José Renato Nalini

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, Mestre em Direito Constitucional pela USP e Coordenador dos Cursos de Aperfeiçoamento da Escola Paulista da Magistratura.

Não nos falta comunicação, ao contrário, temos comunicação demais, falta-nos resistência ao presente.

Gilles Deleuze ⁽¹⁾

I. Introdução

Os dias presentes revestem esmaecimento tamanho da virtude, que se pode pensar na desvalia do debate ético. Insistir em postura ética, em inquebrantabilidade de conduta moral, pode parecer exotismo, discussão menor, debate infecundo e anacrônico.

Depois de residir na **mídia** com insistência, aos poucos desaparece a questão ética, obscurecida por novas atrações do grande espetáculo das comunicações. *The show must go on!* ⁽²⁾ Já não atende ela á **volúpia do insólito** e, com isso, rarefaz-se como objeto de menção.

* Texto de apoio para intervenção oral no IV Curso de Iniciação à Magistratura, na Escola de Magistrados da Justiça Federal da Terceira Região, em 13 de dezembro de 1995-São Paulo e no II Curso de Introdução Funcional da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal, em 14 de dezembro de 1995-Brasília.

Se não é material de notícia, a ética é substância de vida. Permeia e impregna a existência normal das pessoas. É o núcleo essencial da carreira da magistratura. Pois assimilável a falha técnica do juiz, quase sempre inadmissível a vulneração a um cânone ético.

O Judiciário, por sua vez, continua a constituir assunto da **mídia**. E quase sempre, a vertente mais nítida na sua divulgação é de ordem ética ⁽³⁾.

A frase de GILLES DELEUZE, recentemente falecido ⁽⁴⁾, pode representar o mote para uma reflexão em torno à necessidade de **oferecer resistência** ao presente. Pareça embora obsoleta, a questão ética merece consideração. Não arreceie o Juiz encontrar-se na contramão da História, ao incursionar por essa temática e procurar por ela pautar sua vida. A construção da deontologia da Magistratura se faz ato a ato, no reduzido ou vasto universo destinado a cada juiz, na opção por realizar o justo concreto.

II. Redescobrir a ética

Conviver com a indigência moral faz afrouxar a autocrítica e reduzir as expectativas de conversão do mundo. Não se confia no sistema. Desacredita-se da honestidade e dos bons propósitos dos maiores. A natureza humana se caracteriza pela falibilidade. Melhor desistir do padrão idealizado e resignar-se com imanência do mal, da mediocridade, da imperfeição.

Considerado um enorme esquema de corrupção e de tolerância, as próprias idiosincrasias são pecados veniais levíssimos, absorvidos pela magnanimidade do per-

ção coletivo. A auto-indulgência é escoadouro natural de uma consciência que se acredita sacrificada, não adequadamente remunerada e destinatária de esperança comunitária de utópica concretização. Pensando-se um injustiçado, o juiz perde a capacidade de indignação com o mundo exterior.

Há de se recuperar, contudo, a **capacidade de indignação**. Indignação diante da exclusão social de milhões de semelhantes, diante da persistência dos preconceitos e discriminações, diante do uso criminoso dos míseros recursos comunitários, fruto de coleta a que acorrem os menos capacitados, enquanto os afortunados a ela se subtraem.

Capacidade de indignação diante das vistosas práticas de injustiça com as quais se partilha uma existência de paradoxos. Economia de ponta convivendo com a miséria absoluta. Disponibilidade dos últimos avanços da tecnologia e a morte por inanição. Faculdade, para alguns, de acesso a todos os locais da Terra, enquanto muitos outros subsistem no regime de verdadeira **servidão da gleba**.

Capacidade de indignação, em síntese, quando se tropeça em brasileiros condenados a fenecer, sem atingirem a plenitude de seu desenvolvimento, na cegueira da deseducação, na crueldade da fome, na indignidade da submoradia e do desemprego. Atingir tal estágio de deterioração da malha social só foi possível mediante perda de um sentimento ético de existir. A própria ética é concebida como doutrina dos costumes. Apenas o depauperamento extremo dos costumes permitiu a regressão facilmente constatável por quem não seja cego ou surdo moral.

As estruturas vigentes parecem padecer de falta de racionalidade. Isso explica o comprometimento ético das massas. Pois, se o fundamento das virtudes éticas, conforme ARISTÓTELES, são as virtudes racionais, “a eticidade tem a racionalidade como alicerce”.⁽⁵⁾

Talvez auxilie na redescoberta da ética, fazer brevíssimo retrospecto de sua história.

III – A ética na História

Embora não tenha sido o primeiro a cogitar da Ética, ARISTÓTELES foi o seu sistematizador como disciplina filosófica. A expressão **ética** foi inicialmente considerada adjetivo e, com esse uso, ainda se verifica em ARISTÓTELES a preocupação com as **virtudes éticas** e as **virtudes dianoéticas**. As primeiras são as virtudes propriamente morais. As segundas são as virtudes intelectuais. As virtudes éticas são as que se desenvolvem na vida prática, nas relações interpessoais, dirigindo-se para a realização de um fim prático. Como os gregos não compreendiam a vida pessoal nem interpessoal fora do quadro da **polis**, as virtudes éticas são as que servem para a realização da ordem da vida do Estado. São exemplos de virtudes éticas a justiça, a amizade e o valor”.⁽⁶⁾

A leitura da obra aristotélica é importante para reacender temas éticos ainda hoje relevantes, quais sejam o da relação entre a existência teórica e a prática, a relação entre as normas e os bens, o confronto entre a ética individual e a social, a classificação das virtudes.

Núcleo de tensão persistente é o cotejo entre a ética dos bens e a ética dos valores. Enquanto

ARISTÓTELES sustentava a prioridade da **ética dos valores**, os pós-aristotélicos inclinaram-se para a **ética dos bens**. A hierarquia dos bens materiais perseguidos pelo homem propiciaria a escala dos valores morais dos atos humanos.

Sobrevém o platonismo e, principalmente, o Cristianismo, a modificar de maneira intensa as idéias éticas aristotélicas. Uma ética religiosa foi a contribuição do Cristianismo, quando estabeleceu como fundamento de todas as coisas a pessoa de Deus. Não desprezou os alicerces gregos e se apoiou sobre fundação platônica até o século XI. Somente a partir daí redescobre-se o edifício aristotélico, que impregnou a teologia, a filosofia e a ética cristã e cujo ponto culminante é o pensamento de SANTO TOMÁS DE AQUINO.

O renascimento prestigia tendências éticas caídas no olvido durante séculos. Assim o **estoicismo**, presente na Ética de ESPINOSA. MAQUIAVEL oferece contribuição realística, com o *Príncipe* e HOBBS, com *Leviatã*, estabelece uma ética alicerçada sobre o egoísmo humano absoluto. Poderiam ser citados inúmeros autores, mas basta lembrar o legado de HUTCHESON, SHAFTESBURY e HUME, cujo pensamento localiza a ética no sentimento moral e, com isso, sugere espaço para as teorias éticas subjetivistas e emocionalistas.

O referencial Kantiano, de uma ética do **dever**, formal e autônoma, está presente em todas as construções éticas modernas. Mais importante, todavia, do que enumerar e caracterizar as principais correntes da ética contemporânea, é mencionar os principais problemas de que ela se ocupa. São eles mencionados por FERRATER MORA como: 1) a essência da ética; 2) a sua origem; 3) o seu objetivo ou fim; 4) a linguagem ética.⁽⁷⁾

Tais questões éticas devem suscitar uma série de reflexões ao Juiz contemporâneo. Adote-se o postulado da ética formal de KANT ou o da ética material de SCHELER, ambas convergem quando consideram a pessoa humana como o seu núcleo. Quando se examina a origem da ética, passa-se a questionar o caráter autônomo ou heterônomo da moral. Esta é autônoma se a força moral coativa provier do interior do sujeito ético e será heterônoma se proveniente do seu exterior, como de Deus ou da sociedade.

A finalidade da ética pode ser a realização da felicidade do sujeito ético. Para os partidários da ética material dos valores, a vida ética vem a consistir na aproximação dos pólos dos valores inferiores aos valores superiores. Em relação à linguagem da ética, “o que há de comum nas diversas orientações... assenta na pesquisa do significado das expressões éticas, da peculiaridade epistemológica dessas expressões e respectivas classes. Trata-se, sem dúvida, de uma via importante para o esclarecimento dos problemas éticos”.⁽⁸⁾

IV – O Juiz e a expectativa ética

Não basta, porém, estudar ética ou meditar sobre questões de conduta funcional, institucional e pessoal. Há de se **viver eticamente**.

O objetivo material da ética, para JOSÉ LUÍS ARANGUREN, “é constituído pelos atos, pelos hábitos e pelo caráter, entendendo por caráter o modo ético de ser. Este sustenta os hábitos e os hábitos são os princípios intrínsecos dos atos; reciprocamente, os hábitos engendram-se por repetição de atos e o modo ético de ser ad-

quire-se por atos. Há, deste modo, um círculo entre três conceitos: o objeto material da ética é este círculo”.⁽⁹⁾

Os atos têm relevância ímpar na vida de cada pessoa. A sua reiteração conduz ao caráter. Ou seja, “**fazendo** isto ou aquilo, chegaremos a **ser** isto ou aquilo”.⁽¹⁰⁾ Ou, como diz MANUEL PATRÍCIO, “o caminho dos atos conduz ao caráter como modo de ser ético. Assim, é pela prática de atos justos que nos tornamos justos”.⁽¹¹⁾

Não se pode praticar de quando em vez uma pequena injustiça, sem que o caráter se contamine dessa mácula. O caráter é a soma das pequenas atuações individuais, é tudo aquilo que vamos realizando vivendo. “Ou seja: a mais profunda realidade moral é a dimensão moral da pessoa, ou personalidade moral. Esta personalidade moral é e vive: há nela a essência e a existência, o permanente e o permanentemente transitório, o ser e o estar a ser. O **estar a ser** são atos e os hábitos, ancorados no caráter. O **estar a ser** revela a dimensão radicalmente temporal da atividade ética. É a própria vida humana na sua essência, escrita no compasso ternário do tempo: que é passado, presente e futuro. O ato ético realiza-se no instante fugaz em que se está a viver. Mas esse ato resume toda a vida ética como totalidade”.⁽¹²⁾

O destino moral, cada um o constrói para si, na reiteração de suas condutas. Ele deriva da vontade de aperfeiçoamento, com impulso para a inatingível perfeição.⁽¹³⁾ Tendência inata ao homem, ser moral intermediário, suscetível de aperfeiçoamento, mas, incapaz de alcançar a perfeição. Do Juiz, que optou por realizar o justo possível, reclama-se conduta singular. Sem descuidar-se do seu auto-aprimoramento, satisfazendo às exigências técnicas

e morais normalizadas no sistema – saliente-se, deste logo, constituir infração ética desatentar o Juiz para a continuidade de sua formação integral – o seu destino moral se entrecruza com o destino dos utentes do Judiciário.

O Juiz vem a ser instrumento de concretização da Justiça, quando pune o infrator. Reconstitui a ordem vulnerada quando decide as controvérsias. A tendência moderna de se atribuir ao julgador a função de administrar as situações conflituosas, de pacificar as contendas, de auxiliar as partes a atingir o ideal autônomo da conciliação, enfatiza, também, a postura ética do Juiz contemporâneo.

Não é ele o frio aplicador da letra da lei. O solucionador processual, ávido por detectar uma nulidade obstativa de atingir o cerne da demanda. É um **construtor de soluções justas**.

E ao solucionar com justiça as questões, deve atuar também como estimulador da observância natural da ética no meio social. Sem medo de ferir consciências mais empedernidas. A atuação permanente do Juiz é a de alguém que aponta o caminho justo. Cada sentença não é a contingente solução para **aquele** processo, mas trilha indicativa de um seguro proceder para o futuro. Nesse sentido, todo Juiz é um docente. É um qualificado professor da ética. O juiz é também um destinatário da advertência de um homem voltado à edificação da paz: “Não tenhas medo de chamar os homens de hoje às suas responsabilidades morais! Entre tantos males que afligem o mundo contemporâneo, o mais preocupante é constituído por um tremendo enfraquecimento do sentido do mal”.⁽¹⁴⁾

A partir dessas considerações, compreende-se o motivo de parecerem cruéis e exageradas as críticas endereçadas contra o Juiz. É ele alguém preordenado a dizer o que é certo, a repudiar o que é errado, a ensinar o caminho reto. Integrado em carreira estratificada, cuja origem se confunde com o da própria civilização, é envolvido numa peculiar expectativa de comportamento nutrida pela humanidade. Quando se afasta desse modelo idealizado, a perplexidade gera crítica excessiva. E mesmo no limiar do terceiro milênio, a sedimentação dessa cultura é vestígio muito evidente na sabedoria popular.

V – A ética no dia-a-dia

O drama do Juiz, portanto, é ter de viver eticamente, até por imperativo legal⁽¹⁵⁾ e, ao mesmo tempo, reforçar – em seus atos de ofício – os laços éticos afrouxados pela sociedade. Nesse sentido pode-se falar, como GILLES DELEUZE, em “resistir ao presente”. Há excesso de comunicação no mundo, mas falta criatividade, falta a resistência a esse presente paradoxal, que parece não padecer de indignação diante da injustiça.

Está o juiz a correr permanente risco de acompanhar a maioria, na cômoda subserviência ao espírito dominante. O perigo é transigir, de início, com a sua consciência. Depois, ela se tornará cada vez mais débil. E ele se sentirá em paz consigo mesmo, embora praticante de iniquidades.

Num outro polo, poderá optar por distanciar-se da convivência comunitária, isolando-se na certeza de sua predestinação. E igualmente não acertará. Para bem julgar, deverá sentir-se na concreta situação de cada qual

dos envolvidos no drama judicial. Essa a verdadeira dimensão da imparcialidade. Será um estranho a ditar soluções talvez não assimiladas pelos destinatários, nem por eles compreendidas.

Não existem regras inflexíveis para o caminho do equilíbrio. Necessário, sim, é trilhá-lo. Está-se, na verdade, em permanente procura, irrealizável o ideal do encontro definitivo.

Algo, porém, pode constituir compromisso diário do juiz sensível e convicto de suas responsabilidades éticas.

O primeiro passo é o **estudo sério, contínuo, aprofundado**.

Ingressar na Magistratura é o ponto de partida para o crescimento interior. Somente tornando-se melhor, o juiz consegue atuar beneficentemente e, assim, retribuir a comunidade que o sustenta.

O estudo torna o juiz mais preparado tecnicamente mas, não menos importante, converte-o em ser mais humilde. Entenderá melhor a expressão *“Vaidade das vaidades, tudo é vaidade”*⁽¹⁶⁾. A Magistratura é carreira vulnerável ao exercício fútil da arrogância. A pretensão de honras e altas posições. A tática das homenagens, sempre a reverenciar o titular transitório do poder. Como é difícil, principalmente depois de longos anos de carreira, conservar-se humilde. Entretanto, *“a humildade leva-nos como que pela mão a essa forma de tratar o próximo, que é sem dúvida a melhor: a de compreender a todos, conviver com todos, desculpar a todos; a de não criar*

divisões nem barreiras: a de comportarmo-nos – sempre! – como instrumentos de unidade. Não em vão existe no fundo do homem uma aspiração forte à paz, à união com os seus semelhantes, ao mútuo respeito dos direitos da pessoa, de maneira que esse respeito se transforme em fraternidade”⁽¹⁷⁾. E quando se fala em **fraternidade**, não se está a incursionar por campo exógeno ao direito. A própria Constituição do Brasil, em seu preâmbulo, professa a intenção de instituir um Estado Democrático *“destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”*⁽¹⁸⁾.

Feliz de quem, no estudo perseverante e sério, vem a coroar o seu processo de auto-educação com a virtude da humildade. Pois *“no coração humilde, reina a paz; no soberbo, a inveja e a ira”*⁽¹⁹⁾.

O segundo passo no crescimento ético é o que chamo de **aconselhamento**. Não se pode estar só no âmbito das mais íntimas cogitações. *“Ai de quem está só”*⁽²⁰⁾, é a lição das Escrituras. Se o julgamento é um ato solitário, o juiz não pode permanecer sozinho em suas dúvidas éticas.

As Corregedorias devem ser organismos orientadores, não punitivos⁽²¹⁾. Enquanto não assumem essa nova feição, ao menos de maneira institucional, nada impede que o juiz mais jovem se aconselhe com o mais experiente. Ou vice-versa, que sabedoria de vida não é atributo vinculado à cronologia.

Muitos erros seriam evitados se sua prática fora antecedida por trocas de idéias. Troca de idéias característica ao sentimento que se denomina *amizade*. A amizade é uma ciência de imprescindível cultivo. A ela se deve acorrer em todas as circunstâncias, pois nada substitui “o conforto, o indizível conforto de nos sentirmos seguros com uma pessoa, de não termos de pesar os nossos sentimentos, nem de medir as nossas palavras, mas podermos derramá-las, tais como são, o joio e o trigo misturados, sabendo que mão fiel os irá apanhar e peneirar, conservar o que merece ser conservado e depois, com o sopro da bondade, soprar fora o resto”. (22)

Até como terapia para as angústias do exercício da função, precisa o juiz ter amigos. Com eles, partilha-se o fardo e reparte-se a alegria. Não é bom que o juiz esteja só, ou só se proteja das vicissitudes do cargo, sobrecarregando o núcleo familiar. É na família que, às vezes, se encontram as maiores vítimas da deformação funcional da Magistratura. É saudável, portanto, o convívio com amigos. Amigos do Judiciário e amigos de fora. “Às vezes, vive-se anos, continuamente, com amigos; é uma rara oportunidade. Outras vezes, de acordo com as suas ocupações ou as nossas, e o lugar onde se encontram ou nos encontramos, vão e vêm, presentes por semanas, ou meses, ou apenas dias. Mas toda amizade verdadeira é um bem duradouro. Mesmo depois de 25 anos de ausência, abraçamo-nos da mesma forma. Creio, aliás, que a amizade, como o amor de que ela participa, exige quase tanta arte como um passo de dança bem sucedida. É preciso muito élan e muito comedimento, muitas trocas de palavras e muitos silêncios. E, sobretudo, muito respeito” (23).

Por último, bastaria compenetrar-se da **dimensão humana** da tarefa cometida a cada juiz brasileiro.

O julgador não é apenas o aplicador da lei. É artífice de Justiça. É também destinatário da norma constitucional voltada aos responsáveis pela construção de sociedade livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (24)

A tarefa do juiz não se resume a julgar. É contribuir, também, para transformar o mundo. E para transformar o mundo, precisa nele acreditar. “Acreditar no mundo significa principalmente suscitar acontecimentos, mesmo pequenos, que escapem ao controle, ou engendrar novos espaços-tempo, mesmo de superfície ou volume reduzidos”. (25)

Não será acreditar no mundo imbuir-se do **senso de conciliador**? Acreditar piamente que as pessoas estarão mais satisfeitas se compreenderem o significado da justiça humana e que talvez a **solução negociada**, tornando imprescindível a participação dos protagonistas, seja mais conveniente do que a **solução imposta** pela sentença? A conciliação, por sua autonomia, constitui resultado eticamente superior à decisão, eminentemente heterônoma. E o juiz que se aperceber disso estará criando um novo espaço-tempo, vivenciando a sua crença no mundo e nas criaturas.

Uma nova comunidade, desperta para a cidadania, está a exigir novo padrão de juiz. Não mais o ser ascético, neutral, distanciado de ser humano sobre o qual faz recair o braço forte da Justiça. Mas o Magistrado “que se deseje **atento e rigoroso** nas suas percepções, **prudente e tole-**

rante nas suas apreciações, **profundo** na argumentação e na motivação das decisões, **criativo e responsável** na solução de cada caso concreto” (26)

Reclama ela do seu juiz um exame de consciência permanente. Para se questionar sobre sua missão de efetiva realização do justo, ou de mero cumprimento de um dever funcional burocratizado. Para se auto-perquirir sobre a sua contribuição efetiva rumo à harmonização do mundo. Para propiciar adequada avaliação de seus préstimos, até suscetíveis de uma análise de custo/benefício, num Estado a padecer de pobreza material e de indigência moral.

É tempo de combater. Combater o mundo exterior, para estabelecer a ordem e para ter coragem de restabelecer a verdade. Todavia, tempo de combater também os vícios próprios, levíssimos ou substanciais, para abreviar a distância entre o **eu real** e o **eu idealizado**. “*Por que queres adiar, de dia para dia, o teu bom propósito? Levanta-te e começa logo, neste mesmo instante, e diz: “Agora chegou o tempo de agir, o tempo de combater, o tempo de emendar-se”*” (27).

NOTAS

(1) Gilles Deleuze e Felix Guattari, *apud* Peter Pal Pelbart, in “Um mundo no qual acreditar”, Folha de São Paulo de 3.12.1995, p. 5.12

(2) O Estado-espetáculo se insere num verdadeiro mundo-espetáculo, onde a busca do novo atropela a meditação. Rapidamente os fatos são considerados exauridos na sua capacidade de suscitar interesse e substituídos pela novidade, convertida em valor em si. A mídia reflete bem o fenômeno, quando se submete à necessidade de criar fatos e de transformar todas as notícias em manchetes, sustentando, com isso, a volúpia do insólito.

(3) Basta atender para o noticiário recente, a envolver a Justiça brasileira, conferindo intensidade ao problema do **nepotismo** no Judiciário. Muito embora a lei ainda possa admitir a prática, enfatiza-se o aspecto ético da nomeação de familiares para cargos de confiança nos Tribunais. A medida é pouco recomendável e sugere à comunidade, não se distinguir o Judiciário dos demais poderes, quanto às suas máculas éticas.

(4) O pensador francês, acometido de grave enfermidade, cometeu suicídio em 4 de novembro de 1995.

(5) MANUEL FERREIRA PATRÍCIO, Professor da Universidade de Évora, in “Ética e Justiça”, Textos do Centro de Estudos Judiciários de Portugal, 1990/1991, p.35. O autor salienta a importância da relação necessária entre a eticidade e a racionalidade. “Com efeito, ela basta para mostrar que a história da ética propriamente dita é mais curta que a história da prática moral da humanidade e, de igual modo, que a história das idéias morais da humanidade. Sem dúvida que o estudo da ética humana supõe o concurso de diversas disciplinas, como por exemplo a sociologia, a antropologia, a história das religiões e a história geral da humanidade. Todavia, o vínculo existente entre a eticidade e a racionalidade aponta para o entendimento grego e ocidental da ética como disciplina filosófica”.

(6) MANUEL FERREIRA PATRÍCIO, *po. cit.*, p. 34.

(7) JOSÉ FERRATER MORA, “Dicionário de Filosofia”, Buenos Aires, Editorial.

(8) MANUEL FERREIRA PATRÍCIO, *po. cit.*, p. 41

(9) ARANGUREN, J. L., “Ética”, Madrid, Aliança Editorial, 3ª. reimpressão, p. 135, *apud* MANUEL FERREIRA PATRÍCIO, *po. cit.*, p. 42.

(10) ARANGUREN, *op. cit.*, p. 139

(11) MANUEL FERREIRA PATRÍCIO, *po. cit.*, p. 43.

(12) MANUEL FERREIRA PATRÍCIO, *po. cit.*, p. 43. Os atos éticos têm dimensão para o futuro, “como a corda tensa do arco guardado com a flecha. O tempo é também futurição no tempo, como futurarão que projetamos o destino moral que vamos forjar para nós”.

(13) Instigante a preocupação com o tempo, na construção do auto-aperfeiçoamento. Segundo MANUEL FERREIRA PATRÍCIO, “é no tempo e com o tempo que se há de fazer a perfeição, na medida em que é possível fazê-la. É neste contexto que ganha sentido e luminosidade a importância do momento que se vive e da oportunidade (*kairós*) do momento próprio (*eukairia*) para realizar determinados atos morais.

Todo o programa de educação moral tem que incluir a profunda sabedoria da gestão do tempo. Tem um significado muito rico a sentença tradicional que manda "dar tempo ao tempo", *op. cit.*, p. 43.

⁽¹⁴⁾ JOÃO PAULO II, alocação aos pastores da Igreja em 1981. Paulo VI afirmava numa alocação de 25 de março de 1970: "Nós, os homens de hoje, estamos perdendo o sentido do pecado. Pio XII, nosso venerável predecessor, dizia que talvez hoje o maior pecado do mundo seja que os homens começaram a perder o sentido do pecado". (RAFAEL STANZIONA DE MORAES, "Por que confessar-se?", Quadrante, São Paulo, 1987, p. 14)

⁽¹⁵⁾ O artigo 35 da LOMAN – Lei Complementar Federal nº 35, de 14.3.1979, contempla os deveres do juiz, cujo fundamento de validade é a Constituição da República, onde positivados deveres éticos do juiz, v.g., no parágrafo único do artigo 95.

⁽¹⁶⁾ ECLESIASTES, 1, 2.

⁽¹⁷⁾ JOSEMARÍA ESCRIVÁ, "Fé, Esperança, Caridade", Quadrante, S. Paulo, 1986, p. 52.

⁽¹⁸⁾ Constituição da República do Brasil de 5.10.1988, Preâmbulo.

⁽¹⁹⁾ TOMÁS DE KEMPIS, "Imitação de Cristo", Quadrante, S. Paulo, 1987, p.13.

⁽²⁰⁾ ECLESIASTES, 4, 10.

⁽²¹⁾ O Corregedor Geral da Justiça de São Paulo, Desembargador ANTÔNIO CARLOS ALVES BRAGA, instituiu sistema inovador de acompanhamento dos juízes mais novos por colegas experimentados. Desembargadores do serviço ativo e aposentados prestigiaram a iniciativa e têm tido periódicos encontros com os mais jovens, orientando-os, aconselhando-os e transmitindo a **experiência oral**, tão valorizada em outras culturas e tão prestigiada no Brasil, onde se despreza, como regra, a sedimentação do saber do idoso.

⁽²²⁾ GEORGE ELLIOT.

⁽²³⁾ MARGHERITE YOURCENAR, em entrevista a MATTHIEU GALEY, no livro "De olhos abertos", p. 297.

⁽²⁴⁾ Constituição da República do Brasil, artigo 3º, incisos I, III e IV.

⁽²⁵⁾ GILLES DELEUZE, *apud* PETER PÁL PELBART, *op. cit.* id. *ibidem*.

⁽²⁶⁾ Conselheiro ARMANDO ACÁCIO GOMES LEANDRO, Diretor do Centro de Estudos Judiciários de Portugal, na abertura do ano de 1990/1991, in "Textos", *cit.*, p. 15.

⁽²⁷⁾ TOMÁS DE KEMPIS, "Imitação de Cristo", *cit.*, p. 26.

Sinótico

I. Introdução

- o esmaecimento da virtude
- o espetáculo das comunicações – a volúpia do insólito
- oferecer resistência ao presente. Juiz na contramão da História?

II. Redescobrir a ética

- convivência com a indigência moral
- afrouxamento da autocritica
- recuperar a capacidade de indignação
- Com que?
 - miséria – material e moral
 - fome – biológica e espiritual
 - distribuição de rendas
 - prática da justiça
 - Como se chegou a isso? **perda do sentido ético de existir. Ética é doutrina dos costumes. Depauperamento dos costumes permitiu a deterioração do tecido social.**

III. A ética na História

- Aristóteles o sistematizador. Virtudes éticas e dianoéticas. As primeiras, as virtudes propriamente morais. As segundas, as intelectuais. As morais se desenvolvem na vida prática, no quadro da polis. Servem para a realização da ordem da vida do Estado: Justiça, Amizade, valor.

Ler Aristóteles:

- a. relação entre a existência teórica e prática
- b. relação entre normas e bens
- c. confronto entre ética individual e social
- d. classificação das virtudes
- e. ética dos bens e dos valores

2. Platonismo e Cristianismo – o ingrediente amor.

3. Renascimento prestigia o estoicismo, na Ética de EESPINOSA. MAQUIAVEL oferece contribuição realística. HOBBS, com o Leviatã, estabelece ética alicerçada sobre o egoísmo humano. Também HUTCHESON, SHAFTESBURY e HUME. Ética no sentimento moral, abrindo espaço para as teorias éticas subjetivistas e emocionalistas.

4. Referencial **kantiano** da ética do dever, formal e autônoma.

5. Problemas éticos contemporâneos, mencionados por FERRATER MORA:

- a. essência da ética
- b. origem da ética
- c. objetivo ou fim da ética
- d. linguagem ética

IV. O juiz e a expectativa ética

1. Mais importante do que estudar, é viver eticamente.

2. Objeto material da ética, para JOSÉ LUÍS ARANGUREN é constituído pelos atos, hábitos e caráter, este entendido como **modo ético de ser**.

3. Ato tem relevância ímpar na vida da pessoa. A reiteração conduz o caráter. Fazendo isto, chegaremos a ser isto.

4. O destino moral, cada um o constrói para si, na reiteração de sua conduta. Caminho da perfeição. Homem: ser moral intermédio, suscetível de aperfeiçoamento, mas incapaz de atingir a perfeição.

5. Juiz: conduta singular. Ética pessoal e construção da ética coletiva.

6. Juiz docente. Qualificado professor de ética.

7. Sem medo de chamar o homem de hoje às suas responsabilidades morais. Enfraquecimento do sentido do mal (p. 12).

V. A ética no dia-a-dia

1. Drama do juiz: viver eticamente por imperativo legal e reforçar os laços éticos afrouxados pela sociedade.

2. Nesse sentido, como GILLES DELEUZE, fala-se em “resistir ao presente”.

3. Risco de acompanhar a maioria e, no outro extremo, se isolar.

4. Não há regras inflexíveis. Procura-se mais do que se encontra.

5. Compromisso diário:

a. estudo sério, contínuo e aprofundado (vaidade-humildade)

b. aconselhamento (orientação/amizade)

c. dimensão humana da missão

transformar o mundo – suscitar acontecimentos – engendrar novos espaços-tempo, mesmo de superfície ou volume reduzidos.

É TEMPO DE COMBATER.

SENTENÇA CÍVEL

Processo nº 1.178/93

Sentença do Dr. Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito da Capital. Supervisor da Escola Superior de Magistratura do Estado de PE. Professor de Direito Civil da Esmape.

EMENTA:

Mandado de Segurança – Servidores Públicos – Lei Municipal – Cargos de Provimento Efetivo – Investidura sem Concurso – Inconstitucionalidade

I – O Município, na elaboração de sua Lei Orgânica, deve atender a princípios da Carta Federal, a princípios da Constituição do Estado-membro e a preceitos constitucionais estabelecidos (CF, art. 29);

II – Por cuidar-se de mero regulamento das disposições constitucionais que regem a sua vida, a Lei Orgânica Municipal padece de ineficácia naquilo que afrontar as normas superiores a que deve obediência, por ruptura com seu fundamento de validade;

III – A instituição do regime jurídico único, reclamado pelo art. 39 da Lei Fundamental, não autoriza que todos os atuais servidores pudessem vir a ser, de imediato, encartados em tal regime. O prazo de 18 meses, previsto no art. 24 do ADCT, é para iniciar o processo de

compatibilização entre a situação anteriormente existente e a ordem jurídica decorrente da edição do novo texto constitucional, e não para concluí-lo. Esse processo deverá se concretizar em estrita obediência a princípios e preceitos da Magna Carta, em especial ao disposto no art. 37, II, e art. 19, § 1º, do ADCT;

IV – Viola a norma-princípio de acessibilidade aos cargos públicos, estampada no art. 37, II, da CF, a transformação de empregos em cargos públicos, com a investidura automática de empregados em cargos de provimento efetivo, dêis que a Lei Magna exige, para a investidura em cargos desta natureza, a prévia aprovação em concurso público;

V – Em homenagem à regra da autotutela, importa à Administração anular os seus próprios atos, quando manchados pela eiva da ilegalidade;

VI – Prejudicial de mérito acolhida;

VII – Improvimento do pedido. Denegação da segurança.

(Obs.: sentença confirmada, à unanimidade, pela Terceira Câmara Cível do Eg. TJ-PE.)

Vistos e examinados etc.

I – ADÃO JOSÉ DOS SANTOS e outros, num total de 315 (trezentos e quinze) impetrantes, cujos nomes constam de relação anexa, parte integrante deste decisor, e rubricada por este magistrado em todas as folhas, por medida de racionalização processual (v. Theotônio

Negrão, CPC e legisl. proc. em vigor, 14ª ed., SP, RT, 1985, pág. 167, nota 6 ao art. 458), todos satisfatoriamente individuados na inicial de fls. 02/40, impetraram o presente MANDADO DE SEGURANÇA contra ato do EXMº SR. PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PETROLINA, consubstanciado no Decreto Municipal nº 235/93, publicado em 04.01.93, alegando, em resumo, o seguinte:

a) Que os Impetrantes foram, todos eles, admitidos sob o regime celetista, através de contratos de trabalho, como empregados do Município de Petrolina, sendo certo que todas essas contratações ocorreram, indiscrepantemente, antes da vigência da Constituição Federal de 1988, consoante comprovam com a farta documentação acostada à peça inaugural;

b) Que a Carta Federal de 1988 resolveu instituir o regime jurídico único em relação aos servidores públicos, conforme a norma compendiada no art. 39, com o escopo de afastar o tratamento desigual que a eles era dispensado, pela diversidade dos regimes a que estavam submetidos;

c) Que, no Município de Petrolina, o regime jurídico único escolhido pelo Legislativo, na Lei Orgânica, foi o regime estatutário e que, nesse regime, os Impetrantes foram enquadrados, como comprovam com as Portarias juntas com a inicial, declaratórias de sua situação como servidores ocupantes de cargos públicos (antiga denominação de funcionários públicos), criados na aludida Lei Orgânica (v. arts. 5º a 8º das Disposições Transitórias, da Lei Orgânica do Município de Petrolina);

d) Que, de fato, os Impetrantes, quando da promulgação da Lei Orgânica do Município de Petrolina (05.04.90), ocupavam “empregos” neste município, daí decorrendo que seus “empregos” foram transformados, compulsoriamente, em “cargos públicos”, que passaram a ser ocupados pelos Impetrantes, já, agora, na condição de “funcionários públicos” “stricto sensu”, titulares de cargos públicos, portanto;

e) Que não se alegue que, para isto, era necessária a prévia aprovação em concurso público, posto que a situação dos Impetrantes é especial, não se aplicando, ao caso, o disposto no art. 37, II, da Magna Carta;

f) Que, em nível federal, a solução encontrada pela Lei nº 8.112/90 foi a mesma: transformou automaticamente os empregos em cargos públicos, sem exigir qualquer formalidade, inclusive concurso; isso pela razão óbvia de que, antes da Constituição Federal de 1988, para a admissão de empregados, pelo Poder Público, não era exigido concurso;

g) Que, transformados os empregos antes exercidos pelos Impetrantes em cargos públicos, passaram os Requerentes a se subordinarem, primeiramente, ao Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Pernambuco (v. art. 5º, do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de Petrolina), e, posteriormente, com o advento do Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Petrolina, à sua lei disciplinadora própria (Lei nº 301, de 04.05.91);

h) Que, depois de partirem das premissas já esboçadas, os Impetrantes chegaram à seguinte conclusão: “a

transformação dos empregos dos Impetrantes em cargos públicos ocorreu em 05.04.90; a declaração de tais fatos consta das Portarias ora anexadas, o que foi feito em datas diversas, mas todas há mais de dois anos! Ora, submetidos ao regime estatutário desde 05 de abril de 1990, aos Impetrantes aplica-se a regra da estabilidade constante do seu Estatuto, que, em seu art. 75, dispõe que o funcionário ocupante de cargo de provimento efetivo somente adquire estabilidade após 02 (dois) anos de efetivo exercício, prestado exclusivamente ao Município”;

i) Que, em razão disso, os Impetrantes não podem ser demitidos de seus respectivos cargos, em decorrência de sua situação de servidores efetivos e estáveis, à exceção das hipóteses especialmente elencadas em lei (sentença judicial; condenação criminal a pena superior a 02 (dois) anos; e processo administrativo julgado procedente, assegurada a garantia da ampla defesa);

j) Que, em decorrência de tudo quanto já foi exaustivamente exposto, o Decreto Municipal nº 235/93, publicado em 04.01.93, de autoria da autoridade impetrada, que demitiu os Impetrantes de seus respectivos cargos públicos, se apresenta sob a eiva da brutal e flagrante ilegalidade; donde a alegação de violação a direito subjetivo individual líquido e certo, no que afine ao direito de os Impetrantes permanecerem no serviço público, no quadro permanente, em circunstâncias normais;

k) Que a ASSEMPE – ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE PETROLINA, como entidade representativa da classe dos servidores municipais, não foi consultada, em nenhum momento, sobre a edição do ato hostilizado, restando inobservado, dessa forma, o

art. 89 da Lei Orgânica do Município de Petrolina, que exige a comunicação precedente de qualquer ato do Executivo que seja do interesse dos servidores municipais, como sói acontecer com a espécie, por isso que tisdado de vício material;

l) Que, demais disso, o ato atacado é inválido porque não revestido da forma legal adequada, não estando apto, pois, a produzir efeitos de direito em desfavor dos servidores impetrantes.

Pedem a concessão de liminar, ao argumento de que se verificam, na hipótese, os requisitos do “periculum in mora e fumus boni iuris”, com a notificação da autoridade indigitada coatora, para a apresentação das informações oficiais, no decêndio legal.

No mérito, rogam seja concedida a segurança no sentido de anular, em relação aos Impetrantes, o Decreto Municipal nº 235/93, não produzindo qualquer efeito jurídico no que pertine aos mesmos; determinando-se, em consequência, a reintegração definitiva dos Impetrantes, com todos os direitos e vantagens de que eram titulares, e mais aqueles que forem concedidos aos funcionários municipais durante a tramitação do processo.

Ao pedido, foram juntos os documentos de fls. 41/1.086.

Ante os argumentos expendidos no despacho inaugural, lançado no rosto da inicial (fl. 02), inadmiti o pedido de liminar, determinando a notificação da autoridade apontada como coatora para a apresentação das informações de praxe.

À fl. 1.090, notificação da autoridade indigitada coatora, a qual, em tempo hábil, apresentou, através de longo arrazoado, as informações de fls. 1.094/1.129, alegando:

Preliminarmente:

a) Que seja o presente “writ” reunido, em face da conexão aos autos dos mandados de segurança nºs 1.149/93, 1.154/93, 1.155/93 e 1.156/93, em tramitação neste Juízo, a fim de que sejam todos decididos simultaneamente, em uma única sentença;

b) Inépcia da inicial e carência do direito público subjetivo de ação, ao argumento de que os Impetrantes não são detentores de direito líquido e certo, susceptível de defesa por esta via mandamental; e, ainda, porque, ao ato hostilizado, não cabe a rubrica de “ilegal ou praticado com abuso de poder”;

No mérito:

c) Que os artigos das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de Petrolina que servem de fundamento à postulação dos Impetrantes e que operaram, legislativamente, a transformação de empregos em cargos públicos, com a investidura automática de empregados em cargos públicos, estão manchados de irrecusável inconstitucionalidade; porquanto o legislador municipal atuou contrariamente à norma-princípio compendiada no art. 37, II, da Lei Fundamental, que determina depender a investidura em cargo ou emprego público de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados, apenas, os cargos em comissão. Aduz

que, sendo a Lei Orgânica do Município mero regulamento das disposições constitucionais que regem a sua vida, não vale na parte que contraria os princípios constitucionais a que deve obediência;

d) Que a instituição do regime jurídico único, como resultado de obrigação imposta na Carta Federal, não autoriza, em nenhuma circunstância, a desobediência ao princípio concursivo para investidura em cargo ou emprego público, corolário do princípio da isonomia, posto que, em se tratando de princípios regedores de todo o sistema constitucional, devem ser estritamente observados por toda legislação infraconstitucional, sob pena de ineficácia da norma inferior violadora.

Daí querer que, de forma incidental, neste “writ of mandamus”, reconheça este julgador a inconstitucionalidade dos dispositivos elencados da Lei Orgânica do Município (arts. 6º a 9º), por colidência com regra da Lei Fundamental (art. 37, II, CF), de observância obrigatória para a União, Estados e Municípios, e, assim, dê a norma municipal sem eficácia.

E, ainda,

e) Que o ato hostilizado teve por fundamento a gravíssima situação econômico-financeira por que atravessa o Município de Petrolina, decorrente do elevado comprometimento de suas receitas correntes com a folha de pessoal, face ao número excessivo de servidores; sendo de se destacar, outrossim, que o Decreto Municipal nº 235/93 procurou reorganizar o serviço público, demitindo, apenas, os celetistas não estabilizados e anulando as contratações irregulares;

f) Que a ASSEMPE foi comunicada com antecedência da decretação do ato hostilizado, sendo certo que ficou acordada a criação de um “balcão de empregos”, a fim de viabilizar o aproveitamento dos demitidos junto a empresas particulares e empreiteiras que, porventura, estejam prestando ou venham a prestar qualquer tipo de serviço ao Município de Petrolina. E mais: o Decreto nº 235/93 não apresenta qualquer vício formal, pois é atributo próprio da Administração organizar seus próprios serviços e anular os seus atos quando eivados de ilegalidade, revogando-os, ademais, por conveniência ou oportunidade.

Pede a denegação da segurança.

Juntou os documentos de fls. 1.130/1.248.

O ilibado e culto representante do órgão do Ministério Público, em judicioso parecer lançado às fls. 1.250/1.265, opinou no sentido de que, na forma incidental, fosse reconhecida a inconstitucionalidade do art. 8º, do Ato das Disposições Transitórias, da Lei Orgânica do Município de Petrolina, por ofensa ao art. 37, II, da Lei Maior, denegando-se, em consequência, a segurança impetrada, sublinhando o seguinte:

a) “Que, em não havendo os Impetrantes, segundo consta dos autos, prestado concurso público em nenhuma época, antes ou depois da promulgação da Carta Constitucional de 1988, não eram estáveis no serviço público em 04.01.93”;

b) “Que não se encontrando os Impetrantes no exercício efetivo de qualquer função, há mais de cinco anos e de forma ininterrupta, em 05.10.88, também não estão

incluídos nas exceções do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”;

c) “Que o art. 8º, do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica Municipal que “enquadrou” diretamente os Impetrantes aos atuais cargos, sem que passassem pelo crivo do concurso público, conforme manda a Lei Maior, fere o princípio do art. 37, incisos I e II, inclusive com a declaração de nulidade absoluta do § 2º, do mesmo artigo, da Constituição Federal”;

d) “Que não havendo prestado concurso nem se encontrando os Impetrantes nas condições excepcionais previstas no art. 19, do ADCT, não gozam do direito da estabilidade”;

e) “Que em não sendo estáveis, como não demonstraram ser (...), não vejo como se possa reintegrar os demandantes no serviço público via mandado de segurança” (...), vez que a estabilidade, in casu, é o único elo capaz de manter, por si mesmo, o servidor vinculado à Administração.”

Assim, vieram os autos conclusos para decisão.

O QUE TUDO BEM VISTO, EXAMINADO E PONDERADO, PASSO A DECIDIR.

II – Preciso as preliminares:

a) Impossível a reunião desta causa aos Mandados de Segurança nºs 1.149/93, 1.154/93, 1.155/93 e 1.156/93, porquanto tais processos já tenham sido objeto de sentença, o que elimina, assim, o objetivo da reunião de ações conexas: serem elas, por motivo de direção processual

(critério de deslocação de competência relativa), julgadas simultaneamente, com escopo de se impedir, em tese, decisórios conflitantes. O que, de qualquer sorte, não existe o risco de ocorrer, tendo em vista que todas as decisões foram proferidas (como esta) por este mesmo magistrado: embora não havendo unidade de julgamentos, ocorreu unicidade de pensamento.

b) Da preliminar de carência de ação: A matéria aqui articulada, face aos argumentos alinhados, foi equivocadamente lançada como “questão preliminar”, pois, em verdade, constitui o próprio mérito do mandamus.

Assim, desprezo a apreciação da questão ventilada sob o prisma de “matéria preliminar” (aquela que não tem influência sobre o mérito), pois, “in casu”, o tema abordado se afigura com irrecusável influência sobre a matéria de fundo da controvérsia.

c) Da preliminar de inépcia da inicial: Igualmente sem consistência a alegação (prévia) de defeito da peça inaugural, posto que a inicial preenche satisfatoriamente os requisitos de lei (art. 282, CPC) e veio instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 283, CPC).

Afasto, assim, “in totum”, as preliminares opostas pelo Sr. Prefeito do Município, quando de suas informações oficiais.

Pois bem.

Agora, arredadas as preliminares, o ponto nodal a ser enfrentado e resolvido diz respeito à prejudicial de

inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei Orgânica do Município de Petrolina – e que servem de fundamento à pretensão dos Impetrantes – que transformaram os atuais empregos e funções permanentes, existentes no âmbito da administração municipal, em cargos públicos, com o aproveitamento automáticos dos Impetrantes (empregados celetistas não estabilizados) em cargos públicos, sem a prévia aprovação em concurso público.

Enfrentar e elucidar esta questão significa buscar a composição do conflito intersubjetivo de interesses, colimando a conseqüente aplicação da justiça ao caso, apresentado à tutela jurisdicional.

O eminente Des. ITAMAR PEREIRA, quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 1.501-6/91, no Tribunal Pleno (TJ – PE), definiu a prejudicial de inconstitucionalidade como sendo a “matéria que, embora tenha autonomia existencial, está ligada por um nexo de prejudicialidade. Tem enorme influência sobre o mérito, desde que afasta o seu conhecimento, se reconhecida.”

Firmadas essas ponderações preambulares, examinemos bem a lide à luz de uma interpretação sistemática da ordem jurídica, em consonância com os princípios da Carta Fundamental.

O Sr. Prefeito do Município sustenta que o legislador municipal atuou contrariamente à norma-princípio insculpida no art. 37, II, da Carta Federal, quando construiu os arts. 6º, 7º, 8º e 9º do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de Petrolina, que servem de fundamento à pretensão dos Impetrantes; sen-

do certo que os citados dispositivos da Lei Orgânica, rotulados de inconstitucionais, operaram a transformação dos empregos e funções permanentes, existentes no âmbito da administração municipal, em cargos públicos, com a investidura automática de empregados em cargos públicos, sem que, para isso, tivesse ocorrido a prévia aprovação em concurso público.

Argumenta o Sr. Prefeito que o art. 37, II, da Carta Magna, determina depender a investidura em cargo ou emprego público de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvados, apenas, os cargos de provimento em comissão. Aduz, ainda, que, em sendo a Lei Orgânica do Município mero regulamento das disposições constitucionais que regem a sua vida, não vale na parte que contraria os princípios constitucionais a que deve obediência.

Por isso, querer que, de forma incidental (via de defesa ou exceção), reconheça este julgador a inconstitucionalidade dos dispositivos elencados da Lei Orgânica do Município por colidência com regra da Lei Fundamental (art. 37, II, CF), de observância obrigatória para a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios.

O ilustrado Dr. Promotor de Justiça, em seu brilhante parecer de fls., considerando as narrativas dos Impetrantes, a resposta da autoridade indigitada coatora e a vasta documentação apresentada pelas partes, assim resumiu a controvérsia:

a) “Contratação dos Impetrantes, pelo Município de Petrolina, pelo regime celetista, antes da vigência da

Carta Magna de 1988, admitidos assim os Impetrantes no serviço público sem concurso” (...);

b) “O vínculo laboral dos Impetrantes com o Município de Petrolina permaneceu como emprego público até que, em 5 de abril de 1990, entrasse em vigor a Lei Orgânica do Município de Petrolina, que transformou aqueles empregos em cargos, uma vez instituído o regime jurídico único do município como sendo o estatutário”;

c) (...) “A transformação dos empregos dos Impetrantes em cargos, de acordo com a referida Lei Orgânica Municipal, dar-se-ia pelo enquadramento dos empregados celetistas, observada a equivalência da nomenclatura e atribuições dos cargos integrantes do quadro de pessoal da Prefeitura Municipal”;

d) (...) “Os contratos de trabalho, bem como outras situações que configuravam vínculo trabalhista entre os demandantes e o Município de Petrolina, foram extintos com a transformação de empregos ou funções em cargos”;

e) “Que, individualmente, cada servidor Impetrante teve seu emprego anterior transformado em cargo, com idêntica denominação, sob o regime jurídico estatutário, através das Portarias, cujas cópias se encontram no bojo dos autos.”

E, mais adiante, sintetiza o ponto controvertido a ser enfrentado para a justa solução do conflito inter-subjetivo de interesses:

“Estamos diante de duas situações jurídicas que me parecem irreconciliáveis: uma que representa um princí-

pio ditado pela Carta Federal, que torna obrigatório o concurso público para acesso de servidores a cargo público da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer das esferas, federal, estadual, distrital ou municipal (art. 37 e seu inciso II, da CF) e outra, oriunda da Lei Orgânica do Município de Petrolina, que transforma empregos e outras situações que representassem vínculos trabalhistas em cargos públicos, pelo “enquadramento” dos servidores celetistas até então nesses cargos, diretamente, independentemente de concurso (art. 8º, LO).”

Examinemos diligentemente a questão.

O Município brasileiro é uma entidade política autônoma, ao mesmo tempo em que é uma unidade territorial do Estado-membro, devendo, na elaboração de sua Lei Orgânica, atender aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e Estadual (art. 29, CF). Com efeito, sendo a Constituição norma suprema, fundamental de um ordenamento jurídico, existe entre ela e a ordem jurídica infraconstitucional uma hierarquia, de maneira que as normas inferiores devem ser com ela compatíveis, sob pena de invalidade.

O conjunto de normas que rege uma sociedade estatal acha-se escalonada, sistematicamente, de tal forma que todas não possuem o mesmo valor. Havendo uma hierarquia no sistema normativo, a Constituição de um Estado é sua norma fundamental, pois é nela que se busca a validade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico.

Para demonstrar os diferentes escalões normativos, KELSEN (Teoria Pura do Direito, Armênio Amado,

Coimbra, pág. 269) utiliza-se de uma figura geométrica, de uma pirâmide. Segundo o mestre da escola positivista, “uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas, cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental, formam um sistema de norma, uma ordem normativa.”

Portanto, um preceito normativo, para ter validade dentro do sistema, precisa ser produzido em concordância com a norma superior, que representa seu fundamento de validade, de modo que a norma inferior não pode contrariar a superior, sob pena de não ter validade face à tal ordem normativa.

A norma que propicia a unidade do sistema normativo é a Constituição, considerada, assim, seu fundamento de validade. A superioridade constitucional representa a mais eficaz garantia de liberdade da dignidade do indivíduo, obrigando a enquadrar todos os atos normativos às normas nela previstas.

Desse modo, o poder estatal só é legítimo na medida em que for reconhecido pela Lei Superior.

Decorrente da supremacia constitucional, ou seja, do fato de a Constituição ser a lei orientadora da produção de todas as demais normas do sistema, chega-se à impossibilidade de as normas inferiores contrariarem a superior, que representa seu fundamento de validade.

Daí surge a noção de inconstitucionalidade, que resulta do conflito de um comportamento, de uma norma ou de um ato com a Constituição, e isto em uma relação

de caráter normativo e valorativo (v. JORGE MIRANDA, Manual de Direito Constitucional, 3ª ed. Coimbra, 1985, pág. 274).

A inconstitucionalidade pode advir da ação ou omissão que ofenda a Constituição, no todo ou em parte.

Face ao princípio da rigidez da Lei Suprema, portanto, a norma infraconstitucional deve guardar irrestrita compatibilidade com a norma constitucional, sob pena de tornar-se irremediavelmente viciada, isto é, afrontando a norma hierarquicamente superior, rompe com o seu fundamento de validade (v. CELSO RIBEIRO BASTOS, O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos Municipais, RDP 37/38, jan./jun. de 1976, pág. 45).

No direito brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade pelo órgão jurisdicional pode ser obtida por dois modos: por via de defesa ou exceção ou por via de ação.

Na via de defesa ou exceção, a alegação de inconstitucionalidade surge, incidentalmente, em um processo comum, sendo invocada durante uma ação submetida à apreciação dos tribunais e discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso. Nestas condições, a inconstitucionalidade pode ser apreciada por qualquer órgão do Poder Judiciário, individual ou coletivo, comum ou especial, caracterizando o que se chama de “método difuso”, e a decisão proferida, em qualquer nível, limita-se ao caso em litígio, fazendo coisa julgada apenas “inter partes”.

Na via de ação, a declaração de inconstitucionalidade é o objeto da ação, quando a lei ou ato é analisado em

tese, desvinculado de qualquer lesão de direito individual, operando-se o controle pelo método concentrado. O objetivo é retirar do sistema jurídico a lei tida por inconstitucional, o que vem a proporcionar a solução para os casos que, embora idênticos, na via de defesa, não são participantes do feito. Assim, a declaração de inconstitucionalidade em tese, tem efeitos “erga omnes”, outorgando-se a um único órgão judicante a análise da constitucionalidade, provocada por quem a Constituição determinar como titular da ação.

No que atine à lei municipal, consoante vasto repertório jurisprudencial, “não há ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em confronto com a Constituição Federal” (RTJ 93/455), porque “lei ou ato normativo municipal, que acaso colida com a Constituição Federal, só pode ser objeto de contencioso constitucional “in concreto” (RTJ 93/459, 1ª col.). A ação direta de argüição (de inconstitucionalidade), em tese, de lei ou ato normativo municipal, fica reservada apenas às hipóteses de afronta à Constituição Estadual; como, entre nós, está expressamente previsto no art. 61, letra “I” da Carta Estadual, com competência originária do Tribunal de Justiça do Estado.

Apreciemos, agora, as normas constitucionais pertinentes aos servidores públicos.

“De prima”, impõe-se gizar que as normas constitucionais sobre os servidores, por expressa disposição do art. 37, caput, da Carta Federal, aplicam-se aos três Poderes da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. São, portanto, normas impositivas para os três Poderes e para todas as entidades estatais autárquicas e fundacionais.

Acerca do assunto, leciona HELY LOPES MEIRELES (Direito Municipal, 6ª ed., atualiz., 3ª Tiragem, São Paulo, Malheiros Editores Ltda, 1993, pág. 431):

“As entidades estatais são livres para organizar o seu pessoal para o melhor atendimento dos serviços a seu cargo, mas há três regras fundamentais que não podem postergar: a que exige que a organização se faça por lei; a que prevê a competência exclusiva da entidade ou poder interessado; e a que impõe a observância das normas constitucionais federais pertinentes ao serviço público” (os grifos são nossos).

E ainda:

“As normas estatutárias municipais podem estabelecer vantagens e restrições aos servidores não contempladas na Constituição da República, e geralmente o fazem para propiciar ao Município o recrutamento regular do seu pessoal administrativo, em livre concorrência no mercado de trabalho (concessão de vantagens) e para adequar suas atividades às peculiaridades locais (restrições e deveres). Todavia, quanto às que o texto constitucional consignou, não poderão omiti-las, alterá-las ou estendê-las a outras categorias de servidores, salvo quando a Constituição o permite, explícita ou implicitamente” (ob. cit., pág. 436).

Pelo que já ficou exposto, é significativo destacar que não pode subsistir qualquer dúvida quanto à necessidade de o Município, na organização de seu funcionalismo, respeitar as normas expressas na Carta Federal e também na Carta Provinciana, que, por serem superiores, representam o fundamento de validade de toda a legislação infraconstitucional.

A Lei Orgânica Municipal deve guardar estrita obediência a princípios da Constituição da República, a princípios da Constituição do Estado-membro e a preceitos constitucionais federais estabelecidos. “O princípio é a base, o alicerce, o fundamento, o núcleo, a ordem central de um sistema: a acepção fundamental, básica, primacial, subordinadora de todo um comando de normas esparsas, nela baseadas ou derivadas dela, irradiando luzes à inteligência dos preceitos que a cercam. Constitui a base do sistema” (JOAQUIM CASTRO AGUIAR, *Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição*, 1ª ed., RJ, Forense, 1993, pág. 48).

Dessa forma, estabeleça-se como parâmetro a seguinte premissa: existindo conflito entre norma da Constituição Federal e disposição da Lei Orgânica Municipal, não há como deixar de reconhecer seja esta última inconstitucional, por romper com o seu fundamento de validade.

Pois bem. Estudemos com atenção as normas sobre provimentos de cargos públicos no direito positivo pátrio, a partir das regras compendiadas na Constituição Federal, de observância obrigatória pelos municípios, como já se afirmou.

O art. 37 da Lei Fundamental prescreve:

“Art. 37 – A administração pública, direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

I – Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos de lei;

II – A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;”

(...)

O inc. I do art. 37 consagrou o princípio da igual acessibilidade aos cargos públicos, originário do moderno Estado Democrático de Direito. É irrecusável que este dispositivo se afigura como princípio constitucional, quer pelo fato de a própria Constituição assim estabelecer, quer por representar um corolário imprescindível do princípio da isonomia.

Por sua vez, o inc. II do art. 37, igualmente princípio constitucional, complementa o disposto no inc. I do mesmo artigo, posto que pavimenta o modo através do qual o princípio da igualdade para fins de acesso aos cargos públicos deverá efetivar-se. Numa palavra: esta igualdade, assegurada constitucionalmente, será concretizada através da realização de concurso público.

Dessa forma, é mister concluir que a aprovação em concurso público é condição constitucionalmente imposta para que ocorra, validamente, a investidura de servidor em cargo público, ressalvadas apenas as nomeações para cargo em comissão. Sem concurso, a investidura é nula, qualificada pela inconstitucionalidade.

Em resumo: o concurso público é um instrumento de realização concreta dos princípios constitucionais da igualdade (corolário do princípio da isonomia) e da

impessoalidade, vez que aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei.

A tudo se acresça que a exigência de concurso na Constituição de 1988, consoante ensina ADILSON ABREU DALLARI (Regime Constitucional dos Servidores Públicos, 2ª ed., SP, RT, 1992, pág. 37), “é muito mais ampla do que aquilo que constava literalmente no texto decaído de 1969. Com efeito, a Carta anterior, em seu art. 97, § 1º, falava em “primeira” investidura e apenas em “cargo” público. Para evitar a repetição das burlas e dos subterfúgios, o texto atual procurou “cercar” o concurso, dispondo, no inciso I do art. 37, que ele é obrigatório para qualquer investidura, seja em cargo, seja em emprego público.”

Como é cediço, os princípios constitucionais não podem ser, em hipótese alguma, inobservados, porquanto um princípio representa a base de um sistema jurídico. Numa palavra: desrespeitá-lo é desrespeitar não uma regra isolada de um sistema normativo, mas o próprio sistema como um todo.

Nunca é demais repetir a já célebre afirmação de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (RDP 15/283):

“(…) qualquer disposição, qualquer regra jurídica (...) para ser constitucional, necessita estar afinada como o princípio (...), realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma

Lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”

Por aqui, forçoso é concluir que as regras estampadas nos incisos I e II do art. 37, da Carta Política, representam princípios, e, em se cogitando de princípios, não podem jamais ser afrontados, devendo, dessarte, servir de parâmetro para a interpretação das demais normas constitucionais. E mais: a prévia aprovação em concurso público é requisito inarredável para que ocorra validamente a investidura de servidor em cargo de provimento efetivo, importando a sua inobservância em punição da autoridade responsável pelo seu cometimento, além da nulidade do ato (art. 37, § 2º, CF).

A par dessas premissas, é que se deve interpretar outros dispositivos constitucionais, especialmente os arts. 39 do texto permanente e 19, do ADCT, tendo-se sempre presente a assertiva de que jamais se poderá titularizar cargo de provimento efetivo sem que tenha ocorrido a anterior aprovação do candidato em concurso público.

Assim, qualquer interpretação que se dê ao art. 39 da Constituição da República que se afaste dos princípios dantes estudados estará definitivamente errada. A exegese perfeita do art. 39 carece do exame de todos os outros

dispositivos constitucionais pertinentes ao servidor público, a fim de que se possa extrair a verdadeira finalidade da lei como um todo. Oportunas, a propósito, as palavras do Procurador do Município do Rio de Janeiro SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES (BDM – dez./91):

“(…) não há que se confundir norma jurídica com a lei, nem norma com artigo ou dispositivo legal. Com a primeira, guarda a norma uma relação de continente a conteúdo, isto é, a norma está contida na lei, não sendo a recíproca verdadeira. A norma jurídica não se confunde com o dispositivo legal. Muitas vezes, o artigo pode conter uma norma, mas tal não é absolutamente necessário. Aliás, na maioria das vezes, a norma está fracionada pelos diversos artigos esparsos dentro de uma lei, e até mesmo em leis diversas.

Daí a necessidade de examinarmos a Constituição Federal como um todo e não apenas o art. 39 desta (...). De uma breve análise do texto constitucional, constatamos até com facilidade que a principal finalidade deste dispositivo, que se coaduna perfeitamente com o espírito da nova Carta, é extinguir diferenças porventura existentes, prestigiando sobremaneira o princípio da isonomia.

(…) Desta forma, qualquer interpretação do art. 39 que se distancie do princípio da isonomia estará inexoravelmente errada. O principal interesse público é a igualdade. Onde não houver igualdade, não haverá interesse público.

(…) Além do princípio da isonomia, o disposto no art. 39 há também que se pautar pelos princípios enumerados pelo art. 37 da CF/88. Assim, o regime único não

poderá prover a simples transposição de um cargo para outro sem a realização de um concurso público aberto a todos, pois o princípio concursivo, bem como outros, terá que ser obedecido pelo novo regime.

(...) O regime único não é apenas a aplicação do disposto pelo art. 39, é resultado de um todo, cujo maior fragmento encontra-se neste artigo. A sua normatização foi feita pela Constituição como um todo, e o espírito desta terá que presidir.”

Em consonância com tudo quanto já ficou estudado, é curial afirmar que a instituição do Regime Jurídico Único reclamado pelo art. 39 da Lei Maior não autoriza, em hipótese alguma, fazer-se tabula rasa dos princípios da igualdade de acesso aos cargos públicos e o da obrigatoriedade do concurso público, haja vista que os mesmos, por serem princípios (norteadores de todo o sistema), devem ser sempre imaculados.

Diga-se, destarte, que o legislador constitucional, ao erigir a regra do art. 19 do ADCT, da Carta Magna, não desprezou, em nenhum momento, os princípios compendiados no art. 37, I e II, vez que apenas atribuiu ao servidor público, com mais de cinco anos continuados de serviço, estabilidade, ressaltando que esta se dá no serviço público tão-somente, e que dela não decorreu a efetividade.

Observando o § 1º, do art. 19, do ADCT, confirma-se definitivamente o que antes se afirmou: “O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.” Ora, se a investidura pu-

desse ser automática, o citado § 1º, do art. 19, restaria inútil: por que prevê concurso para o provimento de cargo se este provimento poderia dar-se independentemente de concurso?

Se, à primeira vista, poder-se-ia pensar que a estabilidade concedida significasse a efetivação daqueles celetistas, isto é, a transmutação automática de seus empregos em cargos, tal não ocorreu. A questão, hoje, está mais do que pacificada, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência: a estabilidade não se confunde com a efetividade.

A estabilidade é direito de permanência no serviço público (direito da pessoa); a efetividade é atributo do cargo. “O pressuposto mínimo para aquisição da efetividade é a existência do cargo. Em não havendo cargo não há que se falar em efetividade. Assim, se o servidor não prestou concurso, não possui cargo nem é efetivo; é, sim, um empregado celetista estável no caso de contar com mais de cinco anos à data da promulgação da nova Carta” (SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES, ob. cit.).

Inteiramente procedente, por aqui, a observação do incluíto Dr. Promotor de Justiça, em seu bem assentado parecer de fls., “*verbis*”:

“Ora, se a Lei Maior, mesmo dando, excepcionalmente, estabilidade no serviço àqueles servidores que se encontravam na situação prevista no art. 19, do ADCT, manteve a obrigação de prestarem concurso para que tivessem acesso a cargos, através da efetivação, por que iria dispensar da prestação de concurso aqueles servido-

res que não eram estáveis no serviço público, ou seja, aqueles que contavam com menos de cinco anos de serviço na data da promulgação da Lei Maior e que não haviam, como aqueles, prestado concurso público por ocasião do contrato?”

Em assim sendo, é imperativo afirmar e ressaltar que a instituição do regime jurídico único, reclamado pelo art. 39 da Carta Federal, com o escopo de pôr fim às desigualdades atualmente existentes no âmbito do serviço público, deverá concretizar-se em estrita obediência ao disposto no art. 37, II, e art. 19, § 1º, do ADCT, da Constituição da República. Este último dispositivo, como já se viu, “conferiu estabilidade aos servidores não concursados que contassem cinco anos de exercício contínuo à data da promulgação da Constituição (05.10.88), mas não autorizou mudanças em seu regime jurídico e muito menos permitiu sua preposição em cargos públicos, pois – pelo contrário – estabeleceu que sua efetivação dependeria de concurso” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., SP, Malheiros Editores Ltda, 1993, pág. 145). A lei instituidora do regime jurídico único de cada ente governamental – que há de ser o regime estatutário (regime de cargo), porque é o que melhor atende aos interesses peculiares da Administração – não poderá conceder qualquer benesse que a Constituição Federal não deu. Não poderá afastar-se dos parâmetros indicados pelos princípios constitucionais, sob pena de ruptura com a Lei Fundamental.

Sem concurso, sem aprovação em concurso público, os estabilizados permanecerão, indefinidamente, na posição em que se encontravam em 05.10.88, inobstante desfrutarem da garantia de permanência no serviço públi-

co (e não em cargo). Por sua vez, os não estabilizados, por haverem ingressado no serviço público após 05.10.83 (hipótese em que se encontram todos os Impetrantes) permanecerão na situação de “empregados”, sujeitos à legislação trabalhista, e, ainda, sem a garantia de permanência no serviço, posto que esta é própria dos estáveis. Salvante, frise-se, a estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT, da CF/88, somente adquire estabilidade os servidores nomeados em virtude de concurso público, após dois anos de efetivo exercício, consoante os requisitos oferecidos pelo art. 41 da Lei Suprema.

O prazo de 18 (dezoito) meses, previsto no art. 24 do ADCT, da Carta Federal, é para iniciar o processo de compatibilização entre a situação existente anteriormente e a ordem jurídica decorrente da edição do novo texto constitucional, e não para concluí-lo. “Como parte desse processo está a realização de concursos destinados a selecionar quem deve ser efetivado e integrado na carreira. Não é possível simplesmente transformar todos os estáveis em funcionários. Ninguém pode ser efetivado sem aprovação em concurso” (A. ABREU DALLARI, ob. cit., pág. 91).

Por tudo quanto ficou exaustivamente exposto, eu não tenho nenhuma dúvida em reconhecer e declarar, incidentalmente (método difuso), com efeitos inter partes, a inconstitucionalidade material ou intrínseca dos arts. 6º, 7º, 8º e 9º, do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de Petrolina, que serviam de fundamento à impetração dos postulantes – e que haviam operado a transformação dos atuais empregos existentes no âmbito da administração municipal em cargos públicos, com a investidura automática dos Impetrantes (em-

pregados celetistas não estabilizados) em cargos de provimento efetivo –, por ofensa à norma-princípio do art. 37, II, da Constituição da República.

Desse modo, uma vez reconhecida e declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos acima citados da Lei Orgânica do Município de Petrolina, os Requerentes continuam a ser regidos pela legislação trabalhista, retroativamente, desprovidos, pois, de direito à reintegração no serviço que possa ser susceptível de amparo por esta via mandamental, vez que somente o instituto da estabilidade confere ao servidor o direito de permanência no serviço público. Com efeito, os Impetrantes, consoante se apurou nos autos, ingressaram no serviço público, todos eles, sem a prestação de concurso público, na condição de “empregados”, com vínculo trabalhista, sendo certo que todas as contratações ocorreram após 05.10.83, indiscrepantemente; portanto, não estão os Impetrantes, outrossim, contemplados pela estabilidade excepcional ínsita no art. 19 do ADCT da Lei Maior.

Na condição de empregados públicos não estabilizados (sujeitos à legislação celetista), os Impetrantes devem demandar seus eventuais direitos nas vias próprias, na Justiça Laboral (art. 114, CF).

“En passant”, impende ressaltar que a Lei Federal nº 8.112, de 11.12.90 (instituidora do regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais), também inconstitucionalmente, adotou idêntico tratamento dispensado pela Lei Orgânica do Município de Petrolina, transmudando, automaticamente, os “empregos” em “cargos públicos”, com a investidura de empregados em car-

gos de provimento efetivo, sem a prestação de concurso público (conferir art. 243, Lei nº 8.112/90). Pela opinião unânime dos mais autorizados administrativistas e constitucionalistas pátrios, o legislador federal laborou em flagrante inconstitucionalidade ao construir a regra do art. 243 da Lei nº 8.112/90, permitindo a investidura em cargos públicos sem a prévia aprovação em concurso.

Com efeito, assinala IVAN BARBOSA RIGOLIN (Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis, 1ª ed., SP, Saraiva, 1992, págs. 361/363) a respeito da regra expressa no art. 243 da Lei nº 8.112/90, “*verbis*”:

“Chega-se enfim ao artigo mais monstruoso, inadmissível e estapafúrdio de que se tem notícia, nos últimos tempos no panorama do direito público brasileiro.

(...) A Lei 8.112/90 é a lei do regime jurídico único do servidor federal. Regime jurídico único é uma exigência da Constituição Federal, constante de seu art. 39. Essa exigência evidentemente não se sobrepõe aos princípios constitucionais, previstos no art. 5º, do respeito ao direito adquirido e ao negócio jurídico perfeito.

(...) Mas não pára aí a inconstitucionalidade do artigo, pois que ele também afrontou, ao transformar emprego em cargo efetivo, o disposto no art. 19, § 1º do ADCT da Constituição Federal, que exigia, como exige, concurso, seja ele público, seja ele interno, para o fim de efetivação de servidores estabilizados em empregos pela CLT, quando de uma eventual passagem para o regime jurídico estatutário. A União os passou sem concurso, por simples determinação de lei, em aberta afronta à exigência constitucional.”

Ainda acerca do assunto, escreve ANTÔNIO AUGUSTO JUNHO ANASTASIA (Regime Jurídico Único do Servidor Público, 1ª ed., Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1990, págs. 93/94):

“(…) surge, com importância neste assunto, a estabilidade concedida pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias à Constituição da República, a todos os servidores públicos civis da administração direta das pessoas políticas, das autarquias e das fundações públicas, desde que contassem, em 5 de outubro de 1988, com cinco anos continuados de exercício no serviço público, e cujo ingresso não se tenha dado em virtude de concurso público. Esta estabilidade atinge a todos os servidores nas condições descritas pelo dispositivo, independentemente do regime jurídico ao qual era vinculado.

Obtida a estabilidade, indaga-se sobre a efetividade. Como esta é um “minus” em relação àquela, dever-se-ia pressupor que, uma vez estável, havia o servidor também adquirido efetividade (...). Este raciocínio, contudo, foi afastado, à luz do § 1º do mesmo art. 19, que exigiu do servidor estabilizado em razão do seu comando, a aprovação em concurso para fins de efetivação. O constituinte, portanto, concedeu o mais, mas não concedeu o menos.

Em razão desta exigência, a par do teor do art. 37, II, da Carta Federal, que exige prévia aprovação em concurso público para o provimento em cargo público, não podemos considerar constitucional a transformação automática de empregos celetistas, não oriundos de aprovação em concurso público, em cargos públicos, como pretende a União Federal, em seu modelo de instituição do regime único.

A efetivação em cargos públicos, sob o regime estatutário, só se pode dar de duas formas: a) aprovação em concurso interno para os estabilizados; b) aprovação em concurso público para os não estabilizados.

(...) Pelo exposto, consideramos que os critérios de efetivação em cargos públicos, sob o regime estatutário, tornado único, só podem ser os referidos acima, afastando-se, por inconstitucional, ao ofender o art. 37, II, do texto permanente e o § 1º do art. 19 do texto provisório, a dita efetivação direta, mediante simples transformação dos empregos em cargos, salvo se o ingresso no emprego tiver decorrido de aprovação em concurso público, quando a medida referida se torna constitucional.”

WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA (Comentários ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, 2ª, ed., rev. e ampl., SP, Edipro, 1993) investe também contra o dispositivo sob comentário (art. 243, Lei 8.112/90), igualmente qualificando-o de “flagrantemente inconstitucional”.

A lista dos doutrinadores não pára aí, todos enxergando no dispositivo estudado o grave vício da inconstitucionalidade.

Mas, para arredar de vez qualquer dúvida, é bastante, definitivamente, transcrever, aqui, a posição do maior administrativista pátrio da atualidade, o emérito professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, 2ª ed., rev. e atual., SP, RT, 1991, págs. 15/17), vejamos:

“Que fez a Lei 8.112? Em seu art. 243, sem distinguir entre estabilizados e não estabilizados, entre concursados e não concursados, afrontando à generala e de modo aberrante o Texto Constitucional, numa violação que seria perceptível até mesmo pelo mais rústico dos estudantes de direito, converteu todos os contratados da administração direta, autárquica e das fundações públicas em “servidores” (que é o novo e equívoco nome que atribuiu aos funcionários), parificando-os com os antigos funcionários públicos e os assujeitou, neste indiscriminado conjunto, ao regime jurídico único nela instituído.

Com efeito, o precitado art. 243 estatuiu: “Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos” (servidor, de acordo com ela, é a pessoa legalmente investida em cargo público) “os servidores dos Poderes da União, dos ex-territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28.10/1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto nº 5.452, de 01.05.1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.” E o § 1º, para espancar qualquer dúvida sobre a firmeza do intento de perpetrar a inconstitucionalidade apontada, estatuiu: “Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação”.

Não haverá mais, portanto, o concurso público previsto no § 1º do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pois a Lei nº 8.112 já deu aos eventuais concursandos o que a Constituição proibira lhes fosse dado como favor. Tais servidores, que deveriam ter sido

incluídos em quadro em extinção, pois seus empregos desapareceriam à medida que fossem aprovados em concurso público (se o fossem) ou que por si mesmos se desligassem ou que viessem a se aposentar ou falecer com o decurso do tempo, foram pura e simplesmente integrados em cargos públicos! E o que é de causar ainda maior estupor: junto com eles foram também integrados em cargo público, sem concurso público, os que não eram estáveis, ou seja, que não contavam os cinco anos a que aludia o art. 19 das Disposições Transitórias da Constituição! Trata-se, pois, do mais visível, escandaloso e teratológico desacato à Lei Magna que se poderia conceber em matéria de servidor público e cujas consequências patrimoniais detrimenrosas, para serem avaliadas, não precisam mais do que a simples lembrança de que este conjunto de beneficiários irá se aposentar com proventos integrais, nos termos da Constituição, ao invés de fazerem-no segundo o regime previdenciário próprio da relação empregatícia comum. Isto, para não se falar do adicional de um por cento ao ano por tempo de serviço ou das múltiplas licenças remuneradas a que só fazem jus os que ingressaram em cargo público, regularmente, por concurso.

Acresça-se que há inconstitucionalidade também por outro ângulo, já que os que mantinham relação trabalhista não poderiam, sem ofensa a direito adquirido (art. 5º, XXXVI), ter modificada a natureza de seu vínculo contratual para institucional ou estatutário, com alteração dos precedentes direitos, sem que livremente aceitassem a inclusão em um novo regime.”

De mais a mais, é imperativo observar e destacar que a jurisprudência pacífica da Suprema Corte de Justiça do país tem-se mostrado firme e veemente na defesa

do princípio concursivo para fins de investidura em cargos públicos. A respeito do tema, é valiosa a transcrição de passagem de brilhante voto proferido pelo eminente Des. ETERIO RAMOS GALVÃO (Mandado de Injunção nº 1.501-6/91 – TJ- PE):

“(…) no dia 11 de fevereiro deste ano, o Supremo Tribunal Federal suspendeu, por meio de liminar, o direito de todos os servidores públicos ascenderem a cargos mais altos sem prestar concurso público. (...) Em outras palavras, estão suspensos os artigos: art. 4º, Lei nº 7.707; art. 4º, Lei nº 7.719; art. 10, Lei nº 7.727; art. 17, Lei nº 7.746; § 3, art. 8º, arts. 10, 13 e 17, inc. IV, art. 33, Lei nº 8.112; Ato Regulamentar nº 01 e Resolução nº 14, do Tribunal Regional Federal, da 2ª Região, sediada no Rio de Janeiro.

(…) na Lei nº 7.727, permite-se o aproveitamento de servidores em cargos de “atribuições semelhantes”; na Lei nº 7.707, permite-se a progressão funcional sem concurso público; nas outras, fala-se em concursos internos e em outros institutos tão comuns no Brasil pré-impeachment.

(…) A liminar do STF veio em boa hora, e foi adotada em face de uma votação expressiva: nove votos a um.”

E arremata:

“No Paraná, buscou-se a integração de advogados, assessores e assistentes jurídicos estáveis em carreiras especiais (ADIn. DJU, 03.08.90, p. 7.234), o que foi impedido. No Pará, tentou-se transformar cargos de assistentes jurídicos e assemelhados em outros de consultor jurídico (ADIn. 159-1-PA, DJU 25.05.90, p. 4.603), o que

também foi impedido. É o rigor da jurisprudência do STF na salvaguarda do princípio do concurso público (ADIn. 289-9-CE, DJU, 03.08.90, p. 7.235). Negouse, até mesmo, e por unanimidade, a constitucionalidade do concurso interno, afirmando-se que haveria, em todas as hipóteses, de ser público (ADIn. 4981/600 – Amazonas, DJU 09.08.91). Negou, também, o Supremo Tribunal Federal o enquadramento sem concurso (ADIn. nº 483-2-PR, DJU 31.05.91).”

III – POSTO ISTO e considerando tudo quanto o mais dos autos consta e os dispositivos legais atinentes à espécie, uma vez acatada a prejudicial de mérito e declarada, incidentalmente, com efeitos inter partes, a inconstitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 8º e 9º, do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Município de Petrolina, DENEGO A SEGURANÇA IMPETRADA, nestes autos de Mandado de Segurança impetrado por ADÃO JOSÉ DOS SANTOS e outros trezentos e quinze, todos os postulantes já satisfatoriamente individuados nos autos, aforado contra do ato do Exmo. Sr. Prefeito do Município de Petrolina.

A teor do compendiado na Súmula 512 do STF, deixo de estabelecer condenação em honorários advocatícios, devendo os vencidos, contudo, arcarem com o pagamento das custas processuais.

Com atraso em virtude da elevada quantidade de serviço, decorrente de várias acumulações nesta Comarca, e, também, em face da complexidade da matéria tratada nos autos.

Custas na forma da lei.

P. R. I.

Petrolina, 22 de julho de 1993

Jorge Américo Pereira de Lira

Juiz de Direito

FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA

João Maurício Leitão Adeodato

Prof. de Filosofia do Direito da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape. Coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Recife-UFPE. Prof. de Introdução à Ciência do Direito da Faculdade de Direito do Recife-UFPE.

Sumário:

1. O problema da teoria do conhecimento enquanto teoria da verdade. – 2. A atitude filosófica não-dogmática e a importância da dogmática jurídica. – 3. Direito dogmático e subdesenvolvimento.

1. O problema da teoria do conhecimento enquanto teoria da verdade.

Este trabalho trata de teoria do conhecimento. Mas não só disto. Essa parte da filosofia, tecnicamente denominada gnoseologia (ou gnosiologia) – do grego gnose, conhecimento -, tornou-se, por diversos motivos que não cabe agora examinar, a principal linha de pensamento no Ocidente. A gnoseologia cuida, em suma, de investigar este tipo de relacionamento bem peculiar que o ser humano estabelece com o mundo e que chama conhecimento.

Muitas vezes é possível encontrar, empregada neste mesmo sentido, a palavra epistemologia. A figura de linguagem que descreve este tipo de associação é a

metonímia, que ocorre, como no exemplo aqui, quando a espécie é tão importante dentro do gênero que passa a ser identificada com ele. Enquanto o processo metafórico, mais complexo e analógico, regra-se pela similaridade, o processo lingüístico metonímico toma por base a contigüidade, conceitual e espacialmente mais próxima. É que o conceito de filosofia científica, ou pelo menos o de filosofia do conhecimento, tornou-se tão importante que quase eclipsou as outras formas de se fazer filosofia.

Epistemologia – do grego episteme – designa, na filosofia de Platão, a esfera mais alta do saber e constitui a teoria do conhecimento que hoje chamaríamos científico, um tipo especial de conhecimento, que se pretende verdadeiro, racional, sistematizável, transmissível etc. Tornar mais precisa esta definição dependerá da concepção de ciência que se adote. Como a epistemologia está contida na gnoseologia, vai-se também tratar aqui dos pressupostos gnoseológicos da ciência, cuja autoridade é talvez a maior característica de nossos tempos modernos.

Uma filosofia do direito, contudo, não se pode limitar à teoria do conhecimento, menos ainda às bases da ciência; precisa tratar também de outras perspectivas extremamente complexas, dentre as quais sobressai-se a ética. Os conflitos éticos diferem das questões científicas, mas ambos têm constituído o cerne desse conjunto de escritos que se convencionaram chamar filosóficos. Os problemas éticos, entre outras características, dizem respeito a como as pessoas devem-se conduzir diante de alternativas de conduta simultâneas mas mutuamente incompatíveis, quando a escolha de um caminho implica recusa dos demais. Desnecessário enfatizar a importância deste tipo de reflexão diante do mundo em que pretende viver o homem do século XXI.

A filosofia do direito envolve pelo menos três lados: primeiramente o científico, na falta de melhor nome, isto é, a descrição de fenômenos, objetos, fatos, relações, como se queira chamar a multiplicidade de percepções, incluindo o processo de estabelecer laços conceituais entre os objetos observados dentro de uma teoria em certa medida coerente, sistematizável, transmissível, como dito. Em segundo lugar a filosofia, por vezes, cuida do lado ético, pode-se até dizer existencial, com o objetivo pragmático de nortear o ser humano para viver o mais adequadamente possível, segundo parâmetros que ele próprio elege, em suas interações com seus semelhantes, auxiliando a decidir conflitos, a agir no mundo. E, finalmente, uma perspectiva que podemos denominar metafísica, no plano das “idéias” de que falava Kant, a filosofia ocupa-se daquelas questões que o filósofo sabe não vai poder responder definitivamente mas que, inobstante, inquietam um bom número de seres humanos.

Algumas questões importantes já são tradicionais na filosofia, como a de se há um conhecimento correto e outro falso do meio circundante ou se toda forma de conhecimento é igualmente ilusória; o que é algo real, em que consiste o mundo ideal; se há formas decentes e outras ímprobas de se agir ou se é tudo a mesma coisa; se há uma finalidade e um destino para a humanidade ou se voltaremos todos para o pó, independentemente de nossa conduta... E assim por diante. A filosofia do direito, por seu turno, tem-se ocupado de problemas como a separação entre direito e moral, Estado e Igreja; se há diferença entre legalidade e legitimidade ou se todo direito eficaz é legítimo; se o homem tem direitos contra o Estado ou se direitos só existem quando o Estado os concede; se é possível uma pretensão de universalidade, a pretensão de

poder detectar leis e relações universalmente válidas para decidir de forma justa determinados conflitos etc.

O conhecimento, sobretudo o científico, que se pretende mais digno de crédito do que nossas outras formas de contato com o mundo, assume enorme importância, significando ao mesmo tempo saber, poder, legitimação, eficácia. A ciência substituiu a religião como esteio da verdade, até da verdade ética, critério para distinguir o certo do errado. A filosofia passou, se não a ser ela mesma “científica”, pelo menos a ser epistemológica, preocupando-se fundamentalmente com as bases do conhecimento, com as bases da ciência. Mas a atitude científica, baseada na demonstração empírica e na coação racional, tem problemas para lidar com os conteúdos axiológicos que a religião, a revelação, a teologia manipulavam tão bem.

Na filosofia do direito houve, claro, reflexos dessa atitude de cientificização. Veja-se aqui o que se pode chamar de uma preliminar epistemológica.

No sentido grego de uma visão do mundo, uma teoria pode descrever ou prescrever perspectivas do observador diante de determinado objeto. Os dois tipos de abordagem teórica resultam diferentes.

No grupo das teorias prescritivas estão aquelas que sugerem determinadas normas, princípios, procedimentos, em suma, regras que devem ser obedecidas de modo a propiciar decisões mais adequadas, mais racionais, mais justas, mais corretas, mais naturais, em uma palavra, decisões de alguma maneira melhores, isto é, mais desejáveis do ponto de vista do teórico. Essas teorias sempre revelam alguma forma do que podemos denominar con-

teúdo moral, na falta de melhor expressão, vez que expressam traços da visão do mundo que os teóricos que as prescrevem já têm. Isto parece ocorrer mesmo quando as prescrições se apresentam como exclusivamente formais ou analíticas.

Se o que é prescrito como desejável pode ou não realizar-se é outra questão e, de qualquer sorte, sua resposta dependerá do contexto ou do procedimento a ser seguido. Por outro lado, tais teorias deixam claro que os procedimentos sugeridos não são efetivamente observáveis, não são parte da realidade perceptível empiricamente, vez que os prescrevem sem descrevê-los, o que releva seu caráter ao menos temporariamente ideal. Isso é expressamente admitido, por exemplo, quando o autor defende a legalização dos procedimentos sugeridos por sua teoria, ou seja, sua positivação na ordem jurídica estatal vigente.

A perspectiva destas reflexões, porém, é descritiva. Isto não significa afirmar que uma argumentação será necessariamente inapropriada se se basear em uma teoria prescritiva. O postulado aqui é que as instâncias persuasivas mencionadas acima, plenas de conteúdo axiológico, são inadequadas às retóricas e aos procedimentos jurídicos quando o objetivo do pesquisador é descrevê-los tais como ocorrem.

Este trabalho quer apresentar ao leitor umas poucas questões jurídico-filosóficas, de forma participativa, mostrando-lhe que o pensamento não é sempre, talvez para alguns infelizmente, demonstrativo, racionalmente cogente, asséptico, “científico”. Nossa unidade temática é o dualismo entre as teses “esta é a verdade” e “não creio

em qualquer verdade”, com seus matizes, ou, como chamaremos aqui de modo mais técnico, ontologias versus retóricas. Se na vida real podemos viver dezenas de anos decidindo e agindo em cima de matizes nem sempre claros, inclusive para nós mesmos, a filosofia ambiciona mais: pretende e até precisa ser mais radical e responder, por exemplo, à pergunta se é possível um conhecimento certo e verdadeiro do mundo ou se estamos condenados a nos contentar com meras opiniões. Em outras palavras, a filosofia precisa examinar mais a fundo aqueles problemas e conflitos, sempre postos, mas nunca definitivamente resolvidos, pela sede de saber, amar e poder do homem.

Queremos também considerar uma tese específica: apontar as limitações de uma forma ontológica de filosofia – e, por extensão, de qualquer ciência ou teoria – que domina o pensamento dito ocidental desde os primórdios até hoje. É comum associarem a tendência retórica, adversária das ontologias, a uma perspectiva a-ética. Mais ainda, os cínicos, céticos, nominalistas e assemelhados são muitas vezes também vinculados a diversas formas de pessimismo. Nada mais inexato. Certamente que pode haver filosofias retóricas pessimistas e até anti-éticas, mas muitas filosofias ontológicas também o são. Se a retórica de um Nietzsche é contrária à ética da bondade e do perdão que advogam os cristãos, certamente as teorias racistas, todas ontologizantes e assim opostas a Nietzsche, vão no mesmo caminho.

Este tipo de pensamento ontológico floresceu principalmente na Alemanha, embora com representantes importantes em outras nações, garantiu a predominância alemã na filosofia ocidental por mais de dois séculos. Tal

maneira de ver o mundo ganhou importância a ponto de ser confundida com a própria filosofia, ainda que pareça um tanto enfraquecida em nossa época. É o mesmo tipo de metonímia de que falamos acima: a espécie tomada pelo indivíduo, dada a importância deste.

2. A atitude filosófica não-dogmática e a importância da dogmática jurídica.

Fala-se muito em crise no direito em vigor na periferia do capitalismo ocidental, no dito mundo subdesenvolvido, crise nitidamente exemplificada pela situação brasileira. Entre as dificuldades para descrever essa crise, em nossa opinião, está a pretensão de estender a todos os Estados modelos ontológicos de teorias.

Se trouxermos a perspectiva epistemológica diferente de acentuar o problema em vez do sistema, rejeitando na medida do possível proposições que pretendem validade universal, para guiar, especificamente, a observação dos conflitos jurídicos no Brasil, vamos perceber o descompasso entre modelos legais e jurisprudenciais dogmáticos supostamente impostos pelo Estado e procedimentos de solução de conflitos efetivamente estabelecidos.

Uma das fontes dessa crise é o fenômeno que atinge as ditas ciências humanas no Brasil de hoje. O problema não se parece dever apenas a um desinteresse generalizado pela cultura diante de questões consideradas prioritárias, a uma política desastrosa por parte dos órgãos governamentais, ao baixo nível do ensino ou ao incremento de uma alienação típica dos métodos e procedimentos meramente quantitativos, hoje estendidos a toda

ciência. A crise é certamente mais ampla e deita raízes para além das fronteiras deste nosso país.

De qualquer forma, um dos campos que mais sente os efeitos dessa falta de critérios, seja na universidade, seja na sociedade ao largo, é certamente o direito, perdido entre os sonhos das diversas formas de jusnaturalismo, de uma “justiça de acordo com a natureza das coisas”, e a mera tecnoburocracia advocatícia, no sentido mais limitado do que se convencionou chamar positivismo.

No Brasil, se o estudo da filosofia e da teoria geral do direito foi pouco a pouco extirpado de nossos currículos de graduação, notam-se também, mais recentemente, exigências sempre renovadas em prol de perspectivas críticas, de mais filosofia em seu sentido mais primordial. Procura-se dar ao direito a dignidade de objeto de conhecimento e afastar-lhe o estigma de mero pensar tecnológico – algo em que ele também se transformou e cujas origens se podem rastrear.

Note-se que é quase um lugar-comum entre os juristas brasileiros a referência à necessidade de interdisciplinaridade. Mais ênfase sobre a filosofia do direito pode ajudar a revelar o porquê da inoperância das leis no Brasil, da opressão crescente do Estado sobre o indivíduo ou a ação das ideologias, sem esquecer o papel já tradicional, mas nem por isso menos adequado, da filosofia no questionamento das bases da ciência e da praxis. Muito das confusões no discurso das ciências sociais contemporâneas, sobretudo no Brasil, deve-se à pouca familiaridade com a filosofia do conhecimento.

Então, uma vez que a comunidade acadêmica nacional não está propriamente em condições de modificar o atual estado de coisas, um dos caminhos que vêm sendo experimentados em sua restrita área de atuação é dar ênfase àquelas disciplinas do currículo jurídico tradicionalmente afastadas das necessidades técnicas imediatas do advogado ou jurista “prático”, tais como a sociologia jurídica, a história e a filosofia do direito, a teoria geral do Estado, a teoria geral do direito, entre outras. Também têm-se procurado incentivar pesquisas mais aprofundadas sobre os alicerces teóricos das próprias disciplinas dogmáticas, sobretudo, mas não exclusivamente no campo do direito público, abrindo espaço para uma melhor adaptação da estrutura normativa do Estado brasileiro aos novos tempos. Cresce assim o número de publicações dedicadas a perspectivas extra-dogmáticas sobre o direito, sucedem-se debates sobre a necessidade de reforma do ensino jurídico, fazem-se (até!) pesquisas empíricas, procuram-se formas alternativas de solução dos conflitos.

Há algumas características básicas que nos permitem separar a perspectiva dogmática sobre o direito de perspectivas não-dogmáticas. Tais perspectivas críticas não são grande novidade, embora cada discussão traga algo de novo ao velho problema. Essas novas óticas têm estado lá, marginais mas sempre presentes, contestando ou simplesmente questionando as óticas “oficiais” dominantes. O postulado principal, comum a todas as perspectivas não-dogmáticas é o seguinte: existe um direito que não cabe nem na teoria ensinada até hoje nas faculdades de direito brasileiras, ressalvadas as honrosas exceções, nem cabe na prática jurídica oficial do Estado. Não se nega o direito estatal dogmático mas defende-se, ou me-

lhor, verifica-se a existência de outras instâncias de decisão de conflitos que independem em larga margem do Estado. E isso ocorre no Brasil de hoje.

Ou seja: para entender essas perspectivas extra-dogmáticas, tais como as colocamos aqui, é preciso começar de uma definição negativa, da verificação de que há formas de direito, paralelas ao Estado, que se oferecem como alternativa diante do direito dogmático – que é o direito estatal contemporâneo por excelência, aquele representado pela lei, pela jurisprudência, pelos contratos lícitos etc. – aproveitando-se de sua impotência e incompetência no trato dos conflitos.

A dogmática jurídica é a forma preponderante no direito do Estado moderno. Claro que tal tipo de organização e distribuição do direito nem sempre existiu, é um fenômeno histórico sem precedentes. Muito embora este processo de dogmatização do direito não se complete na maioria das sociedades contemporâneas, procurar desenvolvê-lo parece ser a tendência dos Estados. O direito dogmático exige, para se efetivar, uma sociedade complexa, com um aparato burocrático estável e outras características específicas. Dois são os seus requisitos principais, os quais só vamos mencionar.

Em primeiro lugar, a obrigatoriedade de argumentar baseado em uma norma alegadamente preexistente e elemento componente do sistema ou ordenamento jurídico, a “inegabilidade dos pontos de partida”. Todo aquele que argumenta dogmaticamente precisa referir-se a uma norma jurídica. O advogado de favelados que invadiram terras alheias não pode alegar que o proprietário não tem direito àquelas terras por já possuir grandes latifúndios,

pois não há norma neste sentido no ordenamento jurídico brasileiro. Ele precisa apelar para normas e figuras jurídicas positivas como a função social ou o mau uso da propriedade, por exemplo. Um promotor, ainda que não convencido da autoria do crime, não deve simplesmente requerer o arquivamento de um inquérito cujos indícios são aparentemente (ou dogmaticamente) conclusivos em sentido contrário. E assim outros exemplos.

Em segundo lugar, a obrigatoriedade de decidir. Paralelamente ao fato de o Estado moderno pretender o monopólio do direito, o direito dogmático compromete-se a decidir todo e qualquer conflito que seja apresentado ao Estado. Um juiz não pode eximir-se de prolatar sentença na esfera de sua competência alegando falta de elementos para formar sua convicção. Diz a Bíblia que Salomão foi sábio ao ameaçar cortar ao meio a criança cuja maternidade duas mulheres reclamavam. Imaginem um juiz moderno mandar destruir o objeto do litígio por não dispor de dados suficientes nos autos ou normas explícitas no sistema para decidir. A diferença entre eles é que o direito, ao tempo de Salomão, não estava submetido às regras dogmáticas.

Grosseiramente, pode-se caracterizar o direito dogmático como um direito legalmente organizado que toma por base a pretensão, por parte do Estado, de monopólio na produção e legitimação das normas jurídicas, dentro de determinada circunscrição territorial.

Que esse monopólio do direito pelo Estado é assimétrico e mais (dogmaticamente) fictício do que efetivo não é uma tese nova, tendo sido defendida por diversas escolas sociológico-jurídicas, entre as quais podem-

se mencionar as Escolas do Direito Livre e da Livre Pesquisa. Nossa tese é que o Brasil é apenas parcialmente um Estado moderno e o direito brasileiro é apenas parcialmente um direito dogmático. Daí o surgimento de práticas a que as doutrinas tradicionais não conseguem se adequar e a necessidade das novas óticas para compreensão da realidade jurídica brasileira.

Entender dogmática e crítica como correntes ideológicas, e mais ainda adversárias, é tolice. No Brasil, o problema mistura-se com política, como se fosse possível a equiparação de “dogmáticos” a “conservadores” e de “não-dogmáticos” a “alternativos”. Todos sabemos que, a rigor, não temos uma dogmática jurídica como sistema autônomo, auto-determinado, autopoietico, auto o que quer que seja. Em nosso sistema jurídico, específico e altamente complexo, o direito não é apenas influenciado pelos demais subsistemas sociais (econômico, afetivo, de boas relações etc.) como até depende deles para funcionar.

O jurista deve ser capaz de compreender nitidamente as duas perspectivas. A dogmática preenche uma função vital que é a solução – ou “neutralização” – dos conflitos, a organização e distribuição da violência legítima, da violência justa. É o direito que transforma um mero agrupamento humano, com sua inevitável e desorganizada violência, em uma sociedade cuja organização monopoliza, disciplina, torna quantitativamente mensurável a violência. Além dessa aplicação direta, empírica, traduzida na ação dos chamados operadores jurídicos, que se poderia denominar dogmática concreta, há o nível meta-lingüístico da dogmática analítica: esta ciência dogmática do direito visa a fornecer subsídios para a atividade argumentativa e

decisória que caracteriza a dogmática concreta: ela compara, diferencia, define, interpreta, em suma, faz ciência. Mesmo a dogmática analítica, enquanto teoria, objetiva auxiliar no desempenho dessa função essencial que é o controle dos conflitos. Neste sentido, também ela está constringida a argumentar com base em normas positivas e a fornecer critérios decisórios.

Mas a filosofia epistemológica do direito que aqui se advoga, tem outra perspectiva, não-dogmática, ou seja, sem compromisso imediato com o trato dos conflitos jurídicos. Embora não ofereça propriamente respostas, este enfoque da filosofia do direito também tem uma tarefa prática, na medida em que fornece os subsídios para se criarem respostas aos estímulos da vida, isto é, decidir alternativas de conflito, tomar posições éticas, técnicas, políticas, tomar posição científica.

O pensar dogmático competente exige condições de distanciamento para que se possa sair dele e melhor dominá-lo. O operador jurídico (juiz, procurador, advogado, promotor, árbitro etc.) rigidamente atrelado à letra da lei não pratica adequadamente sequer a tecnologia dogmática, reduzindo-se a mero repetidor de fórmulas burocratizadas. O distanciamento crítico é mais apto tecnicamente, inclusive do ponto-de-vista dogmático, a produzir os resultados desejados e é até melhor eticamente, pois responde-se aos anseios sociais de forma mais rápida diante da evolução do direito. Veja-se o famoso caso dos direitos da concubina. Quando foram reconhecidos pela primeira vez pelo Estado brasileiro, o advogado alegou e o juiz acolheu a tese de que o concubinato seria uma sociedade de fato, percebendo que, pelo direito comercial, as probabilidades de argumentação seriam bem mais amplas

do que no direito de família, tradicionalmente mais conservador. Isto se deveu a uma visão crítica da dogmática por parte dos operadores jurídicos envolvidos. Outros exemplos neste sentido são numerosos.

3. Direito dogmático e subdesenvolvimento.

O conceito de subdesenvolvimento, apesar de sua imprecisão conotativa e denotativa, parece-nos poder ser utilizado como pólo retórico de partida para descrever um tipo de sociedade e um tipo de Estado modernos sem precedentes históricos. Nossa já repetida tese é que o caráter inusitado da dicotomia desenvolvimento / subdesenvolvimento deu origem a um direito específico, inexplicável, exclusivamente, pelos parâmetros teóricos da dogmática e da sociologia jurídicas tradicionais, em que pesem suas pretensões de universalidade. Direito é aqui entendido, funcionalmente, como um sistema de procedimentos potencialmente coercitivos destinados a controlar alguns padrões de conflitos, cuja proliferação ameaçaria o grau de violência suportável na sociedade.

Em nossos dias, o mundo parece menor. O aperfeiçoamento das comunicações uniformiza culturas, impõe e suprime padrões de conduta, importa e exporta bens, serviços, instituições e idéias. É muitas vezes curioso o resultado da aplicação de formas de organização semelhantes a contextos sociais inteiramente diversos. Nesta cultura do planejamento, a difusão dos modelos europeus – em todas as áreas da ciência, da administração, da tecnologia, da propaganda, do direito – gera situações inusitadas que merecem atenção e pesquisa.

Um desses modelos mais significativos para compreensão da sociedade internacional e das diferentes comunidades locais é o Estado. Sobretudo o Estado dito moderno, aquele que pretende o monopólio na produção das normas jurídicas, o monopólio da *juris dictio*, este extraordinário poder de separar o lícito do ilícito, o poder de dizer o direito. Este padrão máximo de organização política estendeu-se a toda a Terra. Este Estado trouxe consigo um tipo de direito também sem precedentes, o direito dogmático, e um sem-número de teorias elaboradas com o objetivo de descrever e compreender as novas realidades.

O Estado moderno, seu direito dogmático e seus modelos compreensivos teóricos de inspiração européia, contudo, apesar de nominalmente adotados por diversos povos e nações, demandam, para se mostrarem adequados às suas funções, a satisfação de determinados pré-requisitos sociais. Aí o grande problema dos Estados subdesenvolvidos, que compõem a maioria e a periferia do capitalismo global, quase unificado, de nossos tempos, e do direito que pretendem administrar: as sociedades respectivas não se parecem adequar ao direito, ao Estado e às teorias que lhes são impostas, ensejando sérios descompassos, disfuncionais para a eficiência e para a legitimação do sistema jurídico-político.

Alguns juristas brasileiros começam a discutir esse contexto, mas a tecnoburocracia simplista ainda impera na administração, no judiciário, nas faculdades de direito. É preciso compreender a singularidade da situação social de países como o Brasil, para encontrar um conhecimento adequado dos problemas – função da ciência – e uma solução adequada aos conflitos – função do Estado e do

seu direito. O jurista e os profissionais do direito brasileiros precisam também pensar, teorizar, compreender o direito brasileiro.

Neste sentido, há certamente crise no direito em vigor na periferia do capitalismo ocidental, no dito mundo subdesenvolvido, crise nitidamente exemplificada pela situação brasileira. Cabe à teoria do direito descrever esta crise. Isto não é simples. Entre as dificuldades está a pretensão de estender a todos os Estados o modelo jurídico de Estado Moderno eurocentrado. Para isso parte-se do que eu chamo epistemologia ontológica, isto é, a crença de que há uma essência do direito, da política, das relações sociais e esta é o que nos apresenta o paradigma europeu do primeiro mundo. Não penso em uma espécie de filosofia da libertação como a de Enrique Dusserl, mas em uma relativa emancipação das próprias ciências sociais particulares. Se a sociologia é uma ciência empírica, precisamos atentar para a especificidade dos fatos, tentar diferenciá-los o mais possível, e não dissolvê-los em um quadro conceitual indevidamente generalizante.

Em nosso país, por exemplo, axiomas fundamentais dos sistemas jurídicos nas sociedades desenvolvidas não têm aplicabilidade generalizada, tais como a hierarquia normativa que culmina no princípio da supremacia constitucional, o primado da lei, a isonomia ou a neutralidade da decisão judicial. Em lugar da cultura do distanciamento burocrático, da diferenciação de papéis, temos a cultura da troca de favores e da boa vizinhança, em vez da neutralidade eficiente do Estado, o culto da família e o corporativismo. Nada obstante, quase todos parecem achar que modelos, criados para compreender e atuar sobre situações inteiramente diversas da nossa, po-

dem ser trasladados sem mais nem menos. Isto nas áreas mais diferentes: economia, urbanismo, engenharia, direito. Há países, como é o caso da Turquia, que simplesmente traduziram para suas línguas constituições, códigos e leis europeus.

A diversidade de fontes produtoras de normas jurídicas tem sido estudada há décadas, incluindo-se no debate sobre a pretensão de monopólio estatal na criação do direito positivo. Nos sistemas jurídicos das sociedades subdesenvolvidas, caracterizados entre outros fatores pela ineficiência do Estado, o problema é crucial, refletindo-se, não apenas na distribuição da justiça pelo Estado, mas na própria legitimação do sistema.

Tal pluralismo ocorre em várias frentes, completando o direito estatal ou mesmo contrariando-o. Há, certamente, um complexo de normas jurídicas, no território brasileiro, que não estão inteiramente submetidas ao Estado e ao governo, seja nos conteúdos de suas regras, seja no poder que lhes dá sustentação. Este gênero que chamamos de direito extra-dogmático pode ser separado em duas espécies: uma é aquela que se processa à margem dos órgãos estatais, como nas favelas brasileiras, forma estudada por Boaventura de Souza Santos, Joaquim de Arruda Falcão e muitos outros; outra espécie é aquela vinculada ao funcionamento do Estado, ainda que independente, em maior ou menor grau, das regras do direito dogmático oficial.

Este outro tipo de direito pára-dogmático, ainda não estudado e sobre o qual queremos chamar atenção, é mais sutil porque estreitamente mesclado com o direito estatal, assumindo, por vezes, forma dogmática

(legal e / ou jurisprudencial), embora fira princípios básicos e mesmo constitucionais desta mesma estrutura dogmática. São os procedimentos legais, inseridos formalmente no sistema, e os procedimentos de aplicação e funcionamento de regras, inseridos pela prática do sistema, que contrariam seus pressupostos fundamentais, revelam incongruências e daí prejudicam tanto a eficiência quanto a aceitação social do direito estatal.

Embora utilizem uma forma discursiva e procedimental aparentemente semelhante àquela adotada na cultura jurídica européia ocidental, os procedimentos jurídicos de decisões de conflitos levados a efeito pelo Estado brasileiro contemporâneo têm caráter específico. Esta tese central pode ser assim explicitada, como preliminar epistemológica.

A coerência, isto é, o acordo com as próprias regras, não constitui elemento essencial ao conceito de sistema. Mais ainda se tratamos de sistemas sociais. A incompatibilidade normativa, ainda que suportada pelo sistema, tem efeitos daninhos. Por isso a dogmática jurídica desenvolveu instrumentos hermenêuticos no combate às incongruências sistêmicas. Eles também estão presentes nos sistemas jurídicos dos países subdesenvolvidos. São exemplos os princípios de distribuição de competências, de hierarquia entre as normas (supremacia constitucional), "lex posterior derogat priori", entre muitos outros. Mas aí não funcionam a contento.

Em outras palavras, o princípio da unidade do sistema jurídico do Estado-nação, com seus correlatos

como a pretensão de monopólio na produção do direito e a proibição do “non liquet”, é fictício. Isto é empiricamente observável, e de modo mais nítido, em sociedades ditas subdesenvolvidas. Os limites para as contradições intra-sistêmicas, pelo menos no subsistema jurídico, provam ser mais elásticos do que imaginou o marxismo ortodoxo ou as teorias da dependência. Temos argumentado que essas inconsistências não são disfunções mas sim parte essencial do sistema jurídico subdesenvolvido, estendendo cautelosamente a hipótese levantada para a experiência brasileira. Elas são protegidas por regras muitas vezes veladas, devido ao efeito deslegitimador que declará-las abertamente causaria, porém muito claras para todos os participantes.

Este direito extra-dogmático dependente dos órgãos do Estado ocorre em diversas frentes: no poder legislativo, no poder executivo, na administração indireta, nas estatais, praticamente em todas as funções jurídicas, de distribuição de decisões no âmbito do poder público.

As estratégias de racionalidade, como os princípios da imparcialidade e da neutralidade do judiciário, p.ex., mostram-se parcialmente disfuncionais e entram em choque com estratégias de inconsistência mais ágeis e efetivas.

O conjunto de atos objetivando a decisão do conflito jurídico é o procedimento jurídico. Dentro deste conceito mais amplo incluem-se os atos dogmaticamente previstos pelos códigos processuais (distribuição, citação, acareação, embargos etc.) que constituem o procedimento dogmático, garantido pelo Estado,

tal como deve ser. E incluem-se, do outro lado, os atos praticados à margem do direito estatal.

Podemos assim observar três níveis: o primeiro deles é o nível que denominamos dogmático, o procedimento decisório estatal segundo a “letra” ou o “espírito” da lei processual e substantiva.

Um segundo nível diz respeito à legislação (ou sua falta) que enseja o surgimento de procedimentos marginais na jurisdição e sua forma de interpretação e aplicação, as normas legais que protegem as inconsistências casuísticas na produção das decisões, cuja prática, embora legalmente válida e socialmente eficaz, choca-se com as normas de base (constitucionais) do sistema jurídico estatal e prejudica-lhe a funcionalidade (exs.: privilégios, nepotismo, corregedoria coporativista, especificidades em regimentos internos etc.).

Em um terceiro patamar, sob a benevolência desse sistema legal, desenvolvem-se mecanismos outros de solução de conflitos, estes já francamente ilegais. Aqui, já do ponto-de-vista extra-dogmático, constituem-se procedimentos que, institucionalizados pela prática, cooperam para manter o sistema em funcionamento apesar das incongruências (exs.: relações pessoais, desrespeito ao princípio do impulso oficial, financiamento privado de privilégios e presentes, diligências fictícias, propinas etc.).

Em suma: todas essas estratégias, e mais outras, estabelecem uma interdependência entre os subsistemas sociais e fazem com que os subsistemas componentes

das sociedades periféricas contemporâneas adquiram seu caráter allopoietico. Possibilitam também uma comunicação mais fluente entre Estado e povo e uma maior adequação dos procedimentos decisórios aos conflitos a serem decididos. Esses expedientes procuram, de toda maneira, adaptar à realidade a engrenagem emperrada da burocracia estatal e da dogmática jurídica subdesenvolvidas.

JUIZADOS CRIMINAIS:

O PROCESSO DE RESULTADOS

Og Fernandes

Juiz de Direito Estadual e ex-jornalista do Diário de Pernambuco

Aos olhos do cidadão comum, a Justiça é vista como uma Instituição lenta, excessivamente formal, distanciada das aspirações da população. Evita-se o Judiciário, o tanto quanto possível. As críticas são ainda mais profundas quando se versa sobre a jurisdição penal, por nem sempre oferecer resposta em face dos conflitos sociais. Afinal, impunidade é rima rica para criminalidade.

Na esteira da moderna tendência processual da instituição de mecanismos que facilitem o acesso à Justiça, a boa-nova anunciada são os Juizados Especiais Criminais. Tais órgãos estão paulatinamente sendo implantados pelo Poder Judiciário dos Estados, Distrito Federal e Territórios para o julgamento das infrações penais cuja pena prevista não ultrapasse a um ano de privação de liberdade. São as infrações de menor potencial ofensivo, expressão cunhada pela Constituição de 1988, somente regulamentada no segundo semestre de 1995.

Significam os Juizados Criminais a mais importante modificação introduzida na legislação penal

do País desde os idos de 40, quando entraram em vigor os Códigos Penal e de Processo Penal, eis que estimulam a conciliação entre as partes, valorizam o dano sofrido pelo ofendido, ao tempo em que enfrentam eficazmente o delito.

A Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, vigente desde 25 de novembro do ano passado, permitiu que a apuração de cerca de um terço das figuras delituosas previstas na parte especial do Código Penal – entre os artigos 121 a 359 – passassem a adotar o que alguns autores chamam de processo de resultados, valorizando a utilidade de suas decisões. Além disso, inserem-se no mesmo tratamento as contravenções ou qualquer tipo penal previsto em outras leis, desde que a pena em abstrato não ultrapasse a um ano de pena privativa de liberdade e que não possua regra especial para sua apreciação.

Busco escrever para os leitores comuns, sem formação jurídica. Que se envolvam em pequenos conflitos, situações indesejáveis, sem dúvidas, mas corriqueiras na vida em sociedade, tais como acidentes de trânsito com lesões de pouca monta ou brigas com ferimentos leves. A desburocratização estabelecida pela Lei dá margem a que os processos decorrentes de tais fatos sejam encerrados em, no máximo, duas audiências.

Aos autores desses delitos, uma certeza. Nada será como antes. A Justiça não vai demorar. A nova Lei introduziu mecanismos de agilização dos processos que praticamente impossibilitam a fuga pela janela sem tranca da prescrição. Tais providências começam com a substituição do antigo inquérito policial recheado de formalidades por um termo circunstanciado de

ocorrência lavrado por qualquer autoridade – e não apenas a civil – que tomar conhecimento do fato, encaminhado imediatamente à Justiça.

A perícia realizada perante órgão oficial para a comprovação do dano à integridade física pode ser, no mais das vezes, substituída por simples atestado. E se o autor da infração pego em flagrante não quiser permanecer preso, deverá assumir o compromisso de vir a Juízo.

No Judiciário, a primeira providência será comparecer a uma audiência preliminar onde se busca a composição civil, visando ao ressarcimento do dano causado pelo delito, e a aplicação de pena alternativa à privação de liberdade, comumente multa ou prestação de serviços à comunidade. A proposta deverá ser feita pelo Ministério Público, mas em alguns locais – Recife, por exemplo – há conciliadores, que são agentes facilitadores da justiça consensual.

A Lei inova ao estabelecer a aplicação da pena mediante transação, ou seja mediante acordo entre o Ministério Público e o autor do fato, acompanhado por seu defensor. Firmado o consenso, o processo é encerrado com a homologação pelo juiz.

O autor do fato recebe vários benefícios. Aplicada a pena de multa, pode ser reduzida pela metade. Ademais, a transação firmada não ocasiona antecedentes criminais evitando assim a folha corrida com registros. E nem indica reconhecimento de culpa. Logo, não gera reincidência. Mas cuidado para não incidir em novo fato nos próximos cinco anos. Se isso ocorrer, não serão possíveis tais concessões.

Nenhuma vantagem decorre da tentativa de retardamento do processo, pois que se acordo não houver, o promotor oferecerá denúncia oral e será imediatamente marcada uma audiência de instrução e julgamento. E a condenação não transacionada gera todas as conseqüências de um processo penal comum.

As vítimas das chamadas infrações de menor potencial ofensivo interessa dizer que, pela primeira vez no Brasil, a Lei Penal valoriza o dano por elas sofrido. Até a vigência desta Lei, na prática, o ressarcimento das despesas sofridas somente seria possível através de outro processo de conteúdo indenizatório.

A Lei mudou para melhor. Permitiu que a composição do dano seja estabelecida na audiência preliminar, sem que – salvo algumas hipóteses – haja desistência da aplicação da pena de multa ou restritiva de direitos.

O último Censo Penitenciário do País indicou uma população carcerária de 130 mil presos, distribuídos em pouco mais de 500 estabelecimentos, além de mais de 250 mil mandados de prisão a serem cumpridos. Assim, a aplicação de penas alternativas para os casos em que a liberdade do infrator não coloca a sociedade em perigo representa inegável avanço do Direito Penal, segundo o pensamento da Escola Abolicionista, reservando-se o encarceramento para os casos de efetiva gravidade.

Tal postura, aliada à simplicidade do processo, vai ocasionar uma sensível mudança na mentalidade daqueles atingidos pelos delitos de pouca monta

material, que irão confiantes em busca da Justiça, pois, sabe-se, quando tais conflitos não são satisfatoriamente resolvidos, podem ensejar desdobramentos mais graves.

Recife terá brevemente seus Juizados Especiais Criminais, pois que essa é uma das metas administrativas do Des. Waldemir de Oliveira Lins, Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Enquanto isso, os juizes das três Varas de Trânsito e Contravenções Penais da Capital, ora competentes para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, já produzem resultados muito satisfatórios.

No primeiro trimestre deste ano, cerca de 60% dos casos foram resolvidos numa única audiência mediante conciliação. Os prognósticos são os de que tais índices deverão aumentar no decorrer de 1996, seja pela sedimentação da experiência no trato com a lei nova pelo Poder Judiciário, seja pelo convencimento pelas partes de que a conciliação é o melhor caminho a percorrer.

A Lei, como produção humana, não é perfeita. Mas o interesse e a harmonia já demonstrados pelos principais operadores em Pernambuco – Polícias Civil e Militar, Ministério Público, Advogados e o Poder Judiciário – estimulam uma expectativa positiva sobre os novos institutos, todos crenes de que a Justiça Criminal é também um caminho necessário para uma sociedade mais justa.

SENTENÇA CRIMINAL

PROC. Nº 5336/92 COMARCA DE CARPINA-PE

Autor: A Justiça Pública

Réus: Ronaldo Adelino da Costa, Edilson José Belo da Silva, Nivaldo Cavalcanti da Cunha e José Agrício de Souza. Vítima: Narcizo Ferreira dos Santos Filho ("Narcisinho"). Sentença do Dr. Demócrito Ramos Reinaldo Filho

EMENTA – PENAL E PROCESSUAL PENAL. DELITOS DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO (QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE), OCULTAÇÃO DE CADÁVER E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CONCURSO MATERIAL. COMPETÊNCIA. MOMENTO DA MORTE DA VÍTIMA. MATERIALIDADE DOS CRIMES. EXAME DE CORPO DE DELITO. INQUÉRITO POLICIAL: VALOR PROBATÓRIO. POLICIAIS OUVIDOS COMO TESTEMUNHAS. FUGA DOS ACUSADOS DO DISTRITO DA CULPA – PRESUNÇÃO DE CULPABILIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CO-AUTORIA – SUA DISTINÇÃO EM RELAÇÃO À MERA PARTICIPAÇÃO. FASE DO ART. 499 DO CPP – DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DEFESA – PEDIDOS DE DILIGÊNCIAS – DECISÃO IRRECORRÍVEL – REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPO PELO MP. INTIMAÇÃO POR VIA POSTAL – ADMISSIBILIDADE. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM MOMENTOS DIFERENTES – PEQUENAS CONTRADIÇÕES NELES ENCONTRADAS. CONTINUIDADE DELITIVA – REQUISITO: CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. "CRIME HEDIONDO" (ART. 1º. DA LEI 8.072/90). AGRAVAÇÃO PUNITIVA – CIRCUNSTÂNCIA DO ART. 224 DO CP – LIMITE DA PENA (ART. 9º. DA LEI 8.72/90). CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE "BIS IN IDEM". FORMAÇÃO DE QUADRILHA – COMBINAÇÃO DO ART. 288 DO CP COM O ART. 8º. DA LEI 8.072/90. AGRAVANTE DA ALÍNEA "f" DO INC. II, DO ART. 61, DO CP. SISTEMA DE APLICAÇÃO DA PENA NO CONCURSO MATERIAL.

- I – Sendo a extorsão mediante seqüestro infração permanente, cuja execução prolonga-se no tempo, pode ocorrer de os atos executórios se desdobrarem por territórios submetidos à jurisdição de diferentes juízes. Nessa hipótese, qualquer um deles pode conhecer da ação penal respectiva, fixando-se a competência segundo o critério da prevenção, regra insculpida no art. 71 do CPP.
- II – No caso da morte da vítima ocorrer no momento ou pouco tempo depois de sua apreensão, tal circunstância não descaracteriza o crime de extorsão mediante seqüestro (qualificado pelo resultado) e não modifica a competência do juízo singular, que permanece competente para julgamento do caso.
- III – O exame de corpo de delito direto, para efeito da comprovação da materialidade do crime e identificação do corpo da vítima, pode ser complementado por intermédio de depoimentos testemunhais colhidos no processamento, na forma do art. 166 do CPP, cuidando-se, quando for possível, e em atenção à prescrição do par. únic. desse mesmo dispositivo, de arrecadar os objetos encontrados juntos com o cadáver, para efeito do reconhecimento.
- IV – O inquérito pode servir como instrumento válido na formação do livre convencimento do juiz. Conquanto seja um conjunto de atos de investigação de natureza inquisitiva, pode apresentar-se como meio elucidativo das

circunstâncias que rodeiam o crime, razão pela qual não deve ser desprezado como elemento de prova, mesmo porque, muitas das provas nele colecionadas não são repetidas em juízo. Por isso, diante de um somatório de dados conclusivos e pertinentes, embora arrecadados na fase do inquérito, o juiz, que, no processo penal moderno, não está mais jungido ao obsoleto regime da prova legal e axiomática, deve apreciá-los e julgar segundo sua livre convicção, sem as amarras de preconceitos legais apriorísticos. Realmente, é lição corrente, em nossos dias, de que, vigendo o princípio do livre convencimento do juiz, o inquérito tem de ser levado em conta na aferição da responsabilidade e na formação da certeza da autoria, razão porque, já não prevalece a exclusão dos elementos nele contidos, atribuindo-lhes o julgador o valor que os princípios de Direito autorizam.

Em matéria de crimes praticados com o concurso de várias pessoas, que se reúnem para a formação de quadrilhas aumentando seu poder ofensivo e organizacional, constituindo o que se convencionou chamar de **crime organizado**, faz-se ainda mais necessário atribuir crédito à atuação policial. É que o desvendamento do tipo de crime que se cogita, que tem na modalidade do tráfico ilícito de entorpecentes e da extorsão mediante seqüestro exemplos nítidos, por envolverem atividades essencialmente clandestinas, na maioria das vezes, depende de processos investigatórios mais requintados, que são desenvolvidos por grupos especializados da Polícia, ao longo dos

quais são coletadas as únicas provas da autoria, não se podendo renegar todo esse trabalho, que deve ser aquilatado pelo julgador e tomado como elemento formador de seu livre convencimento. A prova da autoria, nesses casos, dificilmente se consegue através de testemunhas “*de visu*”, sendo sua colheita oportunizada, exclusivamente, por meio de diligências policiais, realizadas geralmente em condições que dificultam o arrolamento de outras testemunhas, não envolvidas com a operação policial.

V – A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, devendo, ao seu depoimento, como ao de qualquer testemunha, ser atribuído valor conforme sua consonância com o universo probatório.

A jurisprudência tem-se inclinado em dar credibilidade à palavra dos agentes da lei. Salvo prova em contrário ou quando se tornam suspeitos e indignos de fé, não se lhes deve negar crédito. Isso porque os policiais são as pessoas credenciadas do Estado para a função repressiva, e que, no desempenho de suas atuações, gozam da presunção de que agem escorreitamente. Decorre daí a validade da prova, para fins de condenação, baseada, exclusivamente, em depoimentos de policiais.

É bem verdade que essa jurisprudência – de não suspeição dos depoimentos dos policiais – sofre restrições, geradas pelas crescentes suspeitas de que maus policiais vêm “fabricando” provas com o vil escopo de inculpar inocentes, pelos mais indizíveis motivos. Mas não se tem

porque suspeitar das afirmações dos policiais, quando em seus depoimentos não se vislumbra nenhuma contradição que afete parte substancial do elemento de convicção, nem tampouco foram elididas por outras provas, de modo a retirar-lhes a credibilidade.

VI – Revela sinais de culpabilidade o acusado que, sentindo-se cercado pelas provas de autoria, e antevendo seu indiciamento no inquérito, derranca-se para local incerto e não sabido, numa clara e reveladora atitude de que realmente tinha alguma participação nos crimes, que termina por incriminá-lo definitivamente, porquanto ninguém que se diz inocente foge ao esclarecimento da verdade, ainda mais, quando não há contra si ameaça de privação de liberdade.

VII – Não se pode desprezar a confissão, “*bien au contraire*”, pois, vigendo o princípio do livre convencimento do juiz (consagrado pelo CPP no seu art. 197), uma vez abolido o sistema das provas legais, cabe ao julgador considerá-la como elemento de convicção, mesmo que **extra-judicial**.

A confissão do réu, mesmo que proferida na fase extrajudicial do procedimento, quando consentânea com as outras provas do processamento e coadjuvada por indícios outros e presunções várias que ressoam sobre a prova confessoria, autoriza a condenação, ainda mais, se presenciada por pessoas insuspeitas.

O objeto da confissão é a autoria e não a materialidade do delito.

Pela completude e detalhismo da confissão – quando aponta as circunstâncias em que foi praticado o crime, esclarecendo os meios empregados, o tempo de sua duração, as pessoas envolvidas e outros aspectos de significativa importância – descartada fica a possibilidade de ter sido elaborada de modo a falsear a verdade com vista à inculpação dos próprios réus. Só mesmo uma pessoa envolvida com a conspiração criminosa tem condições de prestar um minudente relato. Mediante tortura e coação, é possível retirar de um inocente a admissão nua de autoria, mas nunca uma confissão plena de detalhes e rica de revelações, entrelaçada com outros depoimentos e sem encontrar qualquer indício de impostura. A presença de testemunhas insuspeitas no ato de interrogatório, afasta, por outro lado, a possibilidade da autoridade policial apenas ter colhido a assinatura dos réus em termos já preparados com antecedência.

A retratação do réu em juízo, na sistemática do nosso Direito Processual, somente é aceitável quando o confitente apóia suas declarações em provas consistentes. Sem justificar a retratação ou evidenciar, por meio de elementos convincentes, que a confissão tenha sido extorquida ou resultado de coação policial, a retratação do acusado não produz qualquer repercussão sobre o juízo de valor que deve ser retirado do estudo dos autos. Meras alegações, e em conflito com as demais provas, não geram convicção. Em matéria de retratação, deve o réu apresentar as provas da “coação”, pois que, segundo o sistema adotado pelo Código de

Processo Penal (art. 156), o ônus da prova cabe a quem alega o fato.

Em suma, a retratação é sempre possível, mas somente atendível se o confitente comprova erro de fato ou sustenta as suas declarações em elementos de maior convicção, de ter havido tortura ou coação, sob cujo império haja confessado.

VIII – Nos crimes plurissubjetivos não há necessidade de uma visualização absolutamente clara e perfeitamente definida da cota de participação de cada um dos agentes, para efeito de responsabilização; basta que se verifique ter havido uma concorrência fática e psicológica, na atuação de cada um deles, provocando o desfecho intencionado, para que se reconheça a culpabilidade, pois nem sequer importa a natureza da colaboração e o momento de sua prestação, dada a identidade da infração para todos os agentes.

Aqueles que se reúnem envoltos por um desígnio comum firmado na idéia de cometer um crime, devem ser vistos, todos eles, como co-autores da prática delituosa, mesmo que o contributo material de cada um possa variar, se a cooperação é decisiva e importante para o resultado.

Em se tratando de concurso delinqüencial decorrente de formação de quadrilha, que planeja a ação delituosa, escolhe as pessoas que devam realizá-la, distribuindo as respectivas tarefas, e decidindo pela concretização do crime, contando com a fidelidade de seus integrantes,

estes não são meros partícipes, ainda que alguns não tomem parte na execução material do fato criminoso, mas verdadeiros autores, pois possuem “o domínio final da ação”. Mesmo que não realizem a conduta típica, atuam motivados por uma vontade consciente voltada para a consecução do objetivo ilícito.

Na hipótese “*in examine*”, os réus associaram-se com o fito predeterminado de cometer o **hediondo** crime da extorsão mediante seqüestro, cujo resultado (agravado pela morte da vítima) deve ser debitado a todos, co-autores do bárbaro crime, pois o auxílio de cada um, a ajuda prestada na concreta realização do fato, teve repercussão na produção da consequência final, como causa incindível desta (art. 13 do CP), além de terem aceitado conscientemente os desdobramentos do evento, com o **domínio** funcional do fato. Ao aderirem inicialmente à execução do delito de seqüestro (extorsão mediante seqüestro), com as circunstâncias e o refinamento do plano criminoso, os acusados deflagraram uma cadeia causal, onde o resultado-morte passou a ser uma previsível consequência daquele ato inicial, pelo que todos devem responder, na condição de co-autores, pelo crime em sua conotação global.

IX – O prazo a que se refere o art. 499 (de 24h), para requerimento de diligências, corre em cartório, independentemente de intimação das partes, salvo em relação ao MP (art. 500 do CPP). Isso significa que a defesa (bem como o assistente ou querelante) não necessita ser intimada da abertura

do prazo. Nesse sentido a orientação pretoriana, inclusive do STF.

X – A simples formulação de pedido de diligências dentro da fase processual adequada, ou seja, no prazo do art. 499 do CPP, não confere à parte um direito subjetivo à sua realização.

A fase processual prevista no art. 499 não se confunde com a instrução, não comportando produção ampla de prova, cabendo ao Juiz zelar para que o benefício legal não se transforme em instrumento de cunho protelatório. Ao decidir pela realização (ou não) de diligências, o Juiz atua com parcela de discricionariedade, norteado apenas pelos requisitos da conveniência e necessidade para o processo. Fica, pois, ao seu prudente arbítrio a decisão sobre a realização de diligências, não importando em cerceamento de defesa o seu indeferimento, bastando apenas que fundamente sua decisão. Mesmo em se tratando de testemunhas referidas, não implica que o julgador tenha de ouvi-las. Deve, aliás, indeferir de plano aqueles pedidos de diligências em que se vislumbra um claro intuito procrastinatório, despido de qualquer objetivo útil para o processo, usando da faculdade prevista no art. 184 do CPP.

Tanto é verdade que a decisão acerca da realização de diligências insere-se no poder discricionário do julgador, que o legislador sabiamente não albergou a hipótese no elenco *clausus* do art. 581 do CPP, tornando o ato judicial em questão irrecurável.

XI – O prazo conferido às partes pelo art. 499 do CPP tem a exclusiva finalidade de oportunizar os pedidos de diligências, “cuja necessidade ou conveniência origine-se das circunstâncias ou de fatos apurados na instrução”. Quer dizer, a fase do dispositivo é própria para se requerer ao Juiz do feito a realização de providência indispensável à elucidação de circunstâncias ou fatos que exurgiram durante o sumário da culpa, que é a fase do processo criminal em que se apura a existência, natureza e os agentes responsáveis pelo cometimento do crime. Se o órgão do MP, que é parte no processo penal, tendo vista dos autos, não solicita ao Juiz condutor do processo a realização de diligências, não pode, em fase processual posterior (a das alegações finais), insistir na realização delas, pois, conspurca o encadeamento lógico do processo, que pressupõe respeito aos prazos e formas sacramentais.

XII – Têm-se admitido, no processo penal, a validade da intimação por via postal com aviso de recebimento, desde que se dê, por esse modo, ciência inequívoca do ato processual a se realizar. Precedentes do STJ.

XIII – Pequenas divergências em depoimentos não ofendem a essência dos seus conteúdos e nem retira-lhes a validade, ainda mais quando todas as outras circunstâncias foram confirmadas num e noutro. Além de lógico, é normal e previsível, quando cotejados os depoimentos sobre um mesmo fato, prestados em momentos diferentes, a presença de pequenas discrepâncias.

XIV – A continuidade delitiva, além das necessárias conexões de caráter espacial (mesma localidade) e de ordem temporal (curto intervalo) e do mesmo *modus operandi*, pressupõe que as infrações penais sejam da mesma espécie, a teor do conceito dessa figura penal elaborado pelo artigo 71 do CP. A expressão **crimes da mesma espécie**, ali consignada, só autoriza o julgador a dar pela ocorrência de crime continuado quando as infrações se assemelham pelos mesmos elementos objetivos e subjetivos, ainda que não abrigadas sob o mesmo artigo de lei.

Não se pode dizer que a extorsão mediante seqüestro guarde semelhança com o delito de ocultação de cadáver, porquanto atacam ou expõem a perigo bens jurídicos diversos. O primeiro dos delitos tem por objeto jurídico o patrimônio e a liberdade e incolumidade pessoais (e quando na forma qualificada do par. 3º. do art. 159, também a vida), enquanto que o segundo ofende o bem jurídico “respeito aos mortos”. Fica claro, portanto, que os crimes em questão não são da mesma espécie, não se podendo falar em continuação entre eles.

XV – O delito de extorsão mediante seqüestro, tanto na sua forma simples como qualificada (art. 159 “caput” e parágrafos 1º. ao 3º.) é considerado **hediondo**, conforme o art. 1º da Lei 8.072/90, que deu nova redação ao artigo e seus parágrafos, modificando os preceitos sancionatórios dessas figuras delituosas.

O autor de um seqüestro extorsivo, de que tenha decorrido o resultado-morte para o seqüestrado, poderá ser apenado com reclusão

entre vinte e quatro e trinta anos sem prejuízo de uma agravação punitiva, se ocorrente qualquer das circunstâncias do art. 224 do CP. Nesse caso, como é a hipótese dos autos – de seqüestrado não maior de catorze anos –, a pena reclusiva, mínima e máxima, será uma só: trinta anos. Aqui, ocorre a exacerbação da pena em metade (limitada ao teto de trinta anos) porque o dado referente à faixa etária (art. 224, *a*, do CP), influi também no cálculo da sanção, pela aplicação do art. 9º da Lei 8.072/90.

Pela circunstância de sempre haver uma coincidência entre mínimos e máximos punitivos (em trinta anos), nos casos de extorsão mediante seqüestro, com resultado-morte, (como também nos casos de latrocínio), alguns têm sustentado a inconstitucionalidade do art. 9º citado (da Lei 8.072/90), com alegação de que ofende o princípio da individualização da pena, estatuído no art. 5º, XLVI, da Carta Magna. Na hipótese vertente, no entretanto, não fica impossibilitada a individualização da pena, pois, como se trata de concurso material de crimes, sobeja espaço de manobra na tarefa de fixação do *quantum* da pena, que pode ser diferenciada em relação aos outros crimes (formação de quadrilha e ocultação de cadáver), para cada um dos acusados. De fato, apreciando-se as diversas circunstâncias que cercam a realização do fato criminoso, pode ser alcançada uma adequação da pena à culpabilidade e à personalidade dos acusados, balanceando-se, entre eles, a dosagem das penas dos crimes de ocultação de cadáver e formação de quadrilha, com o que resta atendido o princípio da individualização da pena.

A inaplicabilidade do art. 9º da Lei 8.072/90 só tem razão de ser em face do par. 1º (segunda parte) do art. 159 do CP, pois nessa situação, aí sim, ocorrente seria um *bis in idem*. Como o parágrafo primeiro desse dispositivo prevê causa de aumento de pena em função da idade do seqüestrado (se menor de 18 anos), não se pode pretender a majoração da pena em metade, por aplicação do art. 9º da Lei 8.072/90, para que o dado referente à faixa etária, já considerado como elemento qualificador da extorsão mediante seqüestro, possa ser novamente ponderado (em ocorrente a hipótese da alínea “a” do art. 224 do CP – vítima menor de 14 anos). O mesmo fator – idade da vítima – estaria causando dois aumentos de pena.

XVI – É indispensável estabelecer uma combinação do art. 288 do CP com o art. 8º da Lei 8.072/90. É que, no caso, a quadrilha não foi formada visando à prática de crimes genéricos (não catalogados como hediondos ou a estes equiparados), mas com a finalidade específica de se cometer um crime – a extorsão mediante seqüestro – considerado hediondo pelo art. 1º, IV, da Lei 8.072. Dos acusados, três já eram membros de um bando com atuação criminoso, *societas sceleris* estável e preordenada para o cometimento de atividades delituosas, mas associaram-se ao último deles, perfazendo o número mínimo (quatro pessoas) que a lei considera como quadrilha (art. 288, *caput*, do CP) para executar, exclusivamente, o seqüestro do menor, incidindo na sanção punitiva do art.

8º da Lei 8.072/90. Tal conduta associativa, com o fim da prática de crime específico (finalidade estrita), acolhe o preceito sancionatório mais severo, com balizas punitivas demarcadas entre três e seis anos de reclusão.

XVII – Incidência da qualificadora do seu parágrafo 3º, sobre a espécie delituosa do art. 159, em razão do seqüestro ter sido seguido da morte da vítima.

XVIII – Majoração da pena do réu que guarda relação de parentesco com a vítima (em grau não previsto na alínea “e”) pela agravante da alínea “f” do inc. II, do art. 61, do CP, por se ter prevalecido de relações domésticas, na conduta de atrair a vítima para seu infeliz destino.

XIX – No caso de concurso material de crimes, o julgador, na operação de dosagem das penas, deve primeiramente individualizar e motivar a de cada um deles, para depois somá-las, segundo o comando decorrente do art. 69 do CP.

VISTOS, ETC.

Denunciou o R. do Ministério Público, com exercício perante este Juízo e abroquelado em diligências policiais, dos indivíduos RONALDO ADELINO DA COSTA, EDILSON JOSÉ BELO DA SILVA, NIVALDO CAVALCANTI DA CUNHA e JOSÉ AGRÍCIO DE SOUZA, qualificados às fls. , por incursão dos preceitos dos arts. 288, 159, par. 1º – 1ª e

2ª partes, e 211 c/c art. 71, *caput*, do Código Penal, todos em combinação com o art. 1º e seguintes da Lei 8.072/90, pela prática dos seguintes fatos delituosos narrados na denúncia nestes termos:

“Os supradenunciados, conhecidos e companheiros entre si, elegeram esta cidade como o centro de suas atividades, nela e em sua redondeza praticando ilícitos penais;

Do grupo, outras pessoas também faziam parte, agindo sob o cognome dos “NINJAS DE CARPINA”, espalhando temor e terror sob a violência de sangue, assustando e enlutando várias famílias;

Pela quadrilha denunciada, foi tramada mais uma ação violenta, dessa feita o alvo escolhido foi a família de NARCIZO FERREIRA DOS SANTOS FILHO, pequeno comerciante estabelecido nesta cidade, sendo os seus detalhes arquitetados no estabelecimento Comercial Eletrônica, do denunciado EDILSON, cabendo, inicialmente, aos denunciados NIVALDO e AGRÍCIO a missão de se postarem, estrategicamente, nas imediações da residência da família visada, conhecendo e acompanhando os movimentos de seus membros;

A ação criminosa teve condições de ser consumada, no dia três de julho de 1991 (03.07.91), oportunidade em que o chefe de família fêz logo no início da manhã, uma viagem à cidade do Recife;

Naquele dia, por volta das 13:30 horas, através de um telefonema, foi NARCISO FERREIRA DOS

SANTOS NETO – NARCISINHO, convidado para um jogo de futebol que seria realizado no Colégio Salesiano, sito na Rua Pe. Rocha, n/ cidade e, atendendo ele à solicitação, preparou-se para o evento e se dirigiu ao local combinado, onde foi informado de que não havia nenhum jogo programado, restando-lhe assim regressar para sua residência;

Seu percurso era de forma sorrateira acompanhado pelo grupo, e à frente desse, estava o denunciado RONALDO, tio materno da pequena vítima, a quem competia atraí-la para os denunciados, em face da confiança e afinidade, nele depositadas pela mesma;

Atendendo NARCISINHO ao chamado do tio, por volta das 14:00 horas e nas imediações do Posto Sheel, localizado no início da Rua Pe. Rocha, indefesamente, caiu nas mãos da quadrilha, sendo de imediato os seus membros superiores fortemente amarrados pelo denunciado EDILSON e teve, assim, definida a sua sentença de morte. Se libertada com vida, restava à vítima apontá-lo e denunciá-lo, o que não era pretendido pelos “NINJAS”;

Seqüestrada pelos denunciados, foi estipulado através de dois telefonemas:

- o montante do resgate da vítima: estipulado no valor expresso de três milhões de cruzeiros, a ser pago em moeda corrente;
- o cumprimento do exigido: a ser entregue pelo pai do seqüestrado, na noite do dia 04.07.91, a uma pessoa que o aguardava por volta das 18:30

horas, na esquina da Rua Tobias Barreto com a Av. Dantas Barreto, na cidade do Recife-PE.;

- a promessa de libertação da vítima: que viria a ocorrer no dia seguinte, dia 05.07.91, no período da manhã, nas imediações da Igreja Matriz da cidade de Limoeiro-PE.;

Com o valor exigido pela vida do filho, dirigiu-se NARCIZO FERREIRA DOS SANTOS FILHO ao local indicado, onde foi abordado por LUCIANA MARIA DA SILVA – LU, indagando-lhe esta pela “CAIXA DOS TRÊS”, recebendo dele o que lhe era cobrado;

Essa partícipe, à época, menor de 18 anos de idade, foi logo reconhecida e identificada como sendo companheira do denunciado EDILSON, levando, assim, o grupo denunciado aos primeiros indícios da autoria do seqüestro;

Em vão esperou a família a volta do filho seqüestrado e nos dias seguintes ao do seqüestro, eram todos de padecimentos vividos, acompanhados de perto pelo denunciado RONALDO e somente quando “...as coisas estavam esquentando... (fls. 164 – depoimento de Josenildo Trajano de Araújo, pessoa que, após prestar tal depoimento, foi barbaramente assassinada e trucidada). Os denunciados fugiram desta cidade e região;

O móvel do delito não restou devidamente esclarecido e a ele se reporta o denunciado RONALDO como “um susto” que seria dado ao genitor da vítima;

A forma como NARCISINHO foi eliminado não pode ser descrita, vez que os seus restos mortais

encontrados, não conservaram os vestígios das lesões que determinaram a sua morte, conforme conclui a perícia tanatoscópica de fls. 148;

No dia 09.01.92, durante o corte de cana, no Córrego do Feiticeiro, nas terras do Engenho Trapuá, no município de Tracunhaém-PE., foi encontrada, numa vala de barro, uma ossada humana, desarticulada, juntamente com restos de peças de vestuário, sapatos tipo tênis marca Rainha e meiões, conforme descrevem os documentos de fls. 142 e 148;

Periciada, conclui-se ser a mesma de uma “... pessoa do sexo masculino, com idade entre 11 e 14 anos e estatura em torno de 1,40 metros...” e, tendo o garoto seqüestrado 12 anos de idade, foi promovido por perito criminal (fls. 149v) juntamente com a Dr^a Célia Felipe Dias de Araújo, dentista daquele, o exame da arcada dentária, concluindo-se a final, que aquela ossada humana pertencera ao menor NARCISINHO, conforme apontam as fichas de fls. 149 e 150, sendo tal convencimento reforçado pelo reconhecimento dos restos das vestes e sapatos, também encontrados, como sendo os que aquele usava quando da última vez que foi visto por sua genitora, no dia 03.07.91, por volta das 13:30 horas, conforme descreve as fls. 140/141 e 408/411;

Chegava ao fim o trágico e fatal seqüestro de NARCISINHO e com a fuga dos membros da quadrilha denunciada, foram conhecidas muitas ações criminosas por eles cometidas nesta região.

Devidamente citados, na forma do art. do CPP, pois se encontravam presos por força de prisão preventiva que lhes havia sido decretada, através do

despacho de fls. 438/442 dos autos, foram os denunciados Ronaldo Adelino da Costa e José Agrício de Souza interrogados, com termos respectivos lavrados às fls. 514/517v. e 518/520.

As defesas prévias desses dois acusados foram prontamente apresentadas às fls. 531 a 537.

Os outros dois acusados, editalmente chamados a se defenderem, tornaram-se revéis, dando-se-lhes defensor que, no tríduo da lei, ofereceu defesa prévia e rol de testemunhas (fls. 596/597 e 613).

Às fls. 601, o Bel. Omar Cruz requereu sua habilitação como assistente da acusação.

Depois de ouvidas algumas das testemunhas da Promotoria, foi efetuada a prisão do réu Edilson José Belo da Silva, possibilitando-se, nessa fase, a colheita de seu interrogatório em auto inserto às fls. 664/668, antes, porém, tendo sido ouvido pela autoridade policial (fls. 673/678).

Durante o restante do sumário da culpa, foram ouvidas inúmeras testemunhas, tanto da Promotoria quanto da Defesa, sendo que a requerimento da defesa foram expedidas incontáveis precatórias, para diversas comarcas, inclusive de diferentes Estados, tendo havido, ainda, sempre por iniciativa da defesa, inúmeros pedidos de substituição de testemunhas, o que causou um elastecimento exagerado do procedimento.

Na fase do art. 499, a representante ministerial, Dra. Sônia Mara Rocha Carneiro, nada requereu (fls. 1.391/1.391v.).

Embora claramente fora do prazo, a defesa dos acusados atravessou petições nos autos às fls. 1.443/1.444, 1.445, 1.450/1.453 e 1.454, requerendo a realização de diligências.

Sobre esses pedidos manifestamo-nos por meio de despacho de fls. 1.456/1.461.

Essa decisão restou irrecorrida, pois às fls. 1.462 consta certidão de intimação, com o respectivo ciente da Dra. Promotora Sônia Mara Rocha Carneiro a respeito do despacho acima referido, não tendo havido qualquer pronunciamento do órgão ministerial sobre o mesmo.

Intimados os advogados, a defesa também dele não recorreu, limitando-se a pedir sua reconsideração através das petições de fls. 1.467/1.468, 1.493/1.494, 1.495/1.497 e 1.498/1.499.

Os pedidos de reconsideração foram reiteradamente indeferidos por despachos de nossa lavra consigandos às fls. 1.467, 1.493, 1.495 e 1.498, os quais também permaneceram irrecorridos (cf. cert. de intimação de fls. 1500, contendo os “cientes” dos advogados, bem como ofício de fls. 1.501 e AR de fls. 1.511).

Depois, com vista dos autos para alegações finais, a Dra. Sônia Mara Rocha Carneiro, Promotora de Justiça, pugnou pela “absolvição de todos os acusados” e que fosse determinado, “de imediato, à autoridade policial novas diligências sobre o crime e, preliminarmente, as perícias que se fizerem necessárias

à correta e completa identificação da ossada humana ora atribuída à vítima”, sob o color de uma alegada insuficiência de provas quanto à materialidade e à autoria do crime.

Às fls. 1.540/1.546 constam as razões finais do assistente da acusação, pelas quais pede a condenação dos acusados.

Em últimas alegações, os advogados dos réus alegaram, em síntese, o seguinte:

- a) que a confissão dos réus, bem como os depoimentos das testemunhas foram colhidos mediante “tortura” e “coação” praticados pela polícia;
- b) que não existem nos autos provas da culpabilidade dos acusados, sendo que os informes de autoria decorrem de uma campanha montada pela imprensa;
- c) que nos depoimentos em que o pai da vítima faz a descrição da pessoa que recebeu o dinheiro do resgate, verificam-se algumas contradições;
- d) que o indiciamento dos acusados decorreu de uma denúncia anônima, o que revela a fragilidade da acusação;
- e) que podem ser verificadas distorções entre as fichas odontológicas fornecidas pela Dra. Célia e pelo Dr. João Barbosa;
- f) que os peritos chegaram à conclusão de que não tinham condições de identificar de quem era a ossada;
- g) que os réus não se encontravam na cidade de Carpina no dia do seqüestro;

Renovaram todos os pedidos de diligências antes indeferidos.

É o que importa relatar.

1. Por primeiro, queremos afirmar a competência deste juízo para apreciar e proceder ao julgamento do presente caso.

Como é consabido, o delito de extorsão mediante seqüestro é infração permanente, cuja execução se prolonga no tempo, daí podendo ocorrer que os atos executórios se desenvolvam em territórios submetidos à jurisdição de diferentes juizes. Na hipótese vertente, verificou-se exatamente essa circunstância – de a conduta criminosa desenvolver-se em várias comarcas -, pois que a apreensão da vítima foi feita nesta cidade, mas o local do pagamento do preço do resgate, da prometida (e não cumprida) entrega do seqüestrado, bem como o local em que seu cadáver foi encontrado, circunscrevem-se dentro dos limites territoriais de outras comarcas. Em tais casos, a competência fixa-se segundo o critério da prevenção, regra inculpada no art. 71 do CPP. A esse respeito, trago à colação acórdãos encimados por ementas condensadas nos seguintes termos:

“O delito de extorsão mediante seqüestro é de natureza permanente. Incide, portanto, a regra do art. 71 do CPP segundo a qual na infração permanente praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção” (TACRIM-SP - HC - Rel. Godofredo Mauro - JUTACRIM 70/122).

“Sendo o crime do art. 159 do CP um crime complexo, permanente por natureza, e desdobrando-se sua execução por mais de uma comarca, qualquer delas

será competente, nos termos do art. 71 do CPP, para ajuizar-se a ação penal respectiva" (TACRIM-SP - AC - Rel. Adauto Suannes - JUTACRIM 80/445).

Este juízo tornou-se preventivo logo ao decretar a prisão preventiva de alguns acusados e ao manter a prisão de outros.

2. A existência dos delitos é fato insofismavelmente demonstrado, diretamente, através do **laudo de perícia tanatoscópica** de fls. 156/163, pelo **auto de reconhecimento** de fls. 148/149, pela complementação do exame de corpo de delito procedida às fls. 150/152, bem como pelo depoimento da odontóloga Célia Felipe Dias Araújo (inserto às fls.), profissional que fez o reconhecimento da arcada dentária da vítima, e, indiretamente, por intermédio dos inúmeros depoimentos testemunhais colhidos no processamento.

Ao examinarmos o laudo de perícia tanatoscópica (fsl. 156v.), defrontamo-nos com a seguinte conclusão: "tratar-se de pessoa de sexo masculino, com idade entre onze e quatorze anos e estatura de (01) mês. Podemos afirmar, ainda, que o óbito ocorreu há mais de um mês". Daí já despontava o entendimento de que a ossada encontrada era da vítima, pois além dos caracteres de sexo, tamanho e idade aproximada, pôde ficar caracterizado que a morte ocorrera há mais de um mês, o que também guarda sintonia com o que ficou apurado nos autos, pois tudo indica que os acusados executaram a vítima no mesmo dia do seqüestro, como adiante se terá oportunidade de mencionar.

Os peritos do IML ainda elaboraram uma ficha (fls. 158), do tipo das que são utilizadas em consultórios

odontológicos, com os dados que foram encontrados na arcada dentária da ossada humana que foi submetida a exame. Como registros fundamentais, foram apontados que os caninos estavam semi-inclusos e que o dente incisivo central superior direito apresentava uma giroversão à esquerda, detalhe esse que, aliás, pode ser facilmente verificado observando-se as fotografias de fls. 159 (as duas da parte superior) e a de fls. 162 (a de cima). Comparada essa ficha com a que foi apresentada pela Dra. Célia Felipe Dias de Araújo (fls. 158), constata-se que nessa última também está assinalada a giroversão do dente incisivo superior direito, caracterizada por um traço em diagonal sobre a figura daquele dente, desenhada na ficha. Se olharmos para a foto do garoto Narcisinho, estampada às fls. 243, em que o mesmo é mostrado com um largo sorriso, deixando à mostra os dentes da arcada superior, podemos constatar uma proeminência do incisivo central superior direito em relação ao incisivo central superior esquerdo, cuja imagem sugere giroversão do primeiro sobre o segundo.

Após ser realizado o exame de corpo de delito direto, na ossatura do cadáver, ainda procedeu-se ao seu reconhecimento pela inquirição de testemunhas, na forma estabelecida no art 166 do CPP, lavrando-se o competente **auto de reconhecimento e de identidade** (de fls. 148/149). A identificação foi possibilitada porque as autoridades policiais, em atenção à prescrição do par. únic. do art. 166, do CPP, tiveram o cuidado de arrecadar os objetos encontrados junto com a ossama, traduzidos num calção verde, num par de tênis preto e num par de meióes, vestimentas que foram admitidas como pertencentes à vítima pela mãe desta, D.

Marinalva da Costa Santos, e por pessoa amiga da família, a odontóloga Célia Felipe Dias de Araújo. Mas não somente pelas vestes foi reconhecido o cadáver (esqueleto), pois foi através da arcada dentária, e principalmente por esse meio, que também se chegou à uma conclusão segura sobre a identidade do mesmo. Para tanto, concorreu a circunstância de que o menino Narciso Neto tinha o dente incisivo central superior direito bem proeminente, em relação ao incisivo central superior esquerdo, com uma giroversão do primeiro sobre o segundo.

Em seu depoimento de fls. 881v./882v., a Dra. Célia explicou que a marcação na ficha de fls. 158, sobre o desenho do 1º molar superior direito, representava uma tratamento de canal que havia feito naquele dente, o qual apresentara “comprometimento do assoalho do dente e conseqüente separação das três raízes”. Acrescentou “que, quando foi reconhecer a ossada, identificou perfeitamente o mencionado dente, pois, encontrou as três raízes soltas na cavidade e após limpá-las verificou que as mesmas se encaixaram perfeitamente na cavidade óssea”. Explicou, também, que fez a anotação sobre a figura do dente incisivo superior central direito, na ficha de fls. 158, “porque existe uma giroversão para a parte externa do incisivo central da face mesial (um dente da frente subiu no outro)”. Declarou que a “giroversão objeto da ficha é cristalinamente comprovada no cadáver sendo certo que ela depoente fez a comparação e verifica na fotografia de fls. 159”. Ainda apontou outro elemento de convicção, consubstanciado no fato de que o segundo dente (contando-se da esquerda para a direita) que aparece na fotografia de fls. 159 (do lado superior

direito) é menor que os demais, esclarecendo que essa imperfeição resultava da “existência do dente de leite (dessido) que se encontrava em cima deste dente menor”. Complementou essas explicações dizendo reconhecer as obturações encontradas na arcada dentária periciada, e afirmou “que não resta a menor dúvida de que a ossada encontrada é da vítima”. Asseverou, inclusive, “que mesmo que a ficha de fls. 158 não existisse ela depoente reconheceria a arcada da vítima porque esta era-lhe muito familiar”. Voltou a enfatizar “que tem uma absoluta certeza de que a ossada encontrada é da vítima”.

Esse depoimento da Dra. Célia Felipe Dias de Araújo, que se constitui em **prova técnica** da materialidade dos crimes, afastou de uma vez por todas qualquer vestígio de dúvida, que porventura ainda permanecesse, quanto ao fato de que a ossada periciada pertencia ao menor Narcisinho.

3. Quanto à autoria, entendemo-la como nimamente patenteada. Pelo conjunto e exuberância das provas, não é de se afastar a certeza jurídica da autoria, *data venia*, das opiniões em contrário da Promotoria e da Defesa. Os elementos convictórios, minudentemente examinados e, entre si, comparados, levam à conclusão inafastável de que tenham sido os réus RONALDO ADELINO DA COSTA, EDILSON JOSÉ BELO DA SILVA, NIVALDO CAVALCANTI DA CUNHA e JOSÉ AGRÍCIO DE SOUZA os **autores** do crime de extorsão mediante seqüestro seguido de morte, que teve como vítima o menor Narciso Ferreira dos Santos Neto (“Narcisinho”), objeto deste procedimento.

A lastrear essa convicção, não só a confissão extrajudicial dos réus (de dois deles) bem assim outros adminículos, realçados no inquérito e permanecendo no sumário, com apoio em depoimentos testemunhais.

Tragamos à tona, portanto, as provas e examinemo-las todas.

Antes, porém, queremos expressar o entendimento de que o inquérito pode servir como instrumento válido na formação do livre convencimento do juiz. O inquérito, conquanto seja um conjunto de atos de investigação de natureza inquisitiva, pode apresentar-se como meio elucidativo das circunstâncias que rodeiam o crime, razão pela qual não deve ser desprezado como elemento de prova, mesmo porque muitas das provas nele colecionadas não são repetidas em juízo. Por isso, diante de um somatório de dados conclusivos e pertinentes, embora arrecadados na fase do inquérito, o juiz, que, no processo penal moderno, não está mais jungido ao obsoleto regime da prova legal e axiomática, deve apreciá-los e julgar segundo sua livre convicção, sem as amarras de preconceitos legais apriorísticos. Esse ensinamento é o prevalente na jurisprudência mais atualizada, conforme os arestos abaixo ementados explicitam:

“Não se pode dizer, de forma absoluta, ter a prova do inquérito valor meramente informativo. Aquilo que se apura durante a investigação policial há, indubitavelmente, de ser ponderado e examinado como matéria útil ao conhecimento da verdade, dando-se-lhe a credibilidade que merecer, dentro da melhor técnica recomendada pela hermenêutica” (TACRIM-SP - Rev. - Rel. Valentim Silva - JUTACRIM 22/74).

“Havendo algum suporte probante na fase judicial, a prova colhida no inquérito pode ser convocada para fundamentar a decisão condenatória” (TJSP - AC 48.091-3 - Rel. Silva Leme - RT 621/290).

“O inquérito policial, de incontestável valor probante no que diz respeito à demonstração da realidade do fato apontado como criminoso, há de ser utilizado pelo juiz na apreciação da prova, como um dos seus elementos, mormente porque é no inquérito que muitos destes se encontram” (TJMG - AC 20.446 - Rel. Aníbal Pacheco - JM 101/226).

Merece destaque acórdão da corte judiciária paulista, em que está consignado o entendimento de que a prova exclusivamente apanhada no inquérito é suficiente para fundamentar a condenação, desde que não elidida pelos fatos apurados no sumário:

“Nada obsta, antes, tudo aconselha a que, sem a menor reserva, se valha da prova existente apenas no inquérito, com o convencimento de ser ela a verdadeira, se não foi anulada por fatos ou circunstâncias mais fidedignos, conseguidos na instrução criminal” (TACRIM-SP - AC - Rel. Ítalo Galli - RT 443/486).

Realmente, é lição correntia, em nossos dias, de que, vigendo o princípio do livre convencimento do juiz, o inquérito tem de ser levado em conta na aferição da responsabilidade e na formação da certeza da autoria, razão porque já não prevalece a exclusão dos elementos nele contidos, atribuindo-lhes o julgador o valor que os princípios de Direito autorizam.

4. Como ponto de partida para se chegar à autoria, temos às fls. 37 dos autos uma **prova técnica** – o **retrato falado** da pessoa que recebeu o dinheiro do resgate das mãos do pai da vítima. Essa pessoa, posteriormente veio a se saber, era Luciana Maria da Silva, conhecida por “Lú”, amante do acusado Edilson José Belo da Silva, o “Edilson da Eletrônica”. Tal reconhecimento foi possibilitado através de uma fotografia (de fls. 36) que foi apreendida pelos policiais junto aos familiares de “Lú”, a qual, ao ser mostrada ao pai da vítima, Sr. Narciso, este reconheceu de logo e “sem vacilação” como sendo da pessoa que serviu como representante dos seqüestradores, tendo sido lavrado o competente **auto de reconhecimento por fotografia** (fls. 38) – que se constitui também em **prova técnica**. Uma vez descoberta a identidade da pessoa que serviu como emissário dos seqüestradores, restou pavimentado o caminho para se chegar aos demais acusados.

5. Uma circunstância muito concorreu para deitar as suspeitas sobre os acusados. Em diligências de rotina, agentes da Delegacia de Roubos e Furtos efetuaram a prisão de Joel Barbosa de Souza, o “Jóia”, elemento que integrava o grupo dos “Ninjas de Carpina”, bando de facinorosos liderados pelo acusado José Agrício e do qual faziam parte, também, os réus Edilson e Nivaldo. A prisão desse indivíduo, o “Jóia”, decorreu de seu envolvimento com roubos de veículos, pois os policiais daquela Delegacia já estavam em seu encalço, mas acontece que, ao ser preso, confessou ter conhecimento do envolvimento dos réus Agrício, Edilson e Nivaldo no seqüestro de “Narcisinho”. Os policiais responsáveis pela sua prisão depuseram no

inquérito e confirmaram o relato sobre a participação dos acusados no seqüestro (ver os depoimentos do Comissário Ivaldir Roberto de Oliveira – fls. 95/96 – e dos agentes Ailton Pereira de Souza – fls. 97/98 e Marcelo José Cavalcanti Sobrinho – fls. 106/108).

Esclarecemos que esses depoimentos não devem ser excluídos do conjunto probatório, a ser levado em conta na formação de um juízo de valor sobre o caso, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/54), devendo, ao seu depoimento, como ao de qualquer testemunha, ser atribuído valor conforme sua consonância com o universo probatório (TA CrimSP, RT 530/372).

A jurisprudência tem se inclinado em dar credibilidade à palavra dos agentes da lei. Salvo prova em contrário ou quando se tornam suspeitos e indignos de fé, não se lhes deve negar crédito. Isso porque os policiais são as pessoas credenciadas do Estado para a função repressiva, e que, no desempenho de suas atuações, gozam da presunção de que agem escorreitamente. Decorre daí a validade da prova, para fins de condenação, baseada exclusivamente em depoimentos de policiais. Por oportuno, trago à conferência decisões de tribunais que melhor escoliam esse posicionamento:

“Os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem escorreitamente, não se podendo ofensivamente presumir que os informes que, em testemunhos ou em

documentos oficiais oferecem a seus superiores e à Justiça, sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes” (TACRIM-SP - AC - Rel. Azevedo Franceschini - RT 411/266).

“Os depoimentos policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhes crédito quando fosse dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípuas” (TJRJ - AC - Rel. Synésio de Aquino - RDTJRJ 7/287).

“Os agentes policiais não estão proibidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase extrajudicial tenham participado no exercício de suas funções. Assim, o fato de ser a testemunha funcionário da Polícia não basta, por si só, para afastar a credibilidade de seu depoimento, máxime porque não só a declaração de inidoneidade há de ser específica e não genérica, não podendo abranger toda uma categoria de pessoas, como também, porque sendo os agentes servidores públicos, têm, no exercício de suas funções, presunção *juris tantum* de que agem corretamente” (TACRIM-SP - Rev. Rel. Cunha Camargo - JUTACRIM 36/21).

“Inconcebível recair sobre os agentes da autoridade, *in genere*, presunção de inidoneidade. Assim, deve a prova testemunhal produzida por policial-condutor ser avaliada com os mesmos critérios com que é sopesado o depoimento de um particular civil, máxime porque inexistente qualquer restrição à produção de prova oral por milicianos” (TACRIM-SP - EI - Rel. Dínio Garcia - JUTACRIM 27/172).

Em matéria de crimes praticados com o concurso de várias pessoas, que se reúnem para a formação de quadrilhas aumentando seu poder ofensivo e organizacional, constituindo o que se convencionou chamar de **crime organizado**, se faz ainda mais necessário se atribuir crédito à atuação policial. É que o desvendamento do tipo de crime que se cogita, que tem na modalidade do tráfico ilícito de entorpecentes e da extorsão mediante seqüestro exemplos nítidos, por envolverem atividades essencialmente clandestinas, na maioria das vezes depende de processos investigatórios mais requintados, que são desenvolvidos por grupos especializados da Polícia, ao longo dos quais são coletadas as únicas provas da autoria, não se podendo renegar todo esse trabalho, que deve ser aquilatado pelo julgador e tomado como elemento formador de seu livre convencimento. A prova da autoria, nesses casos, dificilmente se consegue através de testemunhas *de visu*, sendo sua colheita oportunizada exclusivamente por meio de diligências policiais, realizadas geralmente em condições que dificultam o arrolamento de outras testemunhas, não envolvidas com a operação policial.

É bem verdade que essa jurisprudência – de não suspeição dos depoimentos dos policiais – sofre restrições, geradas pelas crescentes suspeitas de que maus policiais vêm “fabricando” provas com o vil escopo de inculpar inocentes, pelos mais indizíveis motivos. Mas, no caso, não se tem porque suspeitar das afirmações dos policiais, pois em seus depoimentos não se vislumbra nenhuma contradição que afete à parte substancial do elemento de convicção. Além do que, a prisão do “Jóia”, é importante destacar, não teve qualquer relação com as investigações do “Caso

Narcisinho” que estavam em curso, entregues aos policiais do GOE, na medida que ele foi preso por policiais da Delegacia de Roubos e Furtos, os quais efetuaram sua prisão por motivos outros – roubo de veículos. Uma vez preso, demonstrou ter conhecimento da participação dos acusados no seqüestro, e os policiais da DRF fizeram chegar esses informes à autoridade que estava presidindo o inquérito sobre o “Caso Narcisinho”. É bem de ver, pois, que essa descoberta foi casual, ficando afastada a suposição de que pudesse ter sido resultado de um complô dos policiais para incriminar os réus. A veracidade das palavras dos policiais da DRF também pode ser aferida quando se observa que, já naquela ocasião, o “Jóia” adiantou (segundo o depoimento do Comissário Ivaldir Roberto de Oliveira, às fls. 96, prestado em 26.09.91) que a vítima já tinha sido morta e enterrada, fato que só se comprovaria meses depois com descoberta da ossada (em 09.01.92). E o “Jóia”, realmente, tinha conhecimento da verdade dos fatos, pois era integrante do bando de delinqüentes conhecido como “Os Ninjas”, do qual faziam parte os acusados.

6. O depoimento de JOSENILDO TRAJANO DE ARAÚJO, o “Nino Caipora”, constante às fls. 171/174, é de fundamental importância para o esclarecimento dos fatos. Empregado do réu Edilson José Belo da Silva, trabalhando como ajudante na oficina eletrônica deste, propiciou a compreensão de todo o esquema criminoso, jogando, com o seu testemunho, um raio de luz sobre os últimos bolsões de escuridão que ainda deixavam embaçada a visão da Justiça sobre o caso. O conteúdo de suas declarações, pela minudência com que descreve a ligação dos acusados entre si, o comportamento destes

antes, durante e depois da execução do crime e alguns aspectos da vida criminosa de cada um, não só dissipou dúvidas quanto ao envolvimento dos mesmos no procedimento criminoso como também orientou as investigações ulteriores. Por reputarmos ser de extrema valia esse depoimento, dele retiramos alguns excertos, a título de reforço ao nosso entendimento, que abaixo transcrevemos:

“QUE conhece José Agrício há mais de três anos e através deste conheceu também NIVALDO MARQUES DA CUNHA, ROMEU NAZÁRIO, NINHO, EVERALDO (irmão de Agrício), JOEL (Jóia), ROBERTO (filho de ex-Delegado desta cidade, Dr. Ciro), EDILSON JOSÉ BELO DA SILVA (Edilson da Eletrônica), e vários outros, integrantes do “Grupo dos Ninjas de Carpina” acusados de homicídios, latrocínios, assaltos e várias desordens nesta Cidade; QUE, o “Grupo dos Ninjas” teve início nesta Cidade logo após o ingresso de José Agrício na Polícia Civil, sendo o líder do mencionado “grupo”.

Esse “Grupo dos Ninjas”, como ficou ressaltado pelo depoente, além dos acusados era formado por outros elementos, inclusive o “Jóia”, o mesmo que foi preso pelos agentes da Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos e depois encontrado morto em uma das celas, antes porém tendo confessado a participação de Agrício, Edilson e Nivaldo no seqüestro. Essa referência ao nome de “Jóia”, como membro do bando de criminosos, é bem relevante na medida em que leva ao remate de que o mesmo, justamente por seu envolvimento com a quadrilha de malfeitores, tinha pleno conhecimento ou, ao menos, dispunha de informações sobre a autoria do crime.

A referida testemunha também trouxe à tona dado de real valor no que diz respeito ao comportamento suspeito dos acusados, antes e após a prática criminosa:

“QUE conheceu EDILSON DA ELETRÔNICA através de Agrício e este conseguiu empregar o depoente na Eletrônica de EDILSON, onde trabalhou pelo período de um mês, tendo neste período ocorrido o seqüestro de Narcisinho, mais precisamente duas semanas antes do seqüestro e duas semanas após o seqüestro; que nas duas semanas posteriores ao seqüestro EDILSON sumiu, ou seja, só comparecia na eletrônica apenas para abrir e fechar a mesma, bem como procurar informações se havia sido procurado por alguém; que neste período Agrício, que sempre estava por lá, também não o procurou mais”.

Aponta ainda circunstância que depõe fortemente contra o acusado Ronaldo, consistente na revelação que o mesmo encontrou-se com Edilson após a data do crime, para tratar de assunto que pareciam querer manter em segredo:

“QUE, duas semanas após o seqüestro, RONALDO ADELINO, por volta das 13h30, numa quinta-feira, compareceu à Eletrônica e após conversar com EDILSON saíram na Caravan de propriedade de EDILSON, na ocasião, tendo no sábado seguinte Edilson chamado o depoente e informado ao mesmo que “as coisas estavam esquentando” e não precisaria mais de seus serviços, ...” (grifo nosso).

Continua seu depoimento descrevendo cena que presenciou – de ter o réu Edilson, tempos antes, sido contratado para executar o assassinato de uma mulher

-, com o que desvelou a vida criminosa daquele, acrescentando que nas suas empreitadas criminosas Edilson utilizava veículos com “chapas frias”, inclusive em carros cedidos pelo seu comparsa Agrício:

“QUE, durante o período no qual trabalhou com EDILSON, presenciou a contratação do mesmo para matar uma mulher na cidade de Rio Tinto, no Estado da Paraíba, tendo o contratante sido preso e conforme é do seu conhecimento ainda está preso até a presente data; que o elemento contratante cujo nome não sabe declinar, porém o conhece de vista, por diversas vezes esteve na eletrônica e em duas delas deixou um total de Cr\$ 600.000,00 (seiscentos mil cruzeiros) para serem entregues a EDILSON, sendo Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) na primeira remessa e Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros) na segunda; que EDILSON, JOEL (Jóia) e um terceiro que não sabe informar viajaram por duas vezes ao Estado da Paraíba para realizarem o “serviço”, tendo nas duas ocasiões usado o chevet de JOSE LUIZ, funcionário da Telpe, nesta cidade, porém com placas frias; QUE, EDILSON possuía na eletrônica vários pares de placas de carros, frias e constantemente fazia uso delas, ora em carros de AGRÍCIO, como por exemplo, o Diplomata vermelho, o opala amarelo e outros”.

É bem relevante, porque confirmada por depoimentos de outras testemunhas, sua declaração quanto ao fato de ter sido uma das pessoas que levavam comida para Luciana, a “Lú” – cuja participação no crime consistiu em receber o dinheiro do resgate das mãos do pai da vítima –, enquanto ela esteve mantida em cárcere privado por seu amante Edilson, durante cerca de duas semanas após o seqüestro:

A referida testemunha também trouxe à tona dado de real valor no que diz respeito ao comportamento suspeito dos acusados, antes e após a prática criminosa:

“QUE conheceu EDILSON DA ELETRÔNICA através de Agrício e este conseguiu empregar o depoente na Eletrônica de EDILSON, onde trabalhou pelo período de um mês, tendo neste período ocorrido o seqüestro de Narcisinho, mais precisamente duas semanas antes do seqüestro e duas semanas após o seqüestro; que nas duas semanas posteriores ao seqüestro EDILSON sumiu, ou seja, só comparecia na eletrônica apenas para abrir e fechar a mesma, bem como procurar informações se havia sido procurado por alguém; que neste período Agrício, que sempre estava por lá, também não o procurou mais”.

Aponta ainda circunstância que depõe fortemente contra o acusado Ronaldo, consistente na revelação que o mesmo encontrou-se com Edilson após a data do crime, para tratar de assunto que pareciam querer manter em segredo:

“QUE, duas semanas após o seqüestro, RONALDO ADELINO, por volta das 13h30, numa quinta-feira, compareceu à Eletrônica e após conversar com EDILSON saíram na Caravan de propriedade de EDILSON, na ocasião, tendo no sábado seguinte Edilson chamado o depoente e informado ao mesmo que “as coisas estavam esquentando” e não precisaria mais de seus serviços, ...” (grifo nosso).

Continua seu depoimento descrevendo cena que presenciou – de ter o réu Edilson, tempos antes, sido contratado para executar o assassinato de uma mulher

-, com o que desvelou a vida criminosa daquele, acrescentando que nas suas empreitadas criminosas Edilson utilizava veículos com “chapas frias”, inclusive em carros cedidos pelo seu comparsa Agrício:

“QUE, durante o período no qual trabalhou com EDILSON, presenciou a contratação do mesmo para matar uma mulher na cidade de Rio Tinto, no Estado da Paraíba, tendo o contratante sido preso e conforme é do seu conhecimento ainda está preso até a presente data; que o elemento contratante cujo nome não sabe declinar, porém o conhece de vista, por diversas vezes esteve na eletrônica e em duas delas deixou um total de Cr\$ 600.000,00 (seiscentos mil cruzeiros) para serem entregues a EDILSON, sendo Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) na primeira remessa e Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros) na segunda; que EDILSON, JOEL (Jóia) e um terceiro que não sabe informar viajaram por duas vezes ao Estado da Paraíba para realizarem o “serviço”, tendo nas duas ocasiões usado o chevê de JOSE LUIZ, funcionário da Telpe, nesta cidade, porém com placas frias; QUE, EDILSON possuía na eletrônica vários pares de placas de carros, frias e constantemente fazia uso delas, ora em carros de AGRÍCIO, como por exemplo, o Diplomata vermelho, o opala amarelo e outros”.

É bem relevante, porque confirmada por depoimentos de outras testemunhas, sua declaração quanto ao fato de ter sido uma das pessoas que levavam comida para Luciana, a “Lú” – cuja participação no crime consistiu em receber o dinheiro do resgate das mãos do pai da vítima –, enquanto ela esteve mantida em cárcere privado por seu amante Edilson, durante cerca de duas semanas após o seqüestro:

“QUE conhece LUCIANA MARIA DA SILVA, “LÚ”, a qual era amante de Edilson, tendo o depoente por diversas vezes recebido carro de EDILSON para buscá-la no Engenho Macaco, município de Paudalho e que nas duas semanas posteriores ao seqüestro de Narcisinho, por determinação de EDILSON, levou almoço para “LÚ” (LUCIANA), a qual encontrava-se trancada num dos quartos de uma hospedaria desta cidade, localizada na PE 90, de nome Hospedaria Ponto Certo; quando lá chegava, recebia a chave do quarto direto com o proprietário, entregava o almoço, fechava a porta e devolvia a chave ao mencionado proprietário, cujo nome não sabe informar, porém conhece-o; QUE, o elemento que conhece apenas por “CHAPEU DE BODE” ou “CHINA”, repetia esta operação em relação ao jantar; QUE, posteriormente tomou conhecimento de que LUCIANA estaria sendo mantida em cativo por determinação de EDILSON, para que a mesma não conversasse com ninguém, pois ela teria sido a mulher que apanhou o “resgate” pago pelo pai de Narcisinho, no valor de Cr\$ 3.000.000,00 (três milhões de cruzeiros); que decorrido duas semanas, EDILSON viajou para o Estado de São Paulo, levando consigo LUCIANA, a qual desde então não deu mais notícia”.

Esta afirmação encontra apoio nos depoimentos testemunhais de fls. , aos quais mais adiante nos reportaremos, circunstância que empresta ainda maior validade ao testemunho de Josenildo.

Por que Edilson manteve Luciana em sistema de cárcere privado, por cerca de duas semanas após o seqüestro? Só há uma explicação lógica para tal fato: simplesmente para impedi-la de contar para alguém sua

participação (dela) no seqüestro. Certamente, ele tinha medo de que a mesma se arrependesse e pudesse entregá-lo à polícia, daí porque a manteve incomunicável durante todo o tempo em que permaneceram nesta cidade, após o seqüestro, levando-a posteriormente para São Paulo.

O depoente revela sua impressão sobre a participação dos réus Edilson e Ronaldo no crime, acrescentando mais um vestígio de culpabilidade no comportamento deste último:

“QUE, na sua opinião, EDILSON tem realmente alguma participação no seqüestro de Narcisinho, pois pelo pouco que conheceu do mesmo, ele é capaz de qualquer coisa por dinheiro, bem como pela maneira como se comportou nos dias seguintes ao seqüestro de Narcisinho; QUE, também acredita na participação de RONALDO ADELINO no seqüestro, pois alguns dias anteriores ao fato RONALDO compareceu à Eletrônica onde manteve uma conversa sigilosa com EDILSON, tendo este fato chamado a atenção do depoente, pois ficou curioso com o que RONALDO estaria querendo com uma pessoa como EDILSON” (grifo nosso).

Josenildo também fez a revelação de outro crime cometido por Agrício, em co-autoria com o agente de polícia conhecido por “Marcão”, os quais, juntos, tentaram contra a vida de um vigia da empresa IRCA, com sede nesta cidade, o qual restou aleijado em virtude dos tiros que recebeu. Esse dado informativo corresponde com os registros da distribuição de processos desta comarca, pois o acusado Agrício e..., recobrando de valimento o depoimento em questão.

Denunciou, por fim, alguns dos crimes de Agrício e Nivaldo, declarando que este último é “pistoleiro profissional”.

Ele, Josenildo, bem sabia do imenso risco que corria por ter feito essas declarações às autoridades, pois confessou que andava temeroso ante as ameaças que vinha sofrendo, tendo inclusive sido procurado pelos policiais civis “Toinho Maracanã” e “Luiz Veneno”, os quais lhe informaram para que tomasse cuidado pois não deveria “estar entregando a turma”. Seu receio, infelizmente, não era infundado. Pouco tempo depois veio a ser assassinado, num caso típico de “**queima de arquivo**”, crime que está sendo apurado na comarca de Paudalho, em cujo processo figura também como réu José Agrício de Sousa, acusado de ser o mandante do crime (proc. N^o). Segundo as peças do inquérito e a denúncia apresentada naquele processo, pela Promotora de Justiça Romilda Galvão, José Agrício encomendou a morte de “Nino Caipora” por ter sido denunciado pelo antigo companheiro, testemunha chave do crime de seqüestro do menor “Narcisinho”. De acordo, ainda, com a denúncia, José Agrício, mesmo encontrando-se preso, através de um bilhete entregue à sua mulher, Selma Gomes de Lima, ordenou o assassinato de “Nino Caipora” ao agente Marcos Antônio da Silva, o “Marcão”, o qual, por sua vez, contratou os serviços dos comparsas José Ezequiel de Souza, este soldado da Polícia Militar, Marcos Alves e Ademir Henrique Mariano, que executaram o “ex-ninja”. Por essa razão, não foi possível a repetição de seu depoimento em juízo, mas nem por isso deve deixar de ser aproveitado, como acima se falou ao tratar da validade do inquérito, ainda mais porque esse

testemunho, como demonstrado, está adinerculado por outras provas e presunções. O simples fato do depoente ter sido assassinado constitui prova cabal de que falara a verdade. Entender-se de outro modo equivale a malferir os ditames do bom senso, da lógica e da experiência.

7. O depoimento de “Nino Caipora” encontra correspondência do que disse José Cristóvão Pereira, que trabalhava como vigia na pensão “Ponto Certo”, onde Luciana foi mantida em cativeiro (fls. 176/177):

“QUE conhece EDILSON, AGRÍCIO e NIVALDO, porém só conhecia AGRÍCIO como bandido e que de EDILSON e NIVALDO desconhecia os antecedentes dos mesmos; QUE, alguns dias antes do seqüestro do menor Narcisinho, EDILSON compareceu àquela pensão trazendo consigo uma mulher, a qual posteriormente ficou sabendo tratar-se de LUCIANA, que morava no engenho Macaco, no Município de Paudalho; que na ocasião EDILSON pediu um quarto onde deixou a dita mulher trancada, devolvendo a chave ao depoente e informando-lhe que não deixasse a mesma sair ou falar com qualquer pessoa, (...) QUE, EDILSON retornou na noite do dia seguinte e informou ao depoente que havia estado lá durante o dia e que havia saído com LUCIANA, porém a mesma deveria permanecer trancada (...); QUE, conhece “NINO CAIPORA”, sendo do seu conhecimento de que o mesmo por diversas vezes levou almoço para LUCIANA, que NINO, na ocasião, trabalhava com EDILSON, na Eletrônica; (...) QUE, cerca de duas semanas, após o seqüestro do menor Narcisinho, EDILSON compareceu àquela pensão, apanhou

LUCIANA, e sumiu até a presente data, tendo inclusive levado consigo a chave do quarto e deixado a conta em aberto”.

Também a mãe (SEVERINA MARIA DA SILVA) e a irmã (MARIA IVANICE) de Luciana confirmaram que Edilson manteve-a em cárcere privado (ver depoimentos de fls. 188 e 186, respectivamente). A primeira delas iluminou ainda mais o caminho da verdade, ao revelar que Edilson, pouco antes de fugir para São Paulo, declarou “que estava metido numa grande enrascada” (ver fls. 189).

8. As suspeitas sobre o envolvimento de Ronaldo com os demais acusados, surgiram depois que prestou depoimento na Delegacia, pois inventou uma história complicada, dizendo que tinha se ausentado de Carpina por motivo de trabalho, uns dois dias depois do seqüestro, tendo passado por diversas cidades do interior de Estados nordestinos, sem saber precisar, no entanto, o nome e endereço dos estabelecimentos em que se hospedara naquelas cidades (ver fls. 41). Mas se traiu mesmo quando disse, e depois voltou a repetir (ver fls. 40), que só tomou conhecimento do seqüestro no dia seguinte, informação que se chocou com o que afirmou MANUEL AURELIANO FORTUNATO. Essa testemunha, ao depor no inquérito, disse o seguinte (fls. 64):

“Que, neste mesmo dia 03.07.91, o declarante aproximadamente às 18:30hs novamente contactou com RONALDO que lhe confidenciou que tinha acontecido uma coisa chata, pois, tinham seqüestrado seu sobrinho e toda a família estava preocupada”.

Ao ser ouvido em juízo (fls.), reafirmou que soube da notícia do seqüestro ainda no dia 03.07.91, através do próprio Ronaldo.

Manuel Aureliano Fortunato ainda confirmou que, no dia 17. 08.91, Ronaldo lhe telefonou e disse-lhe que havia citado seu nome (do depoente) quando foi ouvido pela Polícia, razão porque, provavelmente, seria chamado a depor e, se assim acontecesse, o depoente deveria confirmar que estava com ele, Ronaldo, no dia do seqüestro. Que diante dessa insinuação de Ronaldo, o depoente respondeu-lhe que só poderia dizer que o viu no hotel, mas não que ele (Ronaldo) estava junto com sua equipe de vendedores (Fls. 65).

Essa revelação tem significado importante, porquanto desvenda a tentativa de Ronaldo em construir um “álibi”.

Quando começou a se sentir cercado pelas provas de sua culpabilidade, e antevendo seu indiciamento no inquérito, ele próprio tratou de se incriminar definitivamente, pois fugiu desta cidade, para local incerto e não sabido, numa clara e reveladora atitude de que realmente tinha alguma participação nos crimes. Ninguém que se diz inocente foge ao esclarecimento da verdade, ainda mais, quando não há contra si ameaça de privação de liberdade. No caso de Ronaldo, ele tinha inclusive a proteção de um salvo-conduto, que lhe houvera sido concedido antes.

Uma vez foragido, as provas contra sua pessoa não pararam de se avolumar. Ouvida na fase do inquérito, GETILDE PEREIRA DE ASSIS declarou ter visto Ronaldo nas proximidades do Colégio

Salesiano, no dia do seqüestro, por volta das 14:00 daquele dia. Disse ela (fls. 312):

“QUE, no dia três de julho, por volta das 14:00, chegou ao seu trabalho, no escritório de Contabilidade, localizado à Av. Pe. Rocha, nº 25 anexo, nesta cidade (mesma rua do Colégio Salesiano), que naquele dia chovia bastante e no momento em que a declarante abria o mencionado escritório, RONALDO ADELINO cruzou com a mesma, chegando inclusive a cumprimentá-la com um “ôi”; QUE: naquela ocasião, RONALDO ADELINO trajava camiseta sem mangas, de cuja cor não se lembra e que passado algum tempo viu quando este retornou, trajando um casaco em napa de cor bege, porém, desta segunda vez não se cumprimentaram”.

Em juízo (fls. 690v./691), a depoente confirmou o que havia dito na fase do inquérito:

“que a depoente afirma que no dia 03 de julho de 1991 o acusado Ronaldo ao passar em frente ao escritório de contabilidade onde a depoente trabalha, cerca das 14,00 horas, cumprimentou-a com um “Ôi” e seguiu adiante e mais tarde, cerca das 15,00 horas retornou não mais cumprimentando-a, tendo a acrescentar que às 14,00 o referido acusado vestia uma camiseta e ao retornar cerca das 15,00 vestia um casaco de mangas cumpridas por sobre de tal camiseta; que se não lhe falha a memória o casaco era de cor bege; (...) que o escritório de contabilidade onde a depoente trabalha fica perto do Colégio Salesiano, na mesma rua; (...) que depois de cumprimentada pelo acusado Ronaldo Adelino ela depoente observou que o mesmo

caminhava em direção ao Colégio Salesiano, entretanto não chegou a ver se o mesmo atravessou a pista da estrada PE-90”.

9. A lastrear a convicção de culpabilidade dos réus, deparamos com a confissão extrajudicial de dois deles, perfeitamente consentânea com as outras provas do processamento e coadjuvada por indícios outros e presunções várias que ressoam sobre a prova confessória. Atentemos, portanto, para a confissão dos réus, perante a autoridade policial, antes, porém, deixando salientado que foi presenciada por pessoas insuspeitas:

Interrogatório de RONALDO ADELINO DA COSTA, fls. 452/454:

“QUE, no dia 03 (três) de julho do ano de 1991, quando se encontrava na cidade de Carpina/PE, foi abordado por EDILSON por volta das 10:30 (dez e trinta) horas, na rua das Tamarindas, quando EDILSON, que ocupava um CHEVETTE, de cor branca ou bege, chamou-o, informando-lhe que precisava de sua ajuda para resolver “um negócio”, dito isto, o interrogando procurou saber de EDILSON em que “negócio” poderia ajudá-lo, tendo EDILSON respondido que o interrogando deveria “atrair” o seu sobrinho “NARCISINHO”, pois estava querendo dar um susto em NARCISO; QUE indagou a EDILSON o porquê da ação, mas este informou-lhe que “não era da sua conta” e que se ele não colaborasse “seria fechado”; QUE retornou ao, digo, à Pousada dos viajantes onde se encontrava hospedado, onde por volta das 13:30 (treze e trinta) horas conseguiu uma KOMBI, de cor

bege, de cujas placas não se lembra, emprestada de Manuel Aureliano; QUE na ocasião que manteve contato com EDILSON este também informou-lhe que já havia realizado 02 (duas) ligações telefônicas para a casa de NARCISINHO, chamando-o a comparecer ao Colégio Salesiano, por volta das 14:00 (quatorze) horas, para um treino de futebol e que para tanto, havia feito uso do nome do treinador ZEZITO; QUE, o interrogado de posse da cidade, digo, da citada KOMBI, compareceu à rua Padre Rocha, local onde fica o Colégio Salesiano, parando o veículo, nas proximidades do Posto Shell, que fica na esquina da Padre Rocha com a Rodovia, em seguida, seguiu à pé até a entrada do Colégio, onde lá cumprimentou o vigia, tentou avistar NARCISINHO, porém como este ainda não havia chegado, findou aguardando-o na ciatada KOMBI; QUE, na ocasião trajava uma bermuda jeans e uma camisa de cor marrom de mangas curtas; QUE, logo após, observou quando NARCISINHO passou em direção ao Colégio e ao retornar chamou-o tendo o mesmo entrado no banco dianteiro da KOMBI, daí o interrogado seguiu para o local combinado com EEDILSON, mais precisamente, por trás da Maternidade UNIDADE MISTA, de Carpina e ao chegar lá, EDILSON arrastou NARCISINHO, para dentro do CHEVETTE, que se encontrava em seu poder, que naquela ocasião, NARCISINHO exclamou: “Não, não tio, não deixe ele me levar, eu não conheço este homem”, todavia o interrogado não esboçou qualquer atitude para ajudar seu pequeno sobrinho, tendo apenas solicitado a EDILSON que não o maltratasse; QUE EDILSON jogou o menino no banco de trás e também entrou no carro dando a entender que o estava amarrando; QUE na ocasião estava chovendo e não havia ninguém por perto e que NARCISINHO

gritava pedindo socorro ao tio; QUE, na ocasião NARCISINHO conduzia uam pequena sacola, a qual provavelmente continha seus meïdes de futebol; QUE, chegou a seguir o CHEVETTE que EDILSON ocupava até o Trevo da entrada de Carpina, tendo EDILSON seguido em sentido à cidade de Nazaré da Mata/PE, sendo esta a última vez que avistou seu sobrinho NARCISINHO...”.

Veja-se que, mesmo confessando, o réu Ronaldo Adelino ainda pretende assegurar um último “álibi”, alegando que foi forçado a praticar o crime, o que contraria à prova dos autos.

Interrogatório de EDILSON JOSÉ BELO DA SILVA, fls. 673/678:

“QUE cerca de 08 (oito) dias antes do seqüestro de “NARCISINHO” encontrava-se na Churrarscarria BEIRA RIO, localizada às margens do açude Tracunhaém-PE, quando “RONALDO (RONALDO ADELINO DA COSTA) indagou a “AGRÍCIO” sobre a possibilidade de matarem NARCISO, seu cunhado, pois estava irado com o mesmo por conta da venda de um apartamento na qual “NARCISO” não lhe dera a importância de CR\$ 4.000,00 (quatro mil cruzeiros), importância esta que julgava ser sua de direito, pois achava que o bem vendido pertencia a sua família; QUE, naquela ocasião, “AGRÍCIO” sugeriu que seria melhor seqüestrar o filho de “NARCISO”, “NARCISINHO”, pois desta maneira lhe arrancariam a importância desejada; QUE, naquela ocasião era uma segunda feira, e nesta reunião se encontravam o interrogado, “AGRÍCIO”,

“RONALDO” e “NIVALDO”, que a idéia ficou para ser amadurecida e estudada, tendo voltado a se reunirem na sexta-feira, que antecipou ao seqüestro, no mesmo local (no BAR BEIRA RIO); QUE, na dita sexta-feira, dia 03 de julho do ano próximo passado o plano foi posto em prática da seguinte forma: “RONALDO” juntamente com “NIVALDO” e “LUCIANA”, de posse de um CHEVETTE verde, conseguido por “RONALDO”, seguiriam para o portão do Colégio Salesiano, onde passariam a aguardar a chegada de Narcisinho que havia sido convidado para um jogo, através de telefonemas efetuados por “RONALDO”, enquanto ele interrogado juntamente com “AGRÍCIO” permaneceram estacionados com o OPALA de “AGRÍCIO” no posto Cidade que fica localizado na esquina da rua do Colégio Salesiano, dando cobertura a “RONALDO”; QUE “RONALDO” pegou “NARCISINHO” e ao passar pelo interrogado fez sinal com os faróis do CHEVETTE, conforme o combinado, seguindo pela pista e parando logo após o Hospital das Clínicas de Carpina, seguido pelo interrogado e “AGRÍCIO”; QUE, ao realizarem esta “parada”, “LUCIANA” passou para o OPALA enquanto “AGRÍCIO” saiu do OPALA para o CHEVETTE, daí seguiram até o posto Texaco, localizado na mesma rodovia, no entroncamento que dá acesso à cidade de Nazaré, onde realizaram nova parada, desta vez para trocarem o chevette pelo FUSCA que pertencia a NIVALDO, fusca este de cor cinza, que “AGRÍCIO” e “NIVALDO” passaram sozinhos enquanto que “RONALDO” passou para o fusca carregando “NARCISINHO” nos braços; QUE, feito isto, seguiram na rodovia, com destino à cidade de Tracunhaém e ao chegarem próximo à entrada da cidade, pararam e “AGRÍCIO” mandou que o interrogado o aguardasse

naquele local, tendo seguido com o fusca, canavial a dentro; QUE, passado cerca de 20 (vinte) minutos, retornaram do canavial, fazendo sinal para que o interrogado os seguissem, tendo parado no Posto Cidade, que na ocasião em que saíram do canavial, o interrogado indagou pelo garoto, tendo sido informado por “AGRÍCIO” que mesmo havia falecido, em virtude da pancada recebida na cabeça na ocasião em que fora pego por “RONALDO”, que a dita pancada foi desferida com um pedaço de pau por “RONALDO”, que no Posto Cidade o interrogado partiu para deixar “LUCIANA” no engenho Macaco, município de Paudalho, ficando o restante da quadrilha a sua espera no citado Posto, que ao retornar combinaram como seria feita a extorsão sobre “NARCISO”, tendo “AGRÍCIO” encarregado-se de realizar os telefonemas para “NARCISO”; QUE, salvo engano, 03 (três) chamadas telefônicas foram feitas, ficando combinado que o pagamento seria no dia seguinte na Av. Dantas Barreto, em Recife; QUE, “RONALDO” no dia seguinte avisou que estava tudo certo, tendo o depoente juntamente com “AGRÍCIO” e “LUCIANA”, se deslocado para a cidade do Recife, conforme o combinado, que chegaram mais cedo, tendo o interrogado permanecido com o carro, numa Choparia de cujo nome não se recorda, enquanto que “AGRÍCIO” seguiu com “LUCIANA”, instruindo-a como deveria proceder, que retornaram à boca da noite com o dinheiro, ou seja, com a importância de Cr\$ 3.000.000,00 (três milhões de cruzeiros) pagas por “NARCISO”; que não recorda os trajes que “LUCIANA” vestia naquela ocasião, bem como não tem conhecimento de como foi procedido o ato do pagamento, pois tais instruções foram dadas a

“LUCIANA” direto por “AGRÍCIO”; QUE, de posse do dinheiro, retornaram à cidade de Carpina, deixando “LUCIANA” no caminho, em sua residência e seguindo para o Posto Cidade, onde “RONALDO” os aguardava, tendo naquela ocasião presenciado quando “RONALDO” recebeu das mãos de “AGRÍCIO” a importância paga pelo resgate; QUE, naquela ocasião, recebeu das mão de “RONALDO” a importância de Cr\$ 300.000,00 (trezentos mil cruzeiros) e logo depois apanhou seu carro deixando “RONALDO” e “AGRÍCIO” no carro, digo, já citado Posto, que naquela ocasião Nivaldo não estava presente, todavia tem conhecimento de que o restante do dinheiro foi para os 3 (três), não sabendo especificar quanto coube a cada um; (...).

A confissão extrajudicial da “Lú”, que não responde a este procedimento porque à época do crime era menor de idade, consta às fls. 679/681, valendo ressaltar que foi presenciada pelo Promotor de Justiça Mário Germano Palha.

A confissão dos réus, como se vê, embora proferida na fase extrajudicial do procedimento, não deve ser desprezada, pois sua completude e detalhismo (em ambos os interrogatórios) – aponta as circunstâncias em que foi praticado o crime, esclarecendo os meios empregados, o tempo de sua duração, as pessoas envolvidas e outros aspectos de significativa importância – descartam a possibilidade de ter sido elaborada de modo a falsear a verdade com vista à inculpação dos próprios réus. Só mesmo uma pessoa que estivesse envolvida com a conspiração criminosa teria condições de prestar tão minudente relato. Mediante tortura e coação, é possível retirar-se

de um inocente a admissão nua de autoria, mas nunca uma confissão plena de detalhes e rica de revelações, entrelaçada com outros depoimentos e sem encontrar qualquer indício de impostura. Ademais, como os interrogatórios foram presenciados por outras pessoas, descartada fica a possibilidade do Delegado apenas ter colhido a assinatura dos réus em termos já preparados com antecedência. Estamos, desta feita, diante de de um dos mais valiosos meios de prova – a confissão – que, apesar de não ser absoluta, pois em nossa sistemática processual nenhuma prova tem valor absoluto, não deixa de ser “a prova por excelência”.

Já o Direito Romano considerava esse valoroso meio de prova, enfatizado na expressão de **Ulpiano**: *In juri confessi, pro judicatis habentur*” (56, D, 42, L). O jurista **Paulo** exclamava: *“Confessus pro judicato esto, qui quodammodo, sua sententia damnatur”* (1. D. 42.1). Muito mais tarde, por tanto uso ter sido feito desse critério, foi reavivado na expressão de **Farinácio**: *“Confessio facit rem manifestam, inducit notorium, habet vim rei judicatae”*.

Na atualidade, o Direito moderno não despreza a confissão, muito ao contrário, pois, vigendo o princípio do livre convencimento do juiz, uma vez abolido o sistema das provas legais, cabe ao julgador considerá-la como elemento de convicção, mesmo que extrajudicial. Aqui invocamos a observação de **Altavila**, que, citando **Paganicesa** (Psicologia Judiciária, pags. 201-204), professa:

“Se o acusado confessa, qualquer Juiz leva em conta a sua confissão, que é sempre verdadeira, salvo circunstâncias excepcionais”.

No mesmo sentido é o entendimento do processualista Eduardo Espínola Filho:

“Demais, é de considerar a circunstância de reconhecer-se valor probante à confissão do réu, não apenas quando dada em Juízo, mas desde que prestada perante autoridade competente, importada da proclamação em lei de contribuir o Inquérito, também, diretamente para o conjunto da prova, levada em conta na ocasião do julgamento” (C. de P. Penal Brasileiro, vol. I, pg. 254).

Em estudos sobre o assunto, o Prof. Hélio Tornaghi corrobora os posicionamentos dos outros autores citados:

“Realmente, confissão atendível é um raio de luz que ilumina de jato todos os escaninhos dos crimes mais misteriosos, dissipa as dúvidas, orienta as ulteriores investigações e conforta, de um só passo, os escrúpulos do Juiz e as preocupações da Justiça dos homens de bem” (Instituições de Processo Penal, vol. IV, pág. 406).

Com fundamento justamente no princípio do livre convencimento do Juiz, insculpido no art. 197 do nosso Código de Processo Penal, é que a jurisprudência tem trilhado caminho idêntico, emprestando valor probante à confissão extra-judicial:

“A confissão prestada perante a autoridade policial, desde que clara, precisa e coincidente com outros elementos do processo, constitui prova plena, suficiente para a condenação” (Ac. do TJSP, RT 177/97).

“A confissão feita perante a autoridade policial na presença de testemunhas e corroborada pelas demais circunstâncias apuradas em Juízo autoriza a condenação” (Ac. do T. do Ant. D. Fed., in Jur. do T. A., vol. 12, pág. 136).

“Vale a confissão feita na Polícia, sem coação e perante duas testemunhas, que depondo no Sumário da culpa afirmam essa circunstância” (Ac. do T. do Ceará, in J. e Doutrina, vol. 8, pg. 518).

Na hipótese dos autos, repetimos, a confissão tem um inestimável valor, de difícil elisão, pois que presenciada por representantes do M. Público e também de advogados. Todo o interrogatório do réu Ronaldo Adelino da Costa foi presenciado pela Dra. Promotora de Justiça Zulene Santana de Lima Norberto (ver termo de fls. 452/458, com a sua assinatura aposta em todas as folhas), além de ter sido assistido por um advogado e representante da OAB, especialmente designado para acompanhar o interrogatório, Dr. Waldomiro Evangelista, que assinou as cinco primeiras folhas do termo (ver fls. 452 a 456), pois retirou-se durante o procedimento de inquirição com a chegada dos advogados constituídos do acusado, Drs. Claudemir da Fonseca Gomes, Clóvis Alves de Almeida e Alberto José Araújo Fernandes, os quais inclusive solicitaram a suspensão do interrogatório por 05 minutos (claro que para poder “orientar” o acusado, mas que de nada adiantou, pois este já havia se comprometido), o que foi deferido, permanecendo eles em sala reservada com Ronaldo, reiniciando-se depois o ato procedimental. O interrogatório do réu Edilson José Belo da Silva foi presenciado pelo Promotor Mário Germano Palha (cf.

termo de fls. 673, com sua assinatura aposta em todas as folhas).

A confissão dos réus, a nosso pensar, nas circunstâncias em que foi tomada no caso, presenciada por Promotores de Justiça (além de advogados), constitui prova por demais suficiente para embasar a condenação deles, mesmo que estivesse solta nos autos, despida de quaisquer outros indícios e presunções. Só que, neste caso, como já fartamente demonstrado, está afinada com os demais subsídios convictórios coligidos no processo.

Após confissão, os réus procuraram, em juízo, inocentarem-se, alegando que foram coagidos e torturados para confessar a prática criminosa, sem, contudo, justificar a retratação ou evidenciar, por meio de elementos convincentes, que a confissão tenha sido extorquida ou resultado de coação policial.

A Dra. Zulene Santana de Lima Norberto, antecipando-se à escusa estratégia da defesa, que seria reiterada nas razões finais, teve ainda o cuidado extremo de requisitar ao Juiz processante do feito que os advogados dos réus fossem intimados para fazer prova das alegações de coação e tortura, levantadas nos interrogatórios prestados pelos acusados, em juízo, e por ocasião da apresentação das defesas prévias destes. O Dr. Valdmir de Oliveira Chaves, que nos antecedeu na condução deste processo, atendendo o requisitório ministerial, determinou fossem intimados os advogados para que, num prazo de 15 dias, se pronunciassem sobre a exigência da Promotoria. Regularmente intimados, os advogados permaneceram inertes, silenciando sobre a

questão (ver ofícios de fls. 543 a 545, nesta última constando visivelmente a assinatura de Dr. Herodoto Pinheiro Ramos Filho).

A retratação dos acusados Ronaldo e Edilson, pois, não produz qualquer repercussão sobre o juízo de valor que deve ser retirado do estudo dos autos. Meras alegações, e em conflito com as demais provas, não geram convicção. Em matéria de retratação, deve o réu apresentar as provas da “coação”, pois que, pela sistemática adotada pelo Código de Processo Penal (art. 156), o ônus da prova cabe a quem alega o fato. E conforme as constantes e reiteradas lições dos mais respeitados mestres do Direito Processual Penal, as provas da retratação têm que ser cabais e irrefutáveis. O douto Costa Manso, manifestando sua opinião sobre o tema, escreve que a retratação deve ser amparada por provas, mas se a confissão contém os elementos que lhe dão valor, essas provas da retratação devem ser cabais e inofismáveis (Processo na 2ª Instância, vol. 1º, pág. 498). Eduardo Espinola Filho não dissente dessa opinião:

“Isso não quer dizer que se deva acreditar em qualquer alegação dos réus, sem algum começo de prova, ou indicação dos meios de obter a comprovação, quando impugnam a autenticidade da confissão constante do instrumento do Inquérito, sempre dispostos a invocar o estado de coação, em que prestaram as suas declarações, muitas vezes na ausência da autoridade que preside o Inquérito” (C. de P. Penal, vol. II, pág. 474, nº 423).

A jurisprudência tem acentuado essa mesma posição, de que se o réu não faz prova da retratação,

sendo a confissão prova exuberante contra ele, esta só pode ser suprimida por outros elementos de maior convicção:

“A confissão feita perante a autoridade policial é retratável, mas a retratação, para convencer, não basta que seja pura e simples. Há mister que o confitente explique os seus motivos, dando deles a prova necessária” (Ac. do Trib. de S. Paulo, RT 180/110).

“A simples alegação de que a confissão na Polícia foi obtida por espancamento, é ineficaz para qualquer efeito jurídico sem a prova da violência, mormente quando há um conjunto de circunstâncias que proclama ser o réu o autor do crime imputado” (Ac. do TJSP, na Ap. 37.752, Rel. Des. Juarez Bezerra, de Piedade).

“Se as circunstâncias comprovantes da confissão na Polícia resultarem plenamente demonstradas, a retratação ou negação da autoria, feita em Juízo, não pode aproveitar ao réu” (Ac. do TJSP, RT 163/110).

Em suma, a retratação é sempre possível, mas somente aceitável se o confitente comprova erro de fato ou apóia as suas declarações em provas indiscutíveis, de ter havido tortura ou coação, sob cujo império haja confessado.

Na hipótese *sub examine*, como já sobejamente salientado, os réus não apresentaram qualquer prova da pretendida “coação” ou “tortura”. *Bien au contraire*, a única prova existente é no sentido de não ter havido qualquer tipo de violência, pois por ocasião do interrogatório de Ronaldo Adelino da Costa, foi

mostrado seu corpo nu ao advogado Waldomiro Evangelista, representante da OAB, e à Dra. Promotora Zulene Norberto, que verificaram que o mesmo apresentava-se sem qualquer sinal de espancamento. Além disso, o acusado expressou, naquela ocasião, ao representante da OAB, não ter “sofrido qualquer coação, desagravo ou violência física” (ver fls. 455).

10. Pensamos ser dispensável, no caso, uma investigação minuciosa de quais atos executórios foram praticados por quais dos acusados (inclusive em relação ao crime de ocultação de cadáver, praticado em concurso material). É que nos crimes plurissubjetivos, segundo nos parece, não há necessidade de uma visualização absolutamente clara e perfeitamente definida da cota de participação de cada um dos agentes, para efeito de responsabilização; basta que se verifique ter havido uma concorrência fática e psicológica, na atuação de cada um deles, provocando o desfecho intencionado, para que se reconheça a culpabilidade, pois nem sequer importa a natureza da colaboração e o momento de sua prestação, dada a identidade da infração para todos os agentes, como tem proclamado a jurisprudência:

“Tão-só nos casos de co-autoria colateral é que se pode admitir autoria incerta. De se reconhecer co-autoria e não autoria incerta quando, concentrados num escopo, praticam os agentes atos executórios individuais, dirigidos num sentido comum, e o resultado sobrevém sem que se possa identificar o direto causador do evento” (TJSP - HC - Rel. Azevedo Franceschini - RT 521/343).

“Tratando-se de *concursum delinquentium* em que os acusados agiram em conjunto, num acordo prévio de vontades e num concurso imediato de forças, visando todos ao mesmo resultado, não há distinguir entre a ação de um e a ação de outro. Tendo-se estabelecido o nexu de causa e efeito entre a intenção delituosa e o evento correlato, respondem todos, solidariamente, pelos atos praticados, sujeitos à grilheta de idêntica responsabilidade” (TJSP - HC - Rel. Silva Leme - RT 445/329).

“Se no crime de extorsão mediante seqüestro seguido de morte – art. 159, par. 3º, do CP – um dos co-réus toma parte ativa na elaboração do plano preliminar, injurídica é a desclassificação para o *caput* do mesmo artigo operada em seu favor pelo simples fato de estar ele no dia fatal ausente do lugar do seqüestro e morte da vítima, porque tal benefício fere o princípio da indivisibilidade do delito e o de que cada qual que tenha uma atividade para a produção do resultado lesivo responde, solidariamente, pelo todo” (TJMT - AC - Rel. Otair da Cruz bandeira - RT 530/412).

Em se tratando de concurso delinqüencial decorrente de formação de quadrilha, que planeja a ação delituosa, escolhe as pessoas que devam realizá-la, distribuindo as respectivas tarefas, e decidindo pela concretização do crime, contando com a fidelidade de seus integrantes, estes não são meros partícipes, ainda que alguns não tomem parte na execução material do fato criminoso, mas verdadeiros autores, pois possuem “o domínio final da ação”. Trazemos à colação, por oportuno, arestos assim ementados:

“Em delitos planejados e executados pela criminalidade organizada, só haver distribuição de tarefa, pelo que nem todos os integrantes do grupo necessariamente participam dos atos de execução direta (...)” (TACRIM-SP - Rev. Rel. Chiaradia Netto - JUTACRIM 23/150).

“A co-autoria não exige, necessariamente, a presença física do agente. Organizadores e chefes nem sempre precisam estar presentes em delitos planejados. Há distribuição de tarefas a cada membro, de forma que todos são concorrentes para o mesmo fim”.

Esse enquadramento de todos os membros de uma quadrilha como co-autores dos crimes que venham a cometer, é possibilitado em virtude da reformulação conceitual levada a efeito pelos elaboradores da **teoria objetivo-subjetiva**, que abandonou o conceito restrito e delimitado de autor formulado pela teoria formal-objetiva, a qual parte da consideração de que a autoria deve estar necessariamente conectada com o tipo legal, ou seja, parte da premissa de que autor é somente aquele que executa, ainda que em parte, a conduta típica. Essa última formulação doutrinária revelou-se insuficiente e em descompasso com o multifário universo das situações concretas envolvendo concurso de pessoas. Embora mais aperfeiçoada do que a primária teoria subjetiva ou subjetiva causal, que abarcava sob o conceito de autor todos os que, de qualquer modo, tivessem influência na produção do resultado, e que, com isso, nivelava a condição daquele que fosse simplesmente participante à do verdadeiro autor, dificultando a compreensão e separação dos dois conceitos, a teoria formal-objetiva, a despeito de ter

fornecido um critério objetivo para distinguir os diversos graus de contribuição na efetivação de delitos, pecou por dar ênfase exclusivamente ao aspecto objetivo, sem considerar “um dado de subjetividade, isto é, que a ação típica surja como a obra de uma vontade que comanda o curso dos acontecimentos” (cf. Alberto Silva Franco, *in* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª ed., pg. 334). A teoria objetivo-subjetiva, mais avançada e condizente com a tendência atual da reunião de celerados para o cometimento de delitos, em organizações criminosas dotadas de estrutura e perfil hierárquico, tratadas na literatura especializada como do quadro do chamado **crime organizado**, ao relevar também o lado subjetivo do problema, ou seja, a vontade consciente do agente que toma parte em conspiração com objetivos criminosos, permite observar que os membros de uma quadrilha são na verdade autênticos autores, e não meros participantes. Mesmo que não realizem a conduta típica, atuam motivados por uma vontade consciente voltada para a consecução do objetivo ilícito. Assim, “autor é ‘quem tem realmente o poder de realização do fato descrito no tipo legal’, ou melhor, ‘quem possui o domínio final da ação’ e, por isso, ‘pode decidir sobre a consumação do fato típico’” (Juan Bustos Ramirez, *Manual de Derecho Penal Español*, 1984, p. 326, citado por Alberto Silva Franco). A característica básica dessa teoria é esta: “a vontade está dirigida a um fim e integra a própria ação”, segundo o magistério do Prof. Manoel Pedro Pimentel (*O Crime e a Pena na Atualidade*, Ed. RT, 1983, p. 113). De inspiração nitidamente finalista, vê-se que a teoria objetivo-subjetiva, também denominada **teoria do domínio do fato**, encampa um conceito mais escorreito e atual de

autor, ponto de partida para a definição de co-autoria, entendendo-se esta como “a realização conjunta de um delito por várias pessoas que colaboram consciente e voluntariamente” (Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, 1984, p. 199). E co-autor “é aquele autor que tem o domínio da realização do fato conjuntamente com outro ou outros autores, com os quais tem um plano comum e uma distribuição de funções na realização de mútuo acordo” (Juan Bustos Ramirez, *ob. cit.*, 331). Aqueles que se reúnem envoltos por um designio comum firmado na idéia de cometer um crime, portanto, devem ser vistos, todos eles, como co-autores da prática delituosa, mesmo que o contributo material de cada um possa variar, se a cooperação é decisiva e importante para o resultado. A jurisprudência mais atualizada tem respaldado essa teoria:

“Na co-autoria, é essencial que o comportamento do co-autor seja relevante e eficaz no sentido da realização da ação ou na obtenção do resultado, sendo mister, também, a existência de vínculo subjetivo ou psicológico, pelo qual cada concorrente tem consciência de dar sua contribuição para a atividade criminosa de outrem” (TJPR - Rec. - Rel. Lima Lopes - RT 647/321).

In hoc casu, ficou exuberantemente demonstrado que todos os acusados, em reunião acontecida na eletrônica de Edilson, planejaram e organizaram a empreitada criminosa, distribuindo as tarefas entre si, apenas com o relevo de que o Agrício tinha uma certa liderança sobre os demais (sobre os outros dois: Nivaldo e Edilson) e de que o Ronaldo associou-se a eles com o fito predeterminado de cometer o **hediondo** crime do

seqüestro do menor “Narcisinho”, cujo resultado (agravado pela morte da vítima) deve ser debitado a todos, co-autores do bárbaro crime, pois o auxílio de cada um, a ajuda prestada na concreta realização do fato, teve repercussão na produção da conseqüência final, como causa incidível desta (art. 13 do CP), além de terem aceitado, conscientemente, os desdobramentos do evento, com o **domínio** funcional do fato. Ao aderirem inicialmente à execução do delito de seqüestro (extorsão mediante seqüestro), com as circunstâncias e o refinamento do plano criminoso verificado no caso dos autos, os acusados deflagaram uma cadeia casual, em que o resultado-morte passou a ser uma previsível conseqüência daquele ato inicial, pelo que todos devem responder, na condição de co-autores, pelo crime em sua conotação global.

A inexata noção do papel de cada um dos acusados na execução dos atos criminosos, não impede o reconhecimento do crime de formação de quadrilha (mesmo que para a prática de crime específico, considerado hediondo – art. 8º da Lei 8.072/90), sendo somente indispensável, para sua tipificação, a existência de concerto preparatório para delinquir. Nesse sentido, invocamos precedente do Pretório Excelso:

“Quadrilha – A sua natureza plurissubjetiva dispensa o exame aprofundado do grau de participação de cada um na ação delituosa. Basta o fato da integração na quadrilha para figurar o acordo em torno do fim comum” (STF - RHC 63.609 - Rel. Carlos Madeira).

Não ficou bem esclarecido o momento da morte da vítima, embora não seja desarrazoada uma suposição

de que sua morte ocorreu no momento ou pouco tempo depois de sua apreensão, circunstância, todavia, que não descaracteriza o crime de seqüestro seguido de morte e não modifica a competência do juízo singular, que permanece competente para julgamento do caso. A respeito, vejamos a seguinte decisão do TJRJ:

“Extorsão mediante seqüestro – Não é descaracterizada pela morte da vítima no próprio momento de sua apreensão – Competência do juiz singular (TJRJ - AC - Rel. Vivalde Brandão Couto - RT 552/397).

O STJ confirmou esse entendimento:

“Extorsão mediante seqüestro qualificada pelo resultado morte – “Não se descaracteriza esse crime quando a morte do seqüestrado ocorre no momento de sua apreensão, com posterior ocultação do cadáver” (STJ - RHC 1846-0 - Rel. Assis Toledo - DJU, de 20.4.92, p. 5261).

10. Tivemos a preocupação de atualizar o valor da quantia paga como resgate aos seqüestradores – Cr\$ 3.000.000,00 (três milhões de cruzeiros). Corrigido esse montante desde o dia do seqüestro, 03.07.91, pelo índice da poupança (TR + 0,5 juros/mês), até o dia 11.08.95, resulta a importância de R\$ 16.476,23 (dezesseis mil, quatrocentos e setenta e seis reais e vinte e três centavos). Como se vê, o valor do resgate foi bem baixo, se considerado o tipo de crime. Geralmente, em casos de extorsão mediante seqüestro, o valor exigido pelos seqüestradores propicia um resultado lucrativo bem alto. Esse pequeno valor do resgate, no caso, denota que o seqüestro do menor Narcisinho teve

seqüestro do menor “Narcisinho”, cujo resultado (agravado pela morte da vítima) deve ser debitado a todos, co-autores do bárbaro crime, pois o auxílio de cada um, a ajuda prestada na concreta realização do fato, teve repercussão na produção da conseqüência final, como causa incidível desta (art. 13 do CP), além de terem aceitado, conscientemente, os desdobramentos do evento, com o **domínio** funcional do fato. Ao aderirem inicialmente à execução do delito de seqüestro (extorsão mediante seqüestro), com as circunstâncias e o refinamento do plano criminoso verificado no caso dos autos, os acusados deflagaram uma cadeia casual, em que o resultado-morte passou a ser uma previsível conseqüência daquele ato inicial, pelo que todos devem responder, na condição de co-autores, pelo crime em sua conotação global.

A inexata noção do papel de cada um dos acusados na execução dos atos criminosos, não impede o reconhecimento do crime de formação de quadrilha (mesmo que para a prática de crime específico, considerado hediondo – art. 8º da Lei 8.072/90), sendo somente indispensável, para sua tipificação, a existência de concerto preparatório para delinquir. Nesse sentido, invocamos precedente do Pretório Excelso:

“Quadrilha – A sua natureza plurissubjetiva dispensa o exame aprofundado do grau de participação de cada um na ação delituosa. Basta o fato da integração na quadrilha para figurar o acordo em torno do fim comum” (STF - RHC 63.609 - Rel. Carlos Madeira).

Não ficou bem esclarecido o momento da morte da vítima, embora não seja desarrazoada uma suposição

de que sua morte ocorreu no momento ou pouco tempo depois de sua apreensão, circunstância, todavia, que não descaracteriza o crime de seqüestro seguido de morte e não modifica a competência do juízo singular, que permanece competente para julgamento do caso. A respeito, vejamos a seguinte decisão do TJRJ:

“Extorsão mediante seqüestro – Não é descaracterizada pela morte da vítima no próprio momento de sua apreensão – Competência do juiz singular (TJRJ - AC - Rel. Vivalde Brandão Couto - RT 552/397).

O STJ confirmou esse entendimento:

“Extorsão mediante seqüestro qualificada pelo resultado morte – “Não se descaracteriza esse crime quando a morte do seqüestrado ocorre no momento de sua apreensão, com posterior ocultação do cadáver” (STJ - RHC 1846-0 - Rel. Assis Toledo - DJU, de 20.4.92, p. 5261).

10. Tivemos a preocupação de atualizar o valor da quantia paga como resgate aos seqüestradores – Cr\$ 3.000.000,00 (três milhões de cruzeiros). Corrigido esse montante desde o dia do seqüestro, 03.07.91, pelo índice da poupança (TR + 0,5 juros/mês), até o dia 11.08.95, resulta a importância de R\$ 16.476,23 (dezesseis mil, quatrocentos e setenta e seis reais e vinte e três centavos). Como se vê, o valor do resgate foi bem baixo, se considerado o tipo de crime. Geralmente, em casos de extorsão mediante seqüestro, o valor exigido pelos seqüestradores propicia um resultado lucrativo bem alto. Esse pequeno valor do resgate, no caso, denota que o seqüestro do menor Narcisinho teve

um elemento de vingança, comprovando o que disse o réu Edilson em sua confissão, no sentido de que Ronaldo procurou Agrício com o intuito de assassinar o Sr. Narciso, alegando que este não lhe pagara sua parte na venda de um imóvel, mas foi aconselhado pelo líder do grupo (Agrício) de que a melhor opção seria seqüestrar seu filho, pois, assim, além de reaver o dinheiro, conseguiria o seu intento vingativo.

11. Neste processo vivenciamos situação insólita, pois o próprio órgão incumbido da acusação não se esforçou, como seria de se esperar, em demonstrar a procedência da denúncia. É certo que o órgão ministerial não se subsume à denúncia, podendo, se no transcorrer da instrução restarem evidenciadas provas em sentido contrário à acusação, pugnar pela absolvição do(s) denunciado(s). Mas, no caso em apreço, a atuação da Dra. Sônia Mara Rocha Carneiro, *data venia*, transcende os limites da mera posição de imparcialidade no exame da prova para revelar-se em uma eloquente defesa dos incriminados. Limita-se a procurar lacunas entre os elos da corrente probatória e tenta (sem êxito) destruir os elementos de convicção contra estes formados. É impressionante como não vislumbra qualquer tipo de prova, mesmo circunstancial, por mais tênue que seja, que possa servir na increpação dos réus.

Por essa razão, nos vemo-nos obrigados a contestar os argumentos expendidos pela Dra. Sônia Mara Rocha Carneiro, o que nos dispensa praticamente de confutar as alegações dos advogados, que se apoiaram no parecer ministerial, peça processual que traduz o sentimento e a linha de conduta perseguida pela defesa ao longo deste procedimento.

O combate aos seus argumentos não pode, no entanto, escapar a uma visualização preliminar de sua atuação neste processo.

Nas duas únicas vezes em que funcionou neste processo, a Dra. Sônia Mara Rocha Carneiro consumiu quase 05 meses com os autos em seu poder, fora de cartório. Na primeira delas, quando teve vista dos autos na oportunidade processual adequada para requerimento de diligências (na fase do art. 499 do CPP), estes permaneceram à sua disposição exatamente 53 dias (ver certs. de fls. 1.391 e 1.391v.), quando o prazo fixado na lei é de apenas 24h, tendo devolvido o processo, após gastar todo esse tempo, com um simples “nada requer” (ver fls. 1.391). Com essa sua conduta, propiciou um excesso de prazo na conclusão da instrução atribuível unicamente à máquina judiciária, circunstância inócua até então (pelo menos não tão demasiado, em um único ato processual, ainda mais, repita-se, quando este tem prazo legal de formação, a que não se pode fugir, por demais minguado), porquanto toda a demora substancial devia-se a uma situação causada pela própria defesa, que além de arrolar um incontável número de testemunhas (grande parte delas residentes em outras comarcas, obrigando a utilização do instrumento da precatória – ver cert. em cópia às fls. 1.401), por várias vezes requereu a substituição das mesmas. Favorecidos por essa nova realidade, os advogados dos réus voltaram a impetrar vários pedidos de *habeas corpus* (ver petições de fls. 1.393 à 1.400, 1.419 a 1.422 e 1.531 a 1.533) com fundamento no excesso de prazo na formação da culpa, alicerçados em certidão passada pela Escrivã desta Vara (reproduzida por cópia às fls. 1.402 dos autos), onde narra o interregno no procedimento causado pela Dra. Promotora Sônia Mara.

O prazo conferido às partes pelo art. 499 do CPP tem a exclusiva finalidade de oportunizar os pedidos de diligências, “cuja necessidade ou conveniência origine-se das circunstâncias ou de fatos apurados na instrução”. Quer dizer, a fase do dispositivo é própria para se requerer ao Juiz do feito a realização de providência indispensável à elucidação de circunstâncias ou fatos que exurgiram durante o sumário de culpa, que é a fase do processo criminal em que se apura a existência, natureza e os agentes responsáveis pelo cometimento do crime. Se a parte, tendo vista dos autos, não solicita ao Juiz condutor do processo a realização de diligências, é porque já se considera satisfeita com as provas até então produzidas e não necessita de outros elementos de convencimento, por não enxergar quaisquer dúvidas ou obscuridades capazes de dificultar o julgamento do processo; do contrário, ou seja, deixa-se fluir o prazo sem nada solicitar à autoridade processante do feito, estando com dúvidas no espírito quanto à certeza dos fatos em causa, não só estaria negligenciando com o seu indeclinável dever de atuar em defesa da busca da verdade real e conspurcando o encadeamento lógico do processo, que pressupõe respeito aos prazos e formas sacramentais, mas sobretudo (e aí afigura-se-nos imperdoável) sendo totalmente insensível à nobre função de se fazer Justiça.

O fato é que a Dra. Promotora, com vistas dos autos na fase do art. 499, consumiu exatos 53 dias sem nada requerer.

Posteriormente, foi intimada de despacho da nossa lavra – de fls.1.456/1.461-, em que decidimos fundamentadamente acerca dos pedidos de diligências

feitos pelos advogados de defesa (ver cert. de fls. 1.462, com o respectivo “ciente”, datado e assinado). Já nessa ocasião, tinha pleno conhecimento do que a defesa havia requerido e de nossa decisão a respeito. Mesmo assim, manteve-se inerte, sem recorrer do despacho ou mesmo fazer qualquer tipo de pronunciamento.

Vem, agora, a Dra. Promotora Sônia Mara, em fase de razões finais, requerer “novas diligências sobre o crime”, alegando que “não há negar-se que o indeferimento de algumas das diligências requeridas pela defesa, no prazo do art. 499 do código de processo penal, dificultou o clareamento da verdade buscada”.

Essa sua afirmação quanto à nossa decisão nem sequer merece resposta, dada a absurdidade de que se reveste.

Em todo o caso, não deixaremos de reafirmar nosso entendimento nela contido.

É fácil constatar que toda a atuação da defesa, neste processo, resumiu-se a tentar delongar o procedimento. Como os acusados estavam presos provisoriamente, e como a culpabilidade dos mesmos, com o avançar das investigações, cada vez ficava mais patenteada, a defesa procurou, de todas as formas, usar de delongas, de adiamentos, ora arrolando testemunhas residentes em outras comarcas, que não eram encontradas ou, quando eram, prestavam depoimentos sem qualquer valor, pois nada sabiam informar sobre os fatos de interesse na causa, ora formulando reiteradamente pedidos de substituição de testemunhas, e, em outras oportunidades, criando incidentes

infundados. Os advogados, *data venia*, tinham pleno conhecimento de que só através da dilação do procedimento, com manifesto excesso de prazo, o que caracterizaria um cerceamento do direito à liberdade dos acusados, presos que estavam (repita-se, provisoriamente há mais de ano), conseguiriam o seu verdadeiro intento – a soltura dos mesmos, antes de uma decisão final, que certamente lhes seria desfavorável. Uma vez soltos, os réus se evadiriam do distrito da culpa, fugindo para local ignorado, como fizeram da vez anterior, e a lei penal deixaria de ser aplicada e Justiça, no sentido mais lídimo da palavra, deixaria de ser feita.

Todas as autoridades judiciárias e ministeriais que funcionaram neste processo puderam sentir essa manobra (à exceção, ao que parece, da Dra. Sônia Mara Rocha Carneiro) e, em alguns casos, chegaram a denunciá-la.

A Promotora de Justiça Dra. Izabel Holanda manifestou a sua impressão sobre essa circunstância, às fls. 1.144, ao concluir:

“Do exame dos autos se constata que a demora na conclusão do sumário da culpa se deve especialmente aos procedimentos procrastinatórios utilizados pela defesa, como por exemplo arrolando testemunhas em diversas comarcas, inclusive de outros Estados...”

O Promotor de Justiça Paulo Roberto de Sousa Brandão, que também funcionou anteriormente neste processo, foi ainda mais enfático sobre os pedidos de diligências da defesa (em seu parecer de fls. 1.314/1.316):

“...esta promotoria observa a existência de papéis...papéis e mais papéis, que de mérito nada produziram. Forma inconteste e inequívoca de se tumultuar o feito e fazer o tempo passar; com certeza, única via de “cavar” uma defesa para os denunciados. A rigor o pedido do requerente, sequer mereceria manifestação acerca do mérito acerca do mérito, por não existir. (...).

Esta Promotoria se opõe de forma veemente a novas, sucessivas e futuras substituições de testemunhas que nada trazem ao esclarecimento dos delitos versados na denúncia; interminável se tornará o feito e a manobra procrastinatória, como se deduz, terá se consolidado sob o manto da Justiça.

O prazo processual assegurado para a produção daqueles procedimentos, de há muito se acha esgotado. Não se atendeu aos ditames da lei, desrespeitando-se a justiça e se esquecendo os anseios da sociedade”.

O Dr. Paulo de Sousa Brandão finalizou posicionando-se contra todos os pedidos de diligências requeridos e, ainda, manifestou antecipadamente sua opinião sobre a culpabilidade dos acusados, ao dizer:

“...tal pedido, não se traduzirá em prova que afaste a certeza da participação do requerente nos delitos denunciados”.

Apenas com o fito claramente identificável da procrastinação processual, a defesa, neste caso, exagerou tanto no abuso da utilização dessa condenável estratégia, que fez com que o Dr. Humberto Costa Vasconcelos Júnior, Juiz que nos antecedeu na condução

do processo, fosse levado ao ponto de censurar os patronos dos acusados, ao dizer em tom de advertência (despacho de fls. 1.331):

“Persiste a defesa na manobra de substituir testemunhas. É preciso lembrar que ninguém pode, que nenhuma das partes pode arguir demora a que haja dado causa”.

De nossa parte, também não deixamos de perceber que os requerimentos de diligências formulados encobriam o real e único propósito da postergação. Por esse motivo, indeferimos aqueles que nos pareceram meramente protelatórios, usando da faculdade prevista no art. 184 do CPP. Na decisão de fls. 1.456/1.461, inclusive, demonstramos a intempestividade dos requerimentos, uma vez que protocolizados em cartório quando já exaurido o prazo do art. 499. Esse *decisum*, em virtude do seu caudaloso conteúdo de fundamentação, fazemos questão de reproduzi-lo, nesta oportunidade, *ipsis litteris*:

“Proc. Nº 5336/92

VISTOS, ETC.

Cumpre-me apreciar os requerimentos de fls. 1.443/1.444, 1.445, 1.450/1 1453 e 1454.

Preliminarmente, tenho que apontar a extemporaneidade dos requisitórios. É que o prazo a que se refere o art. 499 (de 24h), para requerimento de diligências, corre em cartório, independentemente de intimação das partes, salvo em relação ao Ministério

Público (art. 500 do CPP). Isso significa que a defesa (bem como o assistente ou querelante) não necessita ser intimada da abertura do prazo. Nesse sentido a orientação pretoriana (RJDTACRIM 3/239-10, RT 576/484, 643/358), inclusive do STF, como atestam vários arestos (RTJ 70/40, 62/532). É certo que no próprio Excelso Pretório a jurisprudência era vacilante quanto ao tema, havendo a sua 1ª Turma se inclinado a entender como “imprescindível a intimação do defensor para efeito do pedido de diligências (art. 499), sem o que não se atende ao princípio da ampla defesa” (RT 553/435, RTJ 100/552). Mesmo essa corrente jurisprudencial, defendia que, embora exigível a intimação, a sua falta enseja apenas nulidade relativa, só decretável na hipótese de comprovado prejuízo e alegado oportunamente (RT 643/358, 576/384; RTJ 104/1006, 106/146). O plenário do STF, no entanto, veio a pôr fim à hesitação das turmas, uniformizando a jurisprudência no caminho da dispensa da intimação (RHC 60.490, DJU 15.4.83, p. 4653).

In hoc casu, as petições em apreço vieram aos autos em tempo exageradamente mais largo que o prazo da lei. O primeiro despacho abrindo vista às partes para os fins do art. 499 foi prolatado em 21.10.94 (ver fls. 1.391), enquanto que a entrada das petições em cartório foi efetivada nos dias 06 e 08 do corrente mês (ver certs. de fls. 1.443, 1.445, 1450 e 1.454). Não se alegue que o fato do Ministério Público ter passado vários dias com o processo em seu poder – retirou do cartório em 31.10.94 e devolveu em 16.12.94 (ver cópia de cert. de fls. 1.402 e cert. de fls. 1.391v.) – inviabilizou a defesa de ter acesso aos autos. Da devolução do processo pelo órgão ministerial, que ocorreu em

16.12.94, até a manifestação dos advogados pela realização de diligências, o processo permaneceu em cartório cerca de 01 mês e meio. Ademais, em duas outras oportunidades, 19.12.94 e em 22.12.94, foi, por despacho, reaberta vista dos autos à defesa por 24h (ver fls. 1.410 e 1.417).

No despacho de fls. 1.410, de 19.12.94, cheguei a advertir que o prazo do art. 499 corre em cartório e independentemente de intimação, mas, o fato é que a escrivania, afastando-se dessa orientação (certamente seguindo a do juiz que me sucedeu nas férias) procedeu a intimação dos advogados dos acusados para que se pronunciassem no prazo do art. 499. Essa intimação, de logo registro, é de nenhuma valia, no meu pensar, não produzindo nenhum efeito e não garantindo nenhum direito às partes, visto que, como acima demonstrado, o prazo em questão já se tinha esgotado, pois, para que tivesse início sua fluência, era desnecessária a intimação da abertura de vista.

Contudo, observo que mesmo considerando-se a intimação válida como condição para fluência do prazo (de 24h), ainda assim os advogados peticionaram intempestivamente. A primeira intimação, certificada pelo escrivão nos autos (art. 370, parágrafo único, do CPP), recaiu na Dra. Luceli de Moraes, defensora dativa do réu Nivaldo Cavalcanti e advogada constituída do réu José Agrício de Souza, e foi realizada no dia 27.01.95 (ver cert. de fls. 1.440). Nesse mesmo dia a referida advogada deu entrada em petição (ver cert. de fls. 1.440v.) onde requereu fosse-lhe concedido um prazo de 08 dias “para melhor instrução do art. 499 do CPC”, pedido que restou deferido por despacho

(proferido ainda no dia 27.01.95) do Juiz que me substituiu nas férias (ver desp. de fls. 1.441). Confesso não ter entendido a decisão daquele magistrado, pois, com que base legal dilargou o prazo processual? Só na hipótese de se considerar como judicioso o decisum em foco, pode-se ter como tempestiva a atuação da advogada. Com efeito, intimada do despacho no mesmo dia 27.01 (ver cert. de fls. 1.442), uma sexta-feira, o prazo (de 08 dias, concedido pelo Juiz) começou a fluir na segunda-feira seguinte, dia 30, de expediente forense normal (ver a Súmula 310 do STF, sobre contagem de prazo), encerrando-se no dia 06.02, uma segunda-feira, data em que a petição com requerimento de diligências foi protocolizada (ver cert. de fls. 1.443). Em relação aos outros advogados, intimados por carta com A.R., tenho que também não se manifestaram ad tempus. Efetivadas as intimações no dia 03.02.95 (ver AR's juntos às fls. 1.446, 1.447 e 1.448, onde constam as datas de recebimento, consignadas pelos destinatários), somente nos dias 06.02 e 07.02.95 foram as petições entregues em cartório (ver certs. de fls. 1.445, 1.450 e 1.454). Como, no processo penal, o prazo começa a correr a partir da intimação (art. 798, parágrafo 5º, “a”, do CPP), não se computando o dia do começo, mas incluindo-se o do vencimento (art. 798, parágrafo 1º) os advogados tinham até o final (do expediente) do dia 04.02 para requererem diligências. Ressalto que os tribunais têm admitido, no processo penal, a validade da intimação por via postal com aviso de recebimento, desde que se dê, por esse modo, ciência inequívoca do ato processual a se realizar (ver, a esse respeito, os seguintes precedentes: do STF: HC 55.425/SP, Rel. Min. Leitão de Abreu, na RTJ 82/148; HC 55.589/SP, Rel. Min. Moreira Alves, na RTJ 100/1.028; do STJ:

RHC 1.176-SP, Rel. Ministro Flaquer Scartezini, na RSTJ 26/156). Reproduzo, por oportuno, trecho da ementa de acórdão proferido no RHC 770-PE, Rel. o Sr. Min. Costa Lima, do STJ:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. DEFENSOR. INTIMAÇÃO. CARTA COM A.R. VALIDADE. QUANDO.

1. O fato, por si só, de a lei processual penal deixar de contemplar a intimação do advogado através de carta registrada com aviso de recepção, é insuficiente para invalidá-la. No entanto, importa ficar comprovado que intimado, inequivocamente, teve ciência antecipada da data da audiência” (...).

Na hipótese vertente, a intimação por carta com A.R. atingiu o seu fim, tanto que os advogados vieram nos autos pedir diligências.

Como se vê, os requerimentos de fls. 1.443/1.444, 1.445, 1.450/ 1.453 e 1.454 merecem ser rechaçados de plano, ao simples fundamento de que não foram protocolizados “oportuno tempore”.

Mesmo que assim não fosse, só para argumentar, os pedidos de diligências, nos termos em que foram formulados, não comportam atendimento, pois neles não se vislumbra nenhum objetivo útil, mas, com todo o respeito aos nobres advogados, um claro intuito procrastinatório, pois, depois de concluída a instrução, pretendem ainda ouvir imenso número de testemunhas e realizar provas periciais, além de um outro grande número de providências, como oficiamento a órgãos

públicos, desentranhamento de peças e juntada de outras, etc., que, se atendidas, implicaria em reabrir a fase instrutória propriamente dita, protelando indefinidamente a conclusão de processo que se arrasta por vários anos, onde já foram ouvidas inúmeras testemunhas (só de acusação foram arroladas 15), expedidas outro grande número de precatórias e já efetivadas as provas periciais oportunas, estando os autos com 04 volumes e 1.455 páginas.

A fase processual prevista no art. 499 não se confunde com a instrução, não comportando produção ampla de prova (RT 484/296, 665/271), cabendo ao juiz zelar para que o benefício legal não se transforme em instrumento de cunho protelatório. Ao decidir pela realização (ou não) de diligências, o Juiz atua com parcela de discricionariedade, norteado apenas pelos requisitos da conveniência e necessidade para o processo. Fica, pois, ao seu prudente arbítrio a decisão sobre a realização de diligências, não importando em cerceamento de defesa o seu indeferimento. Nesse sentido têm se posicionado as cortes judiciárias:

“Não constitui constrangimento ilegal o indeferimento de diligências requeridas, no prazo do art. 499, quando as mesmas se apresentam meramente protelatórias, por desnecessárias ao julgamento da ação penal” (acórdão do STJ na JSTJ 1/293).

“O indeferimento de diligências na fase do art. 499 do CPP não implica cerceamento de defesa, pois ao prudente arbítrio e bom critério do juiz deixa a lei a avaliação da desnecessidade ou conveniência da prova então proposta” (acórdão do TJSP na RT 560/301).

“PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL – FASE DO ART. 499 DO CPP – PROVA TESTEMUNHAL – INDEFERIMENTO.

1. Incabível o pedido da prova testemunhal formulado na fase do art. 499 do CPP. O indeferimento do pleito não implica em cerceamento de defesa, tanto mais quando, na intrusão do processo, cabe ao magistrado evitar expedientes procrastinatórios.

2. Agravo regimental impróvido.” (acórdão do STJ na RSTJ 59/17, Rel. Min. Anselmo Santiago).

Do STF, pode-se citar:

“Prova. Diligência. Requerimento no prazo do art. 499 do CPP. Indeferimento. Nulidade inexistente. Pedido que não objetiva acareação, mas a oitiva de testemunhas e realização de exame grafotécnico. Falta, ademais, de demonstração de prejuízo que impõe a aplicação do art. 563 do CPP” (RT 692/370).

É do Ministro Américo Luz, quando prolatou o voto condutor no RHC 1314 – RJ, do qual foi relator, o seguinte ensinamento sobre a matéria:

“O juiz é quem resolve se ouve ou não testemunhas indicadas após o encerramento da instrução criminal (CPP, arts. 209, 499, 500 e 5022). Não há ofensa ao direito constitucional da ampla defesa quando o Juiz, depois de encerrada regularmente a instrução criminal, recusa pedido das partes para ouvir testemunhas indicadas fora do prazo. Admitir que o Juiz, depois de encerrada a instrução, tenha que mandar ouvir testemunhas não arroladas antes significa admitir

também o adiantamento “sine die” da sentença, atirar os autos no leito remansoso da prescrição ou do excesso de prazo”. (Ac. puc. no DJ de 09.09.91, pág. 12212).

Mesmo em se tratando de testemunhas referidas, não implica que o julgador tenha de ouvi-las:

“Testemunha referida. Oitiva requerida na fase do art. 499 do CPP. Indeferimento que não implica cerceamento de defesa. Ato discricionário do Juiz, que apenas deve motivar eventual indeferimento. Aplicação do art. 209, par. 1º, do referido Código” (Ac. do STF na RT 658/391).

Realmente, a decisão acerca da realização (ou não) de diligências, na fase do art. 499, insere-se no poder discricionário do julgador. Tanto isso é verdade que o legislador sabiamente não albergou a hipótese no elenco *clausus* do art. 581 do CPP, tornando o ato judicial em questão irrecorrível. A jurisprudência, aliás, já se tem pronunciado nesse sentido – da irrecorribilidade da decisão que indefere diligências na fase do art. 499:

“RECURSO CRIME – Sentido estrito – Interposição do despacho que indefere diligências requeridas no prazo do art. 499 do CPP – Não conhecimento – Inteligência do art. 581 do CPP.

O recurso em sentido estrito somente tem cabimento nos casos expressamente enumerados no art. 581 do CPP, que não o prevê para a hipótese de decisão que indefere diligências requeridas no prazo do art. 499” (Ac. da 3ª Cam. Crim. do TJSP, no Rec. 7.477-3, Rel. Des. Cunha Camargo).

“RECURSO CRIMINAL – Sentido estrito – indeferimento de prova na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal – Decisão irrecurável – Recurso não provido” (Ac. da 4ª Cam. Crim. do TJSP, no Rec. 86.020-3).

Analisando-se cada um dos requerimentos (cuja intempestividade já foi antes evidenciada), item por item, observa-se, como antedito, que não visam a nenhuma utilidade para instrução, mas tão-somente embaralhar os elementos elucidativos já fartamente colhidos, complicando e retardando a marcha processual.

Na primeira petição, de fls. 1.443/1.444, assinada pela Dra. Maria Luceli Moraes, a causídica requer “apenas” a ouvida de mais 08 pessoas. Nem sequer justifica o pedido de inquirição das mesmas, limitando-se a alegar tratar-se de depoimentos “essenciais” e “imprescindíveis”. Obviamente que, a essa altura, qualquer pedido de ouvida de testemunha não pode receber o *by appointment* judicial. Considero totalmente dispensável qualquer outro depoimento, quer seja de testemunha referida ou não, porquanto a prova testemunhal já arrecadada foi, repito, por demais suficiente, não necessitando, este julgador, de maiores esclarecimentos quanto aos fatos em julgamento.

No item 02 da petição requer a realização de exame de DNA nos cabelos e corpo da vítima. Também considero totalmente desnecessário tal exame. Nenhuma dúvida persistiu, durante a instrução, sobre a identidade da ossada humana periciada, tida como sendo da vítima. Vem a defesa, agora, levantar suspeitas sobre a

identificação, conduta que revela a estratégia condenável de tentativa de procrastinação processual, que, contudo, não surtirá o objetivo pretendido, pois, acaso tivesse sido elaborada a tempo, se depararia, a sua realização, com o óbice do indeferimento.

O item 03 da petição da Drª Maria Luceli contém o mesmo pedido formulado pelo Dr. Claudemir da Fonseca Gomes (às fls. 1.452), que deixo para apreciar por último.

A petição de fls. 1.445, assinada pelo Dr. Alberto José A. Fernandes, advogado do réu Ronaldo Adelino da Costa, consiste em solicitar “prazo de 08 dias para apresentação de diligências”. Não há sustentáculo legal para tal pedido. A lei não prevê nenhuma hipótese de prorrogação do prazo (art. 499), de 24 h, só a este estando o juiz obrigado a observar.

A petição assinada pelo Dr. Claudemir da Fonseca Gomes, advogado do réu Edilson José Belo da Silva, é a mais extensa (fls. 1.450/11.453). Nela estão contidos, em vários de seus itens, pedidos de ouvida de testemunhas (ao todo 07 pessoas). Quanto a esses, já tendo acima me manifestado sobre a inviabilidade de nova produção de prova testemunhal, dispense-me de novos comentários.

No item 04 da mesma petição é solicitada a realização de perícia em fita magnética. Além de inoportuno dito requerimento, que poderia ter sido requisitado em outra fase processual, ainda durante a instrução, o requerente não demonstra qual o proveito para o processo traria a realização dessa perícia.

Pede, ainda no mesmo item, o desentranhamento de peças dos autos sem sequer especificar quais são essas peças.

No item 06 requer a apresentação, pela Delegacia de Furtos de Veículos, dos livros de registro de apreensão e liberação de veículos. Tal prova poderia ter sido providenciada pela parte requerente, mediante solicitação ao Delegado daquela especializada de certidões das ocorrências, no período que especifica, constantes dos livros de registro. O STJ, através de sua 5ª Turma, já decidiu que o Juiz tem o poder de indeferir prova que pode ser providenciada pela parte interessada, notadamente quando se reveste de caráter protelatório, sem que isso venha a originar cerceamento de defesa (Ac. no RHC 3602-RJ, Rel. Min. Flaquer Scartezzini).

No item 07 requer o desentranhamento do depoimento de fls. 673/678 dos autos, sob a alegação de que fora prestado sob coação. Não é o caso de se proceder ao desentranhamento da peça. O julgador, no momento oportuno, saberá emprestar o crédito que o depoimento merece.

No item 09 "ratifica em todos os termos o incidente de falsidade de fls. 813/815" e nos itens 10 e 11 reitera requerimentos já apreciados.

No item 13, finalmente, requer realização de perícia na ficha clínica da vítima, do consultório do Dr. João Barbosa de Oliveira, sem também apontar a que se prestaria tal exame. Da mesma forma como quando requer o exame de DNA, a defesa procura levantar

dúvidas, incorrentes durante a instrução, sobre fato material (informações) registrado em documento, com o único propósito visível de tumultuar o processo. Não pode ter sucesso nessa sua empreitada.

Quanto à petição do Dr. Herodoto Pinheiro Ramos Filho, advogado do réu José Agrício de Souza (fls. 1.454), invoco os mesmos fundamentos utilizados em relação ao pedido do Dr. Alberto José Fernandes.

O único pedido que, se tempestivo, mereceria acatamento é o traduzido na solicitação de juntada aos autos de cópia do depoimento de Luciana Maria da Silva, em processo que corre perante a Vara da Infância e Juventude desta Comarca, bem como de cópia de perícia realizada no mesmo processo. o pedido tem sua razão de ser porque possivelmente os requerentes não tiveram como providenciar a chegada aos autos de tais peças, sabendo-se que é vedada a divulgação de atos judiciais a respeito de crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional (art. 143 do ECA, Lei 8.069/90).

Como é consabido que, em tese, é inadmissível o acatamento de pedido intempestivo, mas convicto da conveniência da prova requerida, para a busca da verdade real, acolho e encampo o pedido, como sendo de interesse do juízo, no uso da minha faculdade instrutória, determinando que se officie ao Exmº Sr. Juiz da Vara com atribuições para a Justiça da infância e Juventude, Dr. Marupiraja Ramos Ribas, solicitando a expedição, no prazo de 24 h, de cópias das peças de fls. 113 a 115 e 197 a 213 do processo Nº 226/92. Com a chegada das referidas peças, acaso aquele magistrado

entenda de deferir a providência solicitada (art. 144 do ECA), ou com a resposta negativa, dê-se vista dos autos ao MP, para apresentar suas razões finais, no prazo da lei.

Indefiro todos os demais pedidos de diligências, não só por intempestivos, mas por terem caráter nitidamente protelatório, não representando nenhuma utilidade para o processo.

Carpina, 14.02.95

Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Juiz de Direito

Como se vê, mesmo apontando a intempestividade da apresentação das petições, procedi a um exame cuidadoso da conveniência de cada uma das diligências requeridas, item por item, demonstrando por meio de raciocínio concludente a manifesta inviabilidade da quase totalidade delas e a sua pouca utilidade para o presente processo, bem como o seu caráter nitidamente protelatório, mas, por outro lado, tendo a sensibilidade de acolher as (duas) que se mostravam proveitosas (embora requeridas, insisto, fora do tempo próprio), encampando-as como de interesse do juízo e determinando sua produção de ofício, fundamentando tal medida no poder instrutório de que dispõe o juiz no processo criminal.

Ao tecer considerações sobre a prova testemunhal, para reforçar sua opinião quanto à incerteza da autoria e da materialidade do crime, a Dra. Promotora assevera:

“Não existem(m) testemunha(s) presencial(is) do seqüestro da vítima, assim como da ocultação do

cadáver, limitando-se todas as testemunhas ouvidas a informar onde os acusados foram vistos nas horas que antecederam e precederam ao desaparecimento da vítima”.

Não se pode pretender que só a prova testemunhal ocular possa servir de apoio à sedimentação de um juízo condenatório. Tal raciocínio equivaleria a eleger, como meio de prova, somente esta espécie, em detrimento dos demais tipos probatórios, que seriam, portanto, inservíveis ao processo de cunho criminal. A prova originária de testemunha que se diz presencial, é certo, tem importância preponderante no caminho da procura da verdade material, mas nem por isso importa em compreendê-la como a única que se presta a servir como base para a condenação. É preciso mesmo se atentar para o detalhe de que a maioria dos crimes dessa natureza, em que normalmente a montagem é antecipadamente planejada com minucioso requinte e técnica criminoso apurada, são cometidos de maneira sorrateira, sem ser sob as vistas de terceiros, cujo desvendamento só se torna possível por meio do estudo de todas as circunstâncias que o envolvem.

Na hipótese em foco, embora não tendo sido presenciado, o momento inicial do *kidnapping*, por nenhuma pessoa, foi possível chegar-se a uma conclusão segura quanto à autoria, como já copiosamente demonstrado, bastando, para tanto, desenvolver um exame de todos os vestígios deixados em redor do crime.

Em outra parte de seu parecer (fls. 1.523), a Dra. Promotora desenvolve o raciocínio de que a inculpação dos acusados, possibilitada pelo inquérito policial, é

fruto, na verdade, da tentativa de se encontrar um “bode expiatório” para o caso, como satisfação à “pressão exercida por toda a imprensa, a nível nacional e até internacional, e por toda a opinião pública, as quais exigiam, a qualquer custo, a identificação de um culpado”.

Data venia, mas suas afirmações, nessa parte, não apenas indicam seu posicionamento quanto ao mérito da causa, porquanto passam a constituir gravíssima acusação contra toda uma instituição e seus integrantes, que estariam, pelo que se deduz de seu arrazoado, apenas preocupados em encontrar “um responsável para o crime”, como forma de conter o clamor público.

Ora, não se pode negar que o crime em tela sofreu intensa repercussão, favorecida pela divulgação através da imprensa, e que tal circunstância ensejou realmente o empenho das autoridades policiais, como costuma acontecer com todos os casos que obtêm propagação no seio da sociedade, quebrando a paz e tranquilidade sociais, a exigir uma resposta do aparelho estatal. Só que a conseqüência dessa situação é geralmente benéfica, na medida em que o grande interesse das autoridades no caso, mesmo que originado exclusivamente da cobertura maciça dada pelos meios de comunicação, resulta quase sempre na elucidação do fato criminoso. Se existe interesse em torno de um caso, ainda que não formado da simples consciência do cumprimento do dever funcional, tem-se como efeito o impulsionamento do aparelho policial, o que, repita-se, produz um efeito benéfico, consistente no envide de esforços voltados ao descobrimento da trama criminosa. Tem sido assim em outros casos, que

alcançaram projeção nacional favorecidos pelo destaque que lhes foram dados nos espaços dos noticiários, bastando lembrar o seqüestro do empresário paulista Abílio Diniz, proprietário do Grupo “Pão de Açúcar”; o seqüestro e morte do jovem “Inacinho”, filho de ilustre família pernambucana; o seqüestro do Vice-Presidente do Banco “Bradesco” e, mais recentemente, o seqüestro do filho de um Deputado Estadual do Rio de Janeiro. Inúmeros outros casos poderiam ser citados, em que o eco do sentimento por justiça e punição dos culpados repercutiu nas decisões das autoridades, que não exitaram em agilizar as providências investigatórias necessárias, movimentando todo um conjunto de mecanismos e meios técnicos existentes nas corporações policiais.

A Dra. Promotora, portanto, a meu ver, parte uma premissa falsa – a de que a ampla divulgação do caso fez com as autoridades necessariamente apelassem para o condenável recurso de produzir, “a qualquer custo, a identificação de um culpado”. Ao contrário, a notoriedade alcançada pelo caso fez com que certas garantias e cuidados excepcionais cercassem a investigação dos fatos, inclusive tendo sido acionado o grupo especializado da Polícia Civil – o GOE – e designado, pelo Sr. Secretário de Segurança Pública, Delegado Especial para presidir o inquérito e acompanhar o desenvolvimento das diligências, com o que se afastou a possibilidade de quaisquer possíveis influências locais no encaminhamento das medidas. Depois de um intenso trabalho de investigação e indagação minuciosa, possibilitados pela reunião de recursos e somatório de esforços, conseguiu-se rasgar o véu de silêncio e incerteza que encobria o enredo

criminoso, com a autoria certa sendo apontada nas pessoas dos responsáveis. Se não fosse a determinação policial, motivada justamente pela repercussão que o caso sofreu, possivelmente a teia criminosa ainda não teria sido desbaratada, sofrendo este processo o mesmo fim de outros onde se apuram atos de violência contra a vida de pessoas inocentes: o descaso das autoridades e o lugar reservado nos escaninhos das repartições burocráticas.

Seria mesmo inimaginável se pensar que a polícia poderia apresentar, para dar uma satisfação à opinião pública, dando o caso como resolvido, não apenas um mas 04 falsos culpados. Tal embuste seria quase que impossível, pois ninguém conseguiria sustentar a inculpação sobre tantos inocentes ao mesmo tempo, sem que entre eles houvesse liames de cumplicidade, prendendo-os ao esquema delituoso. O acusamento assentou-se nas pessoas dos réus pela simples razão de que, com o prolongamento das investigações, cada vez mais evidências de autoria iam surgindo, tornando compreensível a participação de cada um deles no projeto criminal e revelando os vínculos que os prendem entre si, como num “quebra-cabeça” em que as peças vão se encaixando e fazendo aparecer a figura em seu desenho completo. Outras pessoas foram apontadas inicialmente como suspeitos do crime, e sobre elas se concentrou o processo investigatório da polícia, e nem por isso terminaram como alvo da acusação dos órgãos públicos. É que a intensão das diligências investigatórias sobre elas termina por desvelar sua inculpabilidade, diferentemente do que ocorre quando se chega à pessoa culpável, que, sombreada por vestígios que o ligam à cena do crime, não consegue escapar à uma perquirição

mais rigorosa. Veja-se, por exemplo, a situação do cidadão conhecido por “Luiz da Celpe”; primitivo suspeito de ter cometido o crime, por força de denúncia (depois reconhecida como infundada) que fizera uma desafeta sua, foi perseguido pelos agentes policiais e reagiu à prisão, inclusive atirando contra os policiais, quase provocando com isso sua própria morte, já que o revide da polícia foi também violento. Se se tratava, pois, só de uma busca por “um responsável pelo crime”, não poderiam encontrar melhor figurino do que o citado indivíduo, sobre quem seria fácil colocar a roupagem de culpado, já que sua impensada atitude poderia muito bem ser interpretada como sinal incriminador. As autoridades policiais, no entanto, sem permitir que o incidente pudesse se transformar em intriga pessoal, ao constatarem que não tinha aquele popular nenhuma relação com o feito delituoso, voltaram sua atenção para outro caminho que os levaria mais tarde aos verdadeiros culpados. O mesmo pode se dizer em relação ao agente de polícia Marcos Antônio da Silva, o “Marcão”, sobre quem recaíram inicialmente, também, as suspeitas, inclusive porque era um dos membros dos “Ninjas de Carpina”, autor de outros crimes (homicídios) em co-autoria com Agrício. Com o transcorrer das investigações, todavia, ficou evidenciado que, neste caso, não teve participação.

Continua a Dra. Promotora, ainda às fls. 1.523, insistindo em seu raciocínio, agora parecendo incluir o pai da vítima como colaborador do escuso estratagema policial de se forjar um culpado para o caso, pois que diz:

“A ânsia da autoridade policial em achar um responsável pelo crime se afere inclusive pela divergência existente na descrição, feita pelo genitor

da vítima, do tipo físico da pessoa que recebeu o valor do resgate com os traços fisionômicos da pessoa de “Lú”. Ao descrever fisionomicamente a mulher que recebeu o valor do resgate, o sr. Narciso Ferreira dos Santos Filho, às fls. 30 dos autos, diz que:

“...uma mulher...aparentando em torno de 35 (trinta e cinco) anos, de cor branca, cabelos curtos e crespos de cor caju...”.

E se estende, às fls. 1.524, complementando:

“Na fotografia acostada às fls. 36, a qual retrata a pessoa de Luciana Maria da Silva, a “Lú”, fica evidente tratar-se de pessoa de cor morena, com idade aparente em torno dos vinte anos, de cabelos pretos, tendo apenas em comum com a receptora do resgate os cabelos curtos e crespos.

Às fls. 33, no dia seguinte ao do primeiro depoimento prestado e após lhe ser apresentada a foto de “Lú”, aquele depoente altera os caracteres físicos da mulher a quem entregara o valor do resgate, passando agora a descreve-la com traços similares ao da jovem retratada”.

Confessamos não conseguir atingir aonde quer chegar a representante ministerial com o encadeamento desses pensamentos, levantando dúvidas sobre a palavra do próprio pai da vítima. Porque o Sr. Narciso teria interesse em mentir no ato de reconhecimento da pessoa a quem foi dado o dinheiro do resgate? Porque inculparia pessoa inocente, se não tivesse convicção de ser ela a mesma que recebeu o dinheiro de suas mãos? Nenhum pai desejaria aliviar sua dor pela morte de um

filho fazendo a punição recair sobre um inocente. Não é esse o tipo de Justiça por que clama o coração de um pai vergastado pela extinção violenta da vida de um ente amado, a não ser que ele próprio, o pai, tivesse tido algum tipo de participação no crime, mas essa última hipótese fica totalmente afastada ante a inexistência de qualquer indício dentro dos autos, por menor que seja, nesse caminho.

A falta indicada pela Dra. Promotora, quanto à divergência em relação aos caracteres da pessoa que recebeu o pagamento do resgate, configura-se em pequena discrepância que não ofende a essência do conteúdo do auto de reconhecimento nem retira-lhe a validade, pois todos os outros caracteres foram confirmados em um e outro depoimento. Além de lógico, é normal e previsível, quando cotejados os depoimentos sobre um mesmo fato prestados em momentos diferentes, a presença de pequenas divergências. Uma absoluta coincidência em todos os detalhes é que poderia gerar suspeitas. No caso ainda mais se justifica a presença desses desencontros, dado o nervosismo de que deveria estar acometido o pai da vítima na ocasião, consciente de que qualquer passo em falso, qualquer deslize ou mal entendido, no contato com o representante dos seqüestradores, poderia implicar na morte do seu filho.

Por outro lado, os depoimentos prestados em juízo ou nas Delegacias, como se sabe, não são reproduzidos “ipsis literis” nos termos abertos para esse fim. As palavras que ficam consignadas no termo não são uma reprodução fiel da fala do depoente, mas aquelas ditadas pela autoridade que preside o ato, a

qual, após ouvir o relato, o reproduz com suas próprias palavras, que são ditadas ao datilógrafo. Essa circunstância, por si só, justificaria o desencontro nos depoimentos, ainda mais quando verifica-se que foram tomados por diferentes Delegados. Mas, mesmo sem levar em consideração esse detalhe, a discrepância encontrada pela Dra. Promotora pode facilmente ser explicada.

De imediato, temos a esclarecer que somente quanto à indicação da idade revela-se a divergência. No seu depoimento inicial, prestado no dia 23.07.91, consta que a pessoa que recebeu o dinheiro era “de cor branca” (ver fls. 30 dos autos). Note-se que esse primeiro depoimento (contendo 07 páginas) foi um relato longo de todas as circunstâncias envolvendo o fato criminoso, de que ele, Sr. Narciso, tinha conhecimento. Já o de fls. 33, é um depoimento exclusivamente sobre os caracteres da pessoa que tinha recebido o pagamento do resgate, quando foi chamado, no dia seguinte, 24.07.91, para fazer o reconhecimento dessa pessoa. Nessa ocasião, quando a preocupação era exclusivamente a descrição de uma pessoa, já se esclarece que a mesma estava “com a face muito maqueada com uma cor vermelha”. Como se vê, não fica revelada uma contradição, mas, ao contrário, uma explicação lógica. É que a “Lú”, quando foi ao encontro do pai da vítima, possivelmente estava disfarçada, não só com os cabelos pintados na cor “caju”, mas também com algum tipo de pó sobre a face, do tipo que as mulheres costumam usar, só que em excessiva quantidade. Tal conclusão é por demais lógica, pois quem elabora um plano criminoso, como o do caso em tela, não cometeria o descuido de deixar que “Lú” se

apresentasse ao Sr. Narciso de “cara limpa”. Essa precaução era o mínimo a se esperar, pois “Lú” morava e vivia na região (em Paudalho) e costumava circular pelas cidades nela compreendidas, inclusive em Carpina (como há referências nos autos), daí porque poderia ser posteriormente reconhecida. O que o Sr. Narciso viu foi uma mulher de tez morena com a face coberta de pó (branco), donde decorre a dificuldade na descrição e a natural e compreensível referência inicial à “cor branca”, emendada posteriormente com o esclarecimento de que a pessoa descrita estava “com a face muito maquiada com uma cor vermelha”.

Nessa segunda vez que foi ouvido (fls. 33), o Sr. Narciso, quando esteve perante a autoridade policial, além de ter feito o retrato falado (às fls. 37, o qual retrata o desenho de uma mulher cujas características fisionômicas substanciais se adequam às de “Lú”) da pessoa que recebeu o dinheiro do resgate, ressaltou que se visse uma fotografia da mesma seria capaz de reconhecê-la. Foi, então, apreendida uma fotografia de “Lú” pelo Delegado César Urach, que já suspeitava da amante de Edilson, e entregue ao Dr. Aderbal Mendonça Júnior, Delegado que, até então, presidia o inquérito. Antes mesmo de mostrá-la ao Sr. Narciso, o Dr. Aderbal Mendonça, mais uma vez, cuidou para que este fizesse uma descrição da mulher a quem entregara o dinheiro do resgate, o que foi feito às fls. 38. Pela terceira vez o Sr. Narciso descreveu os caracteres dessa mulher e, depois, o Dr. Aderbal Mendonça, diante de várias fotografias, contendo mulheres com características semelhantes, pediu para que ele fizesse o reconhecimento, o que foi feito “sem vacilação” (ver termo de fls. 38). Mesmo estando “Lú” excessivamente maquiada

quando a viu, tal circunstância não impediu que o Sr. Narciso a reconhecesse, pois tinha gravado suas características fisionômicas.

Veja-se que, consoante o termo de fls. 38 (auto de reconhecimento), a foto de “Lú” só foi mostrada ao Sr. Narciso depois que o mesmo procedeu à descrição, pela terceira vez, da pessoa a quem havia entregue o dinheiro do resgate. Este termo está assinado pelo Dr. Aderbal Mendonça, pelo Sr. Narciso, pelo Escrivão e por duas testemunhas.

Quanto à cor do cabelo, também não se vislumbra qualquer divergência entre os depoimentos de fls. 30 e 36. No de fls. 30, o Sr. Narciso afirmou que a cor dos cabelos da pessoa que serviu como emissário dos seqüestradores era “de cor-castanho-caju”. No segundo depoimento, que, conforme já antedito, mais completo, voltado unicamente à caracterização da fisionomia daquela pessoa, foi mantida a afirmação de que a cor de seus cabelos era “da cor-de-caju”, apenas com o acréscimo da expressão “como se tivesse sido pintado, pois tudo indicava que os mesmos eram pretos”.

É bem de ver, pois, que não procede a alegativa da Dra. Promotora, de que “após ser-lhe apresentada a foto de “Lú”, o Sr. Narciso alterou a descrição dos “caracteres físicos da mulher a quem entregara o valor do resgate”. No segundo depoimento – de fls. 33 – não lhe havia ainda sido apresentada qualquer foto. Foi nessa ocasião, aliás, que ele disse às autoridades policiais que se visse alguma foto da pessoa que recebeu o dinheiro seria capaz de reconhecê-la (ver fls. 33). A partir daí, as autoridades policiais, que já tinham suspeitas de

Edilson e de sua amante, trataram imediatamente de conseguir uma foto de “Lú”, que seria logo em seguida apresentada (em meio a outras) ao Sr. Narciso, pelo Dr. Aderbal Mendonça, mas não antes de exigir que fizesse uma terceira e última descrição do emissário dos seqüestradores (ver termo de fls. 38).

No que se refere à idade, observe-se que no primeiro depoimento (fls. 30) consta a expressão “em torno” de 35, já no **retrato falado** (fls. 37) está aposto: idade 30/35, enquanto que no depoimento de fls. 33, fala-se em “cerca” de 22 anos. Ou seja, o que se constatou é que houve uma vacilação do Sr. Narciso em indicar a provável idade da pessoa a quem entregou o dinheiro do resgate. E são, justamente, essas divergências no processo de indicação da idade, que conferem autenticidade aos seus depoimentos. Extraordinário seria, e o fato não deixaria de ser explorado pela defesa, se em todos os depoimentos tivesse indicado a idade com precisão, como lição decorada. Todos sabemos que não é fácil discernir sobre a idade de uma pessoa só em vê-la; o que se dizer pois, quando essa tarefa é realizada em condições anormais? O Sr. Narciso só viu a pessoa a quem entregou o dinheiro por alguns instantes, essa pessoa estava disfarçada (com a face excessivamente maquiada e os cabelos pintados) e, além disso, é de considerar o estado de nervosismo em que se encontrava quando travou contato com a representante dos seqüestradores. No primeiro depoimento (fls. 30), voltamos a insistir, não havia a preocupação única em se identificar o emissário dos seqüestradores, daí porque o Sr. Narciso deve ter dito a primeira idade aproximada que lhe veio à cabeça. No segundo, porém, quando esteve na Delegacia com a preocupação exclusiva de

traçar “um retrato falado” da pessoa, deve ter melhor refletido, puxando pela memória, e chegado a uma conclusão que a idade aproximada seria menor.

Como é bem de ver, de nada vale agredir a prova do reconhecimento, perfeitamente válida e consentânea com o conjunto probatório.

Continua a Dra. Promotora em sua tentativa de flagelar a prova dos autos existente contra os acusados, dessa vez encampando um dos mais surrados ardis da defesa – de que o acusado Agrício não estava na cena do crime, no dia do seqüestro:

“...o acusado Agrício apresentou em seu favor o álibi de que aos dias 03.07.91, durante todo o decorrer daquele dia, teria estado na Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos, na capital deste estado, inclusive em companhia do então titular daquela especializada, o Dr. Paulo Lapenda. Informando ainda de que sua estada naquela especializada deveu-se a liberação de um veículo de sua propriedade, o qual fora apreendido dias antes. Por uma falha processual tal álibi não foi devidamente verificado”.

Tal alegativa, desde que foi levantada, foi por nós percebido que não passava, *data venia*, de astúcia da defesa, que, face a robustez das provas incriminatórias contra os acusados, procurava agarrar-se desesperadamente no gasto artifício de alegar-se ausência do palco do crime. Vejamos porque:

Ao ser ouvido pela primeira vez, no dia 21.02.92, o acusado José Agrício, ao ser indagado pela autoridade

onde se encontrava no dia do crime, afirmou textualmente: “que não sabe precisar onde ou com quem se encontrava no dia do seqüestro” (ver fls 283/284). Ao depois, quando foi ouvido em juízo, em data de 14.08.92, inovou com a alegativa de que, durante todo aquele dia, esteve na Delegacia de Furtos de Veículos, em Recife, de onde só saiu por volta das 18:30h, com a chegada do Delegado Paulo Lapenda, que liberou o seu veículo. Mas, ao ser indagado, pelo Juiz Dr. José Valdmir Chaves, se tinha alguma prova documental de sua estada naquela Delegacia, respondeu que não, pois “em nenhum momento assinou qualquer documento ao receber de volta seu veículo que fora apreendido com Amaro Lima Pontes, não sabendo também se tal Amaro também assinou qualquer documento...” (ver fls. 519/519v.). Ao dizer isso, deixou à mostra a fragilidade de sua alegativa de que esteve na Delegacia para cuidar da liberação do veículo, tendo liberado este ao final da tarde. Orá, nenhum agente do serviço público liberaria veículo apreendido, sem antes colher em recibo a assinatura do proprietário.

Essa uma das razões pelas quais indeferimos o pedido da defesa (formulado intempestivamente, quando já escoado o prazo do art. 499 do CPP), consistente em se requisitar cópias do livro de registro de veículos que estavam apreendidos no dia 03.07.91 (dia do seqüestro), pois, mesmo que os registros daquela especializada confirmassem a apreensão de veículo de propriedade de Agrício, em nada provaria quanto à presença física do mesmo naquele local. Além de inócua a prova requerida, poderia perfeitamente ter sido providenciada pela parte interessada, como salientamos no despacho de fls. 1.461. Na verdade, o requerimento

da diligência se revestia de caráter protelatório, pois em nenhum momento a defesa provou que tivesse requerido, perante o órgão da SSP, as cópias dos registros em questão, e estas lhe tivessem sido negadas. O que a defesa claramente pretendia, *data venia*, era postergar um pouco mais a conclusão do procedimento, ciente de que a prisão provisória dos acusados já perfazia, àquela altura, mais de três anos e que qualquer acréscimo no excesso de prazo na formação da culpa poderia significar a soltura dos acusados.

Admitamos, só para argumentar (é indispensável essa ressalva, porque nos autos todas as provas são em sentido contrário), que o acusado José Agrício tivesse estado na DFV no dia do seqüestro. Tal circunstância não excluiria sua participação no crime. Como este ocorreu aproximadamente no começo da tarde do dia 03, poderia muito bem ter-se deslocado até a cidade do Recife pela manhã ou no final da tarde deste mesmo dia, dada a proximidade desta cidade com Carpina (cerca de 50 Km), já com o intuito ardiloso (o que seria bem provável) de fabricar um “álibi”. Mesmo que lá tivesse estado durante todo aquele dia, também não ficaria excluída sua participação no crime, pois sendo seu organizador e mentor, poderia ter entregue a tarefa dos atos executórios aos seus liderados Edilson e Nivaldo.

Em outra parte de seu parecer, a Dra. Promotora, na busca inconstante e desesperada para embarçar a prova dos autos, chega a cometer imperdoável equívoco, pois que alega:

“Ouvido pela segunda vez pela autoridade policial, às fls. 452, quando então já era decorrido mais de 01 (um) ano do seqüestro da vítima, o acusado

Ronaldo confessa a autoria do crime com riqueza de detalhes a ao informar sobre a indumentária da vítima, no dia de seu desaparecimento, disse que a mesma trajava:

“uma bermuda jeans e uma camisa de cor marron de mangas curtas”, quando era público e notório, uma vez que já eram decorridos mais de seis meses do achado da ossada, e toda a imprensa escrita, falada e televisada do país, e até do exterior, já havia exaustivamente divulgado de que a vítima trajava calção e camisa verde, de tonalidades diferentes”.

Ledo e puro engano. Procedendo-se a uma leitura das fls. 453, onde consta o depoimento mencionado, vê-se facilmente que ao referir-se “que, na ocasião trajava uma bermuda jeans e uma camisa de cor marron com mangas curtas”, o réu fez referência ao tipo de vestimentas que ele próprio, Ronaldo, estava usando no dia do seqüestro. A indagação sobre a roupa que trajava naquele dia decorreu do fato de que, em depoimento anterior (prestado meses antes), a testemunha Getilde Pereira de Assis, a que viu o réu Ronaldo nas proximidades do Colégio Salesiano no dia do seqüestro, detalhou a roupa com a qual o mesmo estava vestido (fls. 312).

A Dra. Promotora também parece levantar suspeição sobre a pessoa da Dra. Célia Felipe Dias de Araújo, odontóloga que procedeu ao reconhecimento da arcada dentária da vítima, pois que diz o seguinte:

“Some-se a estes fatos a total impossibilidade daquela odontóloga, a Dra. Célia Araújo, ter tratado a vítima no ano que consta em seu depoimento, o ano de

1992, uma vez que esta foi seqüestrada no início do segundo semestre do ano de 1991 e seus, presumíveis, restos mortais foram encontrados no início do ano de 1992”.

Ora, é evidente que a data que ficou assinalada no termo de depoimento (1992), como sendo o ano em que a Dra. Célia Araújo realizou o tratamento em Narcisinho, decorreu indubitavelmente de um lapso, possivelmente do próprio escrevente ao inserir no papel a informação, que lhe fora ditada pelo Juiz condutor do ato de inquirição, mediante processo mecânico datilográfico. Uma simples troca do último algarismo do número era suficiente para motivar o erro. Se não foi um simples erro, sem importância e reflexo sobre o restante do depoimento, como se explicar sua existência? Será que a Dra. Promotora Sônia Mara Rocha Carneiro, embora não tenha dito, quer fazer pensar que a odontóloga mentiu em seu depoimento? Com que fim, então, teria mentido? Só uma explicação, pelo que se deduz do conteúdo do parecer da Promotora (que formula uma idéia implícita de que haveria um complô para se inculpar os réus), seria possível: também para incriminar os acusados, forjando provas contra estes. Essa possibilidade, todavia, fica de logo afastada por ser contrária à razão, pois é difícil de acreditar que uma pessoa respeitável, como a Dra. Célia Araújo, comprometeria seu nome e sua vida numa manobra ilícita e arriscada como essa. Toda a população de Carpina tinha conhecimento da data em que foi perpetrado o seqüestro, e principalmente a depoente, Dra. Célia Araújo, que era pessoa amiga da família da vítima. Ela, inclusive, esteve com a mãe da vítima no IML, no dia 23.01.92, para fazer a identificação da

arcada dentária. Daí que, se tivesse comparecido à audiência em que foi ouvida com o propósito predeterminado de mentir, para increpar os réus, jamais teria sido nesse ponto – o ano em que realizou o tratamento dentário – que cometeria um deslize. Se foi capaz de descrever, de memória, todo o tratamento que realizou na vítima, como cometeria uma escorregadela justamente nesse ponto? É indiscutível, por conseguinte, que a data assinalada foi decorrente de um descuido, de uma distração. A Dra. Célia Araújo é pessoa insuspeita, que goza de prestígio e reconhecimento profissional e desfruta do respeito da sociedade, merecendo seu depoimento altíssimo valor, ainda mais porque todo ele envolvido de conhecimentos científicos, constituindo **prova técnica** da materialidade do crime.

Em outro trecho do seu parecer, a Promotora de Justiça, Dra. Sônia Mara Rocha Carneiro, aduz que “Em uma análise comparativa entre a ficha odontológica de fls. 158, da lavra da depoente supramencionada, com a ficha acostada às fls. 659/660, fica evidente que a primeira era por demais escassa em afirmações, se comparada a esta última”.

Realmente, a ficha de fls. 659/660, do consultório do Dr. João Barbosa, contém mais registros do que a de fls. 158, elaborada pela Dra. Célia Araújo. É que na rotina dos consultórios odontológicos, só se costuma anotar na ficha o tratamento que é realizado ou, em alguns casos, as queixas principais do paciente. Como a Dra. Célia Araújo só tratou de Narcisinho cerca de uns quatro meses, é natural que a ficha por ela elaborada (fls. 158) contenha menos registros do que a de fls.

659/660, na qual constam os registros de tratamentos realizados ao longo de vários anos, como se pode ver das datas nela assinaladas. Os poucos registros contidos na ficha de fls. 158 revela, tão-somente, que a Dra. Célia executou número menor de operações na dentição da vítima, porquanto, repita-se, só tratou da saúde bucal da vítima durante curto intervalo de tempo (em torno de quatro meses). Ela própria esclareceu essa circunstância em seu depoimento ao dizer que “a sua ficha não está tão completa quanto a ficha de fls. 157 porque só anotou em sua ficha os tratamentos que efetivamente iria fazer” (ver fls. 882). Essa pouca quantidade de registros denota, apenas, e por conseguinte, a autenticidade da ficha de fls. 158.

Desde que a Dra. Célia Araújo interveio neste procedimento, emprestando seus conhecimentos e sua formação técnica no processo de verificação da identidade da ossada, a defesa dos acusados tentou, por todos os meios, desacreditar seu trabalho, porque os advogados logo perceberam que ela seria peça fundamental no descobrimento da verdade em torno deste caso. Antes de ser encontrada a ossada, algumas pessoas interessadas em favorecer os acusados cuidaram de difundir, no seio da sociedade carpinense, a idéia de que o seqüestro teria sido forjado, escuso artifício que, a princípio, rendeu alguns resultados, pois como até então não se tinha ainda encontrado o corpo da vítima, uma natural dúvida formou-se no consciente coletivo. Uma vez encontrada a ossada, no entanto, a estratégia da defesa passou a centrar-se basicamente na censurável conduta de atrapalhar (obviamente sem êxito) o processo de identificação, ciente de que, uma vez configurado que os restos mortais eram mesmo de Narcisinho, o caso ficaria definitivamente esclarecido.

E como o exame da arcada dentária era o que possibilitaria a conclusão mais segura quanto à identidade da ossada, elegeu-se como alvo o trabalho erigido nos autos pela Dra. Célia Araújo. A princípio, formulou-se petição de “incidente de falsidade” que, *data venia*, chega até a ser risível, pois alegava-se que o nome da Dra. Célia Araújo, manuscrito na ficha de fls. 158, não era compatível com a sua caligrafia, além do que era “semelhante à do perito criminal” que confeccionara a ficha de fls. 157. Realmente, o nome “CÉLIA PHILIPPE DA SILVA” havia sido escrito pelo mesmo perito que elaborou a ficha de fls. 157, bastando, para se notar essa circunstância, uma simples vista d’olhos comparativa sobre as duas fichas. O perito apenas colocou o nome da Dra. Célia na segunda ficha para que, posteriormente, pudesse ser identificada, pois que essa ficha não tinha ainda qualquer indicativo de ser a do consultório da referida odontóloga. Ela própria terminou esclarecendo isso em seu depoimento (fls. 881v.), quando disse: “que a grafia Célia Felipe da Silva foi feita por alguém do IML para identificar a ficha reconhecida pela depoente”, sendo que, as demais informações, ali constantes, tinham sido registradas, de próprio punho por ela. Depois, alegou-se que as obturações consignadas na ficha de fls. 660, proveniente do consultório do Dr. João Barbosa, não correspondiam às anotadas na ficha de fls. 158. Uma explicação científica e lógica foi dada pela Dra. Célia Araújo a essa questão, pois, como afirmou no seu depoimento de fls. 882, “a ficha de fls. 660 não bateu com a de fls. 157 porque a ficha de fls. 660 é da dentição de leite, quase completamente substituída pela dentição adulta”, mas que existiam pontos de confluências entre as duas no que se refere a obturações realizadas em locais da dentição permanente.

Essa conduta da defesa, embora condenável, já era esperada. Como não tinha qualquer elemento de prova que pudesse inocentar os acusados, os advogados apegaram-se na procrastinação do processo e na tentativa inexitosa de castigar a prova de culpabilidade presente nos autos. O que é extraordinário no caso, e isso não podemos deixar de registrar, é que a Dra. Promotora tenha tomado para si essa atitude da defesa.

A Dra. Sônia Mara Rocha Carneiro também volta-se contra a testemunha Getilde Pereira de Assis, tentando levantar suspeição sobre sua pessoa. A referida testemunha, em seu depoimento de fls. 690, declarou que viu quando o réu Ronaldo passou em frente ao escritório onde trabalha, que fica na mesma rua do Colégio Salesiano (local onde foi seqüestrada a vítima), “cerca das 14:00 horas”, retornando a vê-lo “cerca das 15,00” horas do mesmo dia, quando este voltou a passar defronte ao seu local de trabalho. Dessa afirmação a Dra. Promotora extrai o seguinte raciocínio:

“...fica evidente que seria impossível ao acusado Ronaldo, tomando-se como ponto referencial o escritório onde trabalhava a depoente, a pé, em lapso temporal de sessenta minutos, aproximadamente, ter se dirigido ao Colégio da vítima, raptá-la, entregá-la a qualquer um dos outros acusados em um ponto afastado da cidade, e retornar àquele ponto de referência”.

Data venia, mas a Dra. Promotora não desenvolve pensamento racional válido para apreensão da realidade do caso. Não elabora um processo intelectual como condição do conhecimento verdadeiro, mas expressa uma maneira particular de raciocinar.

De fato, é de notar não podermos tomar o limite de tempo preciso de 60 minutos entre uma passagem e outra do réu Ronaldo pelo local de trabalho da depoente. A testemunha, quando se referiu ao horário dos seus encontros com o réu, utilizou-se da expressão “cerca” (antes das horas), que significa em torno, aproximadamente, embutindo uma considerável variável de tempo.

Por outro lado, nunca se pensou nem se afirmou que, entre uma passagem e outra de Ronaldo pela frente do escritório da testemunha, tivesse ele, dentro desse interregno, seqüestrado a vítima e entregado a mesma a seus comparsas, retornando ao local. O que se extrai dos autos, pelas várias referências, é que os réus se posicionaram em alguns pontos estratégicos próximos ao Colégio, onde aguardaram a desditosa vítima. Os réus detiveram-se algum tempo fazendo o “reconhecimento” do local, esperando pela vítima. Nessa tarefa, Ronaldo, que era o encarregado de atrair a inditosa vítima, deve ter-se dirigido algumas vezes até o Colégio Salesiano, a fim de ver se a mesma já tinha chegado. Pode ter passado ao longo da rua talvez mais de uma vez. O que os réus não podiam era ficar “plantados” em frente ao Colégio, porque aí despertariam muitas suspeitas.

De qualquer maneira, mesmo que assim não fosse, os “sessenta minutos” que a Dra. Promotora toma por base, seriam, a nosso ver, mais do que suficientes para que Ronaldo pudesse ter levado a vítima até as proximidades de Tracunhaém (que fica a poucos quilômetros desta cidade) e retornado para o mesmo local.

Como é bem de ver, a atuação da Dra. Promotora Sônia Carneiro revela, *data venia*, um nítido propósito de destruir a prova da culpabilidade dos acusados. Nessa empreitada comete o desatino de levantar suspeição sobre todas as pessoas que possibilitaram o descobrimento da verdade. Não oferece crédito às palavras do pai da vítima, da mãe, da Dra. Célia Araújo (que fez o reconhecimento da arcada dentária), da testemunha que viu Ronaldo próximo ao Colégio; não leva em consideração os depoimentos de Josenildo Trajano, de Manuel Aureliano Fortunato, dos policiais da DRF, de José Cristóvão Pereira (o “Zé Vigia”), da mãe e da irmã de “Luciana”; desconfia da lisura do procedimento com que foram obtidas provas técnicas como: o “retrato falado” e o “auto de reconhecimento”, realizados sob os cuidados dos Delegados César Urach e Aderbal Mendonça; não acolhe a confissão dos acusados Ronaldo, Edilson e da menor Luciana, presenciada por seus colegas do Ministério Público; e limita-se a criticar a atuação da polícia. Parece ver neste procedimento uma grande conspiração para se inculpar os “inocentes”, réus, em que estariam envolvidas todas essas pessoas e autoridades. As críticas que faz atingem a própria instituição a que serve, na medida em que desconsidera o percuciente, sério e altivo trabalho de persecução criminal desenvolvido antes pelos Promotores Mário Germano Palha, Paulo Roberto de Sousa Brandão, Zulene Norberto e Izabel Holanda, que, repita-se, presenciaram a confissão dos acusados.

Fica difícil, pois, não imaginar que a Dra. Promotora Sônia Mara Rocha Carneiro possa ter sacrificado a sua opinião à própria conveniência ou às de outrem. Custanos acreditarmos, *data maxima venia*, que tenha funcionado neste processo desapassionadamente.

12. Entendemos dever ser excluída da denúncia a referência ao conceito de crime continuado (art. 71 do CP). O que se observa, no caso, é que houve um concurso material de crimes, situação definida no art. 69 do mesmo Diploma, pois que, os agentes, mediante mais de uma ação, praticaram mais de um crime de diferentes espécies. A continuidade delitiva, além das necessárias conexões de caráter espacial (mesma localidade) e de ordem temporal (curto intervalo) e do mesmo *modus operandi*, presupõe que as infrações penais sejam da mesma espécie, a teor do conceito dessa figura penal elaborado pelo artigo 71 do CP. A expressão, **crimes da mesma espécie**, ali consignada, só autoriza o julgador a dar pela ocorrência de crime continuado, quando as infrações se assemelham pelos mesmos elementos objetivos e subjetivos, ainda que não abrangidas sob o mesmo artigo de lei (como explicita uma das duas correntes doutrinárias sobre o tema, pois a outra, mais restritiva quanto ao conceito de crime continuado, só o admite quando os atos infracionais são previstos no mesmo tipo legal). Não se pode dizer que a extorsão mediante seqüestro guarde semelhança com o delito de ocultação de cadáver, porquanto atacam ou expõem a perigo bens jurídicos diversos. O primeiro dos delitos tem por objeto jurídico o patrimônio, a liberdade e incolumidade pessoais (e quando na forma qualificada do par. 3º do art. 159, também a vida), enquanto que o segundo ofende o bem jurídico “respeito aos mortos”. Fica claro, portanto, que os crimes em questão não são da mesma espécie, não se podendo falar em continuação entre eles. Essa idéia fica ainda mais acentuada, quando se observa que, na jurisprudência, a manifesta opinião é a de que nem em relação ao crime puro de homicídio pode haver continuidade delitiva com o de ocultação de cadáver:

“A circunstância de a ocultação de cadáver ter sido praticada para esconder o homicídio não exclui o crime previsto no art. 211 do CP, dando-se, quando isso acontece, concurso de delitos” (TJSC - Rec. - Rel. Marcílio Medeiros - RT 488/389).

“À toda evidência, os crimes de homicídio e destruição de cadáver não são da mesma espécie, não se podendo falar em continuação entre eles” (TJSP - Rec. - Rel. Camargo Sampaio - RT 526/350 e RJTJSP 58/345).

O delito de extorsão mediante seqüestro, tanto na sua forma simples como qualificada (art. 159 “caput” e parágrafos 1º ao 3º) é considerado **hediondo**, conforme o art. 1º da Lei 8.072/90, que deu nova redação ao artigo e seus parágrafos, modificando os preceitos sancionatórios dessas figuras delituosas.

Um realce que deve ser feito, que, *data venia*, não foi suficientemente observado pela denúncia, consiste em se estabelecer uma combinação do art. 288 do CP com o art. 8º da Lei 8.072/90. É que, no caso, a quadrilha não foi formada visando à prática de crimes genéricos (não catalogados como hediondos ou a estes equiparados), mas com a finalidade específica de cometer um crime – a extorsão mediante seqüestro – considerado hediondo pelo art. 1º, IV, da Lei 8.072. Agrício, Nivaldo e Edilson eram membros de um bando que atuava em Carpina e outras localidades (“Os Ninjas de Carpina”), *societas sceleris* estável e preordenada para o cometimento de atividades delituosas, mas associaram-se a Ronaldo, perfazendo o número mínimo (quatro pessoas) que a lei considera como quadrilha (art. 288, *caput*, do CP), para executar, exclusivamente,

o seqüestro do menor “Narcisinho”, incidindo na sanção punitiva do art. 8º da Lei 8.072/90. Tal conduta associativa, com o fim da prática de crime específico (finalidade estrita) acolhe o preceito sancionatório mais severo, com balizas punitivas demarcadas entre três a seis anos de reclusão.

Entendemos não poder acatar, também, embora sugerido na denúncia, a aplicação do par. 1º (primeira e segunda partes) do art. 159. Na verdade, a qualificadora que incide, no caso, sobre a espécie delituosa é a do par. 3º do mesmo artigo, haja vista que o seqüestro foi seguido de morte da vítima.

A pena do réu Ronaldo Adelino da Costa deve ser agravada, de acordo com o art. 61, II, “F”, do CP, pois cometeu os crimes prevalecendo-se de relações domésticas, afim de atrair a vítima para o seu infeliz destino.

O autor de um seqüestro extorsivo, de que tenha decorrido o resulta-morte para o seqüestrado, poderá ser apenado com reclusão entre vinte e quatro e trinta anos, sem prejuízo de uma agravação punitiva se ocorrer qualquer das circunstâncias do art. 224 do CP. Nesse caso, como é a hipótese dos autos – de seqüestrado não maior de catorze anos –, a pena reclusiva, mínima e máxima, será uma só: trinta anos. É que ocorre a exarcebação da pena em metade (limitada ao teto de trinta anos) porque o dado referente à faixa etária (art. 224, *a*, do CP), mesmo já considerado o elemento qualificador do par. 3º (morte da vítima), influi também no cálculo da sanção, agora, pela aplicação do art. 9º da Lei 8.072/90, com o seguinte enunciado:

“As penas fixadas no art. 6º para os crimes capitulados nos arts. 157, par. 3º, 158, par. 2º, 159, *caput* e seus pars. 1º, 2º e 3º, 213, *caput*, e sua c/c o art. 223, *caput*, e parágrafo único, 214 e sua c/c art. 223, *caput*, e parágrafo único, todos do CP, são acrescidas da metade, respeitado o limite superior de trinta anos de reclusão, estando a vítima em qualquer das hipóteses referidas no art. 224 também do CP”.

Nos casos de extorsão mediante seqüestro com resulta-morte (como também no caso de latrocínio), sempre haverá uma coincidência entre mínimos e máximos punitivos, daí porque alguns têm sustentado a inconstitucionalidade do art. 9º citado (da Lei 8.072/90), com a alegativa de que ofende o princípio da individualização da pena, estatuido no art. 5º, XLVI, da Carta Magna.

Também se alega que o dispositivo em questão malfez outro princípio constitucional – o princípio da legalidade, pois permite se tomar um mesmo pressuposto fático (previsto nas alíneas do art. 224), já considerado como elemento constitutivo de tipos básicos ou de formas qualificadas, para se atribuir mais uma exacerbação da pena, constituindo um verdadeiro *bis in idem*.

Temos que, a despeito das opiniões em contrário, ser possível a aplicação, no caso, do art. 9º da Lei 8.072/90.

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que as manifestações sobre a matéria são controvertidas, havendo muitas no sentido da constitucionalidade e aplicabilidade do art. 9º da Lei 8.072/90, das quais destaco as seguintes:

“O art. 9º do diploma legal acima mencionado nada tem de inconstitucional. O fato de determinar esse dispositivo o aumento de metade da pena, em casos de delitos praticados contra crianças, não impossibilitou, *in casu*, a individualização da reprimenda pelo digno Julgador.

Aliás, aumentos que tais também estão previstos noutros dispositivos do Código Penal, sendo certo que ninguém jamais os declarou inconstitucionais” (TJSP - AC 117.327-3/1 - Rel. Denser de Sá).

“As circunstâncias do art. 224 do Código Penal *ex vi* do disposto no art. 9º da Lei n. 8.072/90 foram transformadas pelo legislador de causas de presunção de violência em circunstâncias legais especiais, denominadas causas de aumento de pena, de natureza objetiva e de aplicação obrigatória” (TJSC - AC - Rel. Alberto Luiz da Costa - JC 70 70/430).

“Não definidora de *bis in idem* a contemporânea prevalência dos dispositivos do art. 224, *a*, do CP e do art. 9º, da Lei 8.072/90. É que ligado, o primeiro, à presunção de violência, como requisito integrador do tipo delituoso previsto no art 214 do estatuto repressivo, com eventual reflexo no campo da ação penal correspondente. E o segundo, de alcance inteiramente distinto, relacionado com a punição a maior, a ser imposta quando com menos de 14 anos a vítima do crime. E porque de estrutura, incidência e efeitos diferentes é que, de minha parte, sempre entendi, um e outro, de coexistência possível” (TJSP - Rev. - voto vencido: Dirceu de Mello - RT 695/308).

Em segundo, porque, na hipótese vertente, não fica impossibilitada a individualização da pena. Como se trata de concurso material de crimes, sobeja espaço de manobra na tarefa de fixação do *quantum* da pena, que pode ser diferenciada em relação aos outros crimes (formação de quadrilha e ocultação de cadáver), para cada um dos acusados. De fato, apreciando-se as diversas circunstâncias que cercam a realização do fato criminoso, pode ser alcançada uma adequação da pena à culpabilidade e à personalidade dos acusados balanceando-se, entre eles, a dosagem das penas dos crimes de ocultação de cadáver e formação de quadrilha, com o que restará atendido o princípio da individualização da pena.

Por terceiro, pensamos que a inaplicabilidade do art. 9º da Lei 8.072/90 só tem razão de ser em face do par. 1º (segunda parte) do art. 159 do CP, pois nessa situação, aí sim, ocorrente seria um *bis in idem*. Como o parágrafo primeiro desse dispositivo prevê causa de aumento de pena em função da idade do seqüestrado (se menor de 18 anos), não se pode pretender a majoração da pena em metade, por aplicação do art. 9º da Lei 8.072/90, para que o dado referente à faixa etária, já considerado como elemento qualificador da extorsão mediante seqüestro, pudesse ser novamente ponderado (em ocorrente a hipótese da alínea “a” do art. 224 do CP – vítima menor de 14 anos). O mesmo fator – idade da vítima – estaria causando dois aumentos de pena.

Ressalto que o julgador pode dar aos fatos definição jurídica diversa da capitulada na denúncia (art. 383 do CPP).

Ante o exposto, **julgo procedente**, em parte, a denúncia para condenar os réus JOSÉ AGRÍCIO DE SOUZA, RONALDO ADELINO DA COSTA, EDILSON JOSÉ BELO DA SILVA e NIVALDO CAVALCANTI DA CUNHA nas penas dos arts. 159, par. 3º, 288 e 211 c/c art. 69, todos do CP, em combinação com os arts. 1º, 8º e 9º da Lei 8.072/90, bem como nas custas processuais, divididas proporcionalmente, entre os mesmos.

Na aplicação da pena:

Considerando que o réu **JOSÉ AGRÍCIO DE SOUZA** apresenta inúmeros registros criminais, bem como os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, e ainda que a sanção punitiva, em concreto, no caso de concurso de pessoas deve ser dosada de acordo com a reprovabilidade da conduta de cada concorrente e atentando para a circunstância específica de ser, dentre todos os acusados, o que revela o maior grau de periculosidade, com patente aptidão para a vida criminosa, justamente por sua comprovada capacidade de liderança, funcionando como o “o mais alto superior hierárquico” do grupo criminoso “Os Ninjas de Carpina”, do qual promanavam todas as decisões sobre a execução de crimes, e que, neste caso, foi o principal mentor e articulador dos hediondos crimes perpetrados, fixo a pena base para o crime do art. 288 (formação de quadrilha) pelo máximo permitido em lei – 06 anos de reclusão (art. 288 c/c art. 8º da Lei 8.072/90), que resta definitiva ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena. Quanto ao crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159), qualificado pelo resultado-morte (par. 3º desse mesmo artigo, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 8.072/90, que modificou o

preceito sancionatório), feitas as mesmas considerações de ordem genérica no que se refere às circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 24 anos de reclusão, que, face à causa de aumento prevista no parágrafo 9º da Lei 8.072/90, fica majorada em metade, mas que, tendo em vista o teto máximo previsto nesse dispositivo, sofre uma redução para adequar-se a esse limite, restando definitiva em 30 anos de reclusão. E, finalmente, em relação ao crime do art. 211 (ocultação de cadáver), feitas as mesmas considerações quanto às circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 01 ano de reclusão, a qual resta definitiva ante a ausência de atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou diminuição de pena. Feita a individualização e motivação da pena de cada um dos crimes, o que era necessário (ver jurisprudência contida na RTJ 95/823, Julgados 70/250, RF 277/304 e RT 537/364), ficam as mesmas somadas, por força da regra do art. 69 (concurso material), resultando a pena final em 37 anos de reclusão, a ser cumprida, integralmente, em regime fechado (art. 2º, par. 1º, da Lei 8.072).

Considerando que o réu **RONALDO ADELINO DA COSTA** apresenta inúmeros registros criminais, bem como os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, e ainda que a sanção punitiva, em concreto, no caso de concurso de pessoas deve ser dosada de acordo com a reprovabilidade da conduta de cada concorrente e atentando para a circunstância específica de ser, fixo a pena base para o crime do art. 288 (formação de quadrilha) em 03 anos de reclusão (art. 288 c/c art. 8º da Lei 8.072/90), que resta definitiva ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena. Quanto ao crime de extorsão mediante seqüestro

(art. 159), qualificado pelo resultado-morte (par. 3º desse mesmo artigo, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 8.072/90, que modificou o preceito sancionatório), feitas as mesmas considerações de ordem genérica no que se refere às circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 24 anos de reclusão, que, face à causa de aumento prevista no parágrafo 9º da Lei 8.072/90, fica majorada em metade, mas que, tendo em vista o teto máximo previsto nesse dispositivo, sofre uma redução para adequar-se a esse limite, restando definitiva em 30 anos de reclusão. E, finalmente, em relação ao crime do art. 211 (ocultação de cadáver), feitas as mesmas considerações quanto às circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 01 ano de reclusão, a qual, face a agravante do alínea “f” do inc. II, do art. 61, do CP, fica acrescida em 01 ano, restando definitiva em 02 anos de reclusão ante a ausência de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou diminuição de pena. Feita a individualização e motivação da pena de cada um dos crimes, o que era necessário (ver jurisprudência contida na RTJ 95/823, Julgados 70/250, RF 277/304 e RT 537/364), ficam as mesmas somadas, por força da regra do art. 69 (concurso material), resultando a pena final em 35 anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado (art. 2º, par. 1º, da Lei 8.072).

Considerando que o réu **EDILSON JOSÉ BELO DA SILVA** apresenta inúmeros registros criminais, bem como, os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, e ainda que a sanção punitiva, em concreto, no caso de concurso de pessoas deve ser dosada de acordo com a reprovabilidade da conduta de cada concorrente, fixo a pena base para o crime do art. 288 (formação de

quadrilha) em 03 anos de reclusão (art. 288 c/c art. 8º da Lei 8.072/90), que resta definitiva ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena. Quanto ao crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159) qualificado pelo resultado morte (par. 3º desse mesmo artigo, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 8.072/90, que modificou o preceito sancionatório), feitas as mesmas considerações de ordem genérica no que se refere às circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 24 anos de reclusão, que, face à causa de aumento prevista no parágrafo 9º da Lei 8.072/90, fica majorada em metade, mas que, tendo em vista o teto máximo previsto nesse dispositivo, sofre uma redução para adequar-se a esse limite, restando definitiva em 30 anos de reclusão. E, finalmente, em relação ao crime do art. 211 (ocultação de cadáver), feitas as mesmas considerações quanto às circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 01 ano de reclusão, a qual resta definitiva ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou diminuição de pena. Feita a individualização e motivação da pena de cada um dos crimes, o que era necessário (ver jurisprudência contida na RTJ 95/823, Julgados 70/250, RF 277/304 e RT 537/364), ficam as mesmas somadas, por força da regra do art. 69 (concurso material), resultando a pena final em 34 anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado (art. 2º, par. 1º, da Lei 8.072).

Considerando que o réu **NIVALDO CAVALCANTI DA CUNHA** apresenta inúmeros registros criminais, bem como os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, e ainda que a sanção punitiva, em concreto, no caso de concurso de pessoas deve ser dosada de acordo com a reprovabilidade da conduta de

cada concorrente, fixo a pena base para o crime do art. 288 (formação de quadrilha) em 03 anos de reclusão (art. 288 c/c art. 8º da Lei 8.072/90), que resta definitiva ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena. Quanto ao crime de extorsão mediante seqüestro (art. 159) qualificado pelo resultado morte (par. 3º desse mesmo artigo, com a redação dada pelo art. 1º da Lei 8.072/90, que modificou o preceito sancionatório), feitas as mesmas considerações de ordem genérica no que se refere às circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 24 anos de reclusão, que, face a causa de aumento prevista no parágrafo 9º da Lei 8.072/90, fica majorada em metade, mas que, tendo em vista o teto máximo previsto nesse dispositivo, sofre uma redução para adequar-se a esse limite, restando definitiva em 30 anos de reclusão. E, finalmente, em relação ao crime do art. 211 (ocultação de cadáver), feitas as mesmas considerações quanto às circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 01 ano de reclusão, a qual resta definitiva ante a ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou diminuição de pena. Feita a individualização e motivação da pena de cada um dos crimes, o que era necessário (ver jurisprudência contida na RTJ 95/823, Julgados 70/250, RF 277/304 e RT 537/364), ficam as mesmas somadas, por força da regra do art. 69 (concurso material), resultando a pena final em 34 anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado (art. 2º, par. 1º, da Lei 8.072/90).

Os apenados não fazem jus ao direito de recorrer em liberdade, pois são elementos, todos eles, de alta periculosidade, com registros criminais e péssimos antecedentes sociais (art. 594 do CPP c/c art. 2º, par. 2º, da Lei 8.072/90).

Recomendem-se os réus José Agrício de Souza, Ronaldo Adelino da Costa e Edilson José Belo da Silva no estabelecimento prisional em que se encontram.

Renove-se o mandado de prisão contra o réu Nivaldo Cavalcanti da Cunha, com o envio de cópias para todos os Secretários de Segurança Pública dos Estados da Federação, bem como, para todos os Comandos de Polícias Militares.

P.R.I.

Carpina, 09.08.95.

Demócrito Ramos Reinaldo Filho
Juiz de Direito

A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO

Ricardo de Brito A. P. Freitas

Mestre em Direito. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito do Recife da U.F.P.E. Professor de Direito Penal na Escola da Magistratura. Promotor da Justiça Militar. Ex-Juiz de Direito.

Breves considerações sobre o papel institucional das Justiças Militares

1. Introdução:

A atividade jurisdicional, o poder de aplicar concretamente o Direito objetivo, de dizer o Direito invocado pelas partes, desenvolvida pelo Poder Judiciário pode ser considerada um importante fator de estabilidade política na medida em que canaliza as demandas sociais, inclusive as de justiça criminal, operando o Direito de modo a evitar a perpetuação dos conflitos intersubjetivos. Em conseqüência, torna-se danoso o mais leve desvio dessa pauta de atuação por parte de qualquer órgão ou instância do Poder Judiciário. Recentemente, sobretudo em face do projeto de lei, ora em tramitação no Senado Federal, propondo modificações nas normas relativas à competência da Justiça Militar Estadual, tem recrudescido o debate em

torno de seu desempenho. Os contendores, utilizando-se, apaixonadamente, de argumentos muitas vezes falaciosos, há muito parecem ter perdido a serenidade que deve nortear qualquer discussão no campo da política judiciária. Urge, neste sentido, e com toda isenção possível, clarear os principais pontos da controvérsia.

Proponho, neste artigo, contribuir para a reflexão em torno do papel a ser desempenhado pela Justiça Militar. Para isso, limito-me a sistematizar sucintamente os principais argumentos pró e contra as suas atuais atribuições e mesmo a sua existência.

Evidentemente, não tenho a pretensão de esgotar o tema nestas escassas linhas, desejando apenas balizar a discussão de modo a permitir o aprofundamento de novos e mesmos velhos argumentos a respeito, arriscando-me, porém, a sugerir alguns passos que podem vir a ser dados para elevar o nível da discussão.

2. A Legislação Penal Militar:

Desde muito, existe legislação específica regulando do ponto de vista penal a conduta dos militares.¹ Assinala Rubem Gomes Ferraz, Subprocurador da Justiça Militar e profundo conhecedor da matéria, que:

“na qualidade de mais recuado documento legislativo, aliás, o de maior duração no Brasil, naquilo que se conecta com o Direito Penal Militar, despontam os artigos de guerra (regulamentos originariamente de Infantaria e de Artilharia) do conde von Lippe (Frederico Guilherme, conde von Schaumburg-Lippe), oficial-general prussiano (1724-1777).”

E continuando:

“Editados no ano de 1763, os artigos de lei de von Lippe experimentaram vigência, nestas terras, por décadas a fio, em boa parte do Vice-Reinado, do conde da Cunha (1763) ao conde dos Arcos (1807); no Brasil, feito Reino Unido ao de Portugal e Algarve, mercê de carta régia, datada de 1815, do príncipe regente D. João; no desenrolar do Primeiro Reinado (1822-1831); ao longo do período regencial, tanto nas regências trinas quanto nas unas, do Padre Feijó e de Araújo Lima (Marquês de Olinda); enfim, quando sentou no trono D. Pedro II, de sua maioridade à queda da Monarquia (1899).”

Desse modo, também na guerra do Paraguai (1864-1870) foram aplicadas as ordenações do conde Lippe.

Em várias oportunidades, tentou-se substituir os artigos de guerra do conde Lippe por Códigos Criminais. Tais tentativas iniciaram-se ainda no período da regência, prolongando-se até o fim do Império, sem sucesso, porém. Só em 1890, ou seja, no ano posterior ao da proclamação da República, uma comissão designada pelo Ministro da Marinha, Vice-Almirante Eduardo Wandenkolk, logrou criar o famoso Código Penal da Armada de 07 de março de 1891, governo do Marechal Deodoro da Fonseca. Inicialmente, aplicável à Marinha, o Código Penal da Armada também passou a ser aplicado ao Exército através de lei já no Governo do Presidente Campos Salles (Lei n.º 612, de 29 de setembro de 1899). Por fim, o Código Penal da Armada foi ampliado para a Aeronáutica em 1944.

Apesar de algumas iniciativas capitaneadas inclusive pelo civilista Clóvis Bevilacqua, além de Dunshee de Abranches, no sentido de criar um Código Penal Militar, nada foi concretizado neste sentido até o governo do Presidente Dutra (Decreto-Lei n.º 6.227, de 24 de janeiro de 1944). Em 1969, surgiu o atual Código Penal Militar, bem como o Código de Processo Penal Militar em vigor.

Do exposto, pode-se concluir que no Brasil as leis penais militares são fruto de longa evolução através dos séculos, constituindo-se numa tradição o fato de existirem com o escopo de regular a conduta dos membros das Forças Armadas.

3. A Justiça Militar

Entre nós, também é antiga a tradição da existência de uma instância especial, incumbida do julgamento dos delitos militares.

A Justiça Militar provém do Império, contudo, a previsão constitucional de sua existência resulta da primeira Constituição Republicana (1891). Em seu artigo 77 estava previsto que:

“Os militares de terra e mar terão fôro especial nos delictos militares.

§ 1º Este fôro compor-se-ha de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalícios, e dos conselhos necessários para formação da culpa e julgamento dos crimes.

§ 2º A organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar serão reguladas por lei.”

A Constituição de 1934 também previu a existência da Justiça Militar, tendo constituído como seus órgãos o Supremo Tribunal Militar e “os tribunais e juizes inferiores, criados por lei.” (art.86). Previu, também, que “os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas, terão fôro especial nos delictos militares”, sendo que, “nos casos expressos em lei”, este foro “poderá ser estendido aos civis” (art.84).

As Constituições subseqüentes, sem exceção, acolheram também a existência da Justiça Militar.

A Constituição em vigor prevê como órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juizes Militares instituídos por lei (art.122). A ela incumbe “processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (art.124).

Prevê também a possibilidade de criação mediante lei estadual proposta pelo Tribunal de Justiça da Justiça Militar estadual, “constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes” (art.125, § 3º). Segundo a Constituição Federal: “compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças” (art.125, § 4º). A existência da Justiça Militar estadual está prevista em nossas Constituições desde a carta de 1946 (art.124, XII).

Assim, pode-se concluir pela existência no Brasil de uma Justiça Militar com larga tradição histórica de organização e funcionamento, apta a aplicar a legislação penal militar.

4. A Natureza Jurídica da Justiça Militar:

A Justiça Militar é uma Justiça especial. Sua existência não constitui afronta ao princípio do juiz natural inscrito na Constituição Federal (art. 5^o, XXXVII). Logo, não se constitui em tribunal de exceção, ou seja, aqueles “instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de crimes de determinada natureza, sem previsão constitucional.”² A doutrina distingue os tribunais de exceção das Justiças especiais. Referindo-se, inclusive, à Justiça Militar, Araújo Cintra, Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover afirmam que as Justiças especiais “são instituídas pela Constituição com anterioridade à prática dos fatos a serem apreciados e não constituem ultraje ao princípio em epígrafe”.³

No mesmo sentido o constitucionalista Pinto Ferreira cuja opinião transcrevo abaixo:

“A justiça militar tem por objetivo o processo e o julgamento dos crimes militares. Ela constitui uma justiça especial, e não é assim um foro de exceção. É verdade que determinados doutrinadores franceses identificam a justiça especial e os tribunais especiais com a justiça de exceção ou os tribunais de exceção. Evidentemente uma tal interpretação não pode ser admitida no Brasil, eis que tribunais de exceção seriam entre nós as cortes marciais, cuja existência não é possível na Constituição vigente.”⁴

5. Das Críticas:

De todo o exposto anteriormente, pode-se observar que a Justiça Militar e a legislação penal e processual penal militar não são criações recentes, não traduzem conveniências de momento como muitos poderiam vir a crer inadvertidamente. Pelo contrário, a Justiça Militar é um órgão tradicional na estrutura do Poder Judiciário no Brasil e vem desempenhando seu papel tanto nos períodos em que a democracia vige plenamente como naqueles nos quais as liberdades democráticas são olvidadas, como no exemplo mais recente representado pelo regime militar, instaurado em 1964 no país.

O debate que vem tendo lugar com regular frequência nos jornais de grande circulação nacional, em torno da Justiça Militar, tem o mérito de trazer à baila algumas questões que, decididamente, merecem ser submetidas a uma reflexão mais aprofundada, não apenas por parte dos “*experts*”, mas pela sociedade em geral.

Tratando-se a Justiça Militar de um órgão componente do Poder Judiciário ela não está imune a algumas críticas mais gerais à atuação desenvolvida por este ao longo de nossa história republicana. Do mesmo modo o Direito Penal Militar sofre com certas acusações que são dirigidas ao Direito Objetivo. Neste sentido, é quase um lugar comum afirmar que as leis não têm sido criadas no Brasil com o escopo de servir aos interesses gerais da sociedade, como apregoa a maior parte da doutrina que se encontra profundamente imbuída da idéia de que o Estado visa à promoção do bem-estar social da população em seu conjunto. Pelo contrário, afirma-se que a lei tem servido à satisfação de uma minoria, de determinados segmentos sociais específicos

capazes de influenciar decisivamente o processo de produção legislativa para obter vantagens ou assegurar a manutenção de privilégios. E mais. Argumenta-se que posta em vigor a lei, diante da possibilidade algumas vezes presente de vir a ser utilizada com finalidade distinta da imaginada, os referidos segmentos sociais teriam o poder de interferir também na sua aplicação de modo a garantir que venha a favorecê-los permanentemente.⁵

A crítica acima descrita, devido ao fato de ser dirigida ao Direito como um todo e não especificamente ao Direito Penal e ao Direito Processual Militar, evidentemente não vem sendo explicitada no debate em torno da Justiça Militar. Todavia, é indubitosa a influência que projeta nos diversos arrazoados, conforme constataremos a seguir.

A impunidade é a acusação central dirigida contra a atuação da Justiça Militar. Segundo os críticos da instituição, em função do corporativismo, ela não demonstra capacidade de punir eficazmente os militares que cometem crimes contra civis, razão pela qual foi proposta a criação de lei, restringindo a competência da Justiça Militar estadual de modo que os crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais militares contra civis, mesmo quando os primeiros estiverem em função de policiamento, passem a ser julgados pela Justiça Comum estadual.⁶ O projeto de lei n.º 899/95, cujo autor é o deputado Hélio Bicudo, não faz qualquer referência à Justiça Militar federal, mantendo-a intocada, inclusive, no que tange à sua competência. Justificando-se, afirma Bicudo:

“Não há, a propósito, similitude entre a Justiça Militar das Forças Armadas e a Justiça Militar das PMs. Uma nada tem a ver com a outra. Enquanto numa

*tratam-se infrações e delitos cometidos por militares, enquanto militares, a Justiça Militar das PMs não julga crimes militares, mas crimes comuns praticados em funções eminentemente civis, que são as funções de policiamento.”*⁷

Desse modo, o parlamentar e os setores que parecem apoiar a proposta, grupos de defesa dos direitos humanos e, inclusive, o próprio Ministro da Justiça Nelson Jobim e o Presidente da Câmara dos Deputados Luiz Eduardo Magalhães, seguramente optaram por tentar enfraquecer uma possível resistência à mudança, deixando de incluir qualquer modificação na forma de atuação da Justiça Militar federal.

De acordo com os defensores do Projeto de Lei n.º 899/95, a impunidade dos policiais militares é assegurada basicamente de dois modos: a) primeiramente pela composição do órgão julgador, formado por um Juiz Auditor – togado – e quatro Juizes policiais militares. Haveria, assim, uma tendência irrefreável dos Juizes policiais militares no sentido de absolver os seus pares envolvidos na prática de crimes contra civis cometidos em função de policiamento; b) em segundo lugar, a morosidade excessiva da Justiça Militar estadual também concorreria decisivamente para a impunidade na medida em que conduz os delitos à prescrição.⁸ A tendência do movimento pela mudança na competência da Justiça Militar estadual levaria à restrição de sua atuação apenas aos crimes propriamente militares, tais como: insubmissão, desobediência, deserção, etc.⁹

Argumenta-se também que antes do governo do General Geisel os PMs eram julgados pela Justiça comum. Alude-se à Súmula n.º 297 do Supremo Tribunal Federal (STF) que anunciava:

“oficiais e praças das milícias dos estados no exercício da função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles.”

Esclarecendo a respeito, afirma Bicudo que “foi a partir do chamado ‘Pacote de Abril’, lançado em 1977 pelo então presidente Geisel, que os militares passaram a ser julgados em qualquer caso, pela Justiça Militar’ e conclui: ‘Foi aí que houve a impunidade e, com ela, o aumento da violência.’ “Refere-se o deputado Hélio Bicudo ao fato de que antes não haveria condições de ocorrer crimes como os cometidos por ocasião da invasão do Carandiru (111 mortos).

6. O Contra-Ataque:

As vozes que se levantam contra a redução da competência da Justiça Militar estadual são as de Juizes Auditores a ela vinculados. Eles argumentam no sentido de que a impunidade decorrente da atuação das Justiças Militares não é superior à que se verifica no âmbito de atuação da Justiça Comum. Neste sentido, lembra o Juiz Auditor da Justiça Militar do Estado de Santa Catarina, Dr. Getúlio Corrêa, que “não é a justiça, reitere-se, a responsável pela violência da sociedade civil que assola o país, assim como não se poderia apontar a Justiça Militar federal como a motivadora dos crimes cometidos pelos militares das Forças Armadas no período da ditadura militar, hoje anistiados.” Nega ainda a existência de diferença essencial entre as Justiças Militares federal e estadual, salvo, no que concerne à possibilidade de julgamento de civis na federal, o que é

vedado na estadual. Lembra, também, que ao lado do massacre do Carandiru, onde a impunidade está presente, existem também situações de impunidade na Justiça Comum, e situações em que, no âmbito da Justiça Militar estadual, houve punição dos infratores.¹⁰

Quanto ao problema da lentidão das Justiças Militares estaduais, o Presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais afirma justamente o oposto. Para ele, além da Justiça Militar ser muito mais rigorosa no julgamento é mais ágil, pois “a conclusão dos processos dura em média de dois a três meses e 75% dos réus são condenados.” Lembra ainda que “as modificações propostas podem trazer problemas futuros e são hoje objeto de preocupação dos comandos militares, porque a Justiça Comum, já abarrotada de processos e em dificuldade para dar agilidade aos julgamentos, ficará ainda mais sobrecarregada”. E conclui: “um crime praticado por um militar tem que ser apurado e julgado com rapidez, pois isso reflete, diretamente, sobre a tropa e a credibilidade da PM, além de dar segurança à população.”¹¹

Em nível político mais amplo, enquanto o Ministro da Justiça e o Presidente da Câmara dos Deputados alinham-se à proposta de mudança, o Presidente da República em pronunciamento no Superior Tribunal Militar expôs o ponto de vista de que “a experiência mais do que centenária da Justiça Militar tem mostrado a sua valia”, concluindo que “não vê razões para mudar o ponto de vista que defendeu em 1988 como Senador (durante a Constituinte), pois os tribunais militares têm comprovado atuar com isenção e autonomia.”¹²

7. Conclusão:

A discussão travada entre os setores da sociedade interessados no Projeto de Lei n.º 899/95 possui um evidente cunho político, o que, aliás, é perfeitamente natural e até desejável. Todavia, é simplesmente espantoso que os dois lados, no afã de se posicionarem de modo mais vantajoso no debate perante a opinião pública, façam afirmações sobre o funcionamento da Justiça Militar sem a mínima preocupação em baseá-las em dados confiáveis que possam espelhar efetivamente a realidade. É óbvio que a questão não é acadêmica, porém, a ninguém é dado desconhecer a contribuição que uma investigação isenta do ponto de vista científico poderia proporcionar. Do contrário, consequência inevitável, as partes continuarão a trazer à discussão argumentos sem qualquer comprovação e fundados, apenas, em opiniões pessoais, derivadas da experiência de cada um no trato com a Justiça Militar.¹³

Superar o atual nível do debate exige um esforço no sentido do desenvolvimento de um estudo de natureza comparativa entre os diversos aspectos da atuação das Varas Criminais da Justiça Comum e Justiças Militares. Apenas como sugestão, faz-se necessário, no meu entender, confrontar nas situações que envolvam o cometimento de crimes dolosos contra a vida – no caso das Justiças Militares, quando tratem-se de vítimas civis – o percentual de condenações, absolvições e prescrições; o comportamento do Júri Popular e Conselhos de Justiça; o tempo de tramitação dos processos; qualidade e quantidade das penas aplicadas aos condenados, etc. A partir daí, poderia vir a ser investigada a possível influência das condições econômicas e sociais do acusado e vítima na

aplicação da lei penal. No âmbito da Justiça Militar e no mesmo sentido, se há variações no tocante à aplicação da lei em virtude da patente do acusado ou por ter sido o delito praticado no exercício de função de policiamento, com arma da corporação, etc. Tais informações seriam com toda certeza decisivas para o desenho do papel do Judiciário e para uma avaliação objetiva do grau de impunidade decorrente de seu mau funcionamento. Teríamos desse modo condições de visualizar com muito maior segurança o papel desempenhado na atualidade pelas Justiças Militares e, a partir daí, sugerir as modificações necessárias à melhoria de seu desempenho constitucional.

REFERÊNCIAS

- ¹ Ferraz, Rubem Gomes. "Apontamentos Penais Militares". Boletim de Serviço. Suplemento. p.1/3.; publicado originariamente no Correio Braziliense, Brasília - DF em 19 de fevereiro de 1996.
- ² Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª ed., 1992, p.120.
- ³ Ibid. "o princípio em epígrafe" e o princípio do juiz natural.
- ⁴ Pinto Ferreira, Luiz. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª volume. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1978, p.396.
- ⁵ A respeito a percepção não de um jurista, mas de um cientista social bastante preocupado com a nossa democracia:

"Na confusão, tipicamente oligárquica, entre o direito e o privilégio, a lei, desprovida de sustentação de um Estado democrático que lhe assegure a vigência, só vale como o reflexo direto e imediato dos interesses ou da força daqueles que se empenham em sua aplicação."

"Significa dizer que, na tradição política do país, poucas são as leis de sentido efetivamente geral, reduzindo-se a maioria delas a instrumentos que podem ser utilizados ou não, de acordo com a força dos interesses particulares que com elas eventualmente se comprometam." (Weffort, Francisco

C. *Por qué democracia?* São Paulo: ed. brasiliense, 1ª ed., 1984, p.42).

⁶ A propósito, o Senado rejeitou o referido projeto de lei em sessão do dia 10 de maio passado.

⁷ Hélio Bicudo. *Corporativismo Nefelibata*. Folha de São Paulo, 16 de outubro de 1995.

⁸ "Cada caso leva cerca de dois anos somente para ser julgado na primeira instância. Quando os PMS não são absolvidos, o crime prescreve antes de ser julgado." (Hélio Bicudo. entrevista no *Correio Brasiliense* em 12 de novembro de 1995).

⁹ Só a Justiça Comum pode Acabar com a Impunidade. "Correio Brasiliense, 12 de novembro de 1995.

¹⁰ Exemplifica citando o caso do assassinato praticado pela PM carioca diante das câmeras de televisão, fato que teria sido citado como exemplo de impunidade na Justiça Militar estadual pelo Professor Roberto Romano. Na verdade, segundo ele, o autor do delito sofreu uma condenação superior a vinte (20) anos de reclusão. Folha de São Paulo.

¹¹ O Estado de Minas, 28 de fevereiro de 1996.

¹² Folha de São Paulo, 12 de novembro de 1995.

¹³ O debate tem chegado a níveis espantosamente baixos. A respeito, observem-se as duas intervenções abaixo transcritas:

"A campanha contra a instituição militar é vista pelo presidente do TJM como um problema ideológico do deputado Hélio Bicudo, que segundo acredita, tem a intenção de desestruturar o sistema policial no País com objetivos estratégicos não confessados." Estado de Minas, 28 de fevereiro de 1996.

A afirmação acima, cujo conteúdo baseia-se nitidamente na doutrina de segurança nacional, traduz um claro esforço de indispor a proposta reformadora com os setores sociais politicamente mais conservadores e nenhuma preocupação com a melhoria da prestação jurisdicional.

"O sr. Getúlio Corrêa é juiz auditor da Justiça Militar de Santa Catarina. Nada mais natural que se empenhe na manutenção de um sistema de que é parte." Folha de São Paulo, 16 de outubro de 1995.

É lamentável que o deputado Hélio Bicudo tenha se utilizado do argumento acima transcrito em meio a um debate democrático, que necessita ser o mais amplo possível. Ao investir contra o seu oponente, tentando desqualificá-lo para o debate em torno de idéias, o deputado exime-se de atacar o ponto de vista contrário, situação bastante cômoda.

CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM

Ruy Trezena Patu Júnior

Juiz de Direito Substituto na Capital e Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura da ESMAPE.

UMA ALTERNATIVA À COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS E UMA SOLUÇÃO AO CRESCENTE ACÚMULO DE PROCESSOS NA COMARCA DA CAPITAL

Por duas gestões seguidas, insistimos em defender, junto à Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, a imediata implantação de um centro especializado na promoção de mediações, conciliações e arbitragens na Comarca da Capital.

Independentemente do envio de anteprojeto de lei ao Legislativo e da criação de qualquer órgão, cargo ou despesa, o Judiciário pernambucano poderia, mediante simples resolução editada pelo seu Órgão Especial, criar um serviço auxiliar – não um órgão – voltado exclusivamente para essas atividades.

Bastaria, para tanto, reservar um local adequado, preferencialmente no *Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley* ou nas suas proximidades, e, suprimindo o turno da noite de alguns Juizados Especiais da Capital ou da área metropolitana, de acordo com a necessidade

e a ordem do que apresentar menor movimento nesse expediente, transferir os seus conciliadores para o referido serviço.

Notem que, paradoxalmente, em nível de Juizados especiais, resolver-se-ia um problema administrativo sério, que é a diferença de horário dos seus turnos em relação ao das serventias judiciais. O pessoal do turno da noite, por exemplo, só trabalha durante 3 horas apenas (das 19 às 22:00 horas) e num expediente ocioso em razão do qual não se justifica a sua permanência. Enquanto numa secretaria de vara, pela mesma remuneração, os seus integrantes laboram num turno mínimo de 6 horas e com a expectativa desagradável de passarem para 8.

E por que um centro destinado a conciliações e arbitragens?

De há muito, com base em estatísticas fornecidas pelos então Juizados de Pequenas Causas e em experiências obtidas da prática corriqueira de atividades conciliatórias no exercício da judicatura cível, convencemo-nos de que era chegada a hora de pensar em *soluções alternativas* que, se não resolvessem de uma vez, pelo menos contribuíssem para o desafogo da Justiça Comum e, ao mesmo tempo, permitissem ao povo, com ou sem advogado, o acesso a um meio simples e informal de prestação de Justiça (*lato sensu*) – não somente de prestação jurisdicional, entendida esta, como prestação de Justiça pelos órgãos do Poder Judiciário.

Para consecução de tal desiderato, chegamos à conclusão de que a solução não estaria somente em mudanças estruturais no Poder Judiciário, mas em

caminhos menos onerosos; mormente naqueles esquecidos pelo desuso e onde se priorize a capacidade natural dos próprios demandantes solucionarem, por si sós, as suas pendências. E isto é lógico, pois se a convenção entre particulares é a causa principal geradora de direitos e obrigações na ordem jurídica, porque também não o seria para resolvê-los, extingui-los? Outrora, inclusive, a conciliação prévia era uma fase que pressupunha a interposição de qualquer ação judicial, a ponto de constar um dispositivo na Constituição do Império do Brasil que dizia: “**sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum**” (art. 161).

Todavia, embora reconheçamos a dificuldade de se implementar qualquer modelo alternativo de composição de conflitos intersubjetivos, principalmente diante do princípio constitucional tradicional de que “**A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito**” (art. 5^o, inciso XXV da Constituição Federal), estamos cômicos de nada obstar, sem se revogar esse princípio de controle judicial dos atos ameaçadores ou lesionadores de direitos, a que se quebre o monopólio da prestação jurisdicional. Este, aliás, pelo menos no âmbito da legislação pátria, nunca existiu. O *Juízo Arbitral* e a *transação*, como meios legais postos à disposição dos contendores para solução de seus conflitos, sempre fizeram presença no nosso sistema normativo, e são, inegavelmente, formas de composição de pendências fora da jurisdição e, portanto, do Poder Judiciário. O Código Civil no seu art. 1.030, frise-se, chega mesmo a dar à *transação* o efeito de coisa julgada entre as partes, somente admitindo a sua rescisão por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou à coisa controversa.

Assim, sem transgredir qualquer norma substantiva ou adjetiva, seria perfeitamente viável, aproveitando a experiência dos nossos conciliadores e utilizando os institutos legais supracitados, criar um centro destinado a promover mediações, conciliações e arbitragens em pendências judiciais e extrajudiciais de cunho patrimonial. Não é por acaso que a própria legislação facilitou esse trabalho, possibilitando que, extrajudicialmente, fosse promovida a composição amigável de pendências de qualquer natureza ou valor, independentemente de termo nos autos, em documento homologado por sentença ou referendado pelo Ministério Público (disposição instituída pela Lei 7.244, de 7.11.84, e recepcionada, “*ipsis litteris*”, pelo art. 57 da Lei 9.099, de 26.9.95).

Além do mais, sem prejuízo das atribuições que lhe são inerentes e para um melhor aproveitamento de sua destinação, esse centro funcionaria como escola de treinamento de conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis e, tendo em vista o suprimento de pessoal técnico especializado em perícias judiciais, também, como central de peritos, colocando à disposição dos juízes, no que tange a esta última destinação, um excelente corpo técnico do qual o magistrado poderia escolher os seus peritos com segurança e de acordo com a especialidade técnica de cada um.

Em síntese, expusemos os propósitos e as fontes inspiradoras do Centro de Conciliação e Arbitragem, sugerido em anteprojeto de resolução entregue à Presidência do nosso E. Tribunal de Justiça. Resta, doravante, esperar que o fruto brote, caso tenha conteúdo vivificante. Porém, se dele nada se aproveitar,

resta-nos o consolo de ter pelo menos ousado e tentado contribuir para o prestígio do Poder Judiciário na esteira daqueles que entendem que a atividade de mediar, conciliar e compor conflitos deve ser exaltada e disseminada entre o povo.

Para conhecimento mais detalhado do anteprojeto, inclusive para se permitir o oferecimento de críticas e sugestões, transcrevemos, na íntegra, o seu conteúdo.

Ei-lo:

ANTEPROJETO DE RESOLUÇÃO Nº 196.

EMENTA: *Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Centro de Conciliação e Arbitragem da Comarca do Recife – CCA..*

O Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, no exercício de suas atribuições legais e regimentais, faz saber que o Órgão Especial,

considerando que a Lei Federal nº 9.245, de 26 de dezembro de 1995, introduziu, no procedimento sumário, o princípio da audiência prévia de conciliação, prevendo, expressamente, que juiz pudesse ser auxiliado por conciliador;

considerando a viabilidade de repetir-se nas varas cíveis da Capital o sucesso obtido pela conciliação nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que se lhes proporcione estrutura semelhante a desses órgãos, munindo-as do apoio de pessoal especializado na atividade conciliatória;

considerando a inexistência, por outro lado, de serviços especializados na promoção de acordos extrajudiciais, arbitragem e perícias na estrutura do Poder Judiciário, a fim de atender ao disposto no art. 57, da Lei Federal nº 9.099, de 26.09.95, e nos arts. 18, § 2º, 606 a 607, 946 a 981, e 1.072 e segs., do Código de Processo Civil, além de outros dispositivos do Código Comercial;

considerando, finalmente, a experiência exitosa dos chamados Juizados Informais de Conciliação na prevenção de litígios e de acúmulo de processos em muitas Comarcas,

aprovou a seguinte Resolução:

I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º – Fica criado na Comarca do Recife o **CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM – C. C. A.**, com organização e funcionamento disciplinados na presente Resolução, destinado a promover mediações, conciliações e arbitragens em pendências judiciais e extrajudiciais de cunho patrimonial, exceto nas de natureza alimentar, falimentar, fiscal, trabalhista e relativas à competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a acidente de trabalho, a resíduos, ao estado e capacidade das pessoas e, bem assim, àquelas em que houver interesse da Fazenda Pública.

Parágrafo único – Sem prejuízo das atribuições que lhe são próprias, o Centro funcionará como escola de treinamento para conciliadores dos Juizados

Especiais Cíveis em funcionamento no Estado de Pernambuco e, tendo em vista o suprimento de pessoal técnico especializado em perícias judiciais, também como central de peritos.

Art. 2º – O Centro de Conciliação e Arbitragem da Comarca do Recife funcionará diariamente das 7:00 às 22:00 horas, em local adequado escolhido pela Presidência do Tribunal de Justiça, preferencialmente no *Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley* ou nas suas proximidades.

Art. 3º – A conciliação poderá ser judicial e extrajudicial, abrangendo, para os fins desta Resolução, a mediação e a transação; a arbitragem, por sua vez, compreende o juízo arbitral, decorrente do compromisso, e todas as formas de arbitramentos legais ou convencionais.

II

DAS ATRIBUIÇÕES

Art. 4º Respeitadas as exceções previstas no art. 1º, *caput*, são atribuições do Centro de Conciliação e Arbitragem:

I – No âmbito da atividade conciliatória:

a) auxiliar os juizes das varas cíveis da Capital, tentando, a pedido e sob orientação indireta destes, no início das audiências de conciliação das ações de procedimento sumário, na forma prevista no art. 277, § 1º, do CPC, conciliar as partes nas causas que versarem sobre direitos disponíveis;

b) mediar e promover acordos extrajudiciais, a pedido de pessoas físicas ou jurídicas, condomínios, espólios e outros entes personalizados sujeitos de direitos e obrigações, em contendas de qualquer natureza e valor sobre as quais a lei admita a transação, inclusive naquelas submetidas à apreciação da Justiça.

II - No âmbito da atividade arbitral:

a) arbitrar, em decorrência de indicação expressa em compromisso escrito celebrado entre pessoas capazes de contratar, na forma prevista no Capítulo XIV, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil, pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita a transação;

b) proceder ao arbitramento por determinação judicial, nos casos em que a lei autoriza, e, informalmente, por convenção dos interessados, em pendências em que não se exija a produção de provas e cujos direitos sejam equivalentes e controvertidos à vista da legislação em vigor, recomendando decisão por equidade.

III

DOS PROCEDIMENTOS

Capítulo I

DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL

Art. 5º - Nas audiências de conciliação, das causas regidas pelo *procedimento sumário* que tratem de direitos disponíveis, o juiz poderá ser auxiliado por conciliador, desde que solicite previamente ao Centro

através de ofício instruído com a pauta das audiências especialmente designadas com essa finalidade.

§ 1º - O conciliador só atuará no início das audiências em que houver o comparecimento pessoal de ambos os litigantes ou de seus prepostos com poderes para transigir, e pelo tempo razoável à formalização da conciliação, passando a condução dos trabalhos à autoridade judicial assim que concluir a lavratura do termo respectivo ou, de logo, se não obtida a transação.

§ 2º - Obtida a conciliação, o termo respectivo, assinado pelas partes ou seus procuradores habilitados e homologado pelo juiz, terá valor de título executivo judicial.

Capítulo II

DA CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Seção I

Do Pedido

Art. 6º - O pedido de conciliação extrajudicial será feito através do preenchimento de formulário próprio assinado pelo interessado na secretaria do Centro de Conciliação e Arbitragem ou, diretamente, na secretaria da vara onde for instituído o Juizado Informal de Conciliação previsto nesta Resolução.

§ 1º - Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível:

- I – o nome, a qualificação e o endereço dos contendores;
- II – os fatos e fundamentos jurídicos, em forma sucinta;
- III – o pedido e, se for o caso, a sua estimativa em dinheiro;
- IV – a identificação da ação, se a contenda é objeto de litígio.

§ 2º – Os requisitos previstos nos incisos II e III serão dispensados se o pedido for reduzido a escrito na secretaria da própria vara onde tramita o processo em relação ao qual se pede a conciliação extrajudicial.

§ 3º – O pedido, quando formulado no CCA, será instruído com os documentos necessários à prova do alegado.

§ 4º – Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a secretaria designará a sessão de conciliação, notificando-se os interessados.

Art. 7º – As notificações aos interessados para fins de promoção de conciliação extrajudicial, far-se-ão por via postal com aviso de recebimento e, sendo relativas a pendência judicial, também através do Diário do Poder Judiciário, podendo ainda, em havendo conveniência, ultimarem-se por meio do próprio autor ou de pessoa idônea por ele apresentada. Nesta última hipótese, a secretaria do Centro entregar-lhe-á o respectivo expediente mediante protocolo.

Parágrafo único – A notificação veiculada por instrumento conterà cópia do pedido e informará o dia e a hora da sessão respectiva.

Seção II

Das Sessões de Conciliação

Art. 8º – As sessões de conciliação realizar-se-ão no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar do registro do pedido respectivo na secretaria, às quais deverão comparecer os contendores ou seus procuradores habilitados a conciliar ou transigir.

Art. 9º – Comparecendo espontaneamente ambos os contendores, instaurar-se-á, desde logo, a sessão de conciliação, dispensado o registro prévio do pedido.

Art. 10 – Nas sessões, o conciliador, inicialmente, esclarecerá os interessados sobre as vantagens da composição amigável da contenda, especialmente da possibilidade de trazer a termo outras questões pendentes e não postas em juízo, mostrando-lhes o ônus, os riscos, as formalidades e as conseqüências do litígio.

Parágrafo único – Não obtida a composição, o conciliador exortará os contendores a optarem pela arbitragem informal, se a natureza da pendência sugerir, ou pelo juízo arbitral, na forma prevista na Lei.

Art. 11 – Se nas sessões marcadas para os fins deste Capítulo, os contendores optarem pelo juízo arbitral, o conciliador encaminha-los-a, juntamente com os documentos de que dispuser e o compromisso por ele lavrado e assinado por duas testemunhas, ao(s) árbitro(s) nomeado(s).

Parágrafo único – Optando os contendores pela arbitragem informal da pendência posta à sessão, total

ou parcialmente, o conciliador, após a aceitação do encargo pelo árbitro escolhido, lavrará o termo de transação com a cláusula correspondente, como dispõe o art. 15, passando-lhe os autos para que complemente o acordado através do apensamento de sua decisão ao título.

Art. 12 – A frustração da tentativa de conciliação, o não comparecimento deliberado de quaisquer dos contendores à sessão, a desistência ou qualquer outro impedimento ao direito de ação previsto em lei, implicará no arquivamento imediato do pedido, com a devolução dos documentos que houver ao requerente.

Seção III

Da Conciliação em Pendências Judiciais

Art. 13 – O Centro, excepcionalmente, e na sua própria sede, promoverá acordos extrajudiciais de litígios judiciais pendentes, independentemente do encaminhamento dos autos respectivos, designando a sessão de conciliação e notificando as partes e seus advogados, na forma prevista no art. 7º, pelas informações processuais obtidas da Corregedoria Geral ou, diretamente, da secretaria da vara a que estiver afeto o litígio.

Art. 14 – O Centro de Conciliação e Arbitragem poderá promover acordos extrajudiciais nos feitos patrimoniais das varas cíveis onde for instituído, pela Presidência do Tribunal de Justiça, o Juizado Informal de Conciliação-JIC, no horário das 7:00 às 12:00 horas, sem prejuízo do regular andamento dos processos e do exercício da atividade judicante.

Seção IV

Das Disposições Gerais

Art. 15 – O acordo extrajudicial será promovido pelo conciliador a quem o pedido for distribuído e será tomado por termo em documento público que, assinado pelo devedor, pelos transatores ou seus procuradores habilitados, valerá como título executivo (art. 585, II, do CPC).

Parágrafo único – Considera-se público o documento assinado pelo conciliador e pelos transatores, ou por aquele e seus procuradores habilitados, pelo menos.

Art. 16 – O acordo extrajudicial lavrado nas dependências do Centro, cuja questão transacionada não seja objeto de ação judicial em andamento, poderá ser homologado no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial (art. 57 da Lei Federal nº 9.099, de 26.09.1995); existindo, todavia, ação judicial pendente, a secretaria do Centro encaminhará o instrumento de composição amigável ao juízo que presidir o feito para o mesmo fim (art. 269, III, do CPC).

Parágrafo único – Optando a parte interessada pela homologação judicial do acordo extrajudicial, o pedido neste sentido será processado de acordo com as disposições do Capítulo I do Título II do Livro IV, do Código de Processo Civil, no juízo competente (art. 1.103, CPC).

Art. 17 – Para o implemento dos acordos, os conciliadores poderão se valer do auxílio de peritos e de informações e documentos fornecidos por repartições públicas e privadas, inclusive certidões, traslados ou reproduções de livros e autos das secretarias e cartórios judiciais e extrajudiciais.

Capítulo III

DA ARBITRAGEM

Seção I

Do Juízo Arbitral

Art. 18 – A instituição do Juízo Arbitral terá início no Centro com o recebimento, pela secretaria respectiva, do pedido, ou dos autos de processo judicial, instruído com o compromisso lavrado nos termos do art. 1.074 do Código de Processo Civil, e que nomeie, como árbitro(s), dentre os indicados na forma do art. 22, devendo processar-se na conformidade da legislação pertinente.

Parágrafo único – Havendo processo judicial pendente, no caso de pedido registrado diretamente no Centro, o presidente ou o árbitro nomeado, comunicará ao juiz do feito a instituição do juízo arbitral, enviando-lhe a cópia do compromisso para os fins previstos no art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil, e requerer-lhe-á, no mesmo expediente, a entrega dos autos mediante recibo e independentemente de traslado (art. 1.089, CPC).

Seção II

Do Arbitramento

Art. 19 – A liquidação por arbitramento, bem como as operações de divisão e do traçado da linha demarcanda, nas ações de divisão e demarcação de terras particulares, em processos cíveis da Comarca da Capital, serão realizadas por peritos do Centro, de acordo com a legislação processual (arts. 18, § 2º, 606 a 607 e 946 a 981, do CPC), sendo os mesmos escolhidos pelos juízes, atendendo às prescrições previstas no art. 24.

Art. 20 – O Centro poderá proceder ao arbitramento, sem a formalidade prevista para a instituição do Juízo Arbitral, na hipótese prevista na alínea “b”, 2ª parte, do inciso II, do art. 4º, desta Resolução, quando assim requerem os interessados, em virtude de contrato ou transação judicial e extrajudicial, devendo o pedido processar-se, quando não se der em sessão do próprio Centro ou de Juizado Informal de Conciliação, de acordo com o art. 18, no que for aplicável, e a decisão apensar-se ao instrumento de convenção como parte integrante do mesmo.

IV

DOS CONCILIADORES, DOS ÁRBITROS E DOS PERITOS

Art. 21 – Os conciliadores, auxiliares da justiça, conforme mandamento do art. 7º da Lei nº 9.099, de 26.09.1995, exercerão as funções que lhes são próprias também no Centro de Conciliação e Arbitragem criado pela presente Resolução, promovendo conciliações,

transações e compromissos, e auxiliando, quando designados, os juízes das varas cíveis da Capital para o pleno cumprimento do disposto no art. 277, § 1º, do Código de Processo Civil.

Art. 22 – Os árbitros, juízes de fato e de direito cujas decisões não ficam sujeitas a recursos, salvo se o contrário convencionarem as partes, serão nomeados dentre advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, após indicação da Presidência e aprovação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

§ 1º – Aplicam-se aos árbitros, no que couber, as normas do Código de Processo Civil relativas a impedimentos, suspeições, deveres e responsabilidades dos juízes (arts. 1.079 e 1.083, do CPC).

§ 2º – O árbitro tem direito a receber os honorários que ajustou pelo desempenho da função. À falta de acordo ou de disposição especial no compromisso, o árbitro, depois de apresentado o laudo, requererá ao juiz competente para a homologação que lhe fixe o valor dos honorários por sentença, valendo esta como título executivo (art. 1.084, do CPC).

Art. 23 – Os peritos, nomeados pela Presidência do Tribunal dentre profissionais liberais que estejam regularmente inscritos na corporação profissional respectiva e que gozem de idoneidade moral e notório conhecimento técnico, serão remunerados por honorários fixados pelo juiz ou livremente convencioneados pelas partes, quando fizerem uso de seus pareceres, trabalhos técnicos e decisões em perícias extrajudiciais ou judiciais e em arbitramentos.

Art. 24 – Sem prejuízo das extrajudiciais, as perícias judiciais na Comarca da Capital serão elaboradas por peritos nomeados pelos juízes dentre os que tenham exercício no Centro, considerando as aptidões inerentes à sua profissão, segundo dados qualificativos constantes de catálogo expedido pela administração do Centro periodicamente.

Parágrafo único – Quando, porém, o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido dentre os técnicos lotados em estabelecimentos oficiais especializados.

V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 25 – Onde não for instituído o Juizado Informal de Conciliação pela Presidência do Tribunal de Justiça, os Juízes, inclusive os das comarcas do interior, poderão instituí-lo, conduzindo pessoalmente as audiências marcadas para esse fim fora do expediente forense normal (art. 14).

Parágrafo único. O Centro de Conciliação e Arbitragem dará a orientação e o apoio técnico que estiverem ao seu alcance e o Tribunal de Justiça ou a Corregedoria Geral assegurarão o apoio material indispensável.

Art. 26 – Servirão no Centro de Conciliação e Arbitragem da Comarca do Recife, os conciliadores e secretários em excesso deslocados dos Juizados

Especiais Cíveis em funcionamento no Estado, bem como aqueles cujos cargos forem criados por lei para esse fim.

Parágrafo único – Quando insuficientes esses servidores, o Presidente do Tribunal poderá suprimir um dos turnos dos juizados, de acordo com a necessidade e a ordem do que apresentar menor movimento no último expediente, os quais passarão a funcionar das 7 às 13:00 e das 13 às 19:00 horas, ininterruptamente.

Art. 27 – A Presidência do Tribunal de Justiça e a Corregedoria Geral da Justiça providenciarão, no prazo de noventa (90) dias após a publicação desta Resolução, todas as medidas administrativas necessárias visando à implantação do Centro de Conciliação e Arbitragem na Comarca da Capital.

Parágrafo único – No mesmo período, desencadear-se-á ampla campanha publicitária de divulgação das atividades do Centro, destacando-se, principalmente, a especialização do serviço de promoção de conciliações extrajudiciais e arbitragens.

Art. 28 – Os procedimentos instituídos pela presente Resolução, no âmbito das atribuições do Centro, serão isentos do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Art. 29 – Os árbitros e peritos nomeados para prestarem serviço público relevante aos que se dirigirem ao Centro, não manterão qualquer vínculo de natureza trabalhista ou estatutária com a Administração do Poder

Judiciário do Estado de Pernambuco, sendo agentes honoríficos a serviço da Justiça Estadual.

Parágrafo único – Ficam, porém, quando no exercício de suas funções, ou em razão delas, equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

Art. 30 – A administração do Centro e sua rotina burocrática serão estabelecidas e regulamentadas por portaria da Presidência do Tribunal de Justiça.

Art. 31 – Esta Resolução entrará em vigor noventa (90) dias após a sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Recife, / / de 1996.



ESMAPE

Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco

Av. Martins de Barros, 593 - St^o Antônio - Recife - PE

Fone/Fax: (081) 424.1193