AS AÇÕES AFIRMATIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

Roberta Fragoso de Medeiros Menezes*

RESUMO: O artigo traz estudo a respeito das ações afirmativas, isto é, a adoção de medidas governamentais compensatórias destinadas a promoção do princípio da igualdade material quanto às minorias historicamente desfavorecidas, visando assim a redução de disparidades entre raças, sexos e etnias.

PALAVRAS-CHAVE: ações afirmativas, princípio da igualdade, igualdade material, fixação de cotas, raça, sexo, etnia, mulheres, deficientes físicos, índios, afrodescendentes.

1. INTRODUÇÃO

Parafraseando o Padre Antônio Vieira, quando disse "mais valem os desacertos do intento do que as certezas da inércia" é que iniciaremos o estudo sobre as ações afirmativas e a forma pela qual vêm se desenvolvendo na sociedade brasileira. De forma corajosa, ainda que tímida, inicia-se o debate acerca da adoção de medidas compensatórias destinadas à promoção do princípio da igualdade material quanto às minorias historicamente desfavorecidas.

Estudar a opção governamental de promover ações destinadas a reduzir as desigualdades entre raças, sexos e etnias traz em seu bojo a necessidade de contextualizá-la, observando-se a evolução do pensamento neutro do Estado liberal clássico para a nova realidade, em que se exige do Estado uma forma de agir participativa, visando a minimizar os efeitos perversos da outrora abstenção.

Historicamente, não houve uma relação necessária entre a liberdade e a igualdade, embora tivessem caminhado próximas e aparecessem como produtos do espírito da Revolução Francesa. Enquanto que a liberdade pressupunha o indi-

* Especialista em Direito Econômico e Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, Mestranda em Direito Público pela Universidade de Brasília - Unb.

vidualismo, o conflito e a pluralidade, a igualdade se referia ao todo, à harmonia, ao monismo. "Para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento da personalidade mais pobre e menos dotada; para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares", converge Bobbio (1994:39).

As Revoluções Liberais do final do século XVIII[1] buscaram imprimir um conceito formal ao princípio da igualdade, reduzindo-o à fórmula de igualdade *perante a lei* – deve a lei ser aplicada uniformemente – e igualdade *na lei* – ao legislador não é permitido estabelecer distinções arbitrárias e não autorizadas pela Constituição.

As Constituições surgem, destarte, como a garantia da liberdade dos cidadãos. O Estado liberal pregava a limitação do Estado em duplo aspecto: quanto aos poderes, gerando o Estado de Direito; quanto às funções, gerando o Estado mínimo. Adam Smith, representante típico do liberalismo econômico, afirmava que o Estado possuía apenas três deveres: proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades, estabelecer uma adequada administração da justiça e erigir e manter certas obras e instituições públicas que nunca seriam do interesse de qualquer indivíduo (ou de um pequeno número), porque o lucro não reembolsaria as despesas. Quanto menor fosse a presença do Estado dentro de uma sociedade, maior seria a liberdade dos indivíduos: "a essência estatal esgota-se numa missão de inteiro alheiamento e ausência de iniciativa social" (BONAVIDES, 1972: 4).

O problema da concepção liberal foi que esta partiu de uma referência negativa do papel do Estado no domínio econômico, o que nem sempre é correto; pelo contrário, muitas vezes é fundamental para o bom andamento da economia e o perfeito cumprimento dos direitos individuais. O funcionamento do regime liberal pressupunha uma certa igualdade, requerendo também uma competição equilibrada. Como tais pressupostos nunca foram al-

[1] A forma de pensar a igualdade na época da Revolução Francesa poderia ser resumida no discurso proferido em 23 de julho de 1795, por Boissy d'Anglas (*Apud* SOBOUL, 1974: 399/400): "Deveis garantir a propriedade do rico. A igualdade civil, eis tudo quanto o homem razoável pode exigir. A igualdade absoluta é uma quimera; para que pudesse existir, seria necessário que houvesse uma igualdade total de espírito, de virtude, de força física, de educação, de fortuna. Devemos ser governados pelos melhores; os melhores são os mais instruídos e os mais interessados na manutenção das leis; ora, com poucas exceções, não encontrareis homens desse tipo senão entre os que, possuindo uma propriedade, estão vinculados ao país que a encerra, às leis que a protegem, à tranqüilidade que a conserva. Um país governado pelos proprietários está dentro da ordem social; o país onde os não proprietários governam acham-se em estado de Natureza".

cançados, houve a crise do liberalismo, caracterizada pela depressão econômica entre as duas grandes guerras e os desequilíbrios internacionais do presente. A "mão invisível" de Adam Smith poderia ter sido eficaz numa economia com muitos competidores essencialmente em pé de igualdade, mas apresenta pouca relevância em um sistema econômico no qual as decisões de uns poucos conglomerados e as do governo afetam a renda e as oportunidades de emprego de todos os cidadãos.

A formulação econômica de Keynes, implementada pelo New Deal, representou que um Estado organizado pode estabilizar, estimular e dirigir o rumo da sua economia sem apelar para a ditadura e sem substituir o sistema baseado na propriedade. Recria-se a concepção de que a economia e a política estão indissoluvelmente ligadas, afirmando que a intervenção é uma forma de restabelecimento do equilíbrio, em que são conciliados os dois maiores fatores de estabilidade econômica: a iniciativa privada e a ação governamental. Esta, sem interromper a atividade particular, procura distribuir seus frutos de uma forma mais justa, com o fim de atender ao interesse coletivo.

A idéia inicial negativa de liberdade, como a ausência de interferência do Estado, é substituída pelo conceito positivo de liberdade, como a presença de oportunidades que devem ser oferecidas pela ação adequada e conveniente do governo. O advento do Estado Social trouxe uma nova dimensão ao princípio da igualdade, concedendo-lhe feição marcadamente material, no rumo da chamada "discriminação positiva"[2]. As ações afirmativas surgem, destarte, da necessidade de se formularem políticas públicas e privadas visando a promover a igualdade das oportunidades.

O estudo da evolução do Estado Liberal é importante para situarmos a adoção de políticas afirmativas. As críticas ao excesso de individualismo, intrínseco ao regime liberal clássico, farão surgir uma nova percepção acerca das funções do Estado, trazendo elementos sociais quando outrora predominavam os elementos econômicos. Assumindo uma nova postura, o Estado abandona a posição de neutralidade e de

[2] Como esclarece Maren Guimarães Taborda (1998:257): "A feição do Estado, antes liberal, onde os direitos fundamentais de liberdade pessoal, política e econômica constituíam um limite à intervenção estatal, mudou para sempre: surgem os direitos sociais como conseqüência direta das lutas dos trabalhadores, representando direitos de participação no poder político e na distribuição de riqueza social. A gradual interação do Estado com a sociedade civil acabou por alterar a sua forma jurídica, os processos de legitimação e a estrutura da Administração. Com o desenvolvimento capitalista e adoção de novas tecnologias, associados à concentração de mão-de-obra nos centros urbanos, ao ascenso das classes trabalhadoras e ao aparecimento das doutrinas socialistas e da doutrina social cristã (de larga repercussão histórica), combinado com a universalização do sufrágio e organização dos partidos, além do crescente intervencionismo estatal nas relações privadas, surge uma nova forma de Estado, o chamado Estado Social".

mero espectador dos problemas sociais e passa a desenvolver postura ativa, buscando concretizar materialmente o princípio da igualdade [3].

Estudar as ações afirmativas significa conceber a reversão do conceito jurídico do princípio da igualdade em favor das minorias. De uma feição estritamente formal, proibindo condutas discriminatórias, chegar-se à igualdade material, substancial, conduzindo a ações que promovessem a igualação jurídica. A desigualdade fática a ensejar uma política corretiva por parte de entidades públicas e privadas. A partir da análise da realidade, formulam-se programas aptos a minimizar o preconceito, desfazendo os mitos existentes na sociedade brasileira, como o da fragilidade da mulher, a preguiça dos índios, a democracia racial.

É necessário conclamar a sociedade brasileira a enfrentar a questão da discriminação de forma séria, formulando propostas de inserção no mercado de trabalho e na educação daqueles que durante muito tempo foram alijados do processo produtivo. Não se trata de assumir posturas beneficentes ou benévolas. Quer-se, apenas, o reconhecimento do débito de sucessivas gerações preconceituosas, seja quanto à capacidade de trabalho da mulher, seja a herança da escravidão para os afrodescendentes. Se as políticas afirmativas reservarão oportunidades para as minorias, concedendo-lhes igualdade no ponto de partida, será o mérito de cada um deles que assegurará a permanência no espaço conquistado.

2. AS AÇÕES AFIRMATIVAS

No ano de 1965, o então Presidente norte – americano Lyndon B. Johnson utilizou pela primeira vez a expressão "Ação Afirmativa" em uma ordem executiva federal, de número 11.246. Todavia, a idéia de reduzir as desigualdades pela intervenção do Estado na ordem social já estava presente em outros sistemas normativos, como por exemplo, na primeira Constituição da Índia, em 1948, quando nesta se previam medidas especiais para a inserção dos *Dalits* no ensino superior e no funcionalismo público, reservando-lhes assentos.

[3] Assim leciona Joaquim Barbosa Gomes (2001a: 131): "Como se vê, em lugar da concepção 'estática' da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção 'dinâmica', 'militante' de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos interesses das pessoas socialmente desfavorecidas".

Carmen Lúcia Antunes Rocha (1996:87) esclarece que coube àquela autoridade norte-americana inflamar o movimento que ficou conhecido como *affirmactive action*, comprometendo organizações públicas e privadas em uma nova prática do princípio constitucional da igualdade no Direito.[4]

A reserva de vagas, conquanto retratem o mecanismo mais visível das políticas afirmativas, não traduzem todo o seu conteúdo. A fixação de cotas funciona como uma das fórmulas existentes na aplicação da política de proteção às minorias desfavorecidas, mas existem outras modalidades, a saber: bolsas de estudo, reforço escolar, programas especiais de treinamento, linhas especiais de crédito, estímulos fiscais diversos. Bastante criticado, o sistema de cotas é simplista, porque monofásico, levando em consideração apenas um fator (seja sexo, raça, etnia) para a inclusão dos desfavorecidos como beneficiados das políticas afirmativas. O ideal seria a conjugação de critérios, como por exemplo, raça e situação econômica desfavorável.

Nos Estados Unidos da América o sistema de cotas praticamente não é mais utilizado. Edley Jr. destaca (Apud MENEZES, 2001: 31): "Cotas – significando camisas-de-força numéricas rígidas – são absolutamente vedadas (*illegal*) pela Constituição e pela legislação relativa aos direitos individuais (*civil rigths statutes*), exceto em sentenças judiciais bastante incomuns e limitadas quando um juiz considera ter sido o acusado renitente ou hostil e parece não haver nenhuma outra solução disponível para corrigir uma discriminação duradoura e comprovada".

A importância da fixação de cotas no Brasil advém do fato de trazer à discussão um tema que durante muito tempo foi considerado anátema no pensamento ocidental, como o racismo. Para Dworkin (2000: 440), se a fixação de cotas são repugnantes, "só podem ser por motivos que tornam ainda mais repugnantes as realidades sociais subjacentes que os programas atacam". Se antes as políticas desenvolvidas pelo governo ou pelas empresas eram aplicadas de forma

[4] E assim prossegue a autora (1996:87) "a expressão passou a significar a exigência de favorecimento de algumas minorias socialmente inferiorizadas, vale dizer, juridicamente desigualadas, por preconceitos arraigados culturalmente e que precisavam ser superados para que atingisse a eficácia da igualdade preconizada e assegurada constitucionalmente na principiologia dos direitos fundamentais. Naquela ordem se determinava que as empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a uma 'ação afirmativa' para aumentar a contratação dos grupos ditos minorias, desigualados social e, por extensão, juridicamente. A mutação produzida no conteúdo daquele princípio, a partir da adoção da ação afirmativa, determinou a implantação de planos e programas governamentais e particulares, pelos quais as denominadas minorias sociais passavam a ter, necessariamente, percentuais de oportunidades, de empregos, de cargos, de espaços sociais, políticos, econômicos, enfim, nas entidades públicas e privadas".

aparentemente neutra, sem levar em consideração fatores como sexo, raça, etnia, deficiências de toda ordem, origem nacional, a adoção das ações afirmativas revela a necessidade de minimizar a herança histórica de exclusão na sociedade de determinados grupos, chamados minoritários, a despeito de sua efetiva participação numérica na composição da sociedade. Joaquim Barbosa Gomes (2001a:135) conceitua as ações afirmativas como "um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais, como a educação e o emprego".

Impende destacar que não basta pertencer às minorias para poder ser alvo das políticas afirmativas. É preciso que se demonstre que aquela minoria sofreu, e vem sofrendo, exclusões, discriminações, ao longo da história. Deve-se ainda comprovar que a simples evolução social não irá trazer qualquer tipo de mudança significativa quanto à exclusão perpetrada. Do contrário, poder-se-ia supor que quaisquer grupos sexuais, raciais ou étnicos teriam direitos às cotas proporcionais de oportunidades. Para tanto, observam-se os dados relativos à exclusão social trazidos pelos institutos de pesquisa, como o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA -, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, dentre outros.

Ainda que a implementação de programas especiais para determinados grupos desfavorecidos possa vir a reforçar a consciência da diferença, da existência de raças em oposição, de um modo geral se pode afirmar que os ganhos com a inclusão social excederão os aparentes prejuízos que, em um primeiro momento, a discussão do problema pode ocasionar[5].

Com a adoção das medidas afirmativas, objetiva-se fomentar a participação dos entes discriminados em áreas em que dificilmente conseguiriam ter acesso.

[5] Roberto Martins, Presidente do IPEA, discutindo o Projeto de Lei nº 650/99 (SENADO FEDERAL: 2002), afirmou com exatidão: "A história de outros países mostra que há diferenças de comportamento no momento em que o negro começa a progredir. As formas mais violentas de racismo e de ódio racial não são normalmente verificadas no período da escravidão, mas no período pós-escravidão. Nos Estados Unidos, ocorreu isso, claramente. O Klu Klux Klan não surgiu na escravidão, mas depois, quando os negros começaram a transformar-se numa ameaça, a disputar com os brancos os empregos, as posições na sociedade. Existe a possibilidade de que a classe média branca que tenha o seu filho excluído de uma universidade porque um negro ingressou por meio de um sistema de quotas se torne furiosa. Mas se trata de uma questão a ser enfrentada por uma sociedade que quer promover a igualdade racial".

Acaso a estratégia de combate à discriminação se limitasse à adoção de normas meramente proibitivas do preconceito, fatalmente os objetivos não seriam alcançados. Depreende-se ainda como meta das ações afirmativas chegar a um resultado de maior diversidade e representatividade das minorias desfavorecidas em áreas em que geralmente não existe representação ou então quando esta ocorre de forma deficiente (por exemplo, nos chamados "cursos de elite", como Direito, Medicina, Engenharia).

Aumentar a participação das minorias em determinadas camadas da sociedade servirá como estímulo ao aumento da auto-estima, reduzindo sentimentos de injustiça, frustração e constrangimento. Além disso, servirá como exemplo para os demais representantes das classes alijadas, sinalizando positivamente quanto aos obstáculos a seres superados.

O argumento de que as políticas afirmativas devériam levar em consideração apenas a questão econômica e proteger os deprovidos de recursos financeiros é falho, porque terminaria por não promover a inserção na sociedade daqueles que foram alijados ao longo da história. Não se trata de políticas de assistência social. Deve-se ter uma consciência da raça, do sexo, da etnia que se pretende alcançar, sob pena de os resultados não promoverem a efetiva integração daqueles grupos à sociedade[6].

Um dos problemas apontados pelos opositores das ações afirmativas é a possibilidade de que estas terminem por ensejar a 'discriminação reversa', ou seja, a discriminação daqueles indivíduos que não foram favorecidos pela política governamental. A fragilidade do argumento está ligada ao fato de que é próprio

[6] Dworkin (2000: 441/2), comentando a decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana no caso *University of California Regents v. Bakke* (1977), na qual se examinava a constitucionalidade da fixação de cotas destinadas à admissão de mais estudantes negros na escola de medicina, esclarece: "Se os que administram os padrões de admissão compreenderem que seu objetivo imediato é aumentar o número de negros na escola, usarão a raça como critério ao fazer os vários julgamentos subjetivos que os critérios explícitos exigirão (...). A recomendação pode significar, por outro lado, que a escola deveria adotar algum objetivo que não se baseasse em critérios raciais, como aumentar o número de estudantes desfavorecidos de todas as raças e, então, esperar que esse objetivo produza, como efeito colateral, um aumento no número de negros. Contudo, mesmo que essa estratégia seja menos hipócrita (o que está longe de ser claro), ela quase certamente fracassará, pois nenhum objetivo diferente, escrupulosamente administrado, sem consciência de raça, aumentará significativamente o número de estudantes negros (...). Suponha, por exemplo, que a escola de medicina reservasse vagas para candidatos 'em desvantagem' em um teste racialmente neutro, como a pobreza, permitindo que apenas candidatos assim desfavorecidos competissem por elas. Se a escola selecionar nesse grupo os que tiverem melhores notas nos testes de aptidão para a escola de medicina, não aceitará quase nenhum negro, pois os negros têm notas relativamente baixas, mesmo comparados com os que se encontram em desvantagem econômica".

das normas estabelecer critérios de desigualações. O alcance do princípio da igualdade reside justamente em impedir *determinadas* desequiparações[7].

Sendo o fator de discrímen raça, ou sexo, plenamente justificável é a implementação de medidas que visem a sanar os danos oriundos do preconceito histórico. Se aos negros ou às mulheres não foi reconhecida a igualdade quanto às oportunidades, tal exclusão se deu por fatores ilegítimos, gerados pelo desprezo e pela consciência equivocada, porém retransmitida de geração a geração, de que representavam indivíduos intelectualmente desqualificados ou inferiores. De qualquer sorte, a política afirmativa não exclui o mérito na apreciação dos candidatos pertencentes aos grupos não-favorecidos, podendo estes competir com indivíduos em igualdade de condições nas vagas não destinadas às minorias.

2.1. As ações afirmativas no Direito Brasileiro

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade, proclamado pelas Constituições anteriores apenas formalmente, passa a ter uma dimensão material, com o fito de garantir a efetiva participação de todos na construção de uma sociedade livre de preconceitos. O constituinte possibilitou ações concretas visando a alcançar a igualdade como direito fundamental de todos.

No artigo 3º estão arrolados verbos que implicam uma postura positiva do Estado, designando um comportamento ativo na busca da concretização da igualdade positivada no texto constitucional. Ainda os dispositivos contidos nos incisos I do artigo 5º, os incisos XX, XXX e XXXI do artigo 7º, o inciso VIII do artigo 37, o inciso VII do artigo 170, todos da Constituição Federal de 1988, atuam como normas garantidoras da igualdade sob o ângulo substancial.

No âmbito da proteção internacional aos Direitos Humanos, o Brasil ratificou vários tratados nos quais se encorajava explicitamente a adoção das ações afirmativas. Merecem destaque as Convenções sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999). O

7 Celso Antônio Bandeira de Mello (1993: 81/2) esclarece: "Se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir 'correlação lógica' entre o fator de discrímen tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrímen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade (...). Logo, existindo a relação de pertinência lógica referida, os não abrangidos pela regra carecerão da possibilidade de reclamarem em seu prol o tratamento deferido a outros e que não lhes foi outorgado".

artigo 1 º, item 4, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial dispõe:

> "Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos".

No mesmo sentido o artigo 4º da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e o artigo 1º, item 2, *b*, da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

É relevante destacar, destarte, que a adoção de políticas afirmativas deve ter um prazo de duração, até serem sanados ou minimizados os efeitos da discriminação sofrida ao longo do tempo pelas minorias desfavorecidas. Assim está previsto no artigo 6º, do Projeto de Lei n º 650/99: "A quota a que se refere o art. 4º será empregada durante cinqüenta anos, contados a partir do primeiro dia de vigência desta lei". Para Mèlin-Soucramanien (1997: 206/7) a discriminação positiva pode ser definida como "uma diferenciação jurídica de tratamento, *criada a título temporário*, na qual o legislador afirma, expressamente, o objetivo de favorecer uma categoria de determinadas pessoas físicas ou jurídicas em detrimento de outra, a fim de compensar uma desigualdade de fato preexistente entre elas" (Grifos nossos).

2.1.1 - Direito Infraconstitucional

No plano infraconstitucional, algumas normas brasileiras já disciplinam ações visando a favorecer/proteger determinados grupos, a saber:

MULHERES

- Lei n º 9.504, de 30 de setembro de 1997 – estabelece normas para as eleições. O artigo 10, § 3º, modifica o artigo 11, § 3º da Lei n º 9.100, de 1996, o qual destinava 20% das vagas às mulheres. Pela nova redação, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de

trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo;

- Lei n º 9.799, de 26 de maio de 1999 – insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher no mercado de trabalho;
- Lei n º 9.029, de 13 de abril de 1995 – proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho;
- Decreto n º 89.460, de 20 de março de 1984 – promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher;
- Decreto Legislativo n º 26, de 22 de junho de 1994 – aprova o texto da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e revoga o Decreto Legislativo n º 93, de 14 de novembro de 1983.

DEFICIENTES FÍSICOS

- Lei n º 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – o artigo 5º, § 2 º, assegura às pessoas portadoras de deficiência o direito de se inscrever em concursos públicos para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras, reservando-lhes até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso;
- Lei n º 10.226, de 15 de maio de 2001 – acrescenta parágrafos ao artigo 135, da Lei n º 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, determinando a expedição de instruções sobre a escolha dos locais de votação de mais fácil acesso para o eleitor deficiente físico;
- Lei n º 10.098, de 19 de dezembro de 2000 – estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida;
- Lei n º 10.182, de 12 de fevereiro de 2001 – restaura a vigência da Lei n º 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na aquisição de automóveis destinados ao transporte autônomo de passageiros e ao uso de portadores de deficiência física;
- Lei n º 9.045, de 18 de maio de 1995 – autoriza o Ministério da Educação e do Desporto e o Ministério da Cultura a disciplinarem a obrigatoriedade de reprodução, pelas editoras de todo o País, em regime de proporcionalidade, de obras em caracteres Braille, e a permitir a

reprodução, sem finalidade lucrativa, de obras já divulgadas, para uso exclusivo de cegos;

- Lei n º 8.899, de 29 de junho de 1994 – concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual;
- Lei n º 8.883, de 8 de junho de 1994 – o artigo 24, inciso XX, dispensa a licitação na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;
- Lei n º 8.213, de 24 de julho de 1991 – o artigo 93 obriga as empresas que tiverem cem ou mais empregados a preencherem de dois a cinco por cento dos cargos com beneficiários reabilitados, ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: 2% até 200 empregados, 3% de 201 a 500 empregados, 4% de 501 a 1000 empregados e 5% de 1000 empregados em diante. Determina, ainda, que a dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final do contrato por prazo determinado por mais de 90 (noventa) dias, e a dispensa imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderão ocorrer após contratação de substituto de condição semelhante;
- Decreto Legislativo n º 198, de 13 de junho de 2001 – aprova o texto da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência;
- Decreto n º 3.956, de 8 de outubro de 2001 – Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

ÍNDIOS

- Decreto n º 3.799, de 19 de abril de 2001 – altera dispositivos do Decreto n º 1.141, de 19 de maio de 1994, que dispõe sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às atividades produtivas para as comunidades indígenas;
- Decreto n º 3.156, de 27 de agosto de 1999 – dispõe sobre as condições para a prestação de assistência à saúde dos povos indígenas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, pelo Ministério da Saúde;
- Lei n º 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – dispõe sobre o Estatuto do Índio;

- A Universidade do Estado do Mato Grosso, em julho de 2001, iniciou a implementação do Terceiro Grau Indígena, no Campus da Barra de Bugres. O programa reserva 200 vagas do curso superior exclusivamente para índios brasileiros, sendo 180 para índios do Mato Grosso e 20 vagas para índios do resto do Brasil (Universidade de Brasília, 2002: 20/21);
- A Universidade Estadual do Paraná iniciou em 2002 um programa de reserva de 3 vagas para índios em todos os cursos (Universidade de Brasília, 2002: 21).

AFRODESCENDENTES

- Decreto Legislativo n º 23, de 1967 – aprova a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;
- Decreto n º 65.810, de 8 de dezembro de 1969 – promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial;
- Decreto n º 3.952, de 4 de outubro de 2001 – dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação – CNCD. Ao CNCD, órgão colegiado, integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça, compete propor, acompanhar e avaliar as políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e grupos sociais e étnicos afetados por discriminação racial e demais formas de intolerância. Concede especial ênfase na participação de entidades da comunidade negra, a despeito de suas ações também se destinarem à proteção dos índios;
- Lei n º 7.716, de 5 de janeiro de 1989 – define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor;
- Lei n º 7.668, de 22 de agosto de 1988 – autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares – FCP;
- Portaria n º 33 do Ministério do Desenvolvimento Agrário, de 8 de agosto de 2001 – determina a adoção de cota mínima de 20% para o preenchimento de cargos por negros. Esse percentual é progressivo e pode chegar a 30% no ano de 2003;
- Lei estadual n º 3.708, de 2001, do Estado do Rio de Janeiro – estabelece reserva de vagas de até 40% para negros na Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na Universidade Estadual Fluminense;
- O Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Presidente do Supremo Tribunal Federal, lançou, em 31 de dezembro de 2001, edital de licitação para Concorrência n º 03/2001, no qual foram previstas cotas para negros. Para a contratação de dezessete jornalistas, a empresa contratada deverá destinar 20% das vagas a profissionais negros;
- O Ministério da Educação criou um programa de implementação de cursinhos preparatórios para o vestibular de jovens carentes, denominado "Diversidade na Universidade". Os cursos começarão em março de 2002 e os Estados escolhidos para iniciar o programa são: Rio de Janeiro, Bahia, São Paulo, Rio Grande do Sul, Maranhão e Mato Grosso do Sul (Universidade de Brasília, 2002: 20);
- O Ministério da Justiça aprovou a Portaria n º 1.156, de 20 de dezembro de 2001, determinando a observância de cotas no preenchimento de cargos de direção e assessoramento superior – DAS – na seguinte proporção: 20% para afrodescendentes, 20% para mulheres e 5% para portadores de deficiência;
- O Ministério das Relações Exteriores anunciou a concessão de 20 bolsas de estudo por ano para a preparação de estudantes afrodescendentes que queiram participar do processo seletivo para o Instituto Rio Branco, no qual se formam os diplomatas do País (Universidade de Brasília, 2002: 21);
- Proposta formulada pelo Departamento de Antropologia da Universidade de Brasília, pelos Professores José Jorge de Carvalho e Rita Laura Segato e apresentada na sessão de 8 de março de 2002 ao Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão – CEPE – reserva 20% das vagas para afrodescendentes, em todos os cursos da Universidade, a ser implementado a partir do primeiro semestre letivo de 2002;
- Projeto de Lei n º 650/1999, de autoria do Senador José Sarney – institui cotas de ação afirmativa para a população afrodescendente no acesso aos cargos e empregos públicos, à educação superior e aos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES).

Resgate da dívida histórica e da ausência de oportunidades no ponto de partida. É assim que deve se encarar a formulação de políticas compensatórias para os afrodescendentes. Em Países como o Brasil e os Estados Unidos da América, nos quais se adotou a escravidão como mão de obra barata, discutem-se ações voltadas para promover a inserção dos afrodescendentes no mercado de trabalho e nas escolas públicas e privadas. Enquanto isso, na Europa, a discussão do tema se revela mais propícia quanto à garantia de oportunidades para mulheres e imigrantes na sociedade.

Segundo dados do IPEA (MARTINS, 2002: 4), o Brasil foi a segunda maior

nação escravista da era moderna, o último país do mundo ocidental a abolir a escravidão (1888), o penúltimo país da América a abolir o tráfico de escravos (1850) e o maior importador de toda a história do tráfico atlântico. Atualmente, conta com a segunda maior população negra do mundo, com cerca de 80 milhões de indivíduos, ou 47% da população, perdendo apenas para a Nigéria. Enquanto o tráfico de escravos destinados ao Brasil superou a marca de três milhões, seiscentos e quarenta mil indivíduos, na Europa inteira a marca não ultrapassou os cento e setenta e cinco mil (CURTIN, *Apud* MARTINS, 2002: 6).

Os negros se incorporaram à sociedade brasileira em formação de modo bastante excludente. Não se pode imaginar meio mais extremo de exclusão do que o escravismo, em que as pessoas não têm direito sequer à propriedade de si mesmo. Essa é a origem das exclusões. Mas o importante a ressaltar é que nem a passagem do tempo conseguiu eliminar as desigualdades[8].

Estatisticamente, o analfabetismo da população adulta afrodescendente brasileira é cerca de duas vezes e meia maior que o analfabetismo entre brancos. Dados do IBGE (MELO, 2001: 89) mostram que, da parcela de 29,4% da população analfabeta, 80% são negros. Em termos de anos de estudo completados, o número de afrodescendentes que têm zero ano de estudo é duas vezes e meia maior do que a percentagem da população branca com nenhum ano de estudo. Por outro lado, a proporção é de cinco brancos para cada negro dentre pessoas que ingressaram na Universidade e conseguiram concluí-la. A escolaridade média dos brancos é 50% superior à da população negra, medida esta em quantidade

[8] Caio Prado Júnior (2000: 1367), versando sobre a formação social brasileira, esclarece a participação dos afrodescendentes no Brasil colônia: "Em suma, verifica-se por tudo que acabamos de ver que na escravidão, tal como se estabelece na América, em particular no Brasil, de que trato aqui, concorrem circunstâncias especiais que acentuam seus caracteres negativos, agravando os fatores moralmente corruptores e deprimentes que ela, por si só, já encerra. Incorporou à colônia, ainda em seus primeiros instantes, e em proporções esmagadoras, um contingente estranho e heterogêneo de raças que beiravam ainda o estado de barbárie, e que no contato com a cultura superior de seus dominadores, se abastardaram por completo. E o incorporaram de chofre, sem nenhum estágio preparatório. No caso do indígena, ainda houve a educação jesuítica e de outras Ordens, que com todos seus defeitos, trouxe todavia um começo de preparação de certo alcance. Mesmo depois da expulsão dos jesuítas, o que desfalcou notavelmente a obra missionária, pois as demais Ordens não souberam ou não puderam suprir a falta, o estatuto dos Índios, embora longe de corresponder ao que deveria ter sido em face da legislação vigente, e cujas intenções eram justamente a de amparar e educar este selvagem que se queria integrar na colonização, ainda contribuiu para manter o indígena afastado nas formas mais deprimentes da escravidão; e se não lhe proporcionou grandes vantagens e progressos materiais, concedeu-lhe um mínimo de proteção e estímulo. Mas para o negro africano, nada disto ocorreu. As ordens religiosas, solícitas em defender o índio, foram as primeiras a aceitar, a promover mesmo a escravidão africana, a fim de que os colonos, necessitados de escravos, lhes deixassem livres os movimentos no setor indígena. O negro não teve no Brasil a proteção de ninguém. Verdadeiro 'pária' social, nenhum gesto se esboçou em seu favor. E se é certo que os costumes e a própria legislação foram com relação a eles mais benignos na sua brutalidade escravista que em outras colônias americanas, tal não impediu contudo que o negro fosse aqui tratado como o último dos descasos no que diz respeito à sua força moral e intelectual, e preparação para a sociedade em que à força o incluíram".

de anos de estudo. A soma desses fatores termina por prejudicar gravemente os afrodescendentes no mercado de trabalho, porque as melhores remunerações são obtidas pelas pessoas que têm maior escolaridade.

O rendimento médio de um negro no mercado de trabalho brasileiro é cerca de 49% do rendimento médio de um branco. Em São Paulo, enquanto que uma mulher negra recebe R$ 399; uma branca recebe R$ 750. O salário do homem negro é de R$ 601; o do branco, R$ 1.100 (MELO, 2001: 89). Deve-se destacar ainda a existência de uma imensa área de exclusão ocupacional. Determinadas posições do mercado de trabalho – notadamente nas melhores áreas – simplesmente não possuem representantes negros, ou então, a representação é ínfima, considerando que os afrodescendentes representam 47% da população[9].

Nos estudos do IPEA não se objetiva demonstrar a existência de racismo, enquanto ódio entre as raças, mas sim a existência de profundas desigualdades. Ressalte-se que nem a passagem do tempo, nem políticas sociais universalistas/assistencialistas nas diversas áreas – da saúde, da educação, do mercado de trabalho – nem mesmo a livre operação das forças de mercado não estão conseguindo corrigir as diferenças existentes entre as raças. Evidencia-se a necessidade na formulação de políticas públicas ou privadas em que haja a opção consciente de tratar desigualmente os desiguais para promover a igualdade.

Rendimentos Médios Mensais Padronizados de Homens Negros como Porcentagem dos Rendimentos dos Homens Brancos (SOARES, 2002: 7)

ANO/GRUPO	HOMENS NEGROS
1987	47%
1988	45%
1989	45%
1990	47%
1992	50%
1993	47%
1995	47%

[9] Como exemplo, poderíamos mencionar que na Procuradoria da República, dos 560 Procuradores, 7 são negros; nos Tribunais Superiores, dos 77 Ministros, há apenas 1 negro; na Justiça Federal, dos 970 juízes, menos de 10% são negros; no Superior Tribunal de Justiça, 100% dos Ministros são brancos; no Supremo Tribunal Federal, 100% dos Ministros são brancos; no Ministério Público do Trabalho, de 464 Procuradores, 7 são negros; na Câmara dos Deputados, de 513 deputados, 24 são negros; no Senado Federal, de 81 senadores, 2 são negros; nos Ministérios, dos 24 ministros, 100% são brancos; no Itamaraty, dos 1000 diplomatas, menos de 10 são negros; na população universitária brasileira, os negros representam 2%; na Universidade de Brasília, os brancos representam 99% do corpo docente e 90% do corpo discente (UNB, 2002:16).

1996	47%
1997	46%
1998	46%
Tendência Linear	0.0

Talvez o grande obstáculo à adoção das ações afirmativas para os afrodescendentes no Brasil seja o mito da democracia racial, de que houve no País uma escravidão branda, suave, cordial. Grandes historiadores, sociólogos e antropólogos chegaram mesmo a afirmar que no Brasil havia um sistema escravista em que o escravo era visto quase como um membro da grande família patriarcal.

Pode-se até afirmar que em outros países do mundo exista mais ódio racial do que no Brasil, mas mesmo nesses países as desigualdades sociais entre as raças não são tão gritantes. É necessário reconhecer o problema, situá-lo, para a partir de então, combatê-lo. Nas sociedades em que se reconhecem os problemas e se explicitam as questões, o debate se dá de maneira mais clara e positiva.

Na III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata, realizada em Durban, na África do Sul, de 31 de agosto a 07 de setembro de 2001, o Brasil teve uma atuação de vanguarda, apresentando documentos e formulando propostas de ações afirmativas para a Comunidade Negra, Povos Indígenas, Ciganos, Homossexuais (Gays), Lésbicas, Travestis, Transexuais, Bissexuais, Portadores de Deficiências, Migrantes e Comunidade Judaica (REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 2001:01). Esse engajamento deve continuar, não mais para estrangeiro ver, mas colocando em prática as propostas apresentadas. Parece-nos, quando menos, curioso, que o Brasil tenha sugerido inúmeros instrumentos de promoção social, e não os tenha aplicado.

Por unanimidade, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal aprovou, em 17 de abril de 2002, o substitutivo do Senador Sebastião Rocha ao projeto de lei n º 650, de 1999, cujo autor fora o Senador José Sarney. A proposta destina um mínimo de 20% das vagas nas universidades públicas e privadas, nos concursos públicos e nos contratos do Fundo de Financiamento ao Estudante de Ensino Superior (FIES) para as pessoas que se declararem negras ou pardas. Pela proposta, deverá voltar a ser obrigatório o registro da cor das pessoas na certidão de nascimento (o que já acontece na certidão de óbito) e nos censos de pesquisa. A fixação de cotas durará por cinqüenta anos a contar da vigência da lei.

O projeto determina que as cotas deverão ser definidas em cada Estado da Federação, de acordo com a constituição étnica de cada unidade federativa. Prevê ainda o acompanhamento dos estudantes beneficiados com a proposta, para que não haja descompasso entre eles e os demais alunos das universidades. Um dos pontos de maior controvérsia na proposta é a falta de objetividade na definição de uma pessoa como negra ou parda, o que é remetido à regulamentação posterior. Por enquanto, vale o sistema da autodefinição, o que pode levantar críticas e permitir a má-fé de pessoas que, não sendo afrodescendentes, assim se declarem com a finalidade de assegurar participação nas cotas estabelecidas. Não podemos ser pegos na armadilha de que o ótimo se torna o inimigo do bom. O projeto tem a virtude de iniciar a discussão quanto à fixação de cotas para os afrodescendentes, em uma área que lhes pode proporcionar a ascensão social, como é a educação. Pode ser que a futura lei seja mal utilizada por pessoas inescrupulosas. Ou não. Não podemos nos dar ao luxo de permanecermos inertes, à margem do problema, ignorando-o, ou agindo como se ele não existisse, utilizando para tanto o subterfúgio da dúvida[10].

2.2. Jurisprudência relativa às ações afirmativas no Supremo Tribunal Federal

Enquanto que nos Estados Unidos da América a consolidação das políticas afirmativas nas décadas de 70 e 80 deveu-se, sobretudo, à atuação da Corte Suprema, no Brasil, infelizmente, não podemos dizer o mesmo. Poucas foram as decisões do Supremo Tribunal Federal a abordar explicitamente o assunto. Objetivando demonstrar a necessidade de a Corte brasileira vir a tratar do tema de forma mais fecunda, apresentam-se algumas dessas decisões, as quais, a despeito de não fazerem menção expressa à política afirmativa, ressaltam o princípio da igualdade.

No Recurso Extraordinário n º 120.305, Relator o Ministro Marco Aurélio, publicado no Diário de Justiça de 9 de junho de 1995, p. 17.236, a Segunda Turma reconheceu, por unanimidade, que a regra do artigo 5 º, I, da Constituição Federal de 1988 direciona no sentido da inconstitucionalidade de o sexo ser

[10] Sobre isso, aduz Dworkin (2000: 450): "Poder-se-á dizer que se as classificações raciais podem ser usadas para propósitos malignos, todo o mundo tem um direito claro de que as classificações raciais não sejam usadas. Esse é o conhecido recurso à preguiçosa virtude da simplicidade. Supõe que se é difícil traçar uma linha, ou que, se traçada, ela seria difícil de administrar, é prudente não tentar traçá-la. Pode haver casos em que isso seja prudente, mas seriam casos em que não se perderia nada de grande valor como conseqüência (...). Estaríamos renunciando a uma chance de combater certa injustiça presente, para obter proteção, da qual talvez não precisemos, contra abusos especulativos que temos outros meios de evitar. E tais abusos não podem, de qualquer modo, ser piores que a injustiça à qual nos estaríamos rendendo".

considerado critério de admissão em concurso público. Não seria justificável, perante a ordem jurídica, destinar os cargos de primeiro-tenente, médico e dentista, apenas para homens, como se as mulheres não tivessem aptidão para assumi-los.

No Recurso Extraordinário n º 227.299-1, Relator o Ministro Ilmar Galvão, publicado no Diário de Justiça de 6 de outubro de 2000, o Pleno do Supremo Tribunal Federal deu provimento ao recurso, cuja ementa teve o seguinte teor: "Administrativo. Concurso Público. Reserva de Vagas para Portadores de Deficiência. Artigo 37, Inciso VIII, da Constituição Federal. A exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal, que, caso contrário, restaria violado. Recurso Extraordinário conhecido e provido".

Vedando a discriminação contra nacionais que trabalhem em empresa estrangeira situada no Brasil, assim foi ementada a decisão proferida no Recurso Extraordinário n º 161.243, Relator o Ministro Carlos Velloso, publicado no Diário de Justiça de 19 de dezembro de 1997: "Constitucional. Trabalho. Princípio da Igualdade. Trabalhador Brasileiro Empregado de Empresa Estrangeira: Estatutos do Pessoal desta: Aplicabilidade ao Trabalhador Estrangeiro e ao Trabalhador Brasileiro. Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade. A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc, é inconstitucional. Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. Recurso Extraordinário conhecido e provido".

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n º 1.946-5/DF, Relator o Ministro Sydney Sanches e publicada no Diário de Justiça de 14 de setembro de 2001, a Corte Constitucional brasileira reconheceu expressamente a necessidade de adotar uma política afirmativa para que as mulheres não viessem a sofrer discriminação no mercado de trabalho. Objetivava-se, com a referida ação, a declaração de inconstitucionalidade do artigo 14[11], da Emenda Constitucional n º 20, de 15 de

[11] O artigo 14 da Emenda Constitucional n º 20, de 1998, determina: "O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral da previdência social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal é fixado em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social".

dezembro de 1998, alegando-se, para tanto, ofensa aos artigos 3º, inciso IV, 5º, inciso I, 7º, inciso XVIII e 60, § 4 º, inciso IV da Constituição Federal.

Na Emenda Constitucional n º 20/98 não se disciplinou sobre os casos em que a mulher que fizesse jus ao benefício recebesse remuneração acima do teto a ser pago pela Previdência. Acaso se entendesse que à Previdência caberia apenas arcar com o teto, fixado em R$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), e que deveria o empregador responder pelo restante do salário, ficaria a mulher sujeita à discriminação na hora da contratação pelas empresas, especialmente as mulheres em idade fértil. Na eventualidade de engravidarem, as empresas teriam que pagar a remuneração que ultrapassasse o teto fixado, além de não poderem contar com a funcionária por 120 dias.

Para melhor resolver a questão, foi necessário fixar a natureza jurídica da licença-maternidade: se puro e simples encargo trabalhista do empregador ou se, na substância, teria caráter previdenciário.

No regime anterior à Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Decreto nº 21.417 – A, de 17 de maio de 1932, a empregada fazia jus a um auxílio maternidade correspondente à metade dos salários, de acordo com a média dos seis últimos meses, que seriam pagos pelas Caixas criadas pelo Instituto de Seguro Social e, na falta destas, pelo empregador. Com o advento do Decreto – lei nº 229, de 28 de fevereiro de 1967, o artigo 393 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - passou a ter a seguinte redação: "Durante o período a que se refere o artigo 392, a mulher terá direito ao salário integral, e, quando variável, calculado de acordo com a média dos seis últimos meses de trabalho, bem como os direitos e vantagens adquiridos, sendo-lhe ainda facultado reverter à função que anteriormente ocupava".

Seja na redação primitiva da CLT ou na que a sucedera, o ônus de arcar com a licença-maternidade era da empresa, ocasionando inúmeros protestos por parte das mulheres, que não mais conseguiam empregos. A situação chegou a tal ponto que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher tratou do assunto, no artigo 11, item 2.

Diante das convincentes ponderações apontadas pelos opositores da medida, não restou outra alternativa ao legislador ordinário exceto a de transferir o ônus do pagamento à Previdência Social, pela Lei n º 6.136, de 7 de novembro de 1974, criando fonte de custeio de 0,3% da folha de salário-de-contribuição. Destarte, todas as empresas deveriam contribuir, quer tivessem trabalhadoras mulheres ou não. Posteriormente, a Lei n º 7.787, de 30 de junho de 1989, reduziu a uma só porcentagem de 20%, incidente sobre o total de remuneração paga a todos os empregados, a contribuição do empregador para o financiamento do salário- maternidade. Em 1991, na Lei n º 8.213, ficou atribuído ao empresa-

dor a obrigação de pagar a licença- gestante, ressarcindo-se posteriormente nas contribuições devidas à Previdência[12].

Ao final, o Ministro Relator defere a medida cautelar, conferindo ao artigo 14 da Emenda Constitucional n º 20/98 interpretação conforme a Constituição, no sentido de que tal norma não abrange a licença-gestante. Com isso, reconhece a necessidade de uma atuação jurisprudencial afirmativa, que vede o surgimento de situações discriminatórias contra as mulheres: "Sendo assim, não posso, nem devo desprezar, a esta altura, os altos índices de desemprego que assolam a população brasileira, da qual a mulher parece compor a maior parte".

3. CONCLUSÃO

Um dos temas mais complexos e apaixonantes do Direito Constitucional Moderno vem a ser a aplicação do princípio da igualdade. A evolução da ordem jurídica-constitucional, enquanto sistema aberto de regras e princípios, traz como conseqüência a mudança de percepção do princípio da igualdade. De um conceito estático, negativo e formal, presente sobretudo nas Revoluções Liberais, chegou-se a uma perspectiva dinâmica, positiva e material, consubstanciada com o surgimento do Estado Social de Direito[13].

Paulatinamente, os anseios da sociedade por uma efetiva justiça social conclamam o Estado a abandonar a postura passiva, renunciando ao mito da neutralidade, e a assumir um comportamento ativo, na busca da concretização da igualdade substancial.

No liberalismo, pregava-se a não intervenção do Estado para que os indivíduos pudessem livremente desenvolver-se. Acreditava-se que as limitações estatais terminariam por conduzir à mediocridade do consenso e da hegemonia. A cada um, na medida das suas possibilidades. A percepção egoísta não conseguira

[12] O Ministro Sydney Sanches destacou, em seu voto, parecer da Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro Marly Cardone, no qual esta afirma: "A maternidade não mantém relação alguma com o trabalho, nem mesmo indiretamente, de maneira que não se justifica a atribuição de ônus ao empregador, referente ao pagamento de salário, durante a interrupção do contrato de trabalho por motivo de gravidez. O empregador, não como tal, mas apenas como membro da coletividade, deveria participar do pagamento dos dias de repouso em virtude da gravidez. Assim, somente com a transferência do encargo para a previdência social se atingiria essa situação justa".

[13] Atenta Canotilho (1998: 567): "O princípio da igualdade não é apenas um princípio de Estado de Direito, mas também um princípio do Estado Social. Independentemente do problema da distinção entre *igualdade fáctica* e *igualdade jurídica* e dos problemas econômicos e políticos ligados à primeira (exemplo: políticas e teorias da distribuição e redistribuição de rendimentos), o princípio da igualdade, sob o ponto de vista jurídico-constitucional, assume relevo enquanto princípio de igualdade de oportunidades (Equality of opportunity) e de condições reais de vida".

prever o fracasso do regime: a busca interminável pelo aperfeiçoamento pessoal não conduziu à harmonia do todo. Tornou-se necessário repensar o princípio da igualdade, de forma que as diferenças entre os indivíduos passassem a ser respeitadas e singularizadas. Não bastava a simples inclusão do princípio da igualdade no rol dos direitos fundamentais para que esta se tornasse efetiva, ou ainda a criação de normas que objetivassem impedir a discriminação. Não se trata aqui de promover a legislação simbólica, ou ainda considerar a Constituição como uma "folha de papel" (Lassale). Fez-se preciso promover políticas públicas voltadas à implementação da igualdade material. Destarte, deveria o Estado atuar positivamente, no sentido de reduzir a discriminação e as desigualdades sociais.

Durante muito tempo, a sociedade brasileira omitiu-se quanto à discussão de mecanismos aptos a promover a efetiva igualdade entre as raças, sexo e etnias. Interessante seria chegar ao ponto em que não houvesse necessidade de o governo determinar a implementação de políticas em prol das minorias. Todavia, demonstrou-se que a inserção dos marginalizados não ocorre de forma natural. Situam-se à margem da sociedade, na periferia circundante. Necessário conceder ao menos a oportunidade de ingresso; a permanência, contudo, resultará do próprio mérito. A reserva de vagas para os afrodescendentes em concursos e empregos públicos e nas universidades públicas e privadas surge como uma proposta alentadora. Em vez de configurar-se como um novo *apartheid*, estimulando o ódio entre brancos e negros, acredita-se que o projeto, quando virar lei e for implementado, reverterá o *apartheid* já existente entre os afrodescendentes e o conhecimento, minimizando as dificuldades de acesso à educação e conseqüente mercado de trabalho.

A incerteza quanto aos resultados das políticas afirmativas em longo prazo não poderia justificar o abandono das minorias desfavorecidas à própria sorte. A discriminação positiva, ao introduzir tratamento desigual, intenta produzir a igualdade, no futuro e em concreto.

No caso University of California Regents v. Bakke assim votou o Juiz da Suprema Corte Americana William Brennan: "A proposta articulada da remediação dos efeitos da discriminação da antiga sociedade é suficientemente importante para justificar o uso de programas conscientes de admissões baseadas na raça em que há uma base sólida para concluir que a má representação das minorias é substancial e crônica e que o obstáculo da discriminação passada está impedindo o acesso das minorias na faculdade de medicina. **Para que se consiga superar o racismo, devemos considerar, ter em conta, a raça, e para que se trate algumas pessoas igualmente, devemos primeiramente tratá-las diferentemente"** (grifos nossos).

Espera-se uma atuação mais combativa da Corte Constitucional brasileira

na efetivação dos programas afirmativos que vêm sendo elaborados[14]. Intenta-se, ainda, uma posição concretizadora dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 teve o mérito de conceber a igualdade não apenas formalmente, mas concedendo mecanismos aptos a transformar o princípio da igualdade como indutor da igualação fática e jurídica.

Além da atuação da Corte, da iniciativa privada e das entidades governamentais, é preciso que cada um da sociedade assuma o papel de transformador social, na medida em que não compactue com o pensamento preconceituoso de rotular as pessoas pela cor, sexo ou etnia e, melhor, conceda às minorias a oportunidade de mostrar seus talentos.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert (2001). **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales: Madrid.

BOBBIO, Noberto (1994). **Liberalismo e Democracia**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Ed. Brasiliense.5 ª ed. SP.

BONAVIDES, Paulo (1972). **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Fundação Getúlio Vargas. 3ª ed. RJ.

_____-.**Ciência Política** (1976). Forense. 3ª ed. RJ.

CANOTILHO, J. J. Gomes (1998). **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ª ed. Almedina: Coimbra.

COMPARATO, Fabio Konder (1993). *Igualdade, desigualdades. In:*. **Revista Trimestral de Direito Público.** n. 1, p. 69-83.

DWORKIN, Ronald (2000). **Uma Questão de Princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. Martins Fontes: SP.

_____- **Taking Rigths Seriously** (1976). Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts.

DUVERGER, Maurice (1966). **Os Regimes Políticos**. Trad. de Geraldo Gerson de Souza. Difusão Européia do Livro. São Paulo,2ª ed.

FISCUS, Ronald (1992). **The Constitutional Logic of Affirmative Action.** Duke University Press: Durham and London.

[14] Ressaltando a importância da Suprema Corte na fixação das ações afirmativas, leciona Carmen Rocha (1996: 88/9): "O papel dessa Corte norte-americana no tema dos direitos humanos, sua responsabilidade pelo repensamento e refazimento do conteúdo dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao princípio jurídico da igualdade, têm sido considerados fundamentais especialmente no período que se seguiu à 2º Grande Guerra. A ela – e, em geral, ao Poder Judiciário, nos Estados em que ele desempenha um papel forte como direta e efetivamente responsável pelo respeito e pela prática da Constituição, ou às Cortes Constitucionais, nos Estados onde a ela cabe este mister – tem sido atribuído o avanço das concepções e execuções efetivas e eficientes das normas dos direitos fundamentais".

FURET, François (1989). **Dicionário Crítico da Revolução Francesa.** Trad. de Henrique Mesquita. Nova Fronteira. RJ.

GOMES, Joaquim B. Barbosa (2001a). *A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. In:* **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, ano 38, n. 151.

_____ (2001b) **Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade.** Rio de Janeiro: Renovar.

_____ (2000). *Breves considerações sobre discriminação racial, direitos difusos e o princípio constitucional da igualdade. In:* **Cadernos do Ministério Público do Paraná.** v. 3, n. 6, p. 84-100, ago.

HOBSBAWM, Eric J (1995). **Era dos Extremos: o breve século XX. 1914/1991**. Trad. de Marcos Santarrita. Companhia das Letras. SP.

MARTINS, Roberto Borges. **Desigualdades Raciais no Brasil**. Disponível em (**http://www.ipea.gov.br**). Acesso em 22 abril de 2002.

MÈLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand (1997). **Lê principle d'égalité dans la jurisprudence du Conseil Constitucionnel.** Paris: Econômica.

MELO, Liana (2001). *Igualdade racial é blefe. In:* **Revista Istoé.** São Paulo: Editora 3, p. 88-89, 10 out.

MELO, Mônica de (1998). *O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. In:* **Revista dos Tribunais.** São Paulo, ano 6, n. 25, p. 80-101, out./dez.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1999). **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias (2001). **Óptica Constitucional – A Igualdade e as Ações Afirmativas**. Palestra proferida em 20.11.2001, no Seminário promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho.

MENEZES, Paulo Lucena de (2001). **A Ação Afirmativa (Affirmative Action) no Direito Norte-Americano.** São Paulo: RT.

PETERS, Anne (s.d). **Women, Quotas and Constitutions.** Kluwer Law: London.

PRADO JÚNIOR, Caio (2000). **Formação do Brasil Contemporâneo.** Intérpretes do Brasil. Vol. 3. Nova Aguiar: RJ.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (2001). Ministério da Justiça. III Conferência Mundial das Nações Unidas contra o racismo. Brasília.

RAWLS, John (1997). **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Esteves. Martins Fontes: SP.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (1996). *Ação Afirmativa – O conteúdo democrático do princípio da igualdade. In:* **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo: Malheiros, v.15, p. 85-99.

SCHMITT, Carl (1934). **Teoria de la Constitución**. Editorial Revista de Direito Privado. Madri.

SENADO FEDERAL (2002). **Notas taquigráficas relativas à discussão do Projeto de Lei n º 650/1999**. Autor: Senador José Sarney.

TABORDA, Maren Guimarães (1998). *O princípio da igualdade em perspectiva histórica: conteúdo, alcance e direções. In:* **Revista de Direito Administrativo.** v. 211, p. 241-269, jan./mar.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao (1997). **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.** Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (2002). Departamento de Antropologia. **Uma proposta de cotas para a Universidade de Brasília.** Brasília.

VENÂNCIO FILHO, Alberto (1968). **A intervenção do Estado no domínio econômico.** Fundação Getúlio Vargas.RJ.

ABSTRACT: The article shows a study about the affirmative actions using governmental ways to bring the material equality to the minorities, trying to reduce the disparities between races, sex and etnies.

KEY WORDS: affirmative actions; equality principle; material equality; race; sex; etnies; woman; physical deficiency; Indians; afrodecendency.

A QUESTÃO ATUAL DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

Weiler Jorge Cintra Júnior[1]

RESUMO: A intolerância religiosa é questão atual que não ficou enterrada na antigüidade, na idade média ou no século passado. Ainda hoje, no século XXI, existem grupos que se confrontam em nome da diferença de credo. Em 1981, a ONU promulgou uma declaração em defesa do direito de liberdade religiosa.

PALAVRAS-CHAVE: ONU; Declaração Internacional; história; intolerância religiosa; direito de liberdade religiosa.

INTRODUÇÃO

Os atentados terroristas ocorridos no dia 11 de setembro de 2001, que atingiram as torres gêmeas do *World Trade Center*, nos Estados Unidos da América, chamaram novamente a atenção do mundo para um fato há muito esquecido: a intolerância religiosa.

Sem querer especular quais foram as causas econômicas ou políticas que, bem se sabe, também motivaram os ataques dos talebans, o fator *intolerância religiosa* certamente contribuiu drasticamente para levar os seguidores de Osama Bin Laden a investirem naqueles atentados.

O objetivo deste trabalho, no entanto, é estudar esse motivo que levou tanto os talebans como outras organizações de hoje e do passado a se abeberarem na ira da discriminação religiosa para praticarem atos criminosos que sempre resultam na morte de seres humanos, invariavelmente de pessoas inocentes.

A ONU - Organização das Nações Unidas e seus diversos órgãos dedicaram-se, a partir de 1950, a realizar estudos para elaboração de um texto internacional que tratasse do direito de liberdade religiosa. Grandes discussões foram travadas por décadas até o ano de 1981, quando foi proclamada a *Declaração*

[1] Procurador do Estado de Goiás. Mestrando em Direito Público pela UNIFRAN - Universidade de Franca, São Paulo. Professor convidado da UCG - Universidade Católica de Goiás.

sobre Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença.

As razões que justificaram um texto como esse serão estudadas ao longo deste trabalho, desde acontecimentos da antigüidade, passando pelo advento do Cristianismo no século primeiro, atravessando as Idades Média e Moderna com o Tribunal da Inquisição, até o século XX, que traz assustadoras revelações sobre o quadro mundial das perseguições religiosas.

Há também uma preocupação em investigar os motivos que levam um grupo social a considerar superior o seu credo e assim querendo fazê-lo suplantar os demais. As várias acepções da palavra *liberdade* também são estudadas com o intuito de definir o que seria a *liberdade religiosa* proclamada pelo documento internacional.

Segue-se uma análise jurídica da natureza e conteúdo das normas contidas na referida declaração de direitos, como forma de entender a força vinculativa e o espectro de sua abrangência. Em último lugar, apresenta-se um quadro nacional sobre a liberdade religiosa, colocando-se em destaque os instrumentos jurídicos postos à disposição dos indivíduos que venham a precisar amparar seu direito.

Desde já, no entanto, adianta-se a relevância do direito à liberdade religiosa como realização e confirmação das demais liberdades personalíssimas, quais sejam, de consciência e de expressão, todas garantidas e respeitadas pela constituição brasileira.

1. NOÇÕES GERAIS

O desenvolvimento do tema *direito à liberdade religiosa* deve ser feito apartado de qualquer tentativa de ingerência da fé assumida pelo autor sobre as outras manifestações religiosas existentes, sob pena de ele próprio estar violando tal direito. No entanto, deve-se reconhecer desde já a impossibilidade de se adotar uma postura asséptica, visto ser tal discussão uma questão eminentemente subjetiva. Por isso, procurar-se-á dar ao tema o enfoque mais objetivo possível em um tentativa de já aqui ser respeitado o direito de liberdade religiosa dos leitores. Como ponto de partida, entende-se imprescindível a enumeração de alguns conceitos relativos ao tema, tendo em vista que tais noções se fazem necessárias à compreensão do conteúdo da *Declaração*[2], começando pelo próprio título onde são encontradas as expressões: *intolerância*, *discriminação*, *religião* e *crença*.

[2] No âmbito deste estudo será usado o termo *Declaração*, com inicial maiúscula e itálico, como abreviatura da expressão *Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença*.

O termo *intolerância* significa "qualidade de intolerante, falta de tolerância"[3]. O dicionário consultado remete ao termo *intolerantismo*, que significa: "1. Doutrina que tem por princípio a intolerância religiosa. 2. Sistema daqueles que não admitem opiniões divergentes das suas, em questões sociais, políticas ou religiosas"[4].

Por *discriminação* deve-se entender: "1. Ato ou efeito de discriminar. 2. Faculdade de distinguir ou discernir; discernimento. 3. Separação, apartação, segregação"[5]. Esse último fenômeno (segregação), incluído como sinônimo de discriminação, interessa para este estudo, uma vez que é usado pela sociologia para caracterizar algumas realidades sociais, dentre elas a chamada *segregação religiosa*. Assim, a segregação deve ser entendida como originária do latim *segregatio*, com o mesmo sentido de *segregare*, separar do rebanho (= *grex, gregis*). O termo se aplica especialmente na expressão *segregação racial*, para designar a prática, vigente em alguns países, de confinar em espaços delimitados grupos humanos de raças supostamente inferiores. "É um aspecto execrável do problema racial. Existem formas de expressão racial e social, as quais, sem fundamento legal, de fato isolam em gueto os grupos desfavorecidos. Qualquer forma de segregação atenta contra os direitos humanos"[6].

Nota-se que os termos *discriminação* e *intolerância* apontam para um epicentro comum que é a diferenciação de seres humanos por um critério ou outro, sempre fazendo preponderar a opinião de um grupo relativamente homogêneo e hegemônico sobre a de outro grupo (ou grupos) mais frágil. A existência dessa distinção, aliás, deriva da preexistência de concepções teológicas diferentes, tornando-se oportuno, nesse momento, o apontamento de mais alguns conceitos, dentre eles os de *religião* e de *crença*.

O termo *religião* (do latim *religio*; *re* + *ligare*) denota a ação de ligar novamente, prender algo ou alguém. Pode ser considerada do ponto de vista meramente sociológico, como um dos elementos da vida do homem em sociedade, inspiradora de seu comportamento público. Significaria assim um sentimento de vinculação, de obrigação (do latim *ob* + *ligare*) para com um Ser Superior, Soberano, Transcendente, qualquer que seja a idéia pela qual é Ele concebido. Este

[3] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 367.
[4] FERREIRA. op. cit. p. 367.
[5] Ibidem. p. 225.
[6] ÁVILA, Pe. Fernando de Bastos. **Pequena enciclopédia de moral e civismo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1982. p. 533.

seria um sentido subjetivo de religião, que, analisado mais detidamente, aparece como contendo três elementos:

1º) o reconhecimento da crença natural na existência de um poder ou poderes que nos transcendem; 2º) o sentimento de dependência com relação a ele; 3º) entrar em qualquer forma de contato ou de relação com ele. Este 'entrar' em contato constitui o sentido objetivo de religião, porque se exprime através de atos apropriados, o culto com seus ritos, e de uma forma de vida concebida como mais favorável para propiciar o Ente Supremo, a Moral, e uma organização da comunidade que garanta a perpetuação do movimento religioso. A atitude religiosa difere essencialmente da atitude supersticiosa e de todas as formas de magia. Na superstição o homem atribui a seu gesto um poder mágico, pelo qual pretende captar a forma transcendente para os seus intuitos (...) De qualquer modo, o elemento essencial de toda religião é a referência a um Ser Supremo, criador do universo, fonte de todo bem, ao qual se deve um culto de adoração e ao qual podemos propiciar com nossas orações e sacrifícios e, particularmente, com um tipo de conduta de uma vida pautada segundo determinadas regras morais[7].

Muito embora pareça sinônima, a expressão *crença* denota uma realidade bem diversa, especialmente se se considerarem as injunções políticas que lhe renderam a inclusão na *Declaração*, o que será abordado no item 4.2. Nesse momento, impende saber apenas que tal expressão está incluída com um significado o mais amplo possível, abrangendo ideologias, misticismo e, inclusive, o direito de não professar fé alguma. No entanto, essa significação não corresponde ao conceito sociológico de crença. Para a Sociologia, a crença religiosa é o aspecto cognitivo da religião que procura explicar a natureza e a origem das coisas sagradas. A crença baseia-se em atitudes habituais, na fé, e as noções dela derivadas, mesmo quando coincidem com a ciência, não se fundamentam nas observações e no tipo de evidências próprios desta última[8].

A *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas em religião ou crença*, portanto, contém em seu próprio título a antecipação do seu conteúdo, como norma destinada a erradicar toda manifestação no sentido de violar o direito do homem à liberdade de professar ou de não professar suas convicções, assim como está disciplinado no seu art. 1º, item 1.

[7] ÁVILA. op. cit. p. 512.
[8] LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia geral**. 4ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1981, p. 162.

2. QUADRO HISTÓRICO DE PERSEGUIÇÕES

A questão da intolerância religiosa e da perseguição que dela normalmente decorre é algo seguramente muito antigo, talvez remontando às origens dos grupos sociais organizados na antigüidade. À falta de dados históricos precisos narrando episódios de intolerância religiosa, pode-se citar um fato ocorrido durante o êxodo do povo de Israel. A narração está na Bíblia, no Livro de Números, capítulo 25, do qual são destaques os versículos 1 a 5, assim transcritos:

> "E Israel deteve-se em Sitim, e o povo começou a prostituir-se com as filhas dos moabitas. Estas convidaram o povo aos sacrifícios dos seus deuses; e o povo comeu e inclinou-se aos seus deuses. Juntando-se, pois, Israel a Baal-Peor, a ira do Senhor se acendeu contra Israel. Disse o Senhor a Moisés: Toma todos os cabeças do povo e enforca-os ao Senhor diante do sol, e o ardor da ira do Senhor se retirará de Israel. Então, Moisés disse aos juízes de Israel: Cada um mate os seus homens que se juntaram a Baal-Peor[9]."

Outros massacres fundados em causas religiosas que podem ser apontados, também nas Sagradas Escrituras, são os episódios narrados no 1º Livro dos Reis, capítulo 18, versículo 40 e também 2º Livro dos Reis, capítulo 10, versículos de 18 a 28, nesse último, sob o reinado de Jeú, rei de Israel, entre os anos de 841 e 813 a.C. Conta a Bíblia que Jeú convocou ardilosamente os adoradores de um deus pagão (Baal) a oferecerem a este sacrifícios em uma assembléia solene, em que cada um receberia vestes identificadoras. Tendo reunido ali o povo, ordenou o rei que 80 valentes soldados massacrassem os adoradores de Baal e, em seguida, fizessem do templo uma latrina.

Desses acontecimentos da antigüidade avança-se para o surgimento do Cristianismo. Os ensinamentos de Jesus Cristo e a Sua doutrina revolucionaram os costumes da épcca, convertendo os povos à uma vida sobrenatural cuja moral era requintada pela bondade e pela mansidão. A autoridade e a justiça de Cristo marcaram de tal maneira a humanidade ao ponto de esta dividir a sua história global em eventos ocorridos antes (a.C.) ou depois (d.C.) d'Ele.

Como corolário dos ensinamentos de Jesus está o surgimento de Sua Igreja. Iniciada na pessoa do Apóstolo Pedro (Evangelho de Mateus, capítulo 16,

[9] BÍBLIA SAGRADA. Tradução em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995. p. 124

versículo 18), a Igreja deu seus primeiros passos com rusticidade, baseada na comunhão de vida e de bens das pessoas ali reunidas, estando calcada nas lições deixadas pelo Nazareno. Nos dias que se seguiram à sua formação após o Pentecostes os Apóstolos saíram à praça e anunciaram que Jesus havia ressuscitado. Pedro e João foram presos, açoitados e proibidos de falar sobre Jesus. O ódio dos fariseus não era só contra os Apóstolos, mas contra todos os seguidores de Cristo. Por isso, a Comunidade de Jerusalém começou a ser perseguida. O primeiro a testemunhar a fé com o martírio foi Estevão (um daqueles sete diáconos)[10].

O quadro das perseguições à Igreja havia apenas começado quando destacou-se a pessoa de um fariseu chamado Saulo. O termo *fariseu* quer dizer *separado*. Os fariseus formavam uma espécie de seita ou escola cujo fim era preservar a lei mosaica de influências pagãs. Procuravam observar não só as determinações da lei, mas também outras prescrições impostas pela tradição. Tais fariseus seguiam Jesus com o propósito de o apanharem em falta e o acusarem. Não acreditavam em sua missão divina, porque esperavam um salvador humanamente poderoso, que erguesse o reino temporal dos judeus.

Esse homem realizava duras perseguições aos cristãos, considerando, com isso, estar cumprindo a lei e prestando um serviço a Deus. As Sagradas Escrituras revelam que "Saulo assolava a igreja, entrando pelas casas; e arrastando homens e mulheres e os encerrava na prisão" (Atos dos Apóstolos, capítulo 8, versículo 3)[11]. Contudo, "não bastasse perseguir os cristãos em Jerusalém, Saulo dirigiu-se a Damasco, para trazer algemados os que lá encontrasse. Mas a graça de Deus o esperava no caminho: foi o dia de sua conversão"[12]. Desde esse momento, aquele que era chamado Saulo passou a ser conhecido como Paulo, o qual abraçou a fé e tornou-se, de fato, um apóstolo de Cristo.

O alívio provocado pela conversão de Saulo foi comemorado por um tempo, mas as perseguições passaram a ter um caráter político, contando com o suporte dos imperadores romanos. Nero (54-68 d.C.) foi o primeiro deles, seguido por Domiciano (81-96 d.C.), Marco Aurélio (161-180 d.C.), Septimio Severo (193-211 d.C.), Décio (249-241 d.C.), Valeriano (253-260 d.C.) e Diocleciano (284-305 d.C.). Somente com o reinado do imperador Constantino (306-337 d.C.) houve a concessão da liberdade total aos cristãos, como constava do édito de Milão, do ano de 313, que preceituava: "Havemos por bem anular por completo todas as restrições contidas em decretos anteriores, acerca dos cristãos - restrições odiosas e indignas de nossa clemência - e de dar total liberdade aos que quiserem praticar a religião cristã"[13].

[10] CECHINATO, Luiz. **Os vinte séculos de caminhada da Igreja: principais acontecimentos da cristandade, desde os tempos de Jesus até João Paulo II**. Petrópolis/RJ: Vozes, 1996. p. 31.
[11] BÍBLIA SAGRADA. Tradução em português por João Ferreira de Almeida. op. cit. p. 102 (Novo Testamento).
[12] CECHINATO. op. cit. p. 33.

2.1 A Igreja perseguidora

Existe uma tendência, na historiografia eclesiástica oficial, no sentido de identificar a perseguição da Igreja com um determinado período de sua história: o período da perseguição por parte do império romano nos três primeiros séculos da história do cristianismo.

Dentro desta perspectiva as perseguições estariam 'concluídas' com a 'paz constantiniana' de 313 e com o estabelecimento da Igreja livre. O livro do Apocalipse de João, contudo, vê a História da Igreja de maneira diferente: nela, a perseguição seria um elemento constante até a vitória completa de Deus sobre os 'poderes do mundo'. A História da Igreja seria essencialmente a do conflito entre o projeto cristão, feito de luta pela fraternidade entre todos, e os diversos projetos baseados na não-fraternidade estabelecida[14].

Assim, a partir do reinado de Constantino, os ensinamentos da Igreja Cristã foram considerados como a base da lei e da ordem. Dessa forma, a heresia era uma ofensa não só à Igreja mas também ao Estado. Por centenas de anos, os governantes tentaram acabar com todas as heresias, em um esforço que permaneceu moderado para os padrões da época.

Contudo, um outro evento histórico de grande relevo reacendeu a perseguição fundada em motivo religioso entre os séculos XII e XVIII: a Inquisição. A Igreja Católica, antes vítima das atrocidades cometidas contra seu corpo pelos imperadores romanos passou, a partir do Concílio de Verona (séc. XII), a investigar as paróquias suspeitas de heresia.

Em 1231, o papa Gregório IX criou um tribunal especial para investigar as vidas dos suspeitos e obrigar os hereges a mudar de convicções. Em 1542, a Congregação do Santo Ofício passou a controlar a Inquisição. Frades dominicanos e franciscanos atuavam como juízes. Os inquisidores freqüentemente torturavam os suspeitos, o que havia sido autorizado em 1252 pelo papa Inocêncio IV e confirmado em seguida por Urbano IV. Os hereges, na maioria judeus que se recusavam a mudar de convicções, eram condenados à morte em fogueiras, prática instituída desde o fim do séc. XII. No séc. XVI, a Inquisição foi usada contra os

[13] Ibid. p. 75.
[14] HOORNAERT, Eduardo *et alii*. **História geral da Igreja na América Latina - História da Igreja no Brasil: primeira época**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 409.

protestantes. Mais tarde em Portugal, passou a perseguir os cristãos-novos (judeus convertidos à fé cristã) e os partidários das idéias dos enciclopedistas e dos iluministas. Com muita freqüência, os motivos das perseguições eram mais econômicos do que religiosos. Além de na Espanha, a Inquisição atuou principalmente na França, Alemanha, Itália e Portugal. Neste último país, ela foi estabelecida em 1536. Em 1761, foi executado na fogueira o último português condenado pela Inquisição. E, em 1765, realizou-se o último auto-de-fé (cerimônia em que se proclamavam e executavam as sentenças). No Brasil, a Inquisição nunca instalou um tribunal em caráter oficial. Todos os casos referentes ao País eram tratados pela Inquisição em Lisboa, que aqui atuava por intermédio de visitadores, comissários, bispos e vigários. Muitos brasileiros foram condenados ao suplício da fogueira pela Inquisição de Lisboa, cujo tribunal suspendeu suas atividades no Brasil somente em 1761[15].

2.2 A perseguição da Igreja no Brasil

No Brasil, por causa de sua posição diante dos indígenas, sobretudo, a Igreja sofreu perseguições durante o primeiro período colonial, sendo certo que não teve ela a mesma sensibilidade diante dos africanos. A historiografia destas perseguições consta de diversas crônicas acerca da perseguição brasileira em relação aos jesuítas.

Foi este poder de testemunho e compromisso com a sorte dos indígenas maranhenses e brasileiros, manifestado sobretudo pelos missionários jesuítas, que está na origem da mais brutal e violenta perseguição que a Igreja conheceu durante o período português: a perseguição pombalina nos anos 1759-1760. Foram embarcados nos diversos portos do Maranhão e do Brasil um número impressionante de jesuítas: 115 no Maranhão, 119 em Pernambuco, 133 em Salvador da Bahia, 107 no Rio de Janeiro. Estes foram levados para diversas prisões em Portugal, onde muitos morreram, sendo que outros foram encaminhados para Roma posteriormente[16].

Nos dias de hoje, não se pode afirmar a existência de um quadro institucionalizado de perseguições. O que se nota é um confronto tolerável entre as idéias que sustentam cada manifestação religiosa, podendo-se dizer que, no Brasil, existe uma coexistência pacífica entre as diversas denominações. Os conflitos que ocorrem, quando ocorrem, são noticiados pela imprensa, como o caso do bispo Sérgio von Helde Luiz, da Igreja Universal do Reino de Deus, que no dia 12 de outubro de 1995, perante as câmeras da TV Record, chutou a imagem de uma santa[17].

Outro caso registrado, muito embora não se trate de discriminação propriamente dita, mas de fato alheios ao direito à liberdade religiosa, é o que envolve um processo judicial movido pelo Ministério Público da União e pela Associação Brasileira de Antropologia (ABA) contra o grupo missionário evangélico *Missão Novas Tribos do Brasil*, em razão da morte de 40 índios da tribo Zo'e (Estado do Pará). Como se vê, não se trata de discriminação religiosa, mas de apuração de responsabilidades sobre a morte dos índios em função do contato com o *homem branco*[18].

2.3 As perseguições em outros países

Segundo fontes de estatística, tem havido mais pessoas martirizadas pela sua fé em Jesus Cristo no século XX do que em todos os outros dezenove séculos juntos[19]. De acordo ainda com a *World Mission Digest*, existem perto de 100 milhões de mártires no século XX, o que computa mais mortes do que aquelas registradas nas guerras nele ocorridas[20].

Uma das principais razões para o surgimento da perseguição, especialmente nos últimos anos, parece ser o crescimento exponencial dos evangélicos em lugares como a América Latina, África sub-Saara e Ásia. Não surpreende que essas sejam as mesmas áreas do mundo em que os cristãos estejam experimentando discriminação, assédio e perseguição daqueles que detêm o poder. A mudança no crescimento evangélico a partir do mundo ocidental nas décadas passadas foi notória. Em 1960, acima de 70% de todos os evangélicos moravam na América do Norte e na Europa Ocidental. Em 1990, 70% de todos os evangélicos viviam no assim chamado terceiro mundo, e os números continuam a crescer a taxas impressionantes[21].

[15] ENCICLOPÉDIA DELTA UNIVERSAL. v. 8, Rio de Janeiro: Delta, 1986. p. 4326.
[16] HOORNAERT. op. cit. p. 409-410.

[17] MAGALHÃES. Télio de Magalhães. Justiça condena bispo que chutou imagem de santa. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 1997. 30/04/1997.
[18] RAMOS, Judith. **Pelo direito de pregar o Evangelho**. 1998, 1 página. http://www.editorasepal. com.br. (Internet).
[19] HEFLEY, James, e Manti. Fonte: **By their blood**. 2000, 1 página. http://www.solar.com.br/~rubem/ persegui.html. (Internet).
[20] COMISSÃO de liberdade religiosa (*World Evangelical Fellowship Religious Liberty Commission*). 1998, 3 páginas. http://www.xc.org/wef/wefintro (Internet).
[21] JOHNSTONE, Patrick. Fonte: **Operation world**. 2000, 1 página. http://www.solar.com.br/~rubem/ persegui.html. (Internet).

Relatos de incidência de perseguição têm crescido desde a queda do Comunismo, na antiga União Soviética. Cristãos em todo o mundo sentem que têm estado calados por tempo demais, e porque eles sentem um novo apoio de companheiros cristãos, eles estão agora afirmando publicamente a fé em Jesus, aceitando o risco da perseguição, advinda de sua declaração pública.

2.3.1 Uma amostra da perseguição aos cristãos em alguns países

A. Lei Islâmica - Robert Hussein é um cidadão do Kuwait, que se converteu do Islã ao Cristianismo. No dia 29 de maio de 1996, ele foi julgado numa corte religiosa Kuwaitiana por apostasia[22] e o juiz sentenciou que, sob a lei islâmica "ele deveria ser morto." A partir de então, Robert apelou da decisão e deixou o país, entre outras razões, por questão de segurança. Sua situação, no entanto, ilustra o modo como os muçulmanos convertidos são tratados em muitos países islâmicos.

B. Movimento Igrejas nos Lares na China - Viajando à noite, pregando e falando durante o dia, os pastores das igrejas nos lares da China trabalham em uma das mais perigosas vinhas do mundo. Eles carregam sempre a possibilidade de serem presos pelo governo hostil, ao tempo em que dão suas vidas para fortalecer e edificar o corpo de Cristo. De acordo com o Centro de Pesquisa da Igreja Chinesa, há mais evangélicos na China que em outro país qualquer do mundo. Talvez 75 milhões. Manter uma reunião de crentes cristãos em casa é ilegal. Aqueles que são pegos são freqüentemente torturados, através do uso de água fervente, para que confessem lealdade ao governo comunista chinês. Muitos dos que são presos são mandados para campos de trabalho forçado, onde lhes são negados água e comida, além de serem torturados com choques elétricos. Surpreendentemente, as pessoas ainda vêm a esses congraçamentos domésticos, onde eles podem ouvir a proclamação da palavra de Deus, partilhar suas vidas com outros crentes.

C. Sudão - As Nações Unidas relatam que o governo militante islâmico do Sudão, na África Central declarou uma batalha sistemática contra os cristãos. Desde 1982, 300.000 cristãos sudaneses foram mortos. A cada ano, centenas de crentes cristãos são vendidos à escravidão e levados a lugares onde têm que trabalhar como escravos ou concubinas para seus mestres muçulmanos.

[22] Apostasia: "1. separação ou deserção do corpo constituído ao qual pertencia. 2. Abandono da fé de uma igreja. 3. Abandono do estado religioso ou sacerdotal". c.f. FERREIRA. op. cit. p. 53.

D. Vietnã - O governo do Vietnã desencadeou uma ação de opressiva brutalidade, destinada a varrer o Evangelho e a Igreja Cristã. Cristãos que professam sua fé abertamente, sem se submeter ao controle governamental tem sido presos, aprisionados e sentenciados a *reeducação cultural*.

E. Países Comunistas - Enquanto no Ocidente numerosos cristãos só viam no comunismo uma ameaça para a sua tranqüilidade e um atentado às suas liberdades políticas, e à sua segurança econômica; enquanto outros, mais clarividentes, se esforçavam por combater o comunismo no terreno social, nem por isso perceberam a amplitude do drama religioso que o comunismo representou. Estes, como o prova a perseguição, consideravam o cristianismo e a fidelidade aos ensinamentos de Cristo como o maior obstáculo à instauração da sua ditadura e ao triunfo do materialismo. A perseguição pelos comunistas constituiu-se em várias etapas, sendo uma delas, a mais cruel, a expulsão dos missionários na China, extermínio na Albânia e Bulgária, campos de concentração e trabalho forçado na antiga URSS, prisões na Romênia, Iugoslávia, Checoslováquia e Polônia.[23]

3. CONSIDERAÇÕES AXIOLÓGICAS SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA

Na primeira parte deste estudo foram apontadas diversas definições em torno dos termos *discriminação*, *intolerância*, *religião* e *crença*. Antes, porém, de se fazer qualquer consideração valorativa sobre a liberdade religiosa, impõe-se que o termo *liberdade* também seja esmiuçado. Existem várias acepções da palavra *liberdade*, mas importa aqui destacar somente três delas: a acepção sócio-política, a acepção psicológica, e a acepção moral.

Aplicada ao plano social e político, *liberdade* significa um estado de ausência de coerção provinda do grupo, notadamente do poder público. É livre, neste sentido, o indivíduo que pode fazer tudo o que não é proibido pela lei. O único sentido autêntico de liberdade política dentro de um regime democrático é o uso responsável dos direitos e o exercício consciente dos deveres.

Nesta ordem de idéias, importa ter presente a distinção entre liberdade teórica e real. A primeira é a mera permissão legal para agir; a segunda exige a criação de estruturas sociais que dêem de fato a todos a possibilidade de agir, no sentido de usufruir de seus direitos de homem e de cidadão. No sentido psicológico, "liberdade é a capacidade do ser racional e consciente de autodeterminar-

[23] GALTER, Albert. **O livro vermelho da Igreja Perseguida**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1959. p. 11-23.

se, ante a multiplicidade de alternativas de opção que se lhe oferecem, em cada situação concreta, se identificando com o livre arbítrio. No sentido moral, liberdade é a condição de um ser imune de qualquer coerção que o impeça de tender, através de seus atos, à realização cada vez mais perfeita de sua natureza. Nesse sentido, a liberdade é risco e conquista. É risco enquanto, pelo seu próprio indeterminismo, deixa ao homem não só a glória de optar pelo bem voluntariamente, mas também o tremendo poder de optar pelo mal. É conquista enquanto exige do homem um esforço contínuo de luta contra todas as forças internas e externas que comprometem a realização de sua plenitude"[24].

O significado sócio-político do termo *liberdade* aponta para as garantias que o ordenamento jurídico de cada país deve dar aos seus habitantes, provendo-lhes o direito de filiar-se à qualquer seita ou religião, bem como de abandonar a que porventura professe, ou, ainda, de não aderir a nenhuma delas. Já no plano psicológico, encontra-se a liberdade como uma situação pessoal de autodeterminação, de manifestar as convicções para com uma ou outra vertente conforme indique a consciência de cada indivíduo. O sentido moral, contudo, interessa sobremaneira a este estudo porque dele se origina a discriminação com relação a outras seitas e religiões.

Quando se entende que a liberdade na sua acepção moral constituiu-se em risco e em conquista, tornam-se límpidos os fundamentos da intolerância religiosa. Concebendo-a moralmente como risco, notamos a divisão de águas que se dá entre aqueles que optam pelo bem, através de uma convivência harmoniosa, e aqueles que optam pelo mal, adotando atitudes de discriminação e de perseguição. No espectro da conquista, a liberdade demonstra ser um escudo de resistência contra investidas daqueles que desejam fazer prevalecer as suas convicções sobre a dos outros. Nesse sentido, está o que a Revelação Divina entende por 'liberdade', sendo a liberdade de escolha que desabrocha em maturidade humana. Afirma, plenamente, ainda que seja apenas como princípio de humanização, o valor que se chama comumente 'liberdade de escolha': o estar livre de coação interna e externa, a possibilidade de auto-expressão espontânea, o desdobramento do próprio juízo e do próprio modo de viver, a auto-causalidade ou 'ser-causa de si mesmo', como já explicava Aristóteles[25].

A Bíblia, livro sagrado para os cristãos, também adotado com algumas restrições ou ampliações por umas e outras denominações religiosas, contém a Palavra de Deus para os homens. Sobre o tema *liberdade religiosa*, pode-se apontar como fundamentais as passagens dos livros de Romanos, capítulo 10, versículos

[24] ÁVILA. op. cit. p. 368-369.
[25] KESSEL, R. van *et alii*. **Consciência e liberdade.** São Paulo: Herder, 1969. p. 12.

12 e 13 (*Porquanto não há diferença entre judeu e grego, porque um mesmo é o Senhor de todos, rico para com todos os que o invocam. Porque todo aquele que invocar o nome do Senhor será salvo*)[26] e Apocalipse, capítulo 3, versículo 20 (*Eis que estou à porta e bato; se alguém ouvir a minha voz e abrir a porta, entrarei em sua casa e com ele cearei, e ele, comigo*)[27]. Ambas as citações denotam que cada pessoa tem a liberdade de manifestar sua vontade pela aceitação ou não do Evangelho, ou parodiando Cristo, tendo a liberdade de abrir ou não a porta.

Ao mesmo tempo em que Jesus demonstra a justeza de sua doutrina facultando aos homens aceitá-la ou não, Ele também adverte, profeticamente, os que O aceitam a respeito das perseguições que enfrentariam e das divisões que haveriam de suportar. Assim se lê no Evangelho de Mateus, capítulo 10, versos 17 e 18 (*Acautelai-vos, porém, dos homens, porque eles vos entregarão aos sinédrios e vos açoitarão nas suas sinagogas; e sereis até conduzidos à presença dos governadores e dos reis, por causa de mim, para lhes servir de testemunho, a eles e aos gentios*)[28].

Nota-se, portanto, que a liberdade vista como risco pelo ângulo da moral alia-se ao ser humano e segue-lhe os desígnios, seja de forma a contribuir para uma coexistência de idéias diferentes, seja para provocar as mais duras segregações conforme a palavra profética de Jesus citada acima.

4. A DECLARAÇÃO

4.1. Conceito e histórico

Em Direito Internacional Público, *declaração* é o ato jurídico, de caráter contratual, celebrado entre duas ou mais nações e organismos intergovernamentais, ou entre estes últimos, tendo em vista a proclamação de certos princípios ou notificar outras nações sobre circunstâncias ou eventos determinados[29]. As declarações podem ser inseridas sob o gênero *tratado*, uma vez que esta palavra "se refere a um acordo regido pelo direito internacional, qualquer que seja a sua denominação"[30].

Especificamente sobre a liberdade religiosa, os primeiros estudos sobre o

[26] BÍBLIA SAGRADA. Tradução em português por João Ferreira de Almeida, p. 130 (Novo Testamento).
[27] Ibidem. p. 199 (Novo Testamento).
[28] Ibidem. p. 10 (Novo Testamento).
[29] ÁVILA. op. cit. p. 13.
[30] ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 43.

fenômeno da intolerância religiosa ou por motivo de religião no âmbito das Nações Unidas advêm, porque lhe competem, da Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, nos anos 50. Deles emergiu uma série de princípios sobre a liberdade de religião e a não-discriminação religiosa, com base nos quais, desde o início dos anos 60, a Assembléia Geral decidiu que se procedesse à elaboração de normas[31].

O fundamento jurídico para a atuação das Nações Unidas em defesa da liberdade religiosa está fixado no art. 1º, §3º da Carta de São Francisco, ao consagrar a promoção do respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais entre os propósitos da ONU, estabelecendo o postulado essencial da não-discriminação por motivo de religião, no mesmo nível da não-discriminação por raça, sexo ou idioma.

4.2. Injunções políticas

Como todo documento internacional que envolve a sujeição dos países signatários, a *Declaração* em estudo teve seu conteúdo amplamente debatido de forma que o seu resultado final pudesse atender aos anseios de todos. As discussões se prolongaram de tal forma que, até 1978, somente se havia chegado ao consenso sobre o anteprojeto do Preâmbulo[32].

O momento histórico de elaboração da *Declaração*, como se pode notar, estava bem propício às injunções da Guerra Fria. Ao passo que delegações ocidentais defendiam a liberdade irrestrita, tendo em mente sobretudo os dissidentes perseguidos e os judeus impedidos de sair do Leste europeu. Os países do bloco socialista criticavam as propostas ocidentais por se concentrarem exclusivamente na defesa dos direitos dos indivíduos que professam algum tipo de fé, sem atenção para com os direitos dos agnósticos e ateus e sem preocupações com a ordem pública dos Estados[33].

Nesse ponto, os países socialistas tiveram êxito nas suas exigências quando viram inserida no art. 1º da *Declaração* a expressão *ou qualquer crença*, garantindo o direito individual daqueles que em nada crêem ou não praticam nenhuma religião.

Também houve pressão por parte dos países islâmicos, especificamente

[31] ALVES. José Augusto Lundgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Ática. p. 198.
[32] ALVES. op. cit. p. 198.
[33] Ibidem. p. 198-199.

quanto à apostasia, que é refutada pelo islamismo. A solução encontrada foi esposada no art. 8º da *Declaração*, em que se oferece alguma garantia ao direito de mudar de religião, através de uma fórmula genérica estipulando que nenhum dispositivo da *Declaração* fosse entendido de forma a restringir ou derrogar qualquer dos direitos definidos na Declaração Universal e nos Pactos internacionais de direitos humanos.

O projeto da *Declaração* foi aprovado sem votos contrários, mas com 5 abstenções, no início do ano de 1981 e logo foi adotada por consenso na Assembléia Geral, tendo sido finalmente proclamada pela Resolução 36/55, da Assembléia Geral, em 25 de novembro de 1981.

4.3 Natureza, conteúdo e validade das normas contidas na *Declaração*

As normas contidas na *Declaração* são normas instituidoras de direitos fundamentais, cujo conteúdo expressa um reconhecimento pela ordem jurídica de uma qualidade inerente à pessoa humana considerada como de relevante proteção jurídica. Assim, os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadão sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) por parte dos mesmos (liberdade negativa)[34].

Em sua totalidade, a *Declaração* possui apenas 8 artigos. O art. 1º estabelece o direito à ampla liberdade de pensamento, bem como de consciência e religião. No art. 2º, a *Declaração* já consigna a proibição de discriminação por motivo de religião *ou outra crença* e define, no parágrafo 2º, a intolerância e a discriminação religiosa. O art. 3º declara que a discriminação com base na religião ou crença ofende a dignidade humana, seguindo o art. 4º enunciando o dever de os Estados adotarem medidas eficazes para prevenir e eliminar toda discriminação nesse sentido.

Já o art. 5º diz respeito ao direito dos pais e tutores de organizar a vida familiar em conformidade com suas convicções, seguido pelo art. 6º que pormenoriza as manifestações, do exercício das liberdades de pensamento, consciência, religião e crença, explicitando as áreas por elas abarcadas no tocante aos

[34] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541.

cultos e outras ramificações sociais. O art. 7º dispõe que os direitos enunciados na Declaração serão garantidos nas legislações nacionais de forma que todas as pessoas possam dela usufruir. O art. 8º, último do documento, foi como dito anteriormente, a fórmula encontrada pelos países laicos do ocidente para oferecer alguma garantia ao direito de mudar de religião, objetado pelos países muçulmanos[35].

Após a discussão e conclusão da *Declaração*, tendo sido ela firmada pelo representante diplomático de cada país, este fica obrigado a submeter o texto ao Poder Legislativo, que poderá aprovar o texto assinado pelo Poder Executivo. Neste ato, o Parlamento dá seu assentimento para que se conclua o ato internacional e, ao mesmo tempo, exterioriza sua aquiescência à matéria nele contida, com as ressalvas de que o texto não pode sofrer emendas, devendo ser instrumentalizado por ato normativo, no caso brasileiro, por decreto legislativo.

Em seguida, deve ser publicado na Imprensa Oficial para ser observado pelos particulares. Cumpridas as exigências da Constituição, o tratado, se for auto-executável, como o são as declarações de direitos, deve ser imediatamente aplicado. Caso contrário, também em obediência a comando constitucional, será preciso expedir regulamento para sua fiel execução[36].

O esforço para se obter uma conclusão se tais normas são auto-executáveis ou não pode ser abreviado se se observar que as Nações Unidas atribuíram ao direito de liberdade religiosa a condição idêntica dos direitos humanos fundamentais. Disso decorre a sua auto-aplicabilidade, a exemplo da Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, §1º, atribui aos direitos fundamentais o *status* de normas auto-aplicáveis, pois não se concebe, ao menos em tese, direito inerente à condição de pessoa humana subordinado à implementação legislativa.

5. A POSIÇÃO JURÍDICA DA LIBERDADE RELIGIOSA

5.1. A liberdade religiosa no direito comparado

Os Estados Unidos da América, país onde a variedade cultural e religiosa é enorme, declaram na sua Constituição que "o Congresso não poderá passar nenhuma lei estabelecendo uma religião, proibindo o livre exercício dos cultos". A Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, expressa que "... todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, segundo os ditames da consciência"[37].

Na França, a Declaração de Direito de 1789 enunciou o seguinte princípio em seu art. 10: "Ninguém deve ser inquietado por suas opiniões mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei". Mais tarde a Convenção Nacional estabeleceu em 1795 a separação da Igreja e do Estado. Napoleão em 1802 assinou uma concordata com a Igreja Católica, tornando-a a igreja oficial do Estado, podendo nomear bispos e arcebispos, e em 1803 confraternizou com as igrejas protestantes. Novamente em 1905 foi votada a separação da Igreja e do Estado[38].

O art. 124 da Constituição da antiga União Soviética (1936) declarava: "A fim de assegurar a liberdade de consciência ao cidadão, a Igreja da URSS está separada do Estado e a escola da Igreja.". Lenin em seu *Socialismo e religião* afirma que "a religião é uma das formas daquele jogo espiritual que, sempre e em toda a parte, foi imposto às massas populares pela miséria"[39]. A máxima de que "a religião é o ópio do povo" vem da doutrina de Lenin.

Trazendo à colação um exemplo mais recente, tem-se que da Península Ibérica surgiu, em meados de 1998, um grande clamor popular por uma legislação sobre o tema liberdade religiosa. Existem vários manifestos espalhados pela Internet e em um deles pode-se ler o seguinte:

Hoje, embora a Constituição diga que as igrejas estão separadas do Estado, temos ainda em vigor uma Concordata com o Vaticano que concede privilégios à Igreja Católica Romana, e segundo o critério internacional, os acordos entre os vários países têm prioridade sobre as suas leis internas. Será que a nossa situação é na prática, muito diferente do que foi na época do nosso primeiro rei ? Não basta mudar a legislação, se não houver vontade política para a cumprir, e principalmente se não houver a iniciativa da revogação da Concordata acabando-se de vez com o secular complexo de vassalagem que vem desde o nosso primeiro rei.[40]

Essa busca por uma legislação que regule a liberdade religiosa em Portugal está ligada primordialmente à relação entre o Estado e a Igreja Católica, em relação a qual as demais denominações permanecem à margem, em uma situação de quase ilegalidade em função de não serem reconhecidas como institui-

[35] ALVES, op. cit. p. 199-200.
[36] FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

[37] FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 114.
[38] Ibidem. p. 115.
[39] Ibidem. p. 115.
[40] GRANDE, Camilo Marinha. **Tentando compreender a discriminação religiosa em Portugal**. 1998, 3 páginas. http://www.ip.pt/~ip234918/tentando.html. (Internet)

ções religiosas e, sim, sociedades civis de acordo com a Lei de Liberdade Religiosa (Lei nº 4/71 de 21 de agosto de 1971).

Como se pode notar, não se trata, ao menos em primeiro plano, de uma discriminação teológica ou calcada nos fundamentos de uma ou outra religião. O que ocorre é que o tradicionalismo dos laços entre o Estado e a Igreja Católica impedem que outras religiões se expandam legalmente naquele país, o que acaba gerando uma situação de desigualdade entre as denominações religiosas, o que é lamentável.

5.2. A liberdade religiosa no Brasil

A conquista constitucional da liberdade religiosa é a verdadeira consagração da maturidade de um povo, pois é ela o verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento e manifestação[41]. A abrangência do preceito constitucional é ampla (art. 5º, inciso VI), pois sendo a religião o complexo de princípios que dirigem os pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, acaba por compreender a crença, o dogma, a moral, a liturgia e o culto. O constrangimento à pessoa humana de forma a renunciar sua fé representa o desrespeito à diversidade democrática de idéias, filosofias e a própria diversidade espiritual.

Saliente-se que na história das constituições brasileiras nem sempre foi assim, pois a Constituição de 25 de março de 1824 consagrava a plena liberdade de crença, restringindo, porém, a liberdade de culto, pois determinava em seu art. 5º que "a Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior de Templo". Porém, já na 1ª Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, no art. 72, §3º, foram consagradas as liberdades de crença e de culto, estabelecendo-se que "todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum"[42]. Tal previsão foi seguida por todas as constituições ulteriores.

Assim, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar a inviolabilidade de crença religiosa está também assegurando plena proteção à liberdade de culto e

[41] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p. 253.

[42] MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 6ª ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 22/99. São Paulo: Atlas, 1999. p. 69.

a suas liturgias. A quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à verdadeira fé, de forma que esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a idéia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este fato, alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da idéia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais.[43]

O Código Penal Brasileiro, no Título V (Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos), Capítulo I (Dos crimes contra o respeito aos mortos), em seu art. 208, tipifica o crime de "ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo", estabelecendo pena de detenção de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa para aquele que "escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso". Há previsão de uma causa de aumento em um terço da pena se houver emprego de violência, sem prejuízo da pena correspondente à esta.

Como citado anteriormente, um dos únicos casos (senão o único) de processos levados a termo versando sobre discriminação religiosa no Brasil é o referente ao bispo da Igreja Universal do Reino de Deus, Sérgio von Helde Luiz, que no dia 12 de outubro de 1995, perante as câmeras da TV Record, chutou uma imagem de uma santa. Ele foi condenado a dois anos e dois meses de prisão, por crimes de discriminação religiosa e vilipêndio de imagem.

A sentença - a primeira proferida no Brasil envolvendo discriminação religiosa - é do juiz Ruy Alberto Leme Cavalheiro, da 12ª Vara Criminal. O magistrado aplicou as penas no grau mínimo (dois anos para a discriminação e dois meses para o vilipêndio), determinando que fosse cumprida em regime semi-aberto, por ser o réu primário. O ineditismo da matéria e a conseqüente ausência de jurisprudência obrigaram o juiz Leme Cavalheiro a intensas pesquisas para fundamentar a decisão, que tem 16 laudas datilografadas. O único caso parecido encontrado foi um processo por discriminação política, instaurado no Rio Grande do Sul, contra um acusado de pregação nazista.[44]

[43] CANOTILHO. op. cit. p.503.

[44] MAGALHÃES. Justiça condena bispo que chutou imagem de santa. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 30/04/1997.

Outro dispositivo legal que pode ser invocado por alguma pessoa porventura discriminada por outra é o art. 159 do Código Civil, que trata da responsabilidade civil. No caso de violação do direito de liberdade religiosa, como não há previsão expressa, pode-se invocar a proteção contra o dano moral que atinja os direitos personalíssimos de cada indivíduo. Cabe observar, porém, que a tutela dos direitos da personalidade, sob o plano da responsabilidade civil – quer material ou moral – não é específica. Inexiste uma previsão de tutela apenas aos direitos da personalidade. Esta se insere em um contexto maior e mais abrangente, cuja proteção e garantia está hoje expressamente prevista na Constituição Federal posta a lume em 5.10.88, quando assegura a indenização por dano moral e afirma invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, que se mostram espécie da personalidade que é gênero[45].

Outra forma de se tutelar a discriminação por motivo religioso é pela via constitucional. São inconstitucionais as discriminações não autorizadas pela Lei Maior. Há duas formas de cometer essa inconstitucionalidade:

Uma consiste em outorgar benefício legítima a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de pessoas ou grupos em igual situação. Neste caso, não se estendeu às pessoas ou grupos discriminados o mesmo tratamento dado aos outros. A solução por tal ofensa ao princípio da isonomia é que os indivíduos discriminados postulem seus direitos perante o Poder Judiciário, caso a caso. A outra forma de inconstitucionalidade revela-se em impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis[46].

O ato é inconstitucional por fazer discriminação não autorizada entre pessoas em situação de igualdade. Neste caso, ao contrário, a solução da desigualdade de tratamento não está em estender a situação jurídica discriminatória a todos, pois não é constitucionalmente admissível impor constrangimentos desta maneira. A solução, então, está na declaração de inconstitucionalidade do ato discriminatório em relação a quantos o solicitarem ao Poder Judiciário, cabendo também a ação direita da inconstitucionalidade por qualquer das pessoas indicadas no art. 103, da Constituição Federal de 1988.

[45] STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 692.
[46] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 207-208.

CONCLUSÃO

Há uma máxima difundida pelo povo a qual enuncia que *religião não se discute*. Exageros à parte, pode-se atribuir a essa frase popular uma nota de sabedoria e de reconhecimento ao considerá-la como aliada na defesa do direito de liberdade religiosa. Bem se sabe, por ser notório, que cada ser humano desenvolve o seu caráter de maneira diferenciada, levando consigo as impressões do aprendizado social, dentre elas as de caráter religioso.

Na história da evolução da humanidade, pôde-se constatar vários momentos em que esse vínculo de ligação entre o homem e o seu Deus foi questionado e levado a situações extremas de dissolução por causa das perseguições. Outros grupos sociais, exercendo eventualmente o poder, se acharam legitimados a discutir a realidade religiosa de outros grupos, o que quase inevitavelmente terminava em banimentos, massacres e outras atrocidades.

Já na vigência do constitucionalismo, principalmente nos séculos XVIII e XIX, entenderam os Estados que a liberdade de convicção religiosa deveria ser preservada como direito fundamental de todo homem, de forma que as constituições daquela época foram as origens desse direito. A separação entre o Estado e a Igreja também contribuiu de forma decisiva para a desinstitucionalização das perseguições, as quais involuíram para o nível meramente ideológico e, quando muito, permanecem mascaradas em grupos sociais isolados.

O advento do século XX pareceu ser o marco que aniquilaria com a discriminação religiosa. Mas isso não se mostrou uma verdade. O século que já se findou foi considerado o mais *sangrento* em termos de perseguição religiosa, carregando consigo estatísticas tenebrosas, principalmente em razão da ideologia dos países socialistas e islâmicos fundamentalistas.

Sabendo disso, a ONU pôs-se inquieta e disposta a criar um documento internacional que instituísse a liberdade de credo e que se tornasse referência de respeito a esse considerado direito humano. Após as discussões, em 1981, foi aprovado um texto de agrado geral para regular o tema: a *Declaração sobre Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas em Religião ou Crença*.

À falta de uma convenção que vincule os países pactuantes, a *Declaração* contém normas bem simples e diretas, constituindo-se em modelo para os Estados que desejem adotar legislação nesse sentido. Aos que não possuem tal legislação, em razão da forte perseguição imprimida ou sofrida, resta o texto da Declaração, respectivamente, como alerta de reprovação ou como instrumento de libertação.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALVES. José Augusto Lundgren. **A arquitetura internacional dos direitos humanos**. São Paulo: Ática, 1997.

ÁVILA, Pe. Fernando de Bastos. **Pequena enciclopédia de moral e civismo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1982.

BÍBLIA SAGRADA. Tradução em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Corrigida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

CECHINATO, Luiz. **Os vinte séculos de caminhada da Igreja: principais acontecimentos da cristandade, desde os tempos de Jesus até João Paulo II**. Petrópolis/RJ: Vozes, 1996.

COMISSÃO de liberdade religiosa (*World Evangelical Fellowship Religious Liberty Commission*). 1998, 3 páginas. http://www.xc.org/wef/wefintro (Internet).

ENCICLOPÉDIA DELTA UNIVERSAL. v. 8, Rio de Janeiro: Delta, 1986.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1991.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GALTER, Albert. **O livro vermelho da Igreja Perseguida**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1959.

GRANDE, Camilo Marinha. **Tentando compreender a discriminação religiosa em Portugal**. 1998, 3 páginas. http://www.ip.pt/~ip234918/tentando.html. (Internet)

HEFLEY, James, e Manti. Fonte: **By their blood**. 2000, 1 página. http://www.solar.com.br/~rubem/persegui.html. (Internet).

HOORNAERT, Eduardo *et alii*. **História geral da Igreja na América Latina - História da Igreja no Brasil: primeira época**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

JOHNSTONE, Patrick. Fonte: **Operation world**. 2000, 1 página. http://www.solar.com.br/~rubem/perse-gui.html. (Internet).

KESSEL, R. van *et alii*. **Consciência e liberdade**. São Paulo: Herder, 1969.

LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia geral**. 4ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 1981, p. 162.

MAGALHÃES. Justiça condena bispo que chutou imagem de santa. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 30/04/1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 6ª ed. revista, ampliada e atualizada com a EC nº 22/99. São Paulo: Atlas, 1999.

RAMOS, Judith. **Pelo direito de pregar o Evangelho**. 1998, 1 página. http://www.editorasepal.com.br. (Internet).

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999.

ABSTRACT: Religious intolerance is a present issue not buried in Ancient Times, Medieval Times or in the last century. Nowadays, in the 21st century, groups there are that battle in the name of creed. In 1981, United Nations issued a declaration stating the right of religious freedom.

KEY WORDS: *United Nations; international declaration; history; religious intolerance; right of religious freedom.*

OS SERVIDORES PÚBLICOS E A CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

Antônio Flávio de Oliveira*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo contribuir com o entendimento sistemático da regra constitucional pertinente ao direito de associação dos servidores públicos, dissociando-o do direito social de associação dirigido aos não integrantes das carreiras públicas. Encontra-se o trabalho estruturado em sete partes: I – Introdução; II – As modalidades de contribuição sindical atualmente previstas; III – A previsão constitucional do art. 8º da CF e sua aplicabilidade aos servidores públicos em face da imprevisão específica do art. 39; IV – A necessidade de inteligência da norma do art. 8º, em relação aos servidores públicos, com o uso da interpretação sistemática; V – A sindicalização facultativa; VI – A jurisprudência; VII – Conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Servidor público; 2. Sindicalização; 3. Associação; 4. Liberdade; 5. Facultativa.

I. INTRODUÇÃO

Objeto de constantes e intermináveis polêmicas, a cobrança de contribuição sindical aos servidores públicos ainda não encontrou uma solução adequada aos ditames da Constituição de 1988, seja porque ora deixa-se de cobrar a contribuição com fundamento na ausência de previsão infraconstitucional, sem contudo apreciar o mérito, quanto a possibilidade constitucional de sua imposição; seja porque às vêzes há confusão sobre a natureza de tais cobranças, se está a se referir à contribuição confederativa ou se se trata da contribuição sindical fixada em lei.

* Procurador do Estado de Goiás. Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Financeiro na Universidade Salgado de Oliveira – Universo – Campus Goiânia. Especialista em Direito Processual Civil e concluinte do curso de especialização em Direito Constitucional da UFG.

Embora não haja dúvida quanto ao fato de as duas modalidades de contribuição poderem ser cobradas aos empregados, o mesmo não pode ser dito acerca dessa possibilidade de cobrança aos servidores públicos, situação, que, repita-se, ainda é objeto de controvérsias.

II. AS MODALIDADES DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL ATUALMENTE PREVISTAS

Consoante se depreende do conteúdo da norma inserta no art. 8º, IV, da Constituição Federal, são duas as contribuições sindicais, uma destinada ao custeio do sistema confederativo sindical, enquanto que a outra, fixada por lei, destina-se ao sindicato a que o trabalhador se acha vinculado.

A primeira, aquela destinada ao custeio do sistema confederativo, será fixada em assembléia geral da categoria sindicalizada e possui caráter contratual, o que informa a sua natureza facultativa. Já a segunda, que deverá ser fixada em lei, é de natureza obrigatória, devendo ser imposta a quem desenvolva a atividade sindicalizada, conforme a lição a seguir transcrita:

> Assim, nenhuma entidade sindical poderá cobrar a contribuição assistencial daquele que se recusou a filiar-se ou permanecer filiado, porém, a contribuição sindical, que a Constituição Federal assegura, desde que prevista em lei, é obrigatória e devida pelos que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades.
>
> Dessa forma, a contribuição sindical definida em lei é obrigatória, mesmo para os profissionais liberais não filiados, enquanto qualquer outra contribuição assistencial/confederativa é facultativa, somente podendo ser cobrada com autorização por parte do empregado ou trabalhador. (MORAES, 1999:191).

Tamanha a impositividade que se atribuiu à contribuição sindical que esta chega a ser identificada pela doutrina como espécie de tributo, haja vista que seu pagamento é obrigatório a todos os trabalhadores vinculados a uma determinada categoria profissional sindicalizada:

> Enquadram-se nesta categoria as contribuições arrecadadas de seus filiados, pelos sindicatos, as contribuições que os advogados e os estagiários pagam à Ordem dos Advogados do Brasil, as contribuições que os médicos pagam ao Conselho Regional de Medicina etc.
>
> Tais contribuições também são tributos (revestindo, normalmente, a natureza do imposto), devendo, destarte, ser instituídas ou aumentadas por meio de lei ordinária, sempre obedecido o regime jurídico tributário. (CARRAZZA, 1998:369).

A jurisprudência, da mesma forma que a doutrina, identifica a característica de tributo nestas contribuições sindicais de cunho obrigatório.[1]

Entretanto, a lei que atualmente prevê a contribuição sindical obrigatória é a Consolidação das Leis Trabalhistas, que o faz por intermédio do art. 578, recepcionado pela atual Constituição.

O fato de a previsão da contribuição sindical compulsória encontrar-se disciplinada apenas na CLT, por enquanto, não deixa margem para entendimento que conduza à sua imposição aos servidores públicos, porquanto prevista em diploma legal a estes inaplicável.

Muito se tem falado na possibilidade de, uma vez estabelecida em lei, nos Municípios, Estados, Distrito Federal e pela União, para os seus respectivos servidores, ser cobrada a contribuição sindical de cunho obrigatório. Porém, o assunto não deve ser tratado com tamanha singeleza, uma vez que requer estudos mais profundos sobre a sua dimensão constitucional, devendo antes responder-se, de maneira fundamentada, a questão que se levanta quanto a aplicabilidade da cobrança da contribuição sindical obrigatória aos funcionários públicos.

III. A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 8º, DA CF E SUA INAPLICABILIDADE AOS SERVIDORES PÚBLICOS EM FACE DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO ESPECÍFICA

Os direitos sociais previstos no Título II, Capítulo II, da Constituição de 1988, contém os artigos 6º a 11, que tratam de prever os direitos sociais de modo geral e que, portanto, devem ser vistos como pertinentes aos trabalhadores vinculados à iniciativa privada, uma vez que os servidores públicos foram mencionados em título e capítulo próprios.

---

[1] *EMENTA: CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. PRESCRIÇÃO.*
I – Tendo a contribuição sindical a natureza de tributo, a prescrição da ação para a sua cobrança dá-se no qüinqüênio.
II – Recurso provido.
Decisão: Por unanimidade, dar provimento ao recurso.
Origem: Superior Tribunal de Justiça
Relator: Pedro Acioli.

Para o tratamento dos direitos sociais dos servidores públicos, a Constituição Federal destinou o Título III, Capítulo VII, relacionando no art. 39, aqueles direitos sociais atribuíveis a essa espécie do gênero trabalhadores.

Assim, portanto, tal como não se pode afirmar que o servidor público foi contemplado com o seguro desemprego, fundo de garantia de tempo de serviço ou piso salarial proporcional à complexidade do trabalho, porque não relacionados esses direitos no § 3º, do art. 39, não há, da mesma forma, como encontrar supedâneo constitucional para a aplicação do disposto no art. 8º, IV, da CF, aos servidores.

Não há qualquer previsão no Título III, Capítulo VII, que autorize a aplicação do teor do art. 8º, IV, aos servidores públicos. Neste aspecto apenas fez o legislador constituinte consignar no art. 37, VI, que *"é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical"*, sem estabelecer a cobrança da contribuição compulsória.

É cediço que a lei não contém expressões inúteis e, especialmente em se tratando de Constituição, sequer as omissões são despropositadas, porquanto constitui princípio informador da hermenêutica constitucional o da taxatividade da norma constitucional, segundo o qual a interpretação de normas dessa ordem não admite extensão ou analogia.

Decorre, pois, desse princípio, que se não há previsão expressa da aplicabilidade aos servidores públicos da regra expressa no art. 8º, IV, da CF, ela não pode incidir sobre estes trabalhadores e a realização de interpretação com caráter analógico ou extensivo, que busque ampliar o seu raio de ação fere a principiologia informativa da hermenêutica constitucional.

Assim é que, frente a incompatibilidade da aplicação da norma em virtude da vedação principiológica, sequer abrir-se-á espaço para argumentação segundo a qual a cobrança de contribuição sindical obrigatória aos servidores seria decorrente de uma construção constitucional.

Ademais, a construção constitucional parte da compreensão sistemática de princípios e normas constitucionais (cf. SILVA, 2000), o que não se dá na situação vertente, uma vez que a visualização do sistema de princípios e normas constitucionais conduz exatamente na direção oposta.

IV. A NECESSIDADE DE INTELIGÊNCIA DA NORMA DO ART. 8º, EM RELAÇÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS COM O USO DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Para a compreensão do problema e sua solução é, antes, necessário definir-se o que seja interpretação sistemática.

Trata-se de entendimento sedimentado em nosso Direito Constitucional, brindado por valorosos estudiosos, o entendimento que informa ser a Constituição não um aglomerado de normas desconectadas umas das outras. Constitui, ao contrário, um sistema no qual é possível o vislumbre do inter-relacionamento entre os diversos dispositivos que a integram, além, ainda, de ser possível identificar um encadeamento lógico e uma ordem de inclusão no texto que segue um padrão racional.

Ora, deve-se, pois, em razão disto, concluir que de fato não se aplica aos servidores públicos o disposto no art. 8º, IV, uma vez que o legislador constituinte quando quis conceder direitos sociais aos servidores o fez em dispositivo especificamente dirigido a estes e por meio de rol taxativo (art. 37, § 3º), ou, ainda, porque haveria de fazer a previsão do direito à livre associação (art. 37, VI) e não mencionar a contribuição sindical obrigatória.

Reforça esta percepção, a verificação de que em outra ocasião, tratando dos policiais militares, o legislador manteve-se coerente com essa técnica, relacionando expressamente as regras aplicáveis (art. 42, § 1º).

Portanto, além da informação obtida com os princípios de hermenêutica constitucional, a ordenação sistemática das normas constitucionais leva a concluir que não é possível aplicar-se aos servidores públicos a regra do art. 8º, IV.

V. A SINDICALIZAÇAÕ FACULTATIVA

Em que pese a ausência de previsão legal da cobrança da contribuição sindical aos servidores públicos, disso não resulta como conseqüência que essa espécie de trabalhadores não possa se associar, com intuito de ações classistas. A sindicalização não decorre da cobrança de contribuição obrigatória, como também não é resultado exclusivo da previsão contida no art. 8º, IV, da CF/88.

A diferença entre a situação dos funcionários públicos, em relação aos empregados da iniciativa privada é, basicamente, que a estes não se aplica, por falta de previsão legal, a contribuição confederativa e a contribuição sindical terá, após prevista em lei, natureza facultativa. Nessa situação a lei apenas regula-

mentará o dispositivo constitucional estabelecendo os lineamentos básicos da relação contratual que deverá se estabelecer em decorrência de uma relação de confiança entre o servidor e o sindicato de sua categoria.

Destarte, o vínculo entre os servidores públicos e a associação deve ser estabelecido não por imposição legal, mas como decorrência natural da eficiência e competência da entidade sindical na atuação da defesa dos seus interesses classistas, inclusive valendo-se desses resultados positivos para ampliar a sua base de associados contribuintes.

VI. A JURISPRUDÊNCIA

Vem, desde muito tempo, repetindo-se o mote jurisprudencial que indefere os pleitos sindicais de desconto da contribuição obrigatória ou porque não há autorização nos estatutos a que se faça desconto dessa natureza, ou porque não há lei que fixe a contribuição, consoante a exigência contida no art. 8º, IV, da CF, uma vez inaplicável a estes a Consolidação da Leis Trabalhistas.

Já começam, entretanto, a surgir regras que autorizam a realização de diversos descontos em folha de pagamento, fulminando, portanto, a primeira justificativa para o indeferimento do pedido dos sindicatos, e não tardará a ocorrer, de maneira inconstitucional (entende-se neste trabalho), a fixação da contribuição em leis especificamente dirigidas aos servidores públicos.

Ora, como a jurisprudência se negou até o momento a enfrentar a questão realmente relevante nesta matéria, muitos poderão ser os equívocos disso decorrentes, resultando na admissão da cobrança mesmo em afronta ao diploma constitucional, que não fez previsão de contribuição sindical de caráter obrigatório aos servidores públicos.

Passa a ser necessário, doravante, que os magistrados apreciem não apenas a questão da previsão legal da imposição contributiva sindical, mas que adentrem no cerne da questão para concluir se a Constituição admitiu expressamente a cobrança de contribuição sindical obrigatória aos servidores públicos, mesmo não tendo expressamente relacionado esta entre os direitos sociais que listou no § 3º, do art. 39, da CF.

VII. CONCLUSÃO

Impõe-se, portanto, a percepção de que o tema relacionado com a sindicalização dos servidores públicos, com a cobrança de contribuição sindical

obrigatória vem sendo, quanto ao seu aspecto constitucional, tangenciado pela jurisprudência e ignorado pela doutrina.

Todavia, a interpretação das regras insertas nos arts. 8º, IV; 37, VI e 39, § 3º, de maneira sistemática conduz à conclusão que aos servidores públicos somente se aplicará a contribuição de natureza contratual ou facultativa, uma vez que não há remissão nos arts. 37 e 39 à possibilidade de sua cobrança.

Subsiste, no entanto, a premente necessidade de que o assunto, uma vez colocado ao Judiciário, receba não apenas resposta parcial quanto a sua legalidade, mas que seja examinada, também, a constitucionalidade da cobrança, iniciando a partir dessa postura a solução definitiva da questão e, assim, impeça que mais esse assunto acabe por ocasionar sucessivas buscas judiciais, agravando ainda mais o problema da morosidade na prestação jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1998.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 11ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998.

FRIEDE, Reis. *Lições Objetivas de Direito Constitucional*, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica – Seus Princípios Fundamentais no Direito Brasileiro*, 2ª edição, São Paulo: Brasiliense.

SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do Advogado*, 5ª edição, Rio de Janeiro: Thex Editora: Biblioteca Universidade Estácio de Sá, 1996.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 1998.

ABSTRACT: *The present article has the objective of contributing for a systematic understanding of Constitutional rules concerning public employees' right of association, differentiating it from the social right of association of those not participants of public careers. The work is composed of seven parts: I – Introduction; II – The*

forms of labor union contributions legally considered at present; III – The Constitutional rule of the 8th Article and its applicability to public servants despite not being specifically established by Art. 39; IV – The necessity of putting an interpretation on the rule of the 8th Article for public servants, using systematic interpretation; V – The facultative syndicalization; VI – The Jurisprudence; VII – Conclusion.

KEY WORDS: *1. Public servant; 2. Syndicalization; 3. Association; 4. Freedom; 5. Facultative.*

DISTRIBUIÇÃO DO ICMS ENTRE OS MUNICÍPIOS

Alberto Escher de Britto Guimarães*

RESUMO: O sistema constitucional tributário, ao estabelecer regras relativas à repartição de receitas tributárias, determina pertencerem aos Municípios 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS. Na determinação da parte que cabe a cada Município, deve-se seguir o critério do valor adicionado, definido na Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990. Os valores adicionados são atribuídos a cada Município basicamente por meio de declarações dos próprios contribuintes, mas também, eventualmente, por meio de processo administrativo tributário ou de decisão judicial.

PALAVRAS-CHAVE: repartição das receitas tributárias – ICMS – Municípios – valor adicionado – LC 63/90.

Viu-se, recentemente, no Estado de Goiás, o surgimento de uma grande polêmica em torno dos Índices de Participação dos Municípios goianos na distribuição do ICMS, o que redundou, inclusive, na instauração de uma CPI na Assembléia Legislativa, para investigar o assunto, mais especificamente, as concessões de liminares pela Justiça em favor de alguns Municípios.

Vários dos Municípios envolvidos pleitearam, por meio de mandados de segurança, a inclusão, em seus respectivos índices, dos valores relativos às ações fiscais inscritas em dívida ativa, verificadas em seus territórios. Invocavam, para tanto, o §11 do art. 3º da Lei Complementar nº 63, de 1990. Fizeram, no entanto, segundo pensamos, uma leitura apressada e equivocada do dispositivo, o que despertou nosso interesse em desenvolver o assunto.

Pretendemos, pois, examinar, neste estudo, o problema da distribuição da

* Procurador do Estado de Goiás. Especialista em Direito Tributário.

parcela do ICMS pertencente aos Municípios e a forma como essa distribuição é realizada, segundo os critérios constitucionais e legais.

I. VALOR ADICIONADO E COMPOSIÇÃO DOS ÍNDICES DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

A questão da repartição das receitas tributárias é tratada em nível constitucional. É a Lei Maior que define a forma como deve ser operada a partilha das receitas tributárias entre os diversos entes de direito público interno. Consideremos, pois, primeiramente, os dispositivos constitucionais pertinentes:

> "Art. 158. Pertencem aos Municípios:
> *I – III* (omissis)*;*
> IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.
> Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:
> I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;
> II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal."
> "Art. 161. Cabe à lei complementar:
> I – definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I; (...)."

Na Constituição do Estado de Goiás, por sua vez, estabeleceu-se que, do montante do imposto pertencente aos Municípios, 90% (noventa por cento) sejam distribuídos na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios, e 10% (dez por cento) em quotas iguais entre todos os Municípios (art. 107, § 1º, incisos I e II).

O que vem a ser, então, o valor adicionado, para fins de distribuição da parcela do ICMS pertencente aos Municípios? Para dispor sobre essa questão foi editada a Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990, que, em seu art. 3º, §§ 1º e 2º, definiu os contornos do *valor adicionado*.

> "Art. 3º (...) § 1º. O valor adicionado corresponderá, para cada Município, ao valor das mercadorias saídas, acrescido das prestações de serviços, no seu território, deduzido o valor das mercadorias entradas, em cada ano civil."
> "§ 2º. Para efeito de cálculo do valor adicionado serão computadas:
> I – as operações e prestações que constituam fato gerador do imposto, mesmo quando o pagamento for antecipado ou diferido, ou quando o crédito tributário for diferido, reduzido ou excluído em virtude de isenção ou outros benefícios, incentivos ou favores fiscais;
> II – as operações imunes do imposto, conforme as alíneas a e b do inciso X do § 2º do art. 155, e a alínea d do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal."

Isso quer dizer que compõem o valor adicionado do Município os valores de todas as operações relativas a circulação de mercadorias ou prestação de serviços ocorridas em seu território, que constituam fato gerador do ICMS ou mesmo que estejam beneficiadas com isenção, além das operações imunes ao imposto: i) com livros jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão; ii) que destinem ao exterior produtos industrializados; iii) que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica.

O que importa, pois, é a riqueza gerada no Município, ou a quantidade de valor agregado nas operações realizadas dentro de seu território. Este, o cerne da noção de valor adicionado. É importante notar, então, que, enquanto a saída de mercadorias e a prestação de serviços de comunicação ou transporte intermunicipal ou interestadual ocorridas no território do Município representam adição de valor, a operação da qual decorra entrada de mercadorias em seu território representa subtração de valor.

Os índices de participação dos Municípios na distribuição do ICMS serão compostos a partir dos valores adicionados, nos moldes determinados pelos parágrafos 3º e 4º do art. 3º da LC 63/90:

> "Art. 3º (...) § 3º O Estado apurará a relação percentual entre o valor adicionado em cada Município e o valor total do Estado, devendo este índice ser aplicado para a entrega das parcelas dos Municípios a partir do primeiro dia do ano imediatamente seguinte ao da apuração.
> § 4º O índice referido no parágrafo anterior corresponderá à média dos índices apurados nos dois anos civis imediatamente anteriores ao da apuração."

A citada Lei Complementar, como se vê, estabelece interessante fórmula para composição dos índices de participação dos Municípios, de modo que, por exemplo, uma queda brusca na movimentação econômica de um determinado Município não se reflita imediatamente em seu índice para distribuição do ICMS no ano seguinte. Isso permite um melhor planejamento por parte do Município, a partir do maior controle que este terá quanto à expectativa de receita para o ano seguinte.

Assim, no ano de 2002, aplica-se o índice apurado no ano de 2001, obtido a partir da média dos índices de 1999 e 2000. Ou seja, o valor adicionado de um Município, num determinado ano, refletir-se-á apenas na distribuição do ICMS do segundo e terceiro anos subseqüentes.

II. MOMENTO EM QUE O VALOR ADICIONADO DEVE SER CONSIDERADO

O ICMS, como se sabe, é imposto sujeito a regime de *lançamento por homologação*. Isso significa que ficam a cargo do contribuinte registrar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do imposto devido e efetuar seu recolhimento, sem que haja qualquer exame prévio por parte do fisco. O recolhimento assim efetuado fica sujeito a posterior homologação pela administração (CTN, art. 150, *caput*).

É fundamental que a administração tributária tome perfeito conhecimento das operações de circulação de mercadorias e de prestação de serviços ocorridas no Estado, seja para verificar se houve regular recolhimento de tributos, seja para controlar os creditamentos efetuados pelo contribuinte, em atenção à não-cumulatividade própria do imposto, ou seja ainda para compor os índices de participação dos Municípios. Daí a importância das informações prestadas pelos contribuintes.

Assim, os contribuintes estabelecidos no Estado de Goiás devem apresentar a chamada *Declaração Periódica de Informação*. A DPI *"é o documento de informação e apuração do imposto, pelo qual o contribuinte presta à Secretaria da Fazenda informação de interesse da administração necessária (...) ao cálculo do índice de participação dos municípios"* (Decreto nº 4.852/97 – RCTE – art. 359, *caput* e inciso II). Deve esse documento ser entregue, mensalmente, em relação ao movimento econômico-fiscal do mês imediatamente anterior ao da sua apresentação, bem como, anualmente, o relativo ao movimento econômico-fiscal do ano anterior.

Portanto, há apropriação de valor adicionado para o Município à medida

que ocorrerem operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte intermunicipal ou interestadual e de comunicação em seu território, e essas operações e prestações forem informadas, a cada mês, à Secretaria da Fazenda, por meio das DPIs.

Algumas dessas operações, no entanto, escapam ao conhecimento da Administração Fazendária. O valor adicionado, nesses casos, só pode ser contabilizado de duas maneiras: 1º) por meio da constatação da operação, a partir de uma ação fiscal (processo administrativo tributário), ou, 2º) em virtude da espontânea confissão do contribuinte. É aqui que entram as hipóteses dos §§ 11 e 12 do art. 3º da LC 63/90, vazados nos seguintes termos:

"§ 11. O valor adicionado relativo a operações constatadas em ação fiscal será considerado no ano em que o resultado desta se tornar definitivo, em virtude da decisão administrativa irrecorrível."

"§ 12. O valor adicionado relativo a operações ou prestações espontaneamente confessadas pelo contribuinte será considerado no período em que ocorrer a confissão."

Estes dispositivos são de suma importância. Aqui, o que importa não é o momento em que a operação efetivamente ocorreu, mas o momento em que o fato é vertido em linguagem jurídica competente[1] — em uma decisão administrativa irrecorrível ou por meio da confissão formalizada pelo contribuinte —, podendo ser apreendido pela Administração.

Vê-se que os dados da realidade não penetram de maneira imediata no universo do direito; eles, antes, devem ser *filtrados*, tornando-se "fatos jurídicos" na medida em que sejam vertidos em linguagem jurídica competente, através dos meios previstos pelo próprio ordenamento jurídico. Ou seja, a simples ocorrência, no *mundo físico*, de uma operação relativa a circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicações não enseja, automaticamente, o nascimento de uma relação jurídica tributária entre Estado e contribuinte, sendo imprescindível que aquele evento seja relatado em uma norma individual e concreta – que vem a ser o ato administrativo de lançamento ¾, constituindo, assim, o fato jurídico tributário.

Da mesma forma, a adição de valor para um Município – que consiste num fato jurídico, eis que é um acontecimento da realidade qualificado por normas jurídicas – não decorre imediatamente da ocorrência de uma operação relativa a

[1] Servimo-nos, em grande parte, das preciosas lições de Paulo de Barros Carvalho expostas na obra *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*, São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 85 e seguintes.

circulação de mercadorias ou prestação de serviços, mas da circunstância de haver sido essa operação relatada em linguagem jurídica competente, tornando-se apta a ingressar no sistema como fato jurídico.

III. A APROPRIAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES CONSTATADAS POR MEIO DE AÇÃO FISCAL

O sistema prevê quatro formas de apropriação dos valores adicionados para efeito de composição do índice de participação do Município. Primeiramente, por ato do contribuinte, as operações ensejadoras de adição de valor podem ser relatadas de duas formas: com a apresentação da DPI ou por meio do termo de confissão. Por ato da Administração, em decorrência de ação fiscal (*rectius* – processo administrativo tributário e não ação judicial), sendo que aqui o que vale é a decisão definitiva, não mais passível de recurso. Finalmente, tem-se a hipótese de adição de valor para o índice do Município, por força de decisão judicial.

Interessa, neste ponto, investigar mais detidamente a hipótese de apropriação de valor adicionado por meio da chamada *ação fiscal* levada a efeito pela Administração. A lei, ao referir-se a ação fiscal, quer indicar o processo administrativo tributário. Ora, esse processo administrativo pode ter por objeto uma infinidade de questões. Não é qualquer questão, porém, da qual pode resultar adição de valor para o Município. O objeto da ação fiscal há de ser, necessariamente, o julgamento de auto de infração lavrado em razão da falta de declaração, total ou parcial, da realização de operação mercantil ou de prestação de serviço, por parte do contribuinte.

Por isso, a ação fiscal a que se refere a lei pode ser somente aquela que diga respeito ao fato gerador em si, ou seja, à ocorrência ou não de operação relativa a circulação de mercadorias ou prestação de serviços, pois, se dita operação já houver sido constatada e a ação fiscal disser respeito, por exemplo, a não pagamento de imposto declarado, considerá-la para fins de valor adicionado implicaria dupla apropriação deste valor.

Portanto, os autos de infração apropriáveis para fim de cômputo do valor adicionado são:

1) autos de infração referentes a ICMS — outros autos, referentes a multas pecuniárias, IHD, taxas estaduais, obviamente, não são considerados;
2) aqueles inscritos em dívida ativa dentro do ano-base a ser considerado — assim, para distribuição do produto da arrecadação do ICMS no ano de 2002, utiliza-se o índice apurado em 2001, com base na média dos dois anos anteriores (LC 63/90, art. 3º, § 4º), ou seja, para a apuração do IPM / 01, importam apenas os valores adicionados nos anos-base 1999 e 2000;
3) autos de infração relativos a omissão de entradas ou de saídas de mercadorias ou de prestação de serviços — caso a autuação tenha outros motivos, como, *v. g.*, falta de recolhimento do tributo declarado, apropriação indevida de créditos, etc., não há de ser levado em conta o auto de infração, pois o valor adicionado já terá sido apropriado quando da entrega da DPI pelo contribuinte;
4) por fim, no auto de infração, é considerada apenas a base de cálculo do imposto — para fins de valor adicionado, importam apenas os valores referentes às operações relativas a circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte intermunicipal ou interestadual e de comunicação. Não constituem valor adicionado os juros, a correção monetária, as multas moratórias e outras penalidades. Os precitados §§ 1º e 2º do art. 3º da LC 63/90, não deixam dúvidas a esse respeito.

Quanto a este último aspecto, é fundamental fazer-se uma distinção. Uma coisa é o valor adicionado usado na composição do índice de participação de cada Município, que só deve considerar os valores das operações respectivas. Outra coisa são as parcelas do produto da arrecadação do ICMS, que pertencem aos Municípios, e que compreendem, estas sim, os juros, a multa moratória e a correção monetária, quando arrecadados como acréscimos do imposto, conforme determina o parágrafo único do art. 1º da LC 63/90.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, é de importância fundamental o valor adicionado como critério de composição do índice de participação de cada Município no produto da arrecadação do ICMS. Trata-se de conceito com substrato econômico, pois diz respeito à riqueza agregada nas operações mercantis e prestações de serviços de comunicação e transporte intermunicipal ou interestadual realizadas no Município — *valor das mercadorias saídas, acrescido das prestações de serviços, deduzido o valor das mercadorias entradas*.

Ordinariamente, esses valores são obtidos a partir de informações prestadas pelos próprios contribuintes na Declaração Periódica de Informação - DPI, que relata o movimento econômico-fiscal do estabelecimento. Caso o contribuin-

circulação de mercadorias ou prestação de serviços, mas da circunstância de haver sido essa operação relatada em linguagem jurídica competente, tornando-se apta a ingressar no sistema como fato jurídico.

III. A APROPRIAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS ÀS OPERAÇÕES CONSTATADAS POR MEIO DE AÇÃO FISCAL

O sistema prevê quatro formas de apropriação dos valores adicionados para efeito de composição do índice de participação do Município. Primeiramente, por ato do contribuinte, as operações ensejadoras de adição de valor podem ser relatadas de duas formas: com a apresentação da DPI ou por meio do termo de confissão. Por ato da Administração, em decorrência de ação fiscal (*rectius* – processo administrativo tributário e não ação judicial), sendo que aqui o que vale é a decisão definitiva, não mais passível de recurso. Finalmente, tem-se a hipótese de adição de valor para o índice do Município, por força de decisão judicial.

Interessa, neste ponto, investigar mais detidamente a hipótese de apropriação de valor adicionado por meio da chamada *ação fiscal* levada a efeito pela Administração. A lei, ao referir-se a ação fiscal, quer indicar o processo administrativo tributário. Ora, esse processo administrativo pode ter por objeto uma infinidade de questões. Não é qualquer questão, porém, da qual pode resultar adição de valor para o Município. O objeto da ação fiscal há de ser, necessariamente, o julgamento de auto de infração lavrado em razão da falta de declaração, total ou parcial, da realização de operação mercantil ou de prestação de serviço, por parte do contribuinte.

Por isso, a ação fiscal a que se refere a lei pode ser somente aquela que diga respeito ao fato gerador em si, ou seja, à ocorrência ou não de operação relativa a circulação de mercadorias ou prestação de serviços, pois, se dita operação já houver sido constatada e a ação fiscal disser respeito, por exemplo, a não pagamento de imposto declarado, considerá-la para fins de valor adicionado implicaria dupla apropriação deste valor.

Portanto, os autos de infração apropriáveis para fim de cômputo do valor adicionado são:

1) autos de infração referentes a ICMS — outros autos, referentes a multas pecuniárias, IHD, taxas estaduais, obviamente, não são considerados;
2) aqueles inscritos em dívida ativa dentro do ano-base a ser considerado — assim, para distribuição do produto da arrecadação do ICMS no ano de 2002, utiliza-se o índice apurado em 2001, com base na média dos dois anos anteriores (LC 63/90, art. 3º, § 4º), ou seja, para a apuração do IPM / 01, importam apenas os valores adicionados nos anos-base 1999 e 2000;
3) autos de infração relativos a omissão de entradas ou de saídas de mercadorias ou de prestação de serviços — caso a autuação tenha outros motivos, como, *v. g.*, falta de recolhimento do tributo declarado, apropriação indevida de créditos, etc., não há de ser levado em conta o auto de infração, pois o valor adicionado já terá sido apropriado quando da entrega da DPI pelo contribuinte;
4) por fim, no auto de infração, é considerada apenas a base de cálculo do imposto — para fins de valor adicionado, importam apenas os valores referentes às operações relativas a circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte intermunicipal ou interestadual e de comunicação. Não constituem valor adicionado os juros, a correção monetária, as multas moratórias e outras penalidades. Os precitados §§ 1º e 2º do art. 3º da LC 63/90, não deixam dúvidas a esse respeito.

Quanto a este último aspecto, é fundamental fazer-se uma distinção. Uma coisa é o valor adicionado usado na composição do índice de participação de cada Município, que só deve considerar os valores das operações respectivas. Outra coisa são as parcelas do produto da arrecadação do ICMS, que pertencem aos Municípios, e que compreendem, estas sim, os juros, a multa moratória e a correção monetária, quando arrecadados como acréscimos do imposto, conforme determina o parágrafo único do art. 1º da LC 63/90.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, é de importância fundamental o valor adicionado como critério de composição do índice de participação de cada Município no produto da arrecadação do ICMS. Trata-se de conceito com substrato econômico, pois diz respeito à riqueza agregada nas operações mercantis e prestações de serviços de comunicação e transporte intermunicipal ou interestadual realizadas no Município — *valor das mercadorias saídas, acrescido das prestações de serviços, deduzido o valor das mercadorias entradas*.

Ordinariamente, esses valores são obtidos a partir de informações prestadas pelos próprios contribuintes na Declaração Periódica de Informação - DPI, que relata o movimento econômico-fiscal do estabelecimento. Caso o contribuin-

te não cumpra a obrigação de fornecer a DPI, ou preste informações inexatas, o valor adicionado poderá ser constatado por meio de confissão do contribuinte ou em processo administrativo tributário.

Para efeito do cálculo do valor adicionado, nesta última hipótese, leva-se em conta: 1) as ações fiscais relativas a ICMS, 2) que tenham sido inscritas em dívida ativa (não caiba mais discussão no âmbito administrativo), 3) que sejam originadas de autos de infração em razão de omissão de entrada ou de saída, 4) pelo valor da base de cálculo (valor efetivo da operação).

ABSTRACT: The tributarie constitutional system, bringing rules about the division of the tributaries taxes, says that belongs to the Municipalities 25 per cent of the product of ICMS. Determining a part of each Municipalities, we have to use the addictionaded value, with the definition in the complementary law number 63, from January, 11st, 1990. The addictionaded values are being given to each Municipalities trough declarations of the taxpayers, but, eventually, trough administrative process or judicial decision.

KEY WORDS: division of the tax revenues; ICMS; Municipalities; addictionaded value; LC 63/90.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO POR ILÍCITO PENAL

Tomaz de Aquino Petraglia[1]

RESUMO: versa o artigo o tema do ilícito que dá causa a demissão, com exame da independência das instâncias administrativa e penal, e trato de questões correlatas, como a da prescrição e da revisão do processo disciplinar.

PALAVRAS-CHAVE: - Ilícito administrativo - Demissão - Processo administrativo - Prescrição - Revisão.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal previu uma punição severa para o ilícito contra o Estado, como se lê no § 4º do art. 38, que enuncia:

> " Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível".

A série de denúncias lembra-nos o que escreveu o eminente Bilac Pinto:

> " Toda vez que a corrupção política e administrativa passa a constituir vício generalizado, cria, em torno do governo, um odor de escândalo e provoca a indignação da opinião pública, pois cada cidadão se sente lesado pelo enri-

[1] Procurador do Estado e advogado em Goiânia.
Aprovado no 1º concurso para Procurador do Estado de Goiás, em exercício desde março de 1971.
Assessor de Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado.
Ex-Promotor de Justiça (Substituto Interino, no Estado de São Paulo, de novembro de 1965 a setembro de 1966).
Ex-Advogado de Ofício (em substituição) da Justiça Militar Estadual.

quecimento ilícito daqueles que mantém conduta imprópria no exercício de cargos ou funções públicas.
É, geralmente nessas fases agudas, que a pressão da opinião pública obriga o Congresso e o próprio Executivo a investigar a matéria, para sugerir ou tomar medidas capazes de estancar a corrupção, a fim de restaurar a decência na condução dos negócios do Estado".[2]

Em face da onda crescente da criminalidade, que chega a atingir o setor público, cabe ao Estado, submeter os funcionários corruptos a processo administrativo, para demití-los, se provada a culpa.

2. CASOS DE DEMISSÃO

Tenha-se em mente o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás (Lei 10.460,de 22/02/88) que enuncia:

> "Art. 327 (caput) . A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover-lhe a imediata apuração, em processo disciplinar, assegurando-se ao indiciado ampla defesa".

Há casos em que o ilícito administrativo e penal se confundem: o que se vê com a qualificação de ilícito administrativo, dada aos crimes contra a administração pública.

Levam a processos por demissão as faltas mencionadas no art. 317 do Estatuto, que se refere a infrações previstas noutros dispositivos, como, por exemplo, os itens LIV a LXI e LXV do art. 303.

Note-se: prevê o art. 303, LIV, a prática de "crimes contra a administração pública".

O Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais (Lei nº 8.112, de 11.12.90) , semelhante ao estadual em certos pontos, prevê a demissão, no art. 132, para a prática de crimes ("I- crime contra a administração pública; IV- improbidade administrativa; VIII- aplicação irregular de dinheiros públicos; X- lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; XI- corrupção ") .

[2] PINTO, Bilac. Enriquecimento Ilícito no Exercício dos Cargos Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 77.

3. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS JULGADORAS E NÃO VINCULAÇÃO DAS DECISÕES

Alexandre de Moraes doutrina:

> "O ordenamento jurídico brasileiro, conforme já analisado, consagra a plena independência das instâncias administrativa e penal em relação à apuração de fato ensejador da demissão do funcionário público."[3]

O processo administrativo deve aguardar a solução de outro processo, como o penal?

Doutrina o saudoso Hely Lopes Meirelles:

> "A punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o funcionário, pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos".[4]

Cita, a propósito, o autor RDA 35/148 e TFR 35/146.

Os funcionários, réus por ilícito administrativo e penal, costumam alegar a necessidade de o processo administrativo aguardar o desfecho do processo penal.

Ensinou Hely Lopes Meirelles:

> "A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao funcionário antes do julgamento judicial do mesmo fato".[5]

Baseia-se o autor em acórdãos do STF (RT 227/586 e 302/747) .

Uma decisão mais recente:

> "A ausência de decisão judicial com trânsito em julgado não torna nulo o ato demissório aplicado com base em processo administrativo em que foi assegurada ampla defesa, pois a aplicação da pena disciplinar independe da conclusão dos processos civil e penal, eventualmente instaurados em razão

[3] MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 961.
[4] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 412.
[5] MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., ibidem.

dos mesmos fatos. Interpretação dos arts. 125 da Lei nº 8.112/90 e 20 da Lei nº 8.429/92, em face do artigo 41, § 1º, da Constituição Federal" (STF- Pleno - MS nº 22.362-6/PR - Rel. Min. Maurício Corrêa, Diário da Justiça, Seção I, 18 jun. 1999, p. 3). [6]

Para mais jurisprudência: importantes acórdãos transcreve Lúcia Valle Figueiredo. [7]

Luís Roberto Barroso menciona as seguintes decisões do STF, no sentido acima: RTJ 159/806, STF, RDA 178/41; 183/77; 183/94[8]

Apesar de não estar subordinada a atividade administrativa à penal, não havendo vinculação entre as decisões, há casos em que existe repercussão da decisão penal sobre a administrativa.

4. CASOS DE REPERCUSSÃO E NÃO REPERCUSSÃO DA DECISÃO PENAL

Delicada questão tem sido objeto da doutrina e da jurisprudência, qual seja, a de saber se absolvido na ação penal, o funcionário demitido deve ser reintegrado, ou, em termos gerais, se há repercussão da decisão penal sobre o processo administrativo.

Discorrer, de forma ampla, sobre o tema, somente se torna possível num alentado estudo, que não se encaixa no estreito limite deste trabalho, pelo que, aqui, se tocará, apenas, de leve, na matéria, que envolve exame do processo penal.

Quando a decisão penal é *condenatória*, repercute sobre a administrativa anterior, de modo a deixar que seja mantida.

Odete Medauar conclui:

> "Assim, a condenação do servidor, por estar decidida a existência do fato e reconhecido o seu autor, repercute no âmbito disciplinar, para levar à punição do servidor, também nesse campo".[9]

[6] MORAES, Alexandre de. Op. cit., ib.
[7] FIGUEIREDO. Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, notas 74-80, 83, p. 584.
[8] BARROSO, Luís Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil Anotada e Legislação Complementar. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 149-150.
[9] MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 3ª ed. , São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 343.

Nesta questão, é fundamental o art. 1.525 do Código Civil que estatui:

"A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime".

A propósito: Araken de Assis sustenta que " é possível reputar derrogada, parcialmente, a segunda parte do art. 1.525 do Cód. Civil pela lei nova (arts. 386 e 66 do Cód. de Proc. Penal) "[10], o que, "data venia", não pode ser aceito.

> "Cum permissa venia", ousa-se discordar dessa orientação, pois parece claro que o referido dispositivo do Código Civil em nada colide com os do Código de Processo Penal.
> O fim que teve em conta foi o dos efeitos cíveis de decisão absolutória penal, enquanto o fim visado pelo outro código foi outro, de vez que dispôs sobre o que deve conter a decisão absolutória. É perfeitamente possível ajustar a disposição de um código à do outro código.
> Aliás, além de não ter havido a derrogação apontada, foi adotada, como lembra Araken de Assis, a norma do Código Civil de 1916 "pelo projeto de Código Civil".

Mais ainda: o novo Código Civil (Lei 10.406,de 10.01.02) , repetiu a disposição aludida no art. 935, com pequenina mudança de palavra, sem nada alterar o sentido da norma anterior, com a seguinte redação: "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

Este preceito é aplicado à atividade administrativa.

Quer dizer: se, no juízo penal, se decidiu que o fato existe, não pode prevalecer a afirmativa do servidor em contrário.

Do mesmo modo, não persiste a alegação de que houve o fato, se o juiz decidiu o contrário.

Em ambas as hipóteses, a questão da existência do fato comportou decisão penal, que se impõe à esfera civil e administrativa.

Não é somente a decisão sobre a existência do fato o que se leva em conta, mas também a de quem seja o seu autor.

[10] ASSIS, Araken de. Eficácia Civil da Sentença Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, nº15. 2. 4, p., p. 106.

Sobre a autoria, o decidido pelo juízo criminal se impõe à esfera cível e administrativa.

Fundamentais, também, os arts. 65, 66 e 67 do Código de Processo Penal.

Estabelece o Código citado:

> "Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito".

O processo administrativo há de respeitar a decisão do juiz penal sobre o assunto. Parece, contudo, impossível a aplicação do art. 65, para defesa do servidor, em caso de crimes contra a administração pública, por exemplo.

Aliás, tratando-se do caso em abstrato, pode-se dizer que a questão dá margem a controvérsia.

Sirva de exemplo a seguinte decisão, sobre responsabilidade civil, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "Indenização- Fazenda Pública - Responsabilidade civil. Delito praticado por policial militar no estrito cumprimento do dever legal - Exclusão da criminalidade- Indenização indevida - Ação improcedente - Recurso provido"[11]

Esta decisão não parece ser correta, à luz do ensinamento do eminente mestre Hélio Tornaghi, que, comentando o art.65, expõe:

> "O dispositivo não é muito feliz. É absolutamente irrelevante no juízo cível que no juízo criminal se haja decidido ter sido o ato danoso praticado no estrito cumprimento do dever legal. Tal circunstância exclui a ilicitude penal, mas não a civil. Nem do art. 159 nem do 160 do Cód. Civil se infere a licitude civil do ato praticado no estrito cumprimento do dever legal. Ao contrário o que é justo e razoável é que o dano seja ressarcido ou reparado".[12]

[11] Ac. do TJSP, j. 28. 2. 85, "in" FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui. Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 1, p. 1317.

[12] TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1956,. v. 1, tomo 2, p. 138.

O mesmo acontece nas outras hipóteses: o juiz cível tem de aceitar o decidido pelo criminal, mas deve aplicar as conseqüências cíveis para a legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, etc.

O Código Civil estabelece normas, no art. 160, 1.519 e 1.520,sobre a legítima defesa, o exercício regular de direito e casos de estado de necessidade, que devem ser observadas, embora incida a coisa julgada aludida:

> "Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato".

Trata-se de decisão sobre a existência do fato, que, conforme o art. 1520 do Código Civil, obriga o juízo cível.

É lícito entender que se enquadra, na expressão, juízo cível, a lide administrativa, como a referente à demissão do servidor público;

No texto citado, o Código de Processo Penal faz uma preceituação que pode alterar o entendimento sobre a existência do fato, de modo a restringir a noção a respeito.

A decisão sobre a inexistência do fato deve ser *categórica*.

De acordo com José Frederico Marques[13], pode-se deduzir que o juiz reconhece, categoricamente, a inexistência do fato no caso do art. 386,I, do Código de Processo Penal ("quando reconhecer *estar provada a inexistência do fato*") .

Se a decisão deixa dúvidas sobre a existência do fato, como no caso em que se absolve por insuficiência de provas para a condenação, não reconhece, categoricamente, a inexistência do fato.

Não impede, assim, conforme certa doutrina e jurisprudência, a discussão da questão no juízo cível, no qual se inclui a demanda administrativa.

Tornaghi ensina:

> "Se se baseou na demonstração categórica da inexistência do fato, não há mais que disputar. Mas se a absolvição se fundou em qualquer outra razão, cumpre examinar agora a questão sob o prisma do valor que lhe dá a lei civil"[14].

[13] MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 3, nº651, p. 111.

[14] TORNAGHI, Hélio. Op. cit. , p. 140.

Determina o art. 67 do Código de Processo Penal:

> "Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:
> I- o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;
> II- a sentença que julgar extinta a punibilidade;
> III- a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime".

Damásio apresenta a seguinte explicação:

> "Fundamento do dispositivo
> Nos casos apontados, a decisão não reconhece a inexistência material do fato, hipótese em que ficaria impedida a via judicial civil da reparação do dano".[15]

Não se pode sustentar que a absolvição nenhuma influência exerça sobre a decisão administrativa.

De fato, é inadmissível a prevalência do decidido, administrativamente, que tenha levado à demissão com base na assertiva de que o fato é criminoso, quando o juiz criminal decidiu o contrário.

Correta, assim, a conclusão de Mauro Roberto Gomes de Mattos, segundo o qual "a absolvição criminal não poderá ser desprezada no âmbito da Administração Pública", senão teríamos a figura do bis in idem sendo *única condicionante que no julgamento criminal haja juízo explícito dos fatos tidos como ilícito penal e que foram condicionantes para a demanda*".[16]

Fulminado fica o processo administrativo pela decisão judicial, por tratar dos mesmos fatos que esta cuidou.

Só se terá de enxergar uma decisão, a judicial.

Tal se deve, naturalmente, por ser o Judiciário a instância autorizada a decidir a questão e impor sua solução " contra todos". É o que decorre do chamado "*sistema de jurisdição única",* consagrado no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal, consoante o qual " a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

[15] JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado. 18ª ed. . São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88.
[16] MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do reflexo da decisão penal no âmbito do Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, nº 217, p. 54.

De um lado, pode-se concluir com Alexandre de Moraes, no sentido de manter a decisão administrativa:

> " Assim, no *sistema de jurisdição única,* somente haverá a vinculação de instâncias quando no âmbito penal reconhecer-se a inexistência material do fato ou constatação da negativa de autoria".[17]

De outro lado, igualmente, pode-se apoiar no ensinamento de Nélson Hungria, no sentido de restringir a atuação administrativa:

> "A autonomia do poder disciplinar só se entende com os fatos que constituem, exclusivamente, faltas disciplinares. Fora daí, só é admissível a ação disciplinar, no caso de absolvição do acusado no juízo penal, quando embora afastada a identificação do fato imputado como crime, persista residualmente, uma falta disciplinar"[18].

Recorde-se que a Súmula nº 18 do STF dispôs:

> "Pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público".

Continuando o exame dos dispositivos legais, tenha-se em mente que, na esfera da União, o art. 126 do Estatuto dispõe:

> "A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria".

Com outra redação, o Estatuto estadual declara no art. 310:

> "A absolvição criminal só afasta a responsabilidade civil ou administrativa se negar a existência do fato ou afastar do acusado a respectiva autoria".

O Estatuto da União pretendeu interpretar e reproduzir dispositivo do Código Civil.

Cumpre examinar as diversas hipóteses de decisão absolutória na forma do art. 386 do Código de Processo Penal.

[17] MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 774.
[18] HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 9º, nº133, p. 324.

Este dispositivo enuncia:

> "O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
> I- estar provada a inexistência do fato".

Neste caso, não há responsabilidade administrativa.

Repercute, assim, a decisão penal com base no art. 1.525 do Código Civil, como ensina Di Pietro.[19]

Observa Damásio que, na hipótese , o juiz reconhece categoricamente a inexistência do fato.[20]

Continua o dispositivo: "II- não haver prova da existência do fato".

A sentença, em tal caso, não exerce influência sobre a decisão administrativa, tem-se afirmado. O juiz não reconheceu também que o fato existiu, como nota Damásio.[21]

Mas, se a demissão se deu porque se reconheceu a prática de crime, como, por exemplo, o peculato, mencionado na decisão administrativa, e o servidor foi absolvido, na esfera penal, pela prática desse crime, não se pode sustentar que não há repercussão. Parece que tem inteira aplicação aí a doutrina de Maria Sylvia Di Pietro, quando diz:

> " (...) nessa matéria, a competência é exclusiva do Judiciário; o funcionário só pode ser punido pela Administração se, além daquele fato pelo qual foi absolvido, houver alguma outra irregularidade que constitua infração administrativa (...) .[22]

Dispõe o artigo: "III- não constituir o fato infração penal".

Essa decisão não influi sobre a administrativa. Di Pietro indica a seguinte razão para aquela conclusão:

> "o ilícito administrativo é menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da **tipicidade** que caracteriza o crime".[23]

[19] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10ª ed. , São Paulo: Atlas, 1999, p. 400.
[20] JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit. , p. 87.
[21] JESUS, Damásio Evangelista de. Op. cit. , ibidem.
[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 402.
[23] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 400.

Também para o caso, pode-se fazer uma distinção: se o juiz penal estabeleceu que o fato que teve em vista não é crime, a decisão administrativa não pode considerá-lo também como crime, de modo a justificar a penalidade.

Mas, quanto à conseqüência sobre a ação civil, a solução é diferente: a ação civil pode ser proposta apesar da absolvição.

O fato pode não ser criminoso, ser atípico penalmente, mas produtor de conseqüências cíveis.

Acrescenta a norma: "IV- não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal".

Essa decisão penal não exerce influência sobre a responsabilidade civil, segundo José Frederico Marques.[24]

Segundo Di Pietro, "as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo".[25]

A questão é controvertida, como se pode ver em obra de Araken de Assis.[26]

Parece-nos que, no caso de negativa de autoria reconhecida, o que só se pode dar com base neste dispositivo, qualquer que seja a hipótese, a decisão repercute sobre a civil ou administrativa.

No caso, evidentemente, ocorre a incidência do art. 1.525 do Código Civil, segunda parte: "*não se poderá, porém, questionar mais sobre* a existência do fato, ou *quem seja o seu autor*, quando estas questões se acharem decididas no crime".

Damásio leva em conta o dispositivo civil e o art.66 para resolver o caso, afirmando comportar as duas possibilidades, a de permitir a ação cível e não permitir, conforme seja a decisão do juiz categórica ou não a respeito da inexistência do fato e da autoria.

Prossegue o art. 386: "V- existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena (arts. 17, 18,19,22 e 24, § 1º, do Código Penal") .

Pode-se dizer que, de conformidade com a doutrina de José Frederico Marques[27] , a decisão é vinculativa para o processo administrativo nos casos de "isenção de crime" e não noutras hipóteses de absolvição.

Conclui o artigo: "VI- não existir prova suficiente para a condenação".

Essa decisão nenhuma influência tem sobre a administrativa.

Ensina Odete Medauar:

[24] MARQUES, José Frederico.Op.cit, nº651 p. 112.
[25] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. , p. 400.
[26] ASSIS, Araken de. Op.cit. , nº15. 2. 4, p. 105.
[27] MARQUES, José Frederico. Op. cit. , nº 651, p. 112.

> "Caso a absolvição na ação penal se fundamente na *ausência de prova do fato, ausência de prova da autoria, ausência de prova suficiente para a condenação, não constituir o fato infração penal*, não trará conseqüências no âmbito administrativo. Isso porque a falta ou insuficiência de provas para fins penais não implica necessariamente falta ou insuficiência de provas para caracterizar a conduta como infração administrativa; e o fato que não constitui infração penal, pode constituir infração administrativa disciplinar".[28]

Pode-se, a nosso ver, tirar a seguinte conclusão: a absolvição criminal, qualquer que seja seu fundamento, ainda que por insuficiência de provas para a condenação, afasta a responsabilidade administrativa pelo crime atribuído ao servidor, se a decisão tiver em vista o mesmo fato considerado típico.

Não é crível que o processo administrativo prevaleça sobre o judicial, o que sucederia se coubesse à autoridade administrativa o poder de julgar, definitivamente, a lide.

Não pode prevalecer, assim, decisão administrativa ou o que for que se funde na afirmativa de que alguém é autor de determinado crime, quando o juiz penal decidiu em sentido contrário, por qualquer motivo (art. 1.525 do Código Civil) .

Assim como uma afirmativa desta seria caluniosa se feita em determinada circunstância, assim também a decisão administrativa haveria de, em tal caso, contaminar-se de ilegitimidade semelhante, não podendo subsistir.

Nota Di Pietro:

> "Na esfera federal, ficou devidamente reconhecida a dependência da esfera administrativa em relação à criminal, quando o funcionário esteja indiciado apenas por crime".[29]

5. A PRESCRIÇÃO

Uma das defesas de que se pode valer o servidor, no processo administrativo, é a que se funda na prescrição.

Dispõe o Estatuto do Estado de Goiás:

[28] MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 343

[29] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. , p402.

> "Art. 322.
> § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o ilícito foi praticado, exceto para a hipótese de cassação de aposentadoria por irregularidade na sua concessão, caso em que o termo inicial é a data da ciência, pela autoridade competente, do ato ou fato sujeito à punição".

Este dispositivo não merece encômios.

Mais apropriado parece o Estatuto da União que dispõe:

> "Art. 142.
> § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido".

Injustificada a norma do Estatuto de Goiás, pois se o fato é praticado, mas desconhecido da autoridade, não se tem motivo para determinar que a prescrição corra da prática do crime.

Desse modo se evita a punição do culpado que for descoberto mais tarde.

Não se vê qualquer fim social nisso.

É lógico que seja assim. A prescrição se justifica pela inércia do titular do direito e sua possibilidade de atuação.

No caso, sendo desconhecido o fato, não poderia o Poder Público atuar contra o agente. A sua falta de atuação não é censurável, não podendo gerar a prescrição.

Quanto à interrupção da prescrição, é de se notar que a sindicância e o processo disciplinar (§ 3º art. 322 do Estatuto de Goiás) , são causas interruptivas, quer dizer, inutilizam o prazo transcorrido.

Note-se que a conceituação de sindicância não deve levar a equívoco: o trato que recebe nos diversos estatutos é que deve ser levado em conta. Pode num e noutro diploma dar margem a atuações diferentes.

Lê-se na obra de Ferraz-Dallari o seguinte conceito sobre a sindicância:

> "Como procedimento administrativo, traduz-se ela numa sucessão de atos de apuração de suposta irregularidade disciplinar, da qual resultará o arquivamento da iniciativa ou a instauração do processo administrativo disciplinar".[30]

[30] FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 99.

O Estatuto da União traça algumas diretrizes sobre a espécie, como a do § 2º do art. 149 que dispõe sobre o impedimento para a participação da comissão de sindicância, incluindo-a em disposição concernente ao "processo disciplinar" e "inquérito".

Muito expressivo o art. 154 do citado Estatuto, que registra:

> "Os autos da sindicância integrarão o processo disciplinar, como peça informativa da instrução.
> Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente encaminhará cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar".

O diploma estadual, no art. 327, § 2º, qualifica como "medida preparatória" uma " sindicância preliminar", estranhamente regulada, se é possível o termo.

Fica a cargo de um funcionário "designado pela autoridade", "para apuração do fato e descoberta da autoria".

Admite-se até uma sindicância "oral".

Previu-se que será concluída, caso positivada a apuração, com esclarecimento do fato e da autoria, por uma "proposta" à comissão, sob a forma de "relatório-denúncia" contra o infrator, o qual, recebido pela comissão, dará causa à instauração do processo disciplinar, com determinação de citação do "acusado", na forma do art. 331.

Para a hipótese contrária, em que nada se apurou, Kleber Landim - Hernane Madeira, admitem decisão "pelo arquivamento da própria sindicância".[31]

Gasparini doutrina no mesmo sentido.[32] É o que resulta também do conceito acima transcrito de Ferraz-Dallari, como se pode perceber.

A sindicância serve, ainda, como ocorre com o processo, para interromper a prescrição.

O art. 322 do Estatuto estadual enuncia:

> "§ 3º O curso da prescrição interrompe-se com o ato de abertura de sindicância ou instauração de processo disciplinar".

[31] LANDIM, Francisco Kleber Paes -MADEIRA, Hernane Luiz Marra da. A Lei n.O. 460/88 Comentada e Anotada (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás e de suas Autarquias) . Goiânia: CEJUR, 2002, p. 310.

[32] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 613.

O Estatuto da União oferece solução bem melhor que a do estadual. Determina que a interrupção vai "até a decisão final" (§ 3º do art.142) . Dispõe o Estatuto do Estado de Goiás:

> "Art. 322:
> § 4º Interrompida a prescrição, todo o prazo começa a correr novamente do dia da interrupção".

O parágrafo 4º acima transcrito não se justifica. Só serve para beneficiar os infratores.

O certo seria a supressão do disposto no § 4º do art. 322 da lei do Estado de Goiás, de modo a tornar melhor a defesa da sociedade.

O Estatuto da União não tem a regra examinada.

Veja-se outra questão complexa, que suscita o Estatuto do Estado de Goiás.

Pergunta-se: o disposto no art. 322,I, do Estatuto, segundo o qual prescreve a ação disciplinar, nesse prazo, "quanto às infrações puníveis com demissão", é aplicável no caso de crimes?

Responde-se: esse prazo se aplica, apenas, às infrações que não configuram crime.

O dispositivo a ser levado em conta, no caso de crime, quanto ao prazo, não é o mencionado, mas o § 2º do art. 322,I, segundo o qual "os prazos de prescrição fixados na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares previstas como *crime*".

Assim decidiu o Tribunal de Justiça de Goiás:

> "Aplica-se o prazo prescricional do Código Penal e não o previsto no art. 322, inciso I, da Lei Estadual nº 10.460/88, se o ato de demissão de funcionário público teve por fundamento a prática de crime contra a administração pública".

(MS nº 7680-4/101, ac. de 22.12.97). [33]

Como achar o prazo? A hipótese também dá margem a muita reflexão.

Cuidando-se, por exemplo, de peculato, o qual justifica a aplicação da pena de demissão, tem-se de partir do art. 312 do Código Penal que prevê a pena de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão.

Que prazo "fixado" na lei penal será aplicável, se o Código Penal contempla

[33] LANDIM, Francisco Kleber Paes -MADEIRA, Hernane Luiz Marra da. Op. cit. , p. 304.

um prazo de prescrição com base na pena em abstrato e outro com base na pena aplicada? Aí é que está o ponto de interrogação que indica as dificuldades de interpretação.

O art. 109 do Código Penal, enuncia que "a prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos § 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: II- em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze) ".

Resulta do exposto que os parágrafos constantes da ressalva do texto legal acima, que tratam da chamada " prescrição depois de transitar em julgado a sentença final", são aplicáveis, para se conhecer o prazo do Estatuto estadual?

O legislador do Estatuto não foi feliz, como também não o foi o do Código Penal, ao dispor a respeito, embora utilizando o Estatuto o termo "fixados".

Afinal, a pena a ser aplicada, caso sejam condenados os infratores, é que servirá de base para a contagem do prazo?

Parece que não, pois o prazo em questão não é o fixado na lei, mas o que decorre da aplicação da pena, no caso concreto. Há dois tipos de prazo: o *fixado*, que é o da lei, e o *aplicado*, que é o do juiz.

No caso, também a lei deveria ter sido mais explícita.

Kleber Landim - Hernane Madeira, em seus fundamentados comentários ao Estatuto de Goiás, sustentam:

> "Os prazos enumerados no § 2º do art. 322 referem-se às penas de forma abstrata, conforme previsto no art. 109 do Código Penal. Assim, quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo prescricional previsto na lei penal".[34]

6. A REVISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Dispõe o Estatuto de Goiás:

> "Art. 338. (caput) A qualquer tempo poderá ser requerida a revisão do processo disciplinar de que resultou a aplicação da pena, desde que se aduzam fatos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do requerente".

[34] LANDIM, Francisco Kleber Paes -MADEIRA, Hernane Luiz Marra da. Op. cit. p. 302.

> "Art. 339. Correrá a revisão em apenso ao processo originário.
> Parágrafo único. Não constitui fundamento para a revisão a simples alegação de injustiça da penalidade, ou a argüição de nulidade suscitada no curso do processo originário, bem como a que, nele invocada, tenha sido considerada improcedente".

No caso, não tem aplicação o art. 41, § 2º, da Constituição Federal que preceitua:

> "Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço".

A propósito, recordam Ferraz-Dallari:

> "Evidentemente, tratando-se de servidor estável acaso apontado como autor de ilícito administrativo que também configure ilícito penal (v.g., ato de improbidade administrativa) , necessariamente, à sua exoneração (como pena administrativa) há de preceder sentença penal condenatória transitada em julgado, ex vi do art. 41, § 1º, I, da Constituição Federal".[35]

Se a decisão determina a reintegração, perde objeto a revisão administrativa, que visaria o mesmo fim.

Já na hipótese em que não se trata de decisão judicial que invalidou a demissão, como a prevista no art. 41, § 2º, da Constituição Federal, possível reavivar a controvérsia administrativa, com a revisão.

No caso de revisão exige-se a demonstração de "fatos ou circunstâncias *suscetíveis de justificar a inocência" (art. 338 do Estatuto de Goiás) .*

Tais elementos de prova não devem ter sido antes apreciados.

É preciso, por decorrência lógica e normativa, que haja um elemento novo, que não foi objeto de julgamento, para se autorizar outra decisão.

É o que resulta do art. 339 transcrito, ao repelir, no caso, a "alegação de *injustiça da penalidade, ou a argüição* de nulidade suscitada no curso do processo

[35] FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. Op. cit. , p. 154.

originário, bem como a *que, nele invocada, tenha sido considerada improcedente*".

Sem novas alegações *não se pode pedir a revisão.*

Na decisão penal, às vezes, se encontram elementos para tais alegações, como se pode deduzir das normas legais acima examinadas.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. Eficácia Civil da Sentença Penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil Anotada e Legislação Complementar. São Paulo: Saraiva,1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10ª ed., São Paulo: Atlas,1999.

FERRAZ, Sérgio, DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Malheiros,2000.

FRANCO, Alberto Silva, STOCO, Rui. Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1999.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo.3ª ed. São Paulo: Saraiva,1993.

HUNGRIA, Nélson. Comentários ao Código Penal.2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 9º, 1959,

JESUS, Damásio Evangelista de. Código de Processo Penal Anotado. 18ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

LANDIM, Francisco Kleber Paes, MADEIRA, Hernane Luiz Marra da. A Lei 10.460/88 Comentada e Anotada (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Goiás e de suas Autarquias) . Goiânia: CEJUR,2002.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, v.3, 1962.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Do reflexo da decisão penal no âmbito do Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, nº 217, 1999.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno.3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,1989.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. Enriquecimento Ilícito no Exercício dos Cargos Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Forense, v.1,tomo 2, 1956.

ABSTRACT: The paper is about the transgression who causes the criminal demission and correlative questions, like the prescription and the disciplinary process review.

KEY WORDS: Administrative transgression; demission; administrative process; prescription; review.

A FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Luiz Henrique Sousa de Carvalho[1]

RESUMO: O autor examina diversas posições relacionadas com a flexibilização das normas trabalhistas, trazendo a opinião de juristas e economistas. Mostra a busca de um equilíbrio que visa assegurar um conjunto de regras mínimas de proteção ao trabalhador e, ao mesmo tempo, a sobrevivência das empresas.

PALAVRAS-CHAVE: flexibilização, desregulamentação, justiça social, regras mínimas

I. INTRODUÇÃO

1. A flexibilização do Direito do Trabalho

O mundo atual está passando por uma fase de transição resultante, dentre vários fatores, da necessidade das empresas em se adequarem a métodos eficientes de competição econômica em um cenário de livre fluxo dos mercados. Soma-se a isso a profunda revolução tecnológica, geradora de modificações radicais na organização da produção, tendo de outro lado, a constante necessidade de combate ao desemprego.

Nesse contexto, surge a discussão sobre a necessidade de flexibilização das relações do trabalho, onde alguns sustentam ser a rigidez das instituições a responsável pela crise nas empresas, retirando delas as possibilidades de adaptarem-se a um mercado em constante mutação.

Embora nascida a flexibilização no contexto do Direito Econômico e também na Economia, tendo reflexos no campo do Direito do Trabalho, a tese da flexibilização ganha hoje generalizada aplicação em qualquer ramo da ordem jurídica que necessite adaptar-se à realidade da atual sociedade.

---

[1] Procurador do Estado de Goiás, *MBA em Direito Econômico e Empresarial* na Fundação Getúlio Vargas.

A flexibilização tem sido a resposta ao Estado onipotente, onipresente e onisciente, que representa muito mais um fator de atraso e de recessão econômica do que de progresso (Martins, 2000: 111-2).

A globalização da economia acirrou a polêmica entre os defensores do Estado Social e os adeptos do Estado Liberal, os quais, obviamente, adotaram caminhos distintos a respeito da posição dos poderes públicos frente às relações de trabalho. Os neoliberais pregam a omissão do Estado, desregulamentando, tanto quanto possível, o Direito do Trabalho, a fim de que as condições do emprego sejam ditadas, basicamente, pelas leis do mercado. Já os defensores do Estado Social, esteados na doutrina social da Igreja ou na filosofia trabalhista, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalho, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana (Süssekind, 1998: 44).

Para uns, a flexibilização é o anjo, para outros, o demônio. Para certas pessoas é a forma de salvar a pátria dos males do desemprego, para outras, é a forma de destruir tudo aquilo que o trabalhador conquistou em séculos de reivindicações, que apenas privilegiam os interesses do capital, sendo a forma de fazer com que o empregado pague a conta da crise econômica (Martins, 2000: 13).

Romagnole (1998: 22-7) afirma que a flexibilidade, para muitos empresários, é considerada como uma droga: acostumam-se com ela rapidamente, nunca têm o suficiente e querem doses cada vez maiores.

Para Romita (1993: 23-4), a palavra flexibilização tem sido estigmatizada e por isso até hoje se torna de certa forma desaconselhável o seu emprego, porque logo surgem reações. O certo seria se falar de adaptabilidade das normas de direito do trabalho às novas exigências do momento econômico, social, histórico e cultural que atravessamos.

Os economistas possuem uma visão muito particular do que é ou do que deve ser a flexibilização. Entendem eles que aumentar a produtividade do trabalho é a chave do desenvolvimento e que hoje em dia é cada vez mais claro que as relações de trabalho e as formas de remuneração têm importância decisiva no aumento de produtividade.

Por outro lado, para os economistas, a mão-de-obra do trabalhador é insumo equiparável aos de natureza meramente física, a diferença entre estes insumos é resultante, tão-somente, da maior ou menor rigidez com que são submetidos à ideologia do determinismo materialista, ora de natureza capitalista, ora de natureza marxista.

Orlando Teixeira da Costa (1999: 132) afirma que os juristas possuem ponto de vista diverso dos economistas, na medida em que vêem no trabalhador uma pessoa humana dotada de dignidade. Para eles, a mão-de-obra não constitui apenas um fator ativo de produção, mas um grupo de pessoas com necessidades básicas que precisam ser satisfeitas, através do ganho que auferirem com o seu trabalho.

> "O trabalho é um instrumento de dominação e transformação da natureza, destinado a contribuir para a felicidade de todos e não apenas para o favorecimento de alguns. Por isso, as relações de trabalho reguladas pelo direito, dele devem fazer um instrumento a serviço da dignidade do homem e não o meio de regular um mecanismo ou um organismo de que o ser humano participe apenas como peça ou como célula" (Costa, 1999: 133).

No plano jurídico, a flexibilização das relações de trabalho pode ser compreendida, ainda, pelo estudo da teoria da imprevisão e a revisão dos contratos, que se contrapõe à clássica pacta sunt servanda dos romanos e se constitui na tese moderna da cláusula rebus sic standibus, uma vez que a norma jurídica deve ser um instrumento de adaptação do direito aos *fatos, numa sociedade* em constante mutação.

O certo é que parece acordante *entre juristas e* economistas, que o objetivo primordial da flexibilização nas relações de trabalho no contexto atual de globalização da economia e de crises na oferta de empregos, pelo menos no que diz respeito ao seu aspecto prático, é o de evitar a extinção de empresas, com evidentes reflexos nas taxas de desemprego e agravamento das condições socioeconômicas.

A flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica (Martins, 2000: 45).

Com a flexibilização, os sistemas legais prevêem fórmulas opcionais ou flexíveis de estipulação de condições de trabalho, seja pelos instrumentos de negociação coletiva, ou pelos contratos individuais de trabalho, seja pelos próprios empresários.

2. Flexibilização e desregulamentação

Existem inúmeras definições para a flexibilização do direito do trabalho, sob os mais diferentes pontos de vista. As definições envolvem aspectos jurídicos, econômicos, sociais e políticos.

Etimologicamente, a palavra flexibilização é um neologismo. Nos dicionários são encontradas apenas as palavras flexibilidade, do latim flexibilitate, significando a qualidade de ser flexível, e ainda elasticidade, destreza, agilidade, flexão, flexura, facilidade de ser manejado, maleabilidade, bem como a palavra *flexibilizar*, definido como o ato de tornar flexível (FERREIRA, 1995: 635).

Do ponto de vista sociológico, a flexibilização é a capacidade de renúncia a determinados costumes e de adaptação a novas situações.

No que pertine ao Direito do Trabalho, objeto principal da flexibilização em estudo, importante ressaltar a diferença conceitual entre a flexibilização e a desregulamentação. Segundo Amauri Mascaro do Nascimento (1997):

> "Flexibilização do direito do trabalho é a corrente de pensamento segundo a qual necessidades de natureza econômica justificam a postergação dos direitos dos trabalhadores, como a estabilidade no emprego, as limitações à jornada diária de trabalho, substituídas por um módulo anual de totalização da duração do trabalho, a imposição pelo empregador das formas de contratação do trabalho moldadas de acordo com o interesse unilateral da empresa, o afastamento sistemático do direito adquirido pelo trabalhador e que ficaria ineficaz sempre que a produção econômica o exigisse, enfim, o crescimento do direito potestativo do empregador" (NASCIMENTO, 1997: 120).

Orlando Teixeira da Costa (1992) preleciona da seguinte forma:

> "A flexibilização é o instrumento ideológico liberal e pragmático de que vem se servindo os países de economia de mercado, para que as empresas possam contar com mecanismos capazes de compatibilizar seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura mundial, caracterizada pelas rápidas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes inadiáveis" (COSTA, 1992: 779).

Segundo Sérgio Pinto Martins (2000):

> "A flexibilização do Direito do Trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho" (MARTINS, 2000: 25).

Já a desregulamentação do direito do trabalho seria uma forma mais radical de flexibilização, na medida em que o Estado retiraria toda a proteção normativa conferida ao trabalhador (inclusive as garantias mínimas), permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regulasse as condições de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Note-se que a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que para assegurar garantias mínimas ao trabalhador (ou a sociedade – uma vez tratar-se de direitos indisponíveis), com normas gerais abaixo das quais não se poderia conceber a vida do trabalhador com dignidade.

Assim, não há que se confundir flexibilização e desregulamentação, sendo esta última caracterizada pela total ausência do Estado no disciplinamento das relações de trabalho, permitindo assim um maior desenvolvimento da plena liberdade sindical e das normatizações coletivas no âmbito privado das relações entre capital e trabalho.

Daí porque para Nascimento (1997: 122), desregulamentação é vocábulo que deve ser restrito ao direito coletivo do trabalho, não se aplicando ao direito individual do trabalho para o qual existe a palavra flexibilização. Assim, desregulamenta-se o coletivo e flexibiliza-se o individual. Portanto, desregulamentação seria a política legislativa de redução da interferência da lei nas relações coletivas de trabalho, para que se desenvolvam segundo o princípio da liberdade sindical e das representações de trabalhadores.

3. As correntes de flexibilização do Direito do Trabalho

De acordo, ainda, com Nascimento (1997: 116-7), pode-se distinguir três correntes que se posicionam sobre a questão da flexibilização das relações de trabalho:

Flexibilista – para essa corrente, cujas idéias são sintetizadas na manifestação de Lobo Xavier (1993: 74), em Portugal, no seu Curso de Direito do Trabalho, o direito do trabalho passa por fases diferentes: a da conquista, a promocional e a de adaptação à realidade atual, com as convenções coletivas de trabalho desenvolvendo cláusulas in melius e in pejus, na tentativa de dar atendimento às condições de cada época e de cada setor.

Para os flexibilistas é preciso distinguir precisamente as fases por que passa o *Direito do Trabalho*. Em um primeiro momento deve-se assegurar os direitos trabalhistas. Trata-se de uma conquista dos trabalnadores. Após, tem-se o momento promocional do Direito do Trabalho. Na terceira fase, ocorre a adaptação desses direitos à realidade dos fatos, como no que diz respeito às

crises, o que é feito por meio das convenções coletivas, que tanto pode assegurar melhores condições de trabalho como também situações in pejus.

Assim, no momento em que a economia estiver normal, aplica-se a lei. Na fase em que ela apresentar crises, faz-se a flexibilização das regras trabalhistas, tanto para pior como para melhor.

É a posição, no Brasil, adotada por Robortella (1994: 86), ao mostrar a natureza cambiante da realidade econômica, com o que uma norma pode ser socialmente aceita num período de abastança, mas absolutamente nociva numa sociedade em crise e desemprego.

Antiflexibilista – entende essa corrente ser a proposta de flexibilização mero pretexto para reduzir os direitos dos trabalhadores. É a posição adotada, no Brasil, por Costa (1991: 102), dentre outros, que vislumbra a possibilidade do agravamento das condições dos hipossuficientes, sem qualquer contribuição para o fortalecimento das relações de trabalho.

Para essa corrente a flexibilização do Direito do Trabalho é algo nocivo para os trabalhadores e vem a eliminar certas conquistas que foram feitas ao longo dos anos. Seria uma forma de reduzir direitos dos trabalhadores, agravando a situação dos mesmos sem que houvesse qualquer aperfeiçoamento ou fortalecimento das relações de trabalho.

Semiflexibilista – tem como um dos defensores Romagnoli (1992: 143), na Itália, para quem a flexibilização deve começar pela autonomia coletiva, para evitar riscos, por meio de negociações coletivas.

Os seguidores dessa corrente pregam a observância da autonomia privada coletiva e também sua valorização plena. A flexibilização seria feita pela forma coletiva, havendo uma desregulamentação do Direito Coletivo do Trabalho, por meio das convenções ou acordos coletivos.

Sob a ótica da teoria semiflexibilista, seria possível afirmar a existência de uma norma legal mínima, estabelecendo regras básicas, ficando o restante para ser determinado pelas convenções ou acordos coletivos.

II. O PROCESSO DE FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL

Já há algum tempo que o Brasil, ao sabor das circunstâncias socioeconômicas, vem flexibilizando suas normas trabalhistas. Importante destacar, no entanto, que a flexibilização no Brasil só foi erigida ao patamar de norma constitucional a partir da Carta Magna de 1988.

José Pastore (1996: 102) entende que a flexibilização teve uma função

auxiliar importante. Na Europa, ela ajudou a alocar as pessoas nas novas modalidades de trabalho, tais como o trabalho por projeto, por empreita, em tempo parcial, com prazo determinado, etc. No Brasil, a flexibilização possui um papel adicional estratégico. Ela facilita a desobstrução dos entraves legais que hoje bloqueiam a entrada das pessoas no mercado formal.

O excesso de rigidez da Constituição, Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e Justiça do Trabalho tem provocado uma reação selvagem por parte do mercado. Mais de 55% da força de trabalho brasileira está à margem da lei, sem nenhuma proteção lembrando-se que, nesse caso, o Estado nada arrecada, ficando apenas com ônus de socorrer essas pessoas na doença e na velhice. A "flexibilização selvagem" é o resultado da combinação de pouco investimento com muita rigidez (Pastore, 1996: 103).

A flexibilização surgiu na Europa na década de 60 e já nos idos de 1965 e 1966 encontramos vestígios iniciais da flexibilização no Brasil, com a Lei 4.923/65, que trata da redução geral e transitória dos salários até o limite de 25%, por acordo sindical, quando a empresa tivesse sido afetada por caso fortuito ou força maior em razão da conjuntura econômica e, ainda, com a Lei do FGTS (Lei 5.107/66) que, implodindo a estabilidade, deu ampla liberdade ao empregador para despedir os empregados regidos pelo FGTS.

Tem-se ainda como exemplo as leis terceirizantes, especialmente a Lei nº 6.019/74, conhecida como lei do trabalho temporário, editada sob a pressão da existência, no ano de 1973, de 50.000 trabalhadores em São Paulo prestando serviços a cerca de 10.000 empresas de trabalho temporário. As empresas tinham por objetivo conseguir mão-de-obra mais barata, não pretendendo se furtar às regras tutelares da legislação trabalhista, que visava proteger o trabalhador (Martins, 2000: 51).

Depois do advento da Constituição Federal de 1988, embaladas pela constitucionalização da flexibilização, foram surgindo novas leis que modificaram em parte o Direito do Trabalho. Citemos como importante norma flexibilizadora pós Constituição, as Medidas Provisórias que introduziram os contratos por tempo parcial e o banco de horas.

A Medida Provisória do trabalho a tempo parcial (MP nº 1952-18, de 09.12.1999), que acrescentou o art. 58 à Consolidação das Leis do Trabalho, conceitua como trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a 25 horas semanais. Este sistema se justifica, porque uma parte do tempo do trabalhador é dedicado ao emprego e o restante do tempo, à outras atividades alheias ao trabalho, assim, com a permanência do empregado por um período mais curto na empresa, é possível aumentar o número de vagas, diminuindo-se o desemprego.

Afirma Pastore (1997: 79) que nos Estados Unidos, entre os 113 milhões de americanos que trabalham para empresas, 80% o fazem em tempo integral e 20% a tempo parcial, tendo um aumento considerável nas duas últimas décadas, sendo que em meados dos anos 70, a proporção era de 92% e 8%, respectivamente.

Em relação ao salário, no regime de tempo parcial, este deve ser proporcional em relação aos trabalhadores que cumprem o horário integral. Mas deve-se sempre ter em conta que o salário não poderá ser inferior ao mínimo legal, pois a flexibilização encontra óbice no salário mínimo estipulado constitucionalmente.

A Medida Provisória nº 1.952-18, de 09.12.1999, também modificou o § 2º, do artigo 59 da CLT, prevendo que os excessos de horas trabalhadas pelo empregado em um período poderiam ser compensados no período máximo de 01 (um) ano; ou seja, se os sindicatos acordarem, mediante negociação coletiva, as horas extras praticadas em um certo período não precisarão ser pagas, desde que compensadas no período máximo de um ano. Flexibilizou-se a necessidade de acrescer-se um valor pecuniário à hora extra, que passou a ser, optativamente, compensada.

Assim, deverá ser observado um sistema de créditos e débitos, que não poderá exceder a um ano, período em que ocorrerá a flexibilização. Desse modo, se esse período ultrapassar o total normal de horas do período permitido, o empregador deverá pagar as horas que forem excedentes, observando-se o adicional mínimo de 50% (cinqüenta por cento).

III. DOS ÓBICES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À FLEXIBILIZAÇÃO NO BRASIL

O artigo 7º da Constituição de 1988 foi pródigo na distribuição de direitos, pouco se preocupando com a adequação das normas à realidade econômico-social, ao estatuir, apenas nos incisos VI, XIII e XIV, que, respectivamente, a redução de salários, a redução e compensação de jornada de trabalho e a prorrogação da jornada máxima de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento processem-se mediante acordo ou convenção coletiva.

Excetuadas estas possibilidades de alteração, a flexibilização da relação de emprego no Brasil terá que passar, necessariamente, por alterações de nível constitucional.

Costuma-se classificar os limites à flexibilização do direito do trabalho no Brasil, quanto à admissibilidade, em dois tipos básicos: a) os admissíveis – que são usados, por exemplo, nas épocas de crise, permitindo a continuidade da

empresa, porém garantindo um mínimo ao trabalhador, sendo realizado, nesse caso, geralmente por meio da negociação coletiva e b) os inadmissíveis – quando são instituídos apenas com o objetivo de suprimir direitos trabalhistas.

Quanto à proibição, o referido autor distingue a flexibilização em: a) proibida - em que a lei veda a flexibilização, como ocorre nas hipóteses de normas de ordem pública; e b) autorizada ou permitida – como, por exemplo, a contida no inciso VI do art. 7º da Constituição que permite a redução dos salários mediante convenção ou acordo coletivo.

A flexibilização pode ainda ser estabelecida pela revisão de certas modalidades contratuais, como da revisão do contrato de trabalho temporário, da terceirização etc.

Doutrinariamente tem-se entendido que o sistema jurídico-positivo brasileiro estabeleceu limites legais e constitucionais ao poder de modificação do arcabouço normativo trabalhista, diferenciando-se as posições e idéias no que pertine ao maior ou menor grau de limitação ao poder de reforma.

1. Limitações constitucionais

Os direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal são, no dizer de Alexandre Moraes (1999: 186), direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, VI, da Constituição Federal.

Logo, na visão do supracitado constitucionalista, os direitos sociais previstos no texto constitucional são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista. Conclui Moraes (1999), citando Arnaldo Süssekind que,

> "essas regras cogentes formam a base do contrato de trabalho, uma linha divisória entre a vontade do Estado, manifestada pelos poderes competentes, e a dos contratantes. Estes podem complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal; mas sem violar as respectivas normas. Daí decorre o princípio da irrenunciabilidade, atinente ao trabalhador, que é intenso na formação e no curso da relação de emprego e que se não confunde com a transação, quando há res dúbia ou res litigiosa no momento ou após a cessação do contrato de trabalho" (Apud MORAES, 1999: 186)

Desse modo, o art. 7º da Constituição elenca normas trabalhistas *situadas no mesmo patamar dos* direitos individuais conferidos aos cidadãos. A inserção dessas normas no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais fez com que adquirissem o status de direitos fundamentais. (LEDUR, 1998: 116).

Registre-se, ainda, que os direitos sociais enumerados no art. 7º da Constituição Federal constituem rol exemplificativo, não esgotando os direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores, que encontram-se também difusamente previstos no próprio texto constitucional.

Em verdade, a Constituição brasileira de 1988, em relação ao Direito do Trabalho foi um tanto quanto detalhista. De qualquer maneira foi ela detalhisticamente flexível, uma vez que permitiu que a flexibilidade se processasse quanto a alguns aspectos laborais, sob tutela sindical.

Quase a totalidade da doutrina laboral brasileira entende que a flexibilização não poderá ser feita sobre direitos mínimos assegurados constitucionalmente ao trabalhador, salvo quando a própria Lei Maior a permitir, como nos incisos VI, XIII, XIV do art. 7º da Constituição, em que há uma expressa determinação para admitir situações in peius para o trabalhador, que são os casos de redução de salário em caso de convenção ou acordo coletivo, compensação de horários e redução de jornada também em caso de convenção ou acordo coletivos, bem como jornada de seis horas em caso de trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo convenção coletiva.

Importante ressaltar que a Constituição determina a impossibilidade de redução de salários e não da remuneração. De acordo com o art. 457 da CLT a remuneração é composta de salário mais gorjeta, sendo o salário tudo aquilo que é pago diretamente pelo empregador ao empregado e gorjeta tudo aquilo que é pago ao empregado pelo cliente. Assim, não há nenhum óbice à redução das gorjetas, que não é salário. Já o que for proveniente do empregador, que é salário, não poderá ser reduzido, salvo por negociação coletiva.

Também se entende, doutrinariamente, não ser admissível a flexibilização de normas de higiene e segurança do trabalho, pois são fundamentais à saúde do trabalhador.

De outro lado, dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro, os acordos derrogatórios devem observar o direito adquirido, em razão do que dispõe o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição.

Por fim, quanto aos óbices constitucionais, deve-se observar o que reza o inciso VI do art. 8º da Lei Magna, que exige a presença do sindicato nas negociações coletivas. Entende-se, no entanto, que a participação obrigatória é do sindicato da categoria dos trabalhadores, pois nos acordos coletivos só participam o sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas.

2. Limitações legais

O artigo 7º da Constituição de 1988 estabelece nos incisos VI, XIII e XIV, que, respectivamente, a redução de salários, a redução e compensação de jornada de trabalho e a prorrogação da jornada máxima de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento processem-se mediante acordo ou convenção coletiva.

A indagação que se faz é no sentido de serem tais normas constitucionais flexibilizadoras exaustivas ou meramente exemplificativas. Por exemplo: se a Carta Magna afirma serem apenas dois direitos passíveis de flexibilização, quais sejam, a jornada e o salário, e o legislador cria uma norma infraconstitucional flexibilizando um direito diferente dos que foram pela Constituição permitidos, tal norma ordinária seria inconstitucional?

Esta indagação procede porque alguns autores, dentre eles Martins (2000: 101), classificam como limites constitucionais, a flexibilização proibida, que é aquela em que a própria lei veda a flexibilização, como ocorre com as normas de ordem pública tendo, de outro lado, a flexibilização autorizada, sendo aquela em que a lei permite a flexibilização. Mas a pergunta persiste: e se a norma não disse se o direito poderia ou não ser flexibilizado, se omitindo? Então poderia uma norma posterior apresentar uma nova modalidade de flexibilização, diferente das permitidas pela Lei Maior?

De acordo com Süssekind (1999: 52) melhor teria sido, que a Carta Magna tivesse possibilitado à lei ordinária indicar, restritivamente, as hipóteses nas quais as partes, por meio de convenção ou acordo coletivo, pudessem flexibilizar a aplicação do preceito estatal, fixando os limites insusceptíveis de serem desrespeitados pelos instrumentos de autocomposição. Nada impedindo que a matéria seja objeto de lei, inclusive para dispor sobre a duração e os efeitos das alterações contratuais.

Nada impede que uma reforma legislativa amplie as derrogações legais autorizadas pela Constituição, desde que se respeite a ordem pública instituída pela Lei Maior. Os limites devem ser os próprios comandos constitucionais imperativos que, no caso brasileiro, alcançam, às vezes com disposições próprias de lei ordinária, quase todos os institutos do Direito do Trabalho (COSTA, 1998: 48).

Os óbices legais ao fenômeno da flexibilização podem ser exemplificados: não é possível a diminuição do período de descanso interjornadas para aquém de uma hora diária, pois tal matéria é de competência restrita ao Ministério do trabalho, não podendo ser alterado por negociação coletiva.

Martins (2000: 108) afirma que as condições de trabalho deveriam respeitar a cláusula rebus sic stantibus, pois, enquanto as coisas permanecerem

como estão, não haverá modificações da situação de fato. Havendo alteração das condições econômicas, como nas crises, é *que deveriam exi*stir mecanismos jurídicos para estabelecer-se a flexibilização.

Mannrich (1998: 77) coloca como óbice o fato de que não podem ser objeto de flexibilização bens jurídicos fundamentais indisponíveis, como os relacionados a vida, saúde e outros relativos à personalidade do trabalhador e a direitos econômicos básicos.

Outro óbice legal à flexibilização diz respeito ao princípio da vigência da norma mais favorável ao trabalhador, o que talvez tenha justificado a obrigação de flexibilização das normas através da negociação coletiva, em que se espera que os sindicatos procurem sempre as condições e os meios mais eficazes na proteção de seus representados.

Ocorre que Nascimento (1997: 120) lança por terra esta assertiva, ao afirmar que a norma mais favorável ao empregado nunca foi um princípio absoluto, pois sempre permitiu exceções, especialmente diante de leis do Estado na defesa da sua política salarial nos sistemas de economia com inflação e necessidade de indexação, bem como da possibilidade, permitida desde 1964, de negociação coletiva para modificação da jornada e do salário, alterações estas que foram mais tarde incorporadas pela Carta Magna, com algumas peculiaridades.

IV. CONCLUSÃO

Atualmente, a maior preocupação das entidades internacionais, assim como de algumas nações, é com o desemprego estrutural, advindo da nova tecnologia e, sobretudo, da robotização e da automação. A finalidade de reduzir esse desemprego fomentou a utilização do Direito do Trabalho, experimentada ao ensejo dos dois choques petrolíferos dos anos 70 e 80 (SÜSSEKIND, 1999: 211).

Tendo-se como certo que a transmutação da economia mundial justifica a flexibilização na ampliação das normas de proteção, a fim de harmonizar interesses empresariais e profissionais, não menos certo é que ela não deve acarretar a desregulamentação do Direito do Trabalho, seja nos países de cultura jurídica romano-germânica, onde a lei escrita é a fonte tradicional do Direito, seja naqueles em que a sindicalização é inautêntica, inexpressiva ou inadmitida. A verdade é que há princípios e normas fundamentais que, independentemente das teorias econômicas ou monetaristas, são inseparáveis do esforço da humanidade em favor da justiça social.

A flexibilização pode ser encarada como uma fenda no princípio da inderrogabilidade das normas de proteção ao trabalho, princípio este que vem

colocado de forma expressa na CLT (art.468), mas tal exceção confirma outro princípio basilar do Direito do Trabalho, o princípio da proteção ao hipossuficiente, de modo a proteger os operários como um todo.

Pretende-se com a flexibilização ajustar as normas jurídicas existentes e as normas a serem criadas com a realidade econômica vigente em um determinado país, de modo a contribuir para solucionar os problemas no Direito do Trabalho advindos de tal conjuntura. Mannrich (1998: 75) coloca que a flexibilização exprime o processo de ajustamento das instituições jurídicas às novas realidades da sociedade capitalista. Vincula-se às questões do desemprego, novos processos de administração da produção, dentre outros. Por meio dela, a empresa ajusta sua produção, mão-de-obra e condições de trabalho às flutuações do sistema econômico.

A maior dificuldade é estabelecer quais são os limites mínimos a serem observados. É de se entender, na ausência de uma construção teórica mais convincente no aspecto jurídico-científico, como já discorrido neste artigo, que no sistema brasileiro os limites mínimos são os constitucionais e os legais.

Entre os princípios universais do Direito do Trabalho, válidos para todos os sistemas jurídicos, situa-se o princípio das garantias mínimas do trabalhador, princípio este respeitado no mundo inteiro e imposto de modo heterônomo. As garantias são impostergáveis como vantagens fundamentais. O Direito do Trabalho é formado por preceitos de ordem pública ou de caráter imperativo onde prevalece o amparo ao trabalhador como ser humano. É a efetiva justiça social.

Seguindo esse raciocínio, os fundamentos de alguns direitos trabalhistas se colocam acima da vontade negocial dos trabalhadores e dos sindicatos. Como pode o trabalhador renunciar a férias, repouso, salário mínimo e licença-gestante? A ordem pública não se confundiria com o Direito Público, mas representaria elemento indispensável para eficácia das principais normas constitucionais do trabalho. O trabalhador somente poderia renunciar o direito que tem em vista o seu interesse individual. Diferentemente ocorre quando o interesse é coletivo, amparado pela sociedade, pois se torna de caráter imperativo, sendo, portanto, irrenunciável.

Quando existe a hipótese de flexibilização e esta ocorre, através de tutela sindical, não poderá o trabalhador alegar a inalterabilidade da relação de emprego para não perder algumas vantagens que teria adquirido anteriormente, pois segundo a Constituição Federal, nos casos previstos no art. 7º, o sindicato poderá dispor dos direitos individuais dos empregados que sejam por eles representados, com aplicação imediata aos contratos de trabalho em vigência. O que se pretende, é a valorização dos direitos coletivos.

Parte majoritária da doutrina entende que a flexibilização ideal seria

aquela feita por acordo coletivo de trabalho, por ser descentralizado e atender às peculiaridades de cada empresa, como seu tamanho, seu tipo societário etc. A flexibilização pela convenção coletiva, generaliza, pois no sistema brasileiro atinge toda uma categoria, sem fazer distinção entre empresas grandes e pequenas.

De outro lado, a imperatividade da lei deve deter-se tão-somente à contratação individual, pois do contrário o empregado fica totalmente desprotegido e ao arbítrio do empregador. Assim, na contratação coletiva, a lei deveria apenas ser dispositiva, em razão da possibilidade da negociação ser feita para vários fins, principalmente quando há crises econômicas ou outros fatores.

Importante ressaltar a observação que faz Martins (1997: 121), de que a flexibilização pode ser conveniente para alguns fins, sem perda do sentido do direito do trabalho, mas deve ser acompanhada da adoção de outras medidas, cada vez presentes nos ordenamentos jurídicos e que podem evitar a perda do ponto de equilíbrio na relação jurídica de trabalho, dentre as quais a representação dos trabalhadores na empresa, a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados, a adequada regulamentação da dispensa arbitrária ou sem justa causa, no sentido de impedir dispensas retaliativas, sem vedar as dispensas motivadas por causas econômicas, organizacionais e tecnológicas, além de uma organização de um sistema eficiente de seguro-desemprego.

Uma coisa é certa: a flexibilização dos direitos trabalhistas, sozinha, não cria empregos e, muito menos, bons empregos. Esses dependem de vários fatores, sobretudo de pesados investimentos nos setores público e privado (PASTORE, 1996: 104).

Por fim, a título de reflexão, registre-se as últimas palavras de Orlando Teixeira da Costa (mar. 1995) que, em Conferência proferida no III Congresso Brasileiro de Direito Individual do Trabalho, promovido pela LTr Editora, sintetizou em um Credo o seu pensamento,

"- Creio no primado do trabalho sobre o capital.
- Creio na eficácia do trabalho como única fonte de enriquecimento das nações.
- Creio no espírito comunitário da empresa que admite o florescimento de relações de colaboração amigável e de auxílio recíproco.
- Creio que a justiça social só pode ser atingida se todos concordarem em praticá-la em conjunto.
- Creio que a concorrência sem limites jamais poderá gerar um sistema econômico justo.
- Creio que os interesses individuais e das empresas particulares devem subordinar-se ao interesse geral, ao bem comum da Nação e da Humanidade.
- Creio que o econômico e o político devem subordinar-se ao engrandecimento da criatura humana.
- Creio na dignidade do trabalhador, na sua capacidade de pensar e agir livremente, de conhecer e amar.
- Creio na possibilidade da harmonia dos contrários.
- Creio que a paz é obra da justiça social" (COSTA, 1995: 74).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Kátia Magalhães (1998). Direito Constitucional do Trabalho: sua Eficácia e o impacto do modelo neoliberal. São Paulo: LTr.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (1993). Lições de Direito Alternativo do Trabalho. São Paulo: Acadêmica.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (1999). Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros.

BARROS, Alice Monteiro de (1997). Curso de Direito do Trabalho. vol II, 3ª ed., São Paulo: LTr.

_____. Flexibilização e Garantias Mínimas (1999). In Rev. Trabalho & Doutrina, São Paulo. Saraiva, n. 20, pp. 9-20.

BASTOS, Celso Ribeiro (1992). Curso de Direito Constitucional. 14 ed., São Paulo: Saraiva.

BONFIM, Benedito Calheiros (1998). Da Flexibilização à Desregulamentação. In Rev. Trabalho & Doutrina, São Paulo. Saraiva, nº 20, pp. 29-32.

COSTA, Orlando Teixeira Filho da (1991). Direito Coletivo do Trabalho e Crise Econômica. São Paulo: LTr.

_____. (1992). Direito Alternativo ou Flexibilização. In Rev. LTr, São Paulo. LTr n. 56, p. 779.

_____. (1998). O Direito do Trabalho na Sociedade Moderna. São Paulo: LTr.

LEDUR, José Felipe (1998). A Realização do Direito ao Trabalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

MANNRICH, Nelson (1998). A Modernização do Contrato de Trabalho. São Paulo: LTr.

MARTINS, Sérgio Pinto (1996). Direito do Trabalho. 3ª ed., São Paulo: Malheiros.

_____. (2000). Flexibilização das Condições de Trabalho. 1ª ed., São Paulo: Atlas.

MELO, Raimundo Simão (1999). Flexibilização dos Direitos Trabalhistas e as Cooperativas de Trabalho. In Rev. Trabalho & Doutrina, São Paulo. Saraiva, n. 20, pp. 126-136.

MORAES, Alexandre de (1999). Direito Constitucional. 6ª ed., São Paulo: Atlas.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do (1989). Direito do Trabalho na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva

_____. (1997). Curso de Direito do Trabalho. 13ª ed., São Paulo: Saraiva.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda (1995). Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

PASTORE, José Pastore (1996). Encargos Sociais no Brasil e no Exterior. São Paulo: Ltr.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim (1994). O Moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr.

ROMAGNOLI, URIAGE de GUERRERO (1992). Experiencias de flexibilidad normativa. Chile: Universidad Nacional Andrés Bello.

ROMITA, Arion Sayão (1993). Sindicalismo, Economia, Estado Democrático. São Paulo: LTr.

SCAFF, Fernando Facury (1999). Ordem Econômica e Social. São Paulo: LTr.

SILVA, José Afonso da (2000). Curso de Direito Constitucional Positivo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros.

SILVA NETO, Manoel Jorge. (1993). Direito do Trabalho e Revisão Constitucional. Belém: CEJUP.

_____. (1998). Curso de Direito Constitucional do Trabalho. São Paulo: Malheiros.

SOUZA, Sérgio Alberto de (1998). Direito, Globalização e Barbárie. São Paulo: LTr.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio & VIANA, Segadas (1997). Instituições de Direito do Trabalho. 17ª ed., São Paulo: LTr.

_____. (1999). Direito Constitucional do Trabalho. 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar.

ABSTRACT: The author shows different ways of flexibility in the relations of work and in the right of the work, bringing the point of view of jurists and economists. Shows the target of equilibrium to bring minimal rules of protection to the worker, and, at the same time, surviving of the companies.

KEY WORDS: Flexibilization; desregulamentation; social justice; minimal rules.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MANEJO DOS RECURSOS EXCEPCIONAIS NO STF E NO STJ

Ronald Christian Alves Bicca*

RESUMO: Discorrendo a respeito dos recursos especial e extraordinário no Direito brasileiro, o autor mostra que o propósito de tais instrumentos não é a correção de erros ou injustiças, mas a correção de erros de direito. Analisa os requisitos de cada um dos recursos e comenta as regras de procedimento aplicáveis.

PALAVRAS-CHAVE: recurso especial, recurso extraordinário, procedimento, efeitos.

1. INTRODUÇÃO

Versa o presente texto sobre o papel dos recursos especial e extraordinário no direito pátrio. Dentre diversas peculiaridades daqueles recursos, ressalte-se que, a princípio, tais remédios constitucionais não se prestam a simplesmente corrigir injustiças ou erros de fato; prestam-se, principalmente, à correção de erros de direito.

Analisando o tema, tem-se claramente a idéia que o erro de direito é muito mais prejudicial para o mundo jurídico que o erro de fato, pois estes restringem-se ao caso concreto, ao processo específico, enquanto o erro de direito contamina a jurisprudência, a doutrina, influenciando julgamentos futuros e isto, conseqüentemente, tem efeitos mais abrangentes. O erro de direito, no caso, é entendido como ignorância ou errada compreensão da vontade da lei.

As afirmações acima despertam o interesse em se conhecer com mais acuidade o manejo dos recursos excepcionais, que são fundamentais para a uniformização da interpretação de nosso direito, o que é de suma importância; principalmente, por ser o Brasil uma república federativa.

No caso, o recurso extraordinário tem a função precípua de uniformizar a

* Procurador do Estado de Goiás e professor universitário

interpretação da Constituição Federal e o especial, da lei federal. Tais recursos estão previstos nos artigos 102, III e 105, III da Constituição Federal, sendo que o extraordinário tem como escopo o prevalecimento do texto constitucional como Lei Maior, enquanto o recurso especial visa garantir o respeito à lei federal e a proceder a uniformização do seu entendimento.

Cumpre ressaltar que o recurso especial é uma criação do Constituinte de 1988, que transferiu ao mesmo, parte da matéria antes abrangida pelo recurso extraordinário que, após a criação do REsp, é manejado, exclusivamente, em matéria constitucional.

2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Reza a Constituição Federal, nos termos do art. 102,III, que ao Supremo Tribunal Federal cabe mediante recurso extraordinário, julgar as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

Aqui contrariar é mais que negar vigência, tem o sentido mais amplo, como v.g., da decisão não atender ao espírito da CF, não somente a letra da lei.

No entanto, o STF não tem admitido recurso extraordinário quando na decisão recorrida houver ofensa indireta ou reflexa ao texto constitucional; está exigindo afronta direta.

Não se pode esquecer que é o STF quem diz o que diz a Constituição, não a própria Carta, pois o Supremo é quem a interpreta. Por isso a análise da jurisprudência daquele Tribunal é fundamental.

Em matéria recursal o STF somente controla o respeito à Constituição em recurso extraordinário. No Brasil, há o controle da constitucionalidade tanto abstrato quanto concreto, ou seja, há ações para o controle da constitucionalidade e há recursos que versam sobre matéria constitucional.

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

Há duas teses sobre vigência de tratados, a monista e a dualista. A tese monista defende a idéia que o tratado já entraria em vigor com sua assinatura. A tese dualista diz que somente após o decreto legislativo respectivo é que o tratado entraria em vigor. No Brasil, um tratado de seu nascedouro até sua vigência transcorre um ato complexo, prevalecendo, destarte, a tese dualista.

É possível interpor-se o RE para que o STF confirme ou não a constitucionalidade de um tratado. Qualquer juiz pode, no caso concreto, controlar a constitucionalidade de lei ou tratado. No caso de juiz singular, este somente pode deixar de aplicar a lei ou o tratado, não pode declarar os mesmos inconstitucionais.

Os pressupostos genéricos dos recursos também são exigidos em sede de RE, que, ademais, deve preencher alguns requisitos específicos.

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

O STF tem a função de garantir o respeito à CF, portanto, havendo inconstitucionalidade de lei ou ato estadual (ou municipal) contestados em face da constituição estadual, seus julgamentos compete ao Tribunal de Justiça Estadual.

3. O RECURSO ESPECIAL

Já o recurso especial, previsto no art. 105 , III da CF, é cabível nas causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência;

No caso, contrariar é teleológico, inclusive a contrariedade pode se dar com o espírito do tratado ou da lei federal. Negar vigência é não aplicar a lei quando é aplicável ou aplicá-la incorretamente; é uma situação mais concreta, mais expressa.

Lei federal, no caso, é entendida em sentido lato (v.g., lei complementar, ordinária, resoluções e normas, decretos federais, decretos legislativos...). Portaria ministerial e regimento interno de tribunal não são leis federais; são normas administrativas (Súmula 399 do STF - "São normas *'interna corporis'* o regimento interno").

De resoluções, da mesma forma, não cabe o recurso especial, pois estas são também decisões meramente administrativas. Já a Medida Provisória pode ser impugnada tanto por RE quanto por REsp ou, até mesmo por controle direto, porque tem força de lei.

b) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de lei federal;

No caso, há tanto no recurso especial quanto no extraordinário situações análogas, pois no artigo 102, III exige-se para sua interposição que se julgue

válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF, enquanto por esta alínea "b", a lei ou o ato de governo local é julgado válido face de lei federal.

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Este é o chamado dissídio jurisprudencial. O dissídio ou divergência para fins de REsp ocorre se tribunais de justiça (ou TRFs) diferentes decidirem de maneira diversa a respeito de lei. Se o dissídio for entre o mesmo tribunal, ou tribunal de justiça e alçada do mesmo estado, não é possível se recorrer alegando dissídio jurisprudencial. Isto ocorre porque se for a mesma corte caberia o incidente do 476 do CPC; incidente de uniformização de jurisprudência, inclusive podendo se editar uma súmula, se for o caso. Se a divergência não for atual não cabe REsp, os tribunais têm que estar divergindo atualmente.

Ademais, se o próprio STJ firmou entendimento no sentido da decisão recorrida, não se conhece do recurso especial. (Súmula 83 - STJ - "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." E Súmula 286 - STF - "Não se conhece recurso extraordinário fundado em divergência jurisprudencial, quando a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal já se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.")

Os recursos extraordinário e especial não são 3º ou 4º grau de jurisdição, pois no Brasil temos somente duas instâncias (1ª e 2ª instâncias). Destarte, os recursos mencionados são medidas excepcionais, não recursos ordinários.

Isto é importante salientar, porque o Código de Processo Civil Brasileiro diz que certas matérias podem ser conhecidas em qualquer grau de jurisdição, a exemplo do seu artigo 113. Daí surgiu uma divergência muito grande, onde alguns doutrinadores defendem a tese que certas questões não suscitadas no momento oportuno, podem ser conhecidas de ofício, inclusive em RE ou REsp e outras não, invocando as Súmulas 282 - ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada") e 356 - ("O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.") do Supremo Tribunal Federal.

Os recursos extraordinário e especial podem ter função tanto rescindente (onde desaparece os efeitos da decisão impugnada), quanto rescisória (onde novamente é julgada a causa, substituindo-se a decisão impugnada pela do STF ou STJ).

Os recursos ora analisados tem as duas funções mencionadas desde que seja rescindida e julgada novamente a causa. Ao ser provido o recurso especial ou

extraordinário a decisão impugnada é cassada e a lide pode ser julgada novamente.

Vale lembrar que pode ser julgada e apreciada inclusive matéria de fato desde que seja dado provimento ao RE ou REsp. Isto ocorre pelo fato que no Brasil não se tem tribunais de cassação, dessa forma, sem o provimento do recurso não se é possível ingressar no âmago da lide.

De acordo com o art. 512 do CPC o julgamento proferido no recurso substitui a sentença; este é o seu efeito substitutivo. Todavia, se o recurso não foi conhecido o que ocorreu foi um nada jurídico, persistindo a sentença.

Apesar dos teores das Súmulas 279 do STF ("Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário") e 7 do STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"), ocorre é que aqueles Tribunais não podem simplesmente reapreciar provas em decorrência de ser esta fruto de único e principal pedido, porém, uma vez rescindida a decisão impugnada, pode-se reavaliar as provas amplamente. Isto é muito importante frisar para se evitar erros muito comuns no trato de tais recursos.

Como os dois recursos mencionados são previstos constitucionalmente, não pode a lei infraconstitucional acrescentar ou retirar requisitos de admissibilidade do RE ou do REsp. Por isso, o CPC somente pode dispor sobre requisitos genéricos e procedimentos.

Esses dois recursos somente podem ser acionados após serem esgotados os ordinários, não podendo instâncias serem suprimidas, pelo fato da CF exigir o esgotamento das vias ordinárias (arts. 102 e 105 da CF - prévio esgotamento recursal nas instâncias inferiores) e (Súmulas 281 do STF – "É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada" – e 207 do STJ – "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem").

Já que se fala a todo instante em única ou última instância e decisão, o que significam estes termos quando se fala em recursos excepcionais? Única e última são decisões dos tribunais locais (estadual ou federal) com esgotamento completo dos recursos nos tribunais respectivos. Única instância é a competência originária.

Quando a Constituição fala que de decisão de única ou última instância cabe RE, pode incluir também decisões de 1ª instância como, por exemplo, decisão de turma do juizado especial cível - art. 41, § 1º da Lei 9.099. Nos juizados especiais, a turma julgadora não é tribunal, embora seja a mesma órgão colegiado. Dessa forma, cabe RE de decisões de turmas recursais ou até mesmo de juízes singulares, se a decisão for de única ou última instância, como previsto no artigo 34 da Lei 6.830/80.

No que tange ao recurso especial é diferente, pois este somente pode ser manejado se houver ofensa de Lei Federal em decisões proferidas por tribunais; entendendo-se tribunais por decisões colegiadas de tribunais de justiça, de alçada ou de TRFs.

Outra questão muito importante é sobre o prequestionamento, que deve ser feito, mediante embargos de declaração, se a questão foi suscitada no momento oportuno e não decidida na instância "a quo" do STF e STJ.

Esse recurso somente cabe se no acórdão ou sentença houver obscuridade, contradição ou omissão. Pensamento incorreto é achar que sempre deve-se embargar para se viabilizar a subida do RE ou REsp; somente se embarga se for necessário e diante de circunstâncias específicas.

Pela análise do dispositivo constitucional, vê-se claramente que o que se exige é que o objeto do recurso seja uma causa e que a mesma seja efetivamente decidida (art. 102, III, art. 105, III). Causa aí tem um sentido teleológico, mais amplo que simplesmente ação, apesar dessa palavra dar a idéia de ação ou mérito. Causa é sinônimo de questão, tanto que pode-se recorrer de decisão interlocutória (Súmula 86 do STJ - "Cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento").

Tem-se entendido que tais questões têm que ser processual ou material, não questões administrativas como, por exemplo, questões que versem sobre registro de imóveis, pois estas não são questões judiciais.

O mesmo entendimento deve ser aplicado às questões relativas a precatórios, que são administrativas, porque a lide, no caso, já teria transitado em julgado. Por isso os Tribunais Superiores não tem conhecido matérias que versem sobre precatórios. Não sendo as nupercitadas matérias questões jurisdicionais, não cabe controle de legalidade ou constitucionalidade mediante recursos extraordinário e especial, somente em ação própria.

Já nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária há uma grande polêmica ora admitindo, ora não, recursos extraordinário ou especial que versem sobre tais assuntos (v.g., alienações de bem comum, separação consensual).

Em todo caso, alguns doutrinadores acreditam que devem ser admitidos os recursos excepcionais em tais questões, porque embora o Judiciário esteja exercendo atividade administrativa, a jurisdição voluntária é feita judicialmente e envolve interesse público.

Para os recursos mencionados, a causa deve ser anteriormente decidida, se não o forem, os recursos excepcionais não são cabíveis. Vale lembrar que o STJ e o STF não julgam a causa ou a lide, julgam o acórdão, porque antes de se manejar o RE ou REsp a causa tem que ser decidida.

O prequestionamento não é criação do STF, muito menos é inconstitucional, pois na verdade o Texto Constitucional diz que somente cabem os recursos excepcionais de causas decididas e se a causa não foi decidida não cabem tais remédios.

O prequestionamento é somente uma palavra, um termo que reza que a causa para ser julgada em sede de RE ou REsp tem que ser causa anteriormente decidida, não é um requisito a mais que foi exigido pelos Tribunais Superiores.

O termo prequestionamento foi criado pelo STF que, inclusive editou as Súmulas 282 ("É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada") e 356 ("O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento sobre a questão"). Destarte, sempre se exigiu para o manejo dos recursos excepcionais que causa fosse decidida.

Tais súmulas não são meras criações doutrinárias, pois estas somente explicitam o requisito que deve ser preenchido; o do prequestionamento. Lembramos, ainda, que a normatização de tais recursos se deu na Constituição Federal, não são frutos metafísicos de elucubrações cerebrinas.

Aliás, o professor Rodolfo de Camargo Mancuso (in "Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 7º edição, Editora Revista dos Tribunais, pág. 212) diz que "o prequestionamento, como pré-requisito do extraordinário é exigência antiga, já constante da CF de 1891 (art. 59, § 1º, a: "quando se questionar sobre a validade de leis ou applicação de tratados e lei federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella"); nas de 1934 (art. 76, III, a e b); 1937 (art. 101, III, a e b) e na de 1946 (art. 101, III, b)." Contudo, há uma polêmica no que tange à constituição de 1967, todavia, não faremos digressões nesse sentido.

A origem remota do prequestionamento seria na Lei Judiciária (Judiciary Act) norte-americana de 24 de setembro de 1789, de acordo com Alfredo Buzaid em voto no AgRg em embargos no RE 96.802 (RTJ 109/299).

O STJ, que editou a Súmula 211 ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *"a quo"*), da mesma forma, utiliza das súmulas 282 e 356 do STF, já anteriormente transcritas, em relação ao prequestionamento.

Enfim, se a questão impugnada não estiver decidida no corpo do acórdão não cabem os recursos excepcionais.

Assim, se o Tribunal de Justiça (ou TRF) negar provimento aos embargos de declaração, mesmo havendo no acórdão seus pressupostos, cabem 2ºs ou 3ºs ou mais embargos.

Se o Tribunal "a quo" não aceitar tais embargos, por exemplo, ameaçando com uma condenação por litigância de má-fé se houver insistência, tem que se

manejar o REsp alegando que foi ofendido o artigo 535 do CPC, o que obriga o Tribunal "a quo" a julgar tais embargos, se o STJ assim entender.

No caso, não teria sido cumprido o 535 do CPC e o Tribunal "a quo" teria cometido uma ilegalidade. Quando apreciar o Tribunal "a quo" a questão pela primeira vez já pode-se entrar com RE ou REsp da matéria, por isso não é imprescindível 2ºs ou 3ºs embargos, se for negado provimento ao 1º.

Porém, no caso, deve se alegar afronta ao 535 do CPC, como mencionado. Vale salientar que a esmagadora maioria dos recursos especiais ou extraordinários não são conhecidos simplesmente por inobservância de requisitos de admissibilidade.

Somente cabem embargos de declaração prequestionadores se a matéria foi alegada na contestação e persistiu omissão, não sendo tal matéria de ordem pública, pois esta pode ser alegada pela 1ª vez no Tribunal "a quo", que pode conhecer de ofício tais questões. Não podemos nos esquecer, ainda, que embargos declaratórios procrastinadores são sancionados com multa.

Para maior segurança, recomendamos que o prequestionamento deve ser feito na forma explícita, ou seja, a norma violada necessariamente deve constar no acórdão, em suma, tem que se mencionar o dispositivo violado. Há, também, o prequestionamento implícito, nesse caso, somente a idéia tem que constar do acórdão, não sendo necessário se mencionar a norma violada.

Chamamos a atenção para o fato que o STF jamais admite prequestionamento implícito. Já o STJ admite, em posição minoritária, o prequestionamento implícito, ou seja, desde que conste a idéia, mesmo que não se mencione a norma explicitamente, haveria o prequestionamento, pois a matéria teria sido ventilada. Todavia, tal posição atualmente não é a dominante na jurisprudência do Tribunal. Dessa forma, é um risco muito grande não se prequestionar explicitamente a questão objeto de recurso especial.

Outro aspecto comum daqueles recursos é que ambos têm o Juízo de admissibilidade bipartido. O Presidente do Tribunal ou Vice (dependendo do regimento interno) faz o 1º Juízo de admissibilidade *("a quo")*, sendo que o 2º e definitivo juízo de admissibilidade é feito pelo respectivo relator no STJ ou STF. Ressalte-se que este relator não está vinculado ao entendimento do tribunal *"a quo"*.

Contudo, se com base no artigo 545 do CPC o Tribunal *"a quo"* negar seguimento ao recurso, pode-se agravar para o Tribunal *"ad quem"*.

Vale lembrar, ainda, que há um mal vezo nos tribunais *"a quo"* de se entrar no mérito do RE ou do REsp. Estes tribunais não têm autorização para entrar no mérito dos mencionados recursos porque os mesmos somente têm o 1º juízo de admissibilidade.

O tribunal *"a quo"* somente deveria dizer se o recurso é tempestivo, se há o devido prequestionamento, se a forma está regular, se o preparo foi efetuado, ou seja, somente se manifesta sobre a admissibilidade ou não do recurso. Não pode o Tribunal *"a quo"* dizer se houve ou não negativa de vigência de lei federal ou se a Constituição Federal foi ferida ou não.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que "não compete ao presidente (ou ao vice-presidente) examinar o mérito do recurso extraordinário, nem lhe é lícito indeferi-lo por entender que o recorrente não tem razão: estaria, ao fazê-lo, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal; a praxe contrária, muito difundida, não encontra apoio em lei, a despeito de possíveis vantagens de ordem prática" (pág. 164, José Carlos Barbosa Moreira, Novo Processo Civil Brasileiro, 20ª edição, editora Forense).

No tocante à situações comuns dos dois recursos, assinala-se (art. 542, § 2º) que seus efeitos somente são devolutivos, não suspensivos, pois não impedem execução provisória dos julgados, podendo-se extrair carta de sentença e executar-se provisoriamente o ato judicial recorrido.

Em situações extremas tais recursos podem ser recebidos com efeito suspensivo, sendo que a medida apropriada para se conseguir tal efeito é a interposição de uma medida cautelar (v.g., alega-se e demonstra-se perigo de perecimento de direito).

Vale lembrar, ademais, que não cabe mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso, nunca foi admissível, pois somente cabe MS quando é ofendido direito líquido e certo e a lei diz que o efeito é meramente devolutivo. No caso, a parte alegava perigo de eminente perecimento de direito ou que a decisão impugnada era teratológica, não se alegava no MS direito líquido e certo; sendo que muitas vezes o que ocorria é que era dada medida cautelar com nome de MS.

A Medida Cautelar deve ser interposta diretamente no STJ ou STF (art. 800 do CPC, § único). Porém, já tendo o recurso relator, é ele o competente para deferir MC; lembrando ainda que tal pedido deve ser encaminhado somente após apreciação do primeiro juízo de admissibilidade do REsp ou RE pelo Tribunal *"a quo"*.

Ressalte-se, ademais, que a medida cautelar para dar efeito suspensivo é um mero incidente do processo, pois a ação já está proposta, não havendo, nesse caso necessidade de se mover uma ação principal.

4. REGRAS PARA O PROCEDIMENTO DO RE E RESP EM MATÉRIAL CIVIL

Em 1990 foi editada a Lei 8.038 que regulamentou o RE e o REsp, contudo, o procedimento dos recursos excepcionais em matéria civil está previsto nos arts. 541 a 546 do CPC.

A mencionada lei, quando de sua entrada em vigor, revogou os artigos 541 a 546 do CPC. Porém, adiante, a Lei 8950/94 codificou novamente o RE e o REsp outrora revogados no CPC. Ressalte-se que, no caso, não houve represtinação dos artigos antes revogados, trata-se de lei nova.

Não é correto afirmar que a reforma do CPC teria revogado a Lei 8.038/90, pois a mesma ainda incide em âmbito não civil. A Lei 8.038/94 ainda rege o REsp e o RE em matéria penal. Há diferenças na tramitação de recursos penais e civis, inclusive em matéria de prazos.

No art. 541 do CPC está exposta a forma de interposição dos recursos excepcionais; não estão enumerados requisitos, pois estes estão na CF e não podem ser ampliados ou reduzidos. Vale lembrar que para interposição simultânea de RE e REsp tem que se fazer em petições distintas.

Se tiver matéria de RE e REsp é obrigatório entrar-se com estes dois simultaneamente, ou seja, se no acórdão tiver sendo questionada matérias de tratado ou lei federal e constitucional é obrigatória a interposição dos dois recursos (Súmula 283 STF - "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange a todos eles." E 126 do STJ - "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.").

Como já foi anteriormente dito, os recursos excepcionais podem ter função rescindente e rescisória. Cassa-se a decisão e prolata-se nova decisão, se o recurso for provido. Dessa forma, é necessário atacar todos os fundamentos da decisão recorrida, porque no caso de haver função rescisória é necessário apontar todas as matérias para a decisão recorrida não se manter pela razão não impugnada. O recurso não será conhecido se assim não se proceder.

Nos termos dos incisos do art. 541 nas petições dos recursos deve conter:

I - A exposição do fato e do direito;

Aqui deve-se dizer ao STJ ou STF qual a situação concreta, contando os fatos e o direito.

II - A demonstração do cabimento do recurso interposto.

Tem que demonstrar o cabimento do recurso interposto, ainda não é o momento de se adentrar no mérito; deve-se demonstrar somente que estão preenchidos os pressupostos genéricos e específicos do recurso.

Se for RE deve-se demonstrar que houve ofensa à CF, por exemplo, transcrevendo o trecho do acórdão que entende afrontar a Carta, mostrando, ainda, que houve o prequestionamento e que foram esgotados todos os meios ordinários.

Se o acórdão tem fundamentos de RE e REsp tem que se demonstrar que o outro recurso foi interposto, porque a decisão poderia se manter pelo fundamento não impugnado, nos termos da Súmula 126 do STJ, acima transcrito.

A Súmula 356 do STF ("O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.") tem que ser observada.

Devo alegar ofensa ao artigo 535 do CPC e também outros artigos violados; lembrando que ainda estamos analisando o item II. Conforme já mencionado, no item II somente se discute admissibilidade e cabimento do recurso; a discussão sobre seu provimento ou não é no item III, onde se discute o mérito.

No parágrafo único do artigo 541 do CPC (somente no caso de REsp), se houver repositório autorizado não é necessária a prova da divergência mediante certidão. Lembramos que no item II somente se demonstra que há a divergência; no item III é que se entra no mérito.

Na situação, assim sendo, deve-se apontar, v.g., em qual Revista dos Tribunais, o número da página, etc... Ou seja, tem que se demonstrar claramente onde está a divergência. Dessa forma, não basta simplesmente indicar a situação e juntar a ementa do acórdão para demonstrar divergência, tem que se juntar o inteiro teor do mesmo, ainda transcrevendo o trecho de divergência, fazenda a comparação no caso concreto.

Outro ponto a se levantar é o procedimento quando se utiliza sites de internet, inclusive de tribunais. No caso, deve se extrair a informação do site e procurar o acórdão no respectivo tribunal, pois nenhum site ainda é repositório autorizado.

Se for decisão de juizado especial, será o presidente da turma recursal que analisará a admissibilidade.

No item III entra-se no mérito. Nesse item deve-se mencionar o inconformismo do recorrente e dizer o porque que entende que o tribunal errou. É no item nupercitado que se deve discorrer sobre as razões do recurso e fazer o pedido de uma nova decisão.

Não se pode interpor o RE ou o REsp para simples revisão de provas, mas se o recurso foi provido e o acórdão foi cassado, no rejulgamento da lide deve-se aplicar o direito à espécie, inclusive apreciando-se provas. (Súmula 456 do STF - "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie.")

O parágrafo terceiro do artigo 542 do CPC menciona situações que ensejam a forma retida de interposição de REsp ou RE

O agravo retido em princípio pode ser escolhido mas no caso de RE ou REsp não há uma opção pois a lei exige o regime de retenção.

No caso de agravo, da mesma forma, há uma situação da obrigatoriedade do regime da retenção prevista no parágrafo 4º do artigo 523.

A Lei 9.756 reza que o recurso não pode subir imediatamente, tem que se recorrer (REsp ou RE) e ficar retido nos autos até o julgamento final. Fica retido nos autos do processo principal, no caso do agravo fica incluso no apensado. Não podemos nos esquecer que deve ser pedido no prazo da apelação a apreciação do agravo retido, mas não há obrigatoriedade de interpor apelação para apreciação deste recurso.

Dessa forma, quando o Presidente ou Vice (dependendo do regimento interno do tribunal) recebe o REsp ou RE estes não podem processar o recurso, porque é no prazo da apelação é que é requerido o processamento do mesmo; somente após isso é que se apresenta as contra-razões.

Se a parte não apelar da sentença e requerer RE ou REsp o Juiz de primeiro grau deve enviar os autos ao Tribunal para seu processamente. Somente após isso é que se dá vista à parte contrária para contra-razoar. Isto ocorre porque antes deve-se analisar a admissibilidade dos recursos excepcionais.

Se foi manejada apelação, somente após o acórdão (ou embargos de declaração) que reitero o pedido de REsp ou RE. Todavia, pode-se, se for o caso, entrar com outro RE ou REsp contra o acórdão, pois o retido era em agravo. Em situações como a mencionada podem ser interpostos mais de um RE ou Resp, se for o caso.

Há algumas situações que não é possível a retenção v.g. por perigo iminente de perecimento de direito (ou suspeição ou impedimento, competência etc... que são decisões interlocutórias). Nesses casos admite-se a subida imediata mesmo se tratando de decisões interlocutórias. Não é necessária MC, somente mera petição demonstrando a situação (artigo 543 do CPC).

A lei diz que deve-se primeiramente julgar o REsp, para após, o RE; no caso há uma prejudicialidade. Por isso o RE fica sobrestado, mesmo no caso da interposição dos dois recursos excepcionais.

Todavia, se o STJ entender que cabe ao STF julgar primeiro o RE os autos são enviados ao Supremo. Contudo, se o STF discordar do posicionamento do Superior, discordando que deva julgar primeiro o RE, é o entendimento do STF que prevalece.

Há ainda a hipótese de existência de acórdão que decida questões unânimes e divergentes. Entra-se com RE ou REsp contra unânime e a não-unânime cabe embargos infringentes. Pode-se existir dois ou mais RE ou REsp do mesmo acórdão.

Todavia, tal dificuldade e dubiedade foram amenizadas pela nova redação do artigo 498 do CPC que dispõe que "quando não forem interpostos embargos infringentes, o prazo relativo à parte unânime da decisão terá como dia de início aquele em que transitar em julgado a decisão por maioria de votos."

Na antiga sistemática era corriqueiro se majejar dois recursos especiais ou extraordinários, um da parte unânime e outro, após o julgamento dos embargos de divergência, da parte não-unânime. Porém, como foi mencionado anteriormente, pode-se aguardar o prazo do parágrafo único nupercitado e manejar um REsp ou RE. Vale ressaltar, ainda, que as Súmulas 354 - ("Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação") - e 355 - ("Em caso de embargos infringentes parciais, é tardio o recurso extraordinário interposto após o julgamento dos embargos, quanto à parte da decisão embargada que não fora por eles abrangida") - do STF devem ser vistas sob esta nova ótica.

5. EFEITO DAS DECISÕES PROFERIDAS NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS

Havendo controle de constitucionalidade do STF no caso concreto, pode o Tribunal controlar constitucionalidade de lei federal, estadual e municipal em face da CF. É cediço que não existe controle de lei municipal em ADIn no STF (não estamos entrando no tema argüição de preceito fundamental), pois somente o TJ faz controle direto dessa matéria em face da constituição estadual. Não há ADIn de lei municipal em face da CF. Saliente-se, ainda, que se a lei estadual repete a lei federal ou CF, é a lei federal ou a CF que está sendo ofendida.

Todavia, o efeito é apenas inter-partes quando se tratar de controle de constitucionalidade de lei municipal por controle difuso, analisada em sede de RE.

Assim, após a decisão, o STF envia cópia da publicação do acórdão ao Senado (art. 52, X da CF), podendo este suspender a execução da lei impugnada

em todo território nacional. O Senado, no caso, faz um controle político das decisões do STF, sendo muito comum resoluções do Senado Federal que suspendem execução de leis municipais.

Se o Senado não suspender a decisão, esta somente vale inter-partes; isto é perfeitamente possível e legítimo no sistema de freios e contrapesos. Porém, ocorre diferente no caso de decisões em ADIn; nesse caso não se envia cópia do acórdão ao Senado para feitura de resolução, pois a decisão nesta classe de ação tem efeito *"erga omnes"*.

Para se obter o efeito suspensivo no RE ou REsp, pode-se invocar o art. 558 do CPC e pedir o mencionado efeito ao presidente do tribunal *"a quo"*. Se o Presidente indeferir o pedido (v.g., afirmando que ainda não é a hora de processamento) pode-se interpor agravo pedindo ao STF ou STJ a subida imediata do recurso.

Não pode-se esquecer da Súmula 223 do STJ - ("A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento de agravo"), pois a grande maioria do não conhecimento do agravo previsto no artigo 544 do CPC é devido a deficiência na documentação. No caso, são duas certidões de intimação (parágrafo primeiro do 544), pois o REsp e/ou RE podem ser julgados no mérito.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se concluir que os recursos excepcionais são instrumentos fundamentais para a uniformização da aplicação de nosso direito. Por isso, seu correto manejo permite a correção de interpretações errôneas e contraditórias porventura provenientes dos diversos tribunais existentes no Brasil, evitando que se consolidem decisões desiguais em situações isonômicas. Tais discrepâncias, se não houvesse tais recursos, feririam de morte os princípios mais elementares de direito, pois não se estaria dando a cada um o que é seu.

O manejo do RE e do REsp envolve diversos aspectos práticos e teóricos que devem ser observados, muitos, inclusive, somente presentes em súmulas e na jurisprudência do STF e do STJ. Isto significa que somente a simples leitura dos artigos do CPC e da Constituição é insuficiente para se ter a segurança devida na interposição dos recursos excepcionais.

Dessa forma, espera-se que o presente texto seja útil na medida que chama a atenção para diversas peculiaridades dos excepcionais e para cuidados que muitas vezes não são observados, tendo como conseqüência o não conhecimento destes recursos, o que acarreta, na maioria das vezes, na consolidação de situações que poderiam ser corrigidas no STJ ou STF, por meros aspectos formais.

BIBLIOGRAFIA

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 18ª edição, editora Revista Forense, 1998

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro, 20ª edição, editora Forense.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional, editora Saraiva, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, editora Almedina.

JÚNIOR, Cretella. Teoria do Estado, 3ª edição, editora Malheiros.

NERY JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado, 3ª edição, editora RT.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional, 9ª edição, Editora Atlas.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso Extraordinário e Recurso Especial, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais.

ABSTRACT: Talking about the judicial review, especial and extraordinary review in the Brazilian law, the author shows that the purpose of this is not the correction of injustices, but the corretion in the application of the law. He analyses the requiremments of each review and explains the procedure.

KEY WORDS: special review; extraordinary review; effects.

O ESTREITO LIAME ENTRE O MÉRITO E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Danielle Rios Monteiro de Deus*

RESUMO: O artigo examina o entrelaçamento existente entre o processo e o direito material, isto é, entre as condições da ação e o mérito da causa no julgamento proferido quando do exame das condições da ação. Conclui afirmando que no Direito brasileiro já começa a ser aceita a tese de que ao se apreciar as condições da ação aprecia-se, também, o mérito da causa.

PALAVRAS-CHAVE: condições da ação, mérito da causa, processo

O assunto ganhou relevo quando Galeno Lacerda, em sua obra "Despacho Saneador" se opôs ao pensamento de Liebman, entendendo que, no que concerne a *legitimatio ad causam* e a impossibilidade jurídica do pedido, haveria o entrelaçamento entre o processo e o direito material e a decisão sobre elas era de mérito.

A discussão sobre o tema é de altíssima relevância, pois dependendo da natureza da sentença proferida sobre as condições da ação, se de mérito ou não, diferentes resultados práticos surgem daí. Se houver apreciação do mérito quando do exame das condições da ação, recairá sobre essa decisão, os efeitos da coisa julgada material. Diverso, também, será o recurso cabível contra essa sentença, podendo ademais ser atacada pela ação rescisória, fato impossível em se tratando de sentença em que não há o julgamento do mérito.

Com efeito, no direito brasileiro, a decisão que aprecia as condições da ação encontra-se excluída dos limites objetivos da coisa julgada, pois esta só incide nas sentenças de mérito. Assim, somente a sentença de mérito é rescindível, porque somente ela produz coisa julgada material. Já quanto à sentença de carência de ação esta irrescindível, porque desnecessária a rescisão, já que a ação pode ser renovada.

* Gestora pública do Estado.

Por se tratar de matéria que merece estudo aprofundado não pretendo, aqui, esgotar o assunto, mas apenas explanar algumas idéias, posicionando-me sobre elas.

Começo com uma simples indagação: a só apreciação das condições da ação já implica no exame do mérito? A princípio, a resposta seria negativa, tendo-se em vista o artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, que assim preleciona:

> "Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: [...]
> VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual."

Pela leitura do citado artigo, infere-se que a própria norma processual regula por inteiro a questão. Porém, o assunto não é tão simples como parece. O tema é bastante complexo e não há posicionamento uniforme na doutrina.

Antes de adentrar no nevrálgico da questão é imperioso a fixação de algumas premissas que são consideradas fundamentais para este ramo do direito e para melhor localização do assunto.

O Estado proibiu a justiça privada, de forma que não permite que o interessado faça justiça com as próprias mãos e por não ter meios de impedir que aconteça o conflito, o Estado acabou assumindo o dever de solucioná-lo, passando a ser, em conseqüência, a função jurisdicional monopólio Estatal.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco conceituam a jurisdição como *"uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça".* [1]

Observam ainda os mesmos autores que a jurisdição não pode ser vista só pelo ângulo de poder mas, também, como função e atividade. *"Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)".*[2]

[1] CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. Malheiros Editores, 1997, 13ª ed. p. 129.
[2] Ob. cit. p. 130.

Assim, sintetizando, a jurisdição é o poder-dever que tem o Estado de dizer com quem está a razão num caso concreto que lhe seja levado à apreciação. Contudo, a função jurisdicional só é exercida se for provocada. E é através da ação que se invoca o exercício da função jurisdicional.

No dizer de Moacyr Amaral Santos: *"ação, jurisdição, processo, eis o trinômio que enfeixa o fenômeno da resolução dos conflitos de interesses; a ação provoca a jurisdição, que se exerce através de um complexo de atos, que é o processo".*[3]

Não há propriamente um conceito de ação, uma vez que a definição de sua natureza jurídica é resultado de um longo processo histórico-evolutivo no campo doutrinário, havendo, ainda, nos dias atuais, divergências a respeito. Destarte, uma coisa é certa como afirma Thereza Alvim: *"Ação e processo não são a mesma coisa, desde que a primeira é que dá nascimento ao segundo"*. E, citando Alfredo Buzaid, conclui: *"A ação preexiste e pode subsistir ao processo, ao passo que este só se inicia pelo direito de ação"*.[4]

Muitas teorias surgiram ao longo do tempo tentando explicar a natureza jurídica da ação, tendo-se destacado as seguintes: a) teoria clássica, também conhecida como civilista ou imanentista; b) teoria da ação como direito concreto; c) teoria da ação como direito abstrato, e; d) teoria eclética de *Liebman*.

Inicialmente, a doutrina confundiu o direito de ação com o próprio direito subjetivo material violado. Sustentada por *Savigny*, a teoria clássica ou civilista que prevaleceu até o início do século passado tinha uma perspectiva totalmente liberal-privatista-individualista. A ação complementava a própria noção de direito material havendo uma relação muito estreita entre ambos, pois não existiria ação sem direito, nem direito material sem ação. É o princípio que exara a lei civil, art. 75: *"A todo direito corresponde uma ação que o assegura"*.

A queda da teoria civilista deveu-se à célebre polêmica entre *Windscheid* e *Muther* na qual foi reconhecida a existência da ação como um direito autônomo, pois não necessariamente vinculado ao direito subjetivo material violado, e de caráter público vez que exercido contra o Estado. Para *Muther* o direito de ação era exercido só contra o Estado, já para *Windscheid era* exercido também contra o adversário, sujeito da relação substancial, ambos inconfundíveis.

Muther, porém, não se deteve quanto ao aspecto da autonomia do direito de ação. Então surge *Adolpho Wach*, que elabora o discernimento de que a ação era um direito autônomo que para existir não dependia, necessariamente, da existência do direito subjetivo material, pois existem direitos de ação independen-

[3] SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Saraiva, 14ª ed. p. 149.
[4] Apud Rodrigo da Cunha Lima Freire, "Condições da Ação". RT, 2001, 2ª ed. p. 69.

tes dos direitos subjetivos privados que devem ser protegidos por aqueles. A título de exemplo, pode-se citar a ação declaratória negativa, consagrada em nosso atual CPC pelo seu artigo 4º. Ora, se alguém pode exigir a tutela jurisdicional do Estado, agindo e fazendo-o agir para ver declarado que não mantém determinada relação jurídica com outrem, evidente que a ação independe do direito subjetivo material. Busca-se, com a ação declaratória negativa, justamente a declaração da inexistência de determinado direito subjetivo material.

Wach elaborou a teoria da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, enfocando a ação sob o ponto de vista do autor, ou seja, só era concedida a quem tivesse razão. Assim, a existência da tutela jurisdicional só podia ser satisfeita através da proteção concreta, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável. Conseqüentemente, a ação seria um direito público e concreto, ou seja, um direito existente nos casos concretos em que existisse direito subjetivo.

Giuseppe Chiovenda tendo sido influenciado por *Wach* elabora a teoria da ação como direito potestativo. Divergindo, deste, relativamente ao sujeito passivo da relação processual, e, por via de conseqüência, também quanto à natureza do direito de ação; enquanto para *Wach* era de natureza pública, *Chiovenda* sustentava que tanto poderia ser de natureza pública quanto privada, pois dependeria do interesse que a moveria. Trata-se de um direito potestativo porque se traduz num poder pertencente ao autor de provocar o Estado para que este se pronuncie contra o réu. Mais precisamente, a ação configuraria o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei. Exaurindo-se com o seu exercício, tendente a produção de um efeito jurídico em favor de um sujeito e com ônus para o outro, o qual nada deveria fazer, mas também nada poderia fazer a fim de evitar tal efeito.

A teoria da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, não resistiu às críticas. A sua principal falha foi não conseguir explicar qual direito teria exercido o autor no caso de ter o seu pedido julgado improcedente, pois segundo essa teoria só haveria o exercício de ação quando resultasse em uma sentença favorável.

O alemão *Degenkolb* e o húngaro *Plósz*, buscando desvincular o direito de ação de qualquer outro direito anterior, lançam a base da teoria do direito abstrato. Afirmavam que existiria ação não somente quando ela fosse acolhida pelo juiz, mas também quando houvesse a prolatação de uma sentença negando o direito invocado pelo autor. Há ação ainda quando não existir o direito material. Significa que o direito de ação não depende da existência do direito material; a ação seria o direito à realização do direito, seria preexistente ao processo e de natureza pública porque exercitável contra o Estado. Entende o italiano *Alfredo Rocco* que há dois interesses em jogo: o interesse tutelado pelo direito supostamente violado ou em vias de ser (interesse principal) e o interesse à tutela deste, por parte do Estado (interesse secundário). Surge o interesse processual de caráter secundário quando se verifica a vedação da autotutela que serve de meio para se alcançar o bem principal. Logo, o direito de ação é um direito subjetivo autônomo, abstrato e geral exercitável contra o Estado, cujo conteúdo é o interesse processual.

Ao se definir a ação como direito a um pronunciamento do Estado e não o direito à uma sentença favorável como postulou *Wach*, *Enrico Tullio Liebman* cria a teoria eclética tentando adaptar a concepção concreta à concepção abstrata, de forma que só haveria jurisdição se houvesse os requisitos indispensáveis para se alcançar resultados satisfatórios. Segundo *Liebman* a ação consiste no direito a uma sentença de mérito, seja favorável ou não, mas desde que condicionado ao preenchimento de determinados requisitos, denominados por ele de "*condições da ação*".

Diante dessa teoria é importante fixar alguns conceitos correlatos a ela. Como os de lide e de mérito. Para *Carnelutti* a lide consiste no conflito de interesses qualificado pela pretensão de um interessado, à qual se opõe outro interessado. Assim, o fim específico do processo é a composição dessa lide por inteira, ainda que ela não esteja totalmente dentro do processo. Já *Liebman* afasta a idéia de lide extraprocessual, entendendo que, lide é o interesse em conflito existente dentro do processo, de forma que, se o conflito de interesses não entrar para o processo tal como se verificou na vida real, descaberá ao juiz conhecê-lo, pois não constitui objeto do pedido. Afirma, ainda o mesmo autor que o conceito de mérito identifica-se com o de lide.

Para *Liebman* só haveria atividade jurisdicional se o juiz analisasse o mérito, ainda que o julgasse improcedente. No entanto, para se chegar ao mérito deveriam ser preenchidos determinados requisitos aos quais sem estes inexistiria a própria ação. A princípio, esse processualista elencou três condições da ação: *possibilidade jurídica do pedido* (consistente na previsibilidade pelo direito objetivo, da pretensão exarada pelo autor), *interesse de agir* (implicando a necessidade e/ou utilidade da tutela jurisdicional para que o autor obtenha a satisfação do direito alegado) e *legitimidade* (devendo o autor ser um dos titulares da relação substancial posta à apreciação do juiz). Posteriormente, *Liebman* retira do elenco das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido.

É importante frisar que de acordo com as idéias do doutrinador acima a natureza das condições da ação é distinta do mérito da ação. E, se só há jurisdição quando da apreciação do mérito, conclui-se que a atividade que o juiz exerce quando se limita ao exame das condições da ação, não passa de mera atividade administrativa, ou, como a chamou o próprio *Liebman*, de "*joeiramento prévio*". Em conseqüência não havendo verdadeiro exercício de jurisdição, não se fala em

eficácia de coisa julgada material, nem tão pouco da existência da ação, já que esta sempre desencadeia a jurisdição.

É válida a crítica de *Fairén* ao demonstrar que o acolhimento da concepção dessa Doutrina obrigaria a uma duplicação da teoria geral do processo: uma para os processos com ação e outra para os processos sem ação. Continuando a crítica, *J. I. Botelho de Mesquita*, afirma que *"assim como Chiovenda não soube explicar a natureza da atividade do juiz nas hipóteses de ação improcedente, também a doutrina eclética não conseguiu definí-la para os casos da chamada carência de ação. Ainda, ironiza essa teoria ao reconhecer que a mesma acaba por criar uma quarta atividade estatal para explicar a natureza da atividade do juiz ao conhecer e decidir sobre as condições da ação*[5]*."*

Embora procedentes as críticas acerca da teoria eclética, foi essa a Doutrina adotada pelo nosso Código de Processo Civil, consagrando o trinômio (pressupostos processuais – condições da ação – mérito). Andou mal o legislador em seguir deliberadamente uma teoria obsoleta que, à época, já havia sido revista não mais fazendo parte do rol das condições da ação a possibilidade jurídica do pedido. Andaria melhor se tivesse sido adotada sistemática alemã, na qual as condições da ação estão absorvidas pelos pressupostos processuais.

Segundo *Fábio Gomes* tal comprometimento decorreu de três causas fundamentais: 1ª) por ter sido o fundador da escola de direito processual civil brasileira, *Liebman* causou um impacto e uma profunda impressão sobre os discípulos que o cercaram; 2ª) decorrente diretamente da primeira: a liderança intelectual exercida pelos seus discípulos fez com que o espectro de suas idéias atingisse âmbito nacional; com isso, outros grandes processualistas mais jovens formaram-se sob esta influência, e; 3ª) o fato de haver o nosso Código vigente adotado orientação consentânea com o pensamento do fundador da teoria eclética certamente desestimulou uma dissensão maior[6].

Apesar de termos sofrido a influência de *Liebman,* a doutrina aqui adotada não aceitou integralmente a teoria eclética. De maneira que, há jurisdição ainda que haja apenas apreciação das condições da ação. Assim, a ausência de uma condição da ação não implica a inexistência da mesma.

Embora, tenha a nossa doutrina tentado suprir as falhas da teoria eclética, não conseguiu lograr êxito, uma vez que em meu entendimento, continuou distinguindo as condições da ação do mérito.

Malgrado prestigiosas opiniões em contrário, quando o juiz aprecia as condições da ação e reconhece o autor como carecedor de ação ele está nada mais do que admitindo a improcedência manifesta do pedido.

[5] Apud Fábio Gomes, "Carência de Ação", RT, 1999, p. 53.
[6] GOMES, Fábio. Carência de Ação. RT, 1999, p. 45.

Senão, vejamos: o autor ingressa em juízo requerendo licença-prêmio. O juiz julga o autor carecedor de ação, alegando impossibilidade jurídica do pedido, vez que esse benefício é próprio para os servidores estatutários e não celetistas. Ora, não resta dúvida que aqui houve sim a apreciação do mérito, ainda que tenha o juiz julgado o autor como carecedor de ação. Não vejo por que razão, não recair sobre essa decisão os efeitos da coisa julgada material. Não há diferença da decisão que entende o autor como carecedor de ação, daquela que julga ao final improcedente o pedido do autor, por não fazer jus a esse direito.

Outro exemplo, alguém entra com pedido indenizatório, por ter sofrido acidente em virtude do mal conservamento da rodovia, em face do Estado. O juiz extingue o processo alegando carência de ação, por ilegitimidade passiva, vez que sendo rodovia federal o pólo passivo deveria ser integrado não pelo Estado, mas sim pela União. Incontestável, admitir, que ainda neste caso, não houvesse apreciação do mérito. O juiz ao julgar o autor carecedor de ação, entendeu que aquele pedido era manifestamente improcedente, visto que ao Estado não caberia suportar o ônus dessa indenização. Se o pedido era de indenização em face do Estado, e se o juiz negou essa indenização por achar que o autor não teria esse direito frente ao Estado, como entender que não houve apreciação do mérito? Trata-se o caso de improcedência *prima facie*, ou como diria *Marinoni*, improcedência macroscópica.

Podemos, ainda, citar a hipótese de uma pessoa entrar cobrando um crédito ainda não vencido e o juiz se pronunciar pela carência de ação por ausência de interesse de agir. Há aqui também, induvidosamente, apreciação de ponto pertinente ao mérito da causa, pois o juiz apenas concluiu que o pedido do autor era improcedente naquela ocasião, por não possuir ainda o direito ao crédito alegado.

Da mesma forma, entende *Ovídio Baptista*, que quando o juiz extingue um processo pela ausência de uma condição da ação, haveria julgamento do mérito da causa. *"Quando o juiz declara inexistente uma das condições da ação, ele está, em verdade, declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é de mérito"* [7].

A Suprema Corte já se manifestou no mesmo sentido: *"Se a extinção do*

[7] SILVA, Ovídio Batista da. Curso de Processo Civil. RT, 1998, 4ª ed. Vol I, p. 107.

processo se fundar na impossibilidade jurídica do pedido, poderá ser proposta nova ação, porém não a mesma; se a ilegitimidade da parte for ativa ou se faltar interesse processual ao autor, não poderá propor nova ação"[8].

É absurdo admitir que ainda permaneça no nosso ordenamento, a distinção entre as condições da ação e o mérito. A condição da ação no dizer de *Tesheiner*, nada mais é do que a parcela do mérito imune a coisa julgada[9].

Contudo, apesar de se constatar, que o julgamento das condições da ação implica no exame do mérito, a maioria dos doutrinadores entende de forma contrária, afirmando que esta posição encontra-se em absoluto contraste com o direito positivo brasileiro vigente.

O assunto é demasiadamente controverso, surgindo em contrapartida teorias que se pronunciam a respeito. Diferencia as condições da ação do mérito dependendo do momento da apreciação daquelas: para a teoria da apresentação, ainda que a decisão seja aferida só ao final, será carência de ação; já para a teoria da *prospettazione* ou prospectação, se for a final, a sentença neste caso será de mérito.

Ada Pellegrini Grinover discorda da segunda teoria afirmando que: "*Não é possível rotular a mesma circunstância, ora como condição de admissibilidade da ação, ora como mérito, qualificando as decisões de uma ou de outra forma, consoante o momento procedimental em que forem proferidas*"[10].

No mesmo sentido *Rodrigo da Cunha Lima Freire*, observa que o momento procedimental não é idôneo a determinar se a questão decidida diz respeito à condição ou ao mérito da causa, pois, apesar de caber ao juiz verificar as condições da ação antes mesmo da citação do réu, é possível que se decida sobre as mesmas em qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3º)[11].

Na verdade, buscou o legislador brasileiro ao distinguir o mérito da causa e as chamadas condições da ação, atingir o princípio da economia processual, impedindo postulações absurdas, ou de injuridicidade manifesta, levadas a juízo por força de um direito de agir.

Porém, compartilho do entendimento de *Fredie Souza Didier Júnior* ao argumentar que "*se as condições da ação constituem uma medida de economia processual, que medida é essa que despreza o mais elementar antídoto contra a proliferação de demandas judiciais: a coisa julgada material? É evidente que o sistema seria infinitamente melhor se transitasse em julgado (recaísse a coisa julgada material sobre) a sentença que concluiu pela ausência de uma condição da ação, pois de uma maneira geral essa sentença nada mais é do que a improcedência do pedido do autor*". E continua, "*a atuação de princípios de técnica e economia processual se dá de forma enviesada, pois ao condicionar o exercício do direito de ação a aspectos atinentes ao direito material, não o faz de forma a tornar tais decisões definitivas e imutáveis, possibilitando que se discuta em outros processos a mesma questão – quantas vezes quisermos, pois não implica perempção. Que economia é essa?*[12]

Não há sentido em separar as condições da ação do mérito, tendo como objetivo a economia processual. Ademais, não está a sentença que as julga totalmente imune à coisa julgada, conforme ensina *Humberto Theodoro Júnior*, "*se o autor limita-se a repropor a ação da qual fora julgado carente, estará ofendendo a coisa julgada. Não importa que se tenha tal sentença como apenas terminativa, pois o certo é que, qualquer que seja a natureza do julgamento, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas*"[13].

O legislador peca ao adotar técnicas processuais a fim de distinguir o mérito das condições, determinando que a sentença que julgar as condições seja processual, pois a natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida pelo seu conteúdo, e não pela mera qualificação ou *nomen juris* atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou mesmo no dispositivo. Assim, não há que se ter tratamento diverso quanto à produção de coisa julgada material, ainda que se tenha terminologia distinta, pois o resultado é idêntico.

Não há, por conseguinte, base que sustente que as condições da ação sejam totalmente distintas do mérito da causa, e nem tão pouco explicação razoável para não incidir sobre a sentença que examina os efeitos da coisa julgada.

Embora seja essa a conclusão mais acertada, a doutrina majoritária ainda não a admite. Porém, pode-se afirmar que mais cedo ou mais tarde a tendência é de prevalecer o entendimento de que as condições da ação não é matéria estranha ao mérito de forma a inibir o efeito da coisa julgada material.

Corroborando esse entendimento, cita-se a nova Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, que modificou o § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, demonstrando que a visão da nova ordem processual, já começa a admitir o entrelaçamento das condições da ação e do mérito. Prescreve a citada lei que: "*Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.*".

[8] RE, nº 101.120, j. 4.9.84, relator Ministro Rafael Mayer, v.u., RTJ, 111/782.
[9] TESHEINER, José Maria. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. RT, 2002, p.32.
[10] Apud, José Maria Tesheiner. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. RT, 2002, p. 18.
[11] Ob.cit. p. 61.
[12] "Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto", item 5 e 12.
[13] Apud Rodrigo da Cunha Lima Freire, ob. cit. p. 102.

Ora, entendimento diverso ao explanado acabaria por induzir que a lei acima estaria eivada de inconstitucionalidade, vez que ao admitir a apreciação de matéria pelo órgão *ad quem* que não foi apreciada pelo órgão *a quo*, estaria suprimindo um grau de jurisdição. Vê-se, assim, que já começa a ser aceita a tese de que ao se apreciar as condições da ação aprecia-se, também, o mérito da causa.

BIBLIOGRAFIA

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Ed. Saraiva, 14ª edição, 1989. v.1.

ASSIS, Araken de. Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo. Ed. RT, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. Malheiros Editores, 13ª edição, 1997.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Um Réquiem às Condições da Ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. Página da internet http://secure.extendnet.com.forense.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. "Condições da Ação". Ed. RT, 2ª edição, 2001.

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Ed. Forense, 2001.

GOMES, Fábio. Carência de Ação. RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. Ed. RT, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor. Ed. RT, 3ª edição, 1997.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. Direito Processual Civil. Ed. Jurídica IEPC, 5ª edição, 1997.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. Ed. Saraiva, 5ª edição, 1997. v. 1.

TESHEINER, José Maria. Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil. RT, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Ed. Forense, 22ª edição, 1997. v.1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A Causa *Petendi* no Processo Civil. Ed.RT, 2ª edição, 2001.

ABSTRACT: This paper shows the relation between the process and the material law, between conditions of action and the final decision. The conclusion shows that the Brazilian law is beggining to accept and make a difference between condictions of action and final decision.

KEY WORLDS: Conditions of action; final decision; process.

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO LIVRO ELETRÔNICO

Rogério Antonio Rezende*

RESUMO: O presente texto objetivou verificar se a imunidade prevista constitucionalmente no art. 150, VI, "d", tem alcance aos veículos de transmissão de conhecimento em mídia digital, tal qual, o livro eletrônico veiculado em disquetes, CD-ROM, DVD, e similares. Destacou-se, que existe, basicamente, dois posicionamentos divergentes: o que entende estar o livro eletrônico excluído da vantagem tributária garantida pela Constituição e o entendimento que reconhece a extensão da imunidade também a esses livros magnéticos.

PALAVRAS-CHAVE: 1. *software* 2. imunidade 3. livro eletrônico 4. difusão da cultura.

1. INTRODUÇÃO

O problema proposto é o de realizar uma análise sobre a questão da imunidade tributária do livro eletrônico à luz do art. 150, VI, "d" da Constituição Federal de 1988. Esta imunidade não contemplou expressamente as *novas formas* de transmitir informação decorrente do avanço tecnológico.

Notamos que não há uma previsão jurídica enunciada na disposição constitucional em relação aos novos veículos de armazenamento e reprodução de textos, ou seja, através do clássico disquete, *CD-ROM*, *DVD*, *HD* do computador e similares. Daí surge a questão se a imunidade do livro, jornal, periódico e o papel destinado a sua impressão, seria também aplicável aos novos veículos de difusão de conhecimento, assim como ao livro eletrônico.

O problema se torna mais visível quando nos remetemos à controvérsia acerca da regra imunizante do livro. Alguns doutrinadores e procuradores da fa-

* Bacharel em Direito pela UFG – Extensão cidade de Goiás.

zenda argumentam que essa interpretação deve ser restritiva, razão pela qual se o livro, o jornal ou o periódico não forem de papel, não gozam da imunidade. Outros entendem que a interpretação há de ser extensiva também ao livro, jornal e periódico eletrônico, pois o que importa é a finalidade da norma. Neste último método de interpretação é que se filiam Roque Antonio Carrazza e Hugo de Brito Machado, dentre outros.

No atual estágio tecnológico em que se encontra a sociedade brasileira, não é difícil perceber a necessidade do estudo da tributação dos novos veículos de transmitir informação, visto que nem sempre a lei consegue acompanhar a evolução da ciência.

O estudo da imunidade tributária do livro eletrônico é relevante, pois a possibilidade de incidência de impostos no livro eletrônico oneraria o custo do acesso à informação, podendo constituir-se em mais um óbice de acesso ao ensino, à educação, à disseminação da cultura, à livre manifestação do pensamento, mormente quando se nota a tendência de informatização crescente e substituição contínua dos meios convencionais de transmissão de informação, como o livro de capa dura, palpável e que repousa, real, sobre a cabeceira da cama ou nas estantes das bibliotecas.

Neste cenário tecnológico a ciência acena com a factibilidade de gozar de todo o acesso da biblioteca nacional, utilizando-se a técnica do *bit*, *mídia digital*, onde a mensagem é desatrelada do meio físico passando a ter vida própria, independente de estar superposta a átomos, a mensagem em si passa a ter um valor próprio, independente dos átomos do seu meio físico.

2. A ACEPÇÃO DA PALAVRA LIVRO PARA FINS DE IMUNIDADE

Livro, na acepção corriqueira, é "a reunião de folhas ou cadernos, soltos, cosidos ou por qualquer outra forma presos por um dos lados, e enfeixados ou montados em capa flexível ou rígida"[1] ou "reunião de cadernos cosidos entre si, manuscritos, impressos, obra literária, livro da natureza, livro de amostras etc."[2] Livro, na acepção moderna, abrange também aqueles escritos em mídia digital.

Segundo Carrazza é inquestionável que livro seja "um objeto elaborado com papel, que contém, em várias páginas encadernadas, informações, narrações, comentários etc., impressos por meio de caracteres".[3]

[1] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI*, verbete: livro.
[2] AULETE, Caudas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, verbete: livro.
[3] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito constitucional tributário*, p. 525-526.

Já Ichihara defende que:

> "Não importa o tamanho, o formato, o acabamento, se encadernado ou brochurado, manuscrito, datilografado ou impresso, a verdade é que o livro é veículo de informações acadêmicas, culturais, técnicas etc.
> Assim, os livros utilizados na educação em geral, para implementar o conceito de educação previsto no art. 205 da CF/88, os livros literários, os livros técnicos de engenharia, contabilidade, direito etc., sobre religiões, para desenvolvimento espiritual, de culinária e outros, todos se enquadram no conceito de livro utilizado pelo legislador constituinte".[4]

O conceito de livro está atrelado ao de veículo de informação. Não importam as características técnicas do livro, tamanho, se impresso ou digitalizado, o que importa é se é um veículo de informação.

É notável o parecer de Carrazza ao defender:

> "Não resta dúvida, no entanto, devem ser equiparados ao livro, para fins de *imunidade*, os *veículos de idéias*, que hoje lhe fazem as vezes (*livros eletrônicos*) ou, até, o substituem. Tal é o caso – desde que didáticos ou científicos – dos discos, dos disquetes de computador, dos *CD-Roms*, dos *slides*, dos videocassetes, dos filmes etc.
> (...)
> ... o que é livro para fins de imunidade tributária. Basta que consideremos *livros*, o veículo, isto é, o *meio* de difusão do pensamento e da cultura.
> (...)
> É livro, pois, para fins de imunidade, qualquer objeto que transmita conhecimentos (idéias, informações, comentários, narrações reais ou fictícias etc.), pouco importando se isto se faz por caracteres alfabéticos, por imagens, por sons, por signos *Braille*, por impulsos magnéticos etc".[5]

Livro para fins de imunidade, é aquele veículo de informação, não importando de que material é feito, podendo ser em *DVD*, *braille*, ou impresso em papel. Para corroborar essa interpretação, o art. 220 da CF/88, dispõe: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição ..."

[4] ICHIHARA, Yoshiaki. *Imunidades tributárias*, p. 289.
[5] CARRAZZA, Roque Antonio.*Curso de Direito Constitucional Tributário*, *passim*.

O entendimento de Vespero é contrário ao de Roque Antonio Carrazza ao escrever:

> "Livro é vocábulo gênero, que vem a ser toda edição comercial de obra literária, científica, artística, musical, técnica ou pedagógica, gravada ou impressa em reunião de folhas em cadernos, destinados à leitura. Em conseqüência, não se enquadra ao conceito de 'livro', para fins da imunidade tributária em exame, encadernação que contenha apenas folhas em branco ou apenas folhas pautadas ou riscadas para escrituração ou anotação, pois não servem para leitura. Do mesmo modo, um disco, por não ser lido mas apenas ouvido, não é livro. A impressão para leitura é elemento fundamental para o conceito de livro, para efeito de imunidade tributária. Os suportes papel e escrita são fundamentais na previsão constitucional (papel destinado a impressão do livro). Outros instrumentos que possam ter o mesmo conteúdo e a mesma finalidade do livro na divulgação de idéias, difusão da cultura e de conhecimentos e informações v.g., filme cinematográfico, peça teatral, discos, disquetes, CD-Rom etc., não são livros. Os suportes são diferentes".[6]

A autora, utilizando-se da interpretação literal, considera livro uma mercadoria e não um veículo de transmissão de conhecimento. Para ela, só é livro quando impresso em papel. É restrita ao que o legislador escreveu na Carta Maior.

O interesse da fiscalidade é defendido com argumentação coerente, no entanto, sem sustentação, pois, livro é veículo transmissor de conhecimento. Não importa se esse conhecimento é veiculado em *CD-ROM*, filme cinematográfico ou em peça teatral. O Estado, na busca de recursos para fechar suas contas, tributando o livro eletrônico não estará observando a norma do art. 218 da CF/88, que diz: "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica."

Logo, livro é um veículo que tem como fim a difusão do pensamento. É aquilo que tem palavras e passa informação.

[6] VESPERO, Regina Celi Pedrotti. *A imunidade tributária do artigo 150, VI, "d" da Constituição Federal e o denominado livro eletrônico (CD-ROM, DVD disquete etc.)*, http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistapge/revista 53/imunidade.htm.

3. INTERPRETAÇÃO DA NORMA IMUNIZANTE DO ARTIGO 150, VI, "D" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 5 DE OUTUBRO DE 1988.

Preceitua o art. 150, VI, "d" da CF/88:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> (...)
> VI – instituir impostos sobre:
> (...)
> d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

3.1. Interpretação da norma de imunidade tributária

"A *interpretação* é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade fazê-la indicar em um caso concreto."[7] É entendida como atividade intelectual que se desenvolve à luz de princípios hermenêuticos, com a finalidade de declarar o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas.[8]

É a posição de Barroso quanto aos tipos de métodos de interpretação das regras constitucionais:

> "A interpretação em geral, e, *ipso facto*, a interpretação constitucional, poderá ser, quanto à sua *origem*, legislativa, administrativa e judicial. Alguns autores acrescentam a interpretação doutrinária, merecendo ainda referência a possibilidade de uma interpretação constitucional autêntica. Quanto ao *resultado* ou à *extensão*, ela poderá ser declaratória, extensiva ou restritiva. E quanto aos *métodos*, ou mais propriamente, quanto aos *elementos* de interpretação, ela será gramática, histórica, sistemática e teleológica".[9]

Se utilizarmos o *elemento histórico*, considerando ser o livro eletrônico a

[7] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p.103.

[8] Cf. VESPERO, Regina Celi Pedrotti. *A imunidade tributária do artigo 150, VI, "d" da Constituição Federal e o denominado livro eletrônico (CD-ROM, DVD disquete etc.)*, http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistapge/revista 53/imunidade.htm.

[9] Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 116.

mais moderna forma de livro, inexistente ao tempo da promulgação da Constituição, ou pelo menos de existência ainda não significativa àquela época, e que fatalmente substituirá a versão de papel, inevitavelmente concluímos estar ele também abrangido pela imunidade.

Guiados pelo *elemento sistêmico*, verificamos que a regra imunizante deve estar em sintonia com as demais normas da Constituição, especialmente com aquelas que consagram os direitos e garantias fundamentais, vetores da interpretação de qualquer norma de nosso ordenamento. E, assim, inevitável será a conclusão de que a interpretação abrangente da norma imunizante é a única forma de preservar tais garantias fundamentais.

Utilizando o *elemento teleológico*, atentando para a finalidade da norma imunizante, "concluímos que esta deve abranger inclusive outros meios de difusão do pensamento, e não apenas o livro eletrônico, sob pena de ser tal norma amesquinhada por uma forma de esclerose precoce que em breve a invalidará".[10]

Portanto, mesmo utilizando a *hermenêutica tradicional* para interpretar a Carta Magna, vê-se que apenas o *elemento literal*, responsável, sabemos todos, por verdadeiros absurdos quando utilizado isoladamente, nos orienta no sentido de considerar imune apenas o livro, jornal e periódico de papel.

Nesse sentido escreve Machado:

> "Diante de freqüentes mudanças na realidade, a norma constitucional começa a ter a cada dia menor utilidade, se imobilizada por uma interpretação literal, e rapidamente se fará necessária sua reforma, abrindo-se oportunidade para modificações indesejadas na norma constitucional, com um conseqüente prejuízo para a segurança jurídica.
>
> Por outro lado, se é certo que não devemos interpretar a norma constitucional segundo os métodos da hermenêutica tradicional, induvidoso é que não se pode admitir a prevalência do método, ou elemento literal, sabidamente de franciscana pobreza, e por isto mesmo insuficiente, mesmo para a interpretação das normas infra constitucionais.
>
> E, na verdade só através de uma interpretação literal se pode conceber a limitação da imunidade do art. 150, VI, "d", aos livros de papel. Os elementos histórico, sistêmico e teleológico, cada um e todos conduzem ao resultado oposto".[11]

[10] Cf. Hugo de Brito MACHADO, *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.
[11] MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.

Com efeito, em ordenamentos como o brasileiro, erguidos a partir de uma Constituição rígida, papel ainda mais importante adquire a interpretação constitucional.

De todo modo, mesmo sem apelar para outros aspectos da doutrina do moderno constitucionalismo, a razão parece estar com Melo Franco, segundo o qual a técnica de interpretação constitucional é predominantemente finalística, isto é, tem em vista extrair do texto aquela aplicação que mais se coadune com a eficácia social da lei constitucional. Esta interpretação construtiva permite, em determinadas circunstâncias, verdadeiras revisões do texto, sem que seja alterada a sua forma.[12]

No mesmo sentido não se pode olvidar o ensinamento de Maximiliano, que assim expõe:

> "Aplicar-se-á exegese constitucional ao processo sistemático de hermenêutica, e também o teleológico, assegurando ao último a preponderância. Nesse terreno consideram-se ainda de alta valia a jurisprudência, sobretudo da Corte Suprema, os precedentes parlamentares; os fatores sociais e a apreciação do resultado".[13]

Logo, a interpretação deve buscar "novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição".[14] Deve-se, através da teleologia, buscar o fim da norma Constitucional, para que garanta a liberdade dos direitos fundamentais, a liberdade de opinião, na forma do art. 215 da CF/88 que diz: "O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valoração e a difusão das manifestações culturais."

3.2. Interpretação histórica da imunidade do livro

Segundo Barroso, na interpretação histórica, "Interpreta na norma não apenas o seu conteúdo aparente, mas todo o substrato de valores históricos, políticos e ideológicos".[15]

[12] MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Direito Constitucional, teoria constitucional, as Constituições o e Brasil*, p. 116.
[13] MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 370-371.
[14] Cf. HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*, p. 48.
[15] Cf. BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 133.

É notável o parecer de Machado no texto em que interpreta o livro visando a seu fim em varias épocas históricas. Escreve:

> "... é conveniente olharmos para trás, a fim de visualizar o livro no decorrer dos tempos. Constataremos o que nunca se alterou, sendo, assim, essencial, e o que, com o passar dos anos, foi modificado, sendo, portanto, acidental.
> Inicialmente, escrevíamos, ou melhor, desenhávamos nas paredes de cavernas enormes animais com flechas atravessadas simbolizavam uma caçada proveitosa.
> Desenhos, todavia, não eram suficientes para representar todas as situações, além de ocuparem muito espaço. Surgiu, então, a escrita. Não se sabe ao certo se a escrita surgiu primeiro no Egito antigo ou na Mesopotâmia. O que nos interessa é que se escrevia em tábuas de argila.
> Tábuas de argila eram pesadas, e também volumosas. Este estudo, se escrito naquele suporte físico, poderia estar pesando dezenas de quilos. Surgiram, assim, outros suportes físicos para o livro: papiro, pergaminho, papel, etc.
> Até a Idade Média, os livros eram manuscritos. Após Gutenberg, passaram a ser impressos. Com o tempo, os livros passaram a ser como hoje ainda são por nós conhecidos.
> Assim a mesma história que foi contada por meio dos desenhos nas paredes de uma caverna hoje pode ser contada por meio de um CD-ROM, que, muito em breve, será substituído por um outro meio mais eficiente e prático". [16]

Os rolos de pergaminho certamente eram muito melhores que as tábuas de argila. Os livros de papel tradicionais certamente são muito mais fáceis de se consultar e guardar que aqueles rolos de pergaminhos. O livro eletrônico, obviamente, é muito melhor de se consultar e guardar que o livro tradicional, e seria incompreensível se não fosse assim.

Sobre o tema, o Professor Carrazza proferiu extraordinário parecer, do qual transcrevemos o seguinte trecho:

> "O papel, apenas, foi, por largo tempo, o suporte material por excelência do livro, no sentido considerado pela Constituição, para fins de imunidade: veículo de transmissão de idéias. Inventado pelos chineses e trazido para a Europa nos fins da Idade Média, o papel, sendo muito mais barato, veio a substituir, com vantagens, o papiro, dos antigos egípcios. Mas, ninguém em sã consciência sustentará – mesmo nos dias que ora correm – que um papiro, contendo idéias, não é um livro.
> Muito bem, com a evolução dos tempos, surgiram outros suportes materiais para o livro. Hoje temos livros informatizados. Mas, sempre livros, isto é, veículos de transmissão de idéias e, nesta medida, amparados pela imunidade do art. 150, V, "d", da CF". [17]

[16] MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.

Logo, no decorrer de todos os períodos históricos do livro, é evidente que ficou intacta a transmissão do conhecimento. Mudou várias vezes a forma, passando por desenhos nas cavernas, escrita cuneiforme nas telhas, pergaminhos, livro de papel para livro eletrônico. Em todos esses veículos permaneceu a essência – difusão do pensamento. Nesse sentido, a Constituição Democrática Brasileira de 1988 protege a manifestação do pensamento no art. 220. "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição."

3.3. Interpretação restritiva da imunidade do livro

Fuhrer diz que a interpretação restritiva ocorre "quando se procura conter o texto, de modo estrito, para que não alcance outras situações".[18] Então, "há certo consenso de que se interpretam restritivamente as normas que instituem as regras gerais, as que estabelecem benefícios, as punitivas em geral e as de natureza fiscal".[19]

Saraiva Filho, ilustre Consultor da União e Procurador da Fazenda Nacional, em estudo de primorosa feitura e com boa argumentação, sustenta que "a extensão, para conferir imunidade aos veículos de topo da atual tecnologia, representaria uma integração analógica, que não é apropriada à espécie."[20] Para ele:

> "A imunidade tributária do art. 150, VI, 'd', da Constituição Federal, de 1988, não alcança os chamados 'livros, jornais e periódicos eletrônicos',

[17] CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional tributário*, p. 535.
[18] FUHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de Direito Tributário*, p. 40.
[19] Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 121-122.

produtos da mídia eletrônica, tendo como suporte o CD-ROM, disquetes ou mesmo o disco rígido do computador. Tal imunidade só ampara o livro, jornal e demais periódicos da mídia escrita tipográfica, tendo, portanto, como suporte o papel".

Em outra ocasião, afirma:

> "Talvez o constituinte não tenha pretendido estender a imunidade do livro, jornal e periódico e do papel destinado a sua impressão para o CD-ROM e o disquete com programas, as fitas cassetes gravadas, etc., pelo fato de julgar que esses modernos meios de divulgação da moderna tecnologia não requeressem tal benefício, pelo fato de serem, em regra, consumidos apenas, por pessoas de melhor poder aquisitivo, olvidando a conveniência da extensão da imunidade, em comento, para a difusão destes novos meios de veiculação de idéias, conhecimento e informação".[21]

No mesmo sentido afirma Torres que, "não guardando semelhança o texto do livro e o hipertexto das redes de informática, descabe projetar para este a imunidade que protege aquele."[22] Para ele:

> "Não se pode, conseqüentemente, comprometer o futuro da fiscalidade, fechando-se a possibilidade de incidências tributárias pela extrapolação da vedação constitucional para os produtos da cultura eletrônica.
> (...)
> Quando foi promulgada a Constituição de 1988, a tecnologia já estava suficientemente desenvolvida para que o constituinte, se o desejasse, definisse a não incidência sobre a nova mídia eletrônica. Se não o fez é que, a contrário sensu, preferiu restringir a imunidade aos produtos impressos em papel".[23]

Defendem esses autores à tributação do livro em mídia digital, visto que, se o legislador quisesse dar imunidade à outro insumo além do papel teria dado, pois, na época que o constituinte de 1988 estava elaborando o projeto da Nova Constituição Democrática, já existia a tecnologia.

[20] SARAIVA FILHO, Oswalto Othon de Pontes. *Os CD-Roms e disquetes com programas gravados são imunes?*, p.36.
[21] SARAIVA FILHO, Oswalto Othon de Pontes. *Os CD-Roms e disquetes com programas gravados são imunes?*, p.36-37.
[22] TORRES, Ricardo Lobo. *Imunidade Tributária nos produtos de informática*, p. 95.
[23] TORRES, Ricardo Lobo. *Imunidade Tributária nos produtos de informática*, p. 98-99.

É inegável que existia a tecnologia em 1988, só que, não da forma como temos hoje.

Outra autora que corrobora com o pensamento de Saraiva Filho é a procuradora da fazenda do Estado de São Paulo Regina Celi Pedrotti Vespero, que afirma, na conclusão do seu ensaio: "A imunidade tributária do artigo 150, VI, "d" da Constituição Federal e o denominado Livro Eletrônico (CD-ROM, DVD, Disquete etc.), que "a regra de imunidade prevista no artigo 150, VI, 'd' da Constituição Federal de 1988 não alcança os denominados livros eletrônicos, CD-ROMs, DVDs, disquetes etc."[24]

Vespero, na sua obra citada, apesar do alto poder de persuasão, não consegue convencer, visto que, confunde os produtos da informática com aqueles destinados a armazenar conteúdo de um livro.

Outro autor que parece corroborar com as idéias acima é Silva, quando diz:

> "As imunidades configuram privilégios de natureza constitucional e não podem estender-se além das hipóteses expressamente previstas na Constituição, em seu art. 150 VI, veda à União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituir impostos sobre: (...) (d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão".[25]

Em recente estudo, Saraiva Filho afirma ser:

> Sensível aos argumentos de que a tendência é a disseminação cada vez maior do uso dos veículos de multimídia, de modo que eles, cada vez mais, convivem com os nossos tradicionais livros, jornais e periódicos, podendo mesmo chegar ao ponto de substituir, completamente, as funções dos livros, jornais e periódicos amparados pela norma constitucional do art. 150, VI, 'd', mas aí haverá, certamente, emenda constitucional adequada com o fito de conservar a liberdade de expressão de pensamento e da transmissão de cultura e informação, sem a influência política.[26]

O autor propõe que, se admitida a interpretação análoga a regra imunizante em relação ao livro eletrônico que seja feito através de emenda constitucional.

[24] VESPERO, Regina Celi Pedrotti. *A imunidade tributária do artigo 150, VI, "d" da Constituição Federal e o denominado livro eletrônico (CD-ROM, DVD disquete etc.)*, http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistapge/revista 53/imunidade.htm.
[25] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 699.

Entretanto, é claro que o *CD-ROM* virgem destinado à empresa que trabalhe com *software* de entretenimento, deve ser tributada. Agora, generalizar a regra é um absurdo. Defendemos a imunidade do insumo *CD-ROM* enquanto destinado ao armazenamento de livros, trabalhos científicos, enquanto veículo transmissor de informação e cultura.

Logo, "o brilhantismo de seus defensores, as teses restritivas da imunidade do livro, além de carregadas, data máxima vênia, de inescondível conteúdo autoritário, consubstanciam equívocos e são por isto mesmo insubsistentes."[27]

3.4. Análises das Teses Restritivas

Equivocam-se os que afirmam que o livro eletrônico, por ser utilizado por aqueles que possuem elevada *capacidade contributiva*, não está a merecer a imunidade tributária. A imunidade em tela é geral, diz respeito a todo e qualquer imposto, e não tem por finalidade apenas reduzir os custos dos bens imunes, como pode à primeira vista parecer. Ela tem por fim proteger esses bens contra todo e qualquer imposto porque o imposto pode ser instrumento de inviabilização do instrumento.

Improcede, outrossim, a tese que nega a possibilidade de *integração analógica*. Pelo contrário, a integração analógica é indispensável à efetividade da Constituição, e de sua supremacia sobre as demais normas do ordenamento, inclusive aquelas que instituem os impostos. Na tarefa de fazer efetiva a Constituição tem-se de considerar aquelas lacunas que Hugo de Brito Machado citando Engish "qualifica como verdadeiras, e cujo não preenchimento conduz a um momento de incongruência no sistema".[28]

Ademais, como vimos, o livro eletrônico é a mais moderna forma de livro. Dessa forma, por encaixar-se no conceito de livro, não configura analogia conceder-lhe o benefício da imunidade.

Saraiva Filho, defensor de tese restritiva da norma imunizante, em outra ocasião, ao escrever sobre a possibilidade de incidência da Cofins sobre operações com imóveis, manifestou opinião defendendo a mutabilidade dos conceitos.

No seu entendimento:

[26] SARAIVA FILHO, Oswalto Othon de Pontes. *A não-extensão da imunidade aos chamados livros, jornais e periódicos eletrônicos*, p.138.
[27] MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.
[28] MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.

> "Hodiernamente, diante do surgimento das mega-metrópoles e da renovação da indústria da construção civil, os conceitos jurídicos se modificaram, de modo que as operações sobre imóveis não podem mais ser excluídas do regime jurídico dos atos do comércio...".[29]

Afirma ainda o ilustre procurador que os artigos 194 e 195 da CF/88 "demonstram o escopo do constituinte de que toda a sociedade financie a Seguridade Social, inclusive com as contribuições dos empregadores sobre o faturamento."[30] Como visto, o tributarista utiliza a interpretação histórico-evolutiva e a teleológica no escopo de ampliar o âmbito de incidência à norma tributária. Nada obstante, de forma incoerente e nada isonômica, assevera agora não serem adequados os mesmos métodos de exegese para consagrar princípios constitucionais como o da liberdade de expressão e do pensamento, abrigando o livro eletrônico na imunidade concedida pelo art. 150, VI, da CF/88.

Tomados os cuidados que devem ser dados às comparações, podemos afirmar que tal tese é tão absurda quanto a de se interpretar a norma penal extensivamente apenas quando esta prejudique o réu.

Com efeito, a Constituição consagrou princípios fundamentais, e.g., o *princípio da isonomia*, que devem orientar a exegese das demais normas do ordenamento, sob pena de violação da supremacia constitucional. Não se concebe, portanto, que se interprete extensivamente em certas situações, para que o tributo seja devido, e restritivamente em outras, amesquinhando o sentido do comando Constitucional, para estiolar uma imunidade.

Nesse sentindo, Machado expõe com objetividade esclarecedora:

> "Negar essa imunidade é negar a supremacia constitucional, que não pode ser limitada pelo literalismo hermenêutico, expressão de ultrapassado e canhestro formalismo jurídico. Tem-se de considerar o elemento teleológico, ou finalístico, que nos indica ser a imunidade em questão destinada a impedir funcione o tributo como instrumento contra a liberdade de expressão e de informação, de transmissão de idéias e de disseminação cultural. Inadmissível interpretação que impede a realização do princípio essencial albergado pela norma imunizante, tolhendo sua função por uma forma de esclerose precoce, que se não harmoniza com o moderno constitucionalismo no qual

[29] SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Cofins nas operações sobre imóveis*, p. 63.
[30] SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Cofins nas operações sobre imóveis*, p. 66.

> se tem preconizado métodos específicos para a interpretação de normas da Constituição, em homenagem à sua supremacia no ordenamento jurídico".[31]

A preocupação fiscalista não justifica, de nenhum modo, que se abra mão dos instrumentos de proteção da liberdade de expressão, contra os ímpetos, cada vez maiores, do poder tributário, até porque não faltarão ao Estado meios de suprir suas necessidades financeiras, e certamente poderá fazê-lo, sem o sacrifício da liberdade de comunicação e de expressão.

Não são todos os produtos de informática que estão albergados pela imunidade. Os meios eletrônicos, como o nome está a dizer, são meios. Defende-se a imunidade do livro, seja qual for o meio em que esteja sendo veiculado. Não tem qualquer consistência, portanto, o argumento de que "a extrapolação da imunidade da cultura tipográfica para a cultura eletrônica significará deixar de fora da tributação todos os produtos e serviços relacionados com os computadores..."[32]

É a tese de Machado:

> ... "produtos e serviços relacionados com os computadores poderão ter o mesmo tratamento tributário daqueles produtos e serviços convencionais. Do mesmo modo, livros, jornais e periódicos relacionados com computadores terão o mesmo tratamento tributário dos convencionais: a imunidade".[33]

Admitir o tributo sobre os instrumentos de comunicação e de expressão do pensamento é abrir caminho ao Estado autoritário, tal como admitir a censura. A tese de defesa da fiscalidade, como a da defesa da moralidade, podem ser sedutoras sob certos aspectos, mas no fundo escondem inaceitável proteção do autoritarismo.

O argumento de que o livro eletrônico é *hipertexto*, que difere do texto do livro impresso em papel, é, também, improcedente. É natural que o modo como é organizado o texto do livro eletrônico é diferente a fim de aproveitar as potencialidades do novo meio.

[31] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, p. 240.
[32] Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Imunidade tributária nos produtos de informática*, p. 89.
[33] MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.

Segundo Machado:

> O livro cosido, "encadernado", dividido em páginas numeradas, facilitou demais a pesquisa. Para quem estudava através de rolos de pergaminho, encontrar o texto desejado por meio de um índice, que indica a página, foi avanço incrível, mas que não descaracterizou o seu conteúdo: o livro.[34]

O hipertexto, assim, é a vantagem proporcionada pelos meios eletrônicos. O texto pode ser encontrado com maior rapidez e os temas relacionados podem ser obtidos através de um *clique de mouse*.

Pretender que o livro eletrônico não goze de imunidade pelo fato de não sofrer as limitações do livro de papel é inconcebível. É evidente que o homem, durante todo o curso da história, modificou o suporte físico do livro visando melhorá-lo.

Por outro lado, é certo que o constituinte de 1988 teve oportunidade de adotar redação expressamente mais abrangente para a norma imunizante, e não o fez. Isto, porém, não quer dizer que o intérprete da Constituição não possa adotar, para a mesma norma, a interpretação mais adequada, tendo em vista a realidade de hoje. Realidade que já não é aquela vivida pelo constituinte, pois nos últimos dez anos a evolução da tecnologia, no setor de informática, tem sido simplesmente impressionante. Se em 1988 não se tinha motivos para acreditar na rápida substituição do livro convencional pelos instrumentos e meios magnéticos, hoje tal substituição mostra-se já evidente, embora o livro tradicional ainda não tenha perdido sua notável importância.[35]

Logo, diante da inexorável tendência de substituição da cultura tipográfica, pela cultura eletrônica, ou se entende a imunidade em sentido abrangente desta última, ou se deixa estiolar a norma imunizante, que em breve restará inútil para a proteção dos valores mais caros da humanidade.

3.5. Interpretação extensiva da imunidade do livro

A interpretação extensiva é aquela em que o hermeneuta "procura ampliar o sentido da lei, para abranger casos semelhantes."[36] Assim, "comportam inter-

[34] MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html
[35] MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.
[36] Cf. Maximilianus Cláudio Américo FUHRER, *Resumo de Direito Tributário*, p. 40.

pretação extensiva as normas que asseguram direitos, estabelecem garantias e fixam prazos."[37] Através dessa interpretação reconhecerá a extensão da imunidade também "a esses livros magnéticos e os respectivos suportes (veículos) para este fim, ou seja, as fitas magnéticas, os disquetes, os CD-ROMs que venha a servir para confecção de livros eletrônicos."[38]

Roque Antonio Carrazza e Hugo de Brito Machado, como grande parte dos juristas, afirmam que a finalidade intentada pela regra da imunidade prevista no artigo 150, VI, "d" da Constituição Federal é, em síntese, a preservação da liberdade de expressão intelectual, científica, artística e de manifestação do pensamento. Asseveram que o preceito constitucional previsto no artigo 150, VI, "d" deve sofrer interpretação teleológica, onde o sentido e o alcance da norma estariam diretamente relacionados com a sua finalidade, qual seja, a proteção aos mencionados princípios.

Assegura-se que as imunidades devem ser interpretadas extensivamente, de forma a garantir os direitos da liberdade e o acesso ao conhecimento. Desta forma, é notável o parecer de Carrazza quanto escreve:

> "Segundo estamos convencido, a palavra *livros* está empregada no Texto Constitucional não no sentido restrito de conjuntos de folhas de papel impressas, encadernadas e com capa, mas, sim, no de *veículo do pensamento*, isto é, de *meios de difusão da cultura*. Já não estamos na Idade Média, quando a cultura só podia ser difundida por intermédio de livros. Nem nos albores do Renascimento, na chamada era de *Gutenberg*, quando os livros eram impressos, tendo por base material o papel. Hoje temos os *sucedâneos dos livros*, que, mais dia menos dia, acabarão por substituí-los totalmente. Tal é o caso dos *CD-Roms* e dos demais artigos da espécie, que contém, em seu interior, os textos dos livros, em sua forma tradicional
> (...)
> Só para darmos um exemplo, um livro convencional e um disquete de computador que contenha o seu texto operam o mesmo efeito: divulgar conhecimentos. Devem, pois, receber o mesmo tratamento fiscal". [39]

Para o autor, livro enquanto veículo de informação, difusão de conhecimento, tanto impresso quanto eletrônico, deve ser beneficiado pela imunidade do art. 150, VI, "d" da CF/88.

[37] Cf. Luís Roberto BARROSO, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 122.
[38] Luciano MARINHO FILHO, *A controvertida Imunidade dos livros eletrônicos*, p.48.
[39] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional tributário*, p. 526/528.

Carrazza acrescenta:

> ... "não só o livro, o jornal e o periódico convencionais são imunes a impostos, como, também, os objetos que lhes fazem as vezes. Deveras, a Constituição, como vimos, quando alude aos livros, jornais, periódicos, está se referindo aos meios idôneos de captação e transmissão do pensamento, pouco importando quais sejam seus suportes materiais (papel, celulóide, plástico, metal etc.)".[40]

Logo, se o livro eletrônico transmite conhecimento, informação, é merecedor da imunidade.

3.6. Interpretação teleológica da imunidade do livro

Na interpretação teleológica, segundo Barroso, as normas devem:

> ... "ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito.
> (...)
> 'Desde que os fins sejam legítimos; desde que se situem no âmbito e nos objetivos da Constituição, todos os meios que sejam apropriados e se ajustem plenamente a tais fins, que não sejam proibidos e sejam coerentes com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais".[41]

O que vale é a finalidade da norma. O valor ou bem jurídico deve ser guardado. Deve ser respeitado o espírito da Constituição.

Carrazza afirma que:

> São os fins a que se destinam os livros e equivalentes – e, não, sua forma – que os tornam imunes a impostos. Livros, na acepção da alínea d, do inc. VI, do art. 150, da CF, são os veículos do pensamento, vale dizer, os que se prestam para difundir idéias, informações, conhecimentos, etc. Pouco im-

[40] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional tributário*, p.528.
[41] BARROSO,Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 137.

> portam o suporte material de tais veículos (papel, celulóide, plástico, etc.) e a forma de transmissão (caracteres alfabéticos, signos Braille, impulsos magnéticos, etc.).[42]

Segundo essa linha de pensamento, não é necessária qualquer alteração na norma constitucional para que se reconheça a imunidade tributária do livro eletrônico. Tem que observar a finalidade da norma. Com efeito, as normas que estabelecem a imunidade são normas constitucionais.

O autor Machado perfila-se a essa mesma corrente quando afirma:

> ... "a imunidade alcança todas as operações, tanto com os disquetes virgens como os conteúdos destes. Os disquetes virgens equivalem, para todos os efeitos, ao papel destinado à impressão dos livros, jornais e periódicos. Os conteúdos, sejam os personalizados, ou os não personalizados, equivalem aos livros, jornais e periódicos. São instrumentos de transmissão do pensamento, de disseminação cultural, cujo desenvolvimento não pode ficar vulnerável ao poder de tributar".[43]

Complementa Coelho Filho, citando Edvaldo Brito ao expor:

> "Esse estudo, enfim, conclui que '*software*' não sofre a incidência nem do ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; nem do ISS – imposto sobre prestação de serviços de qualquer natureza, porque está submetido ao regime jurídico da imunidade que o afasta do campo de incidência dos dois impostos, seja sob a forma de 'package', seja a de 'custom made', seja a de 'customized'. O '*software*' é uma atividade intelectual que, em si mesma como 'know how' ou veiculada no disquete, no cassete, etc., está afastada, pela Constituição, da tributação porque opera as funções daquele objeto que, tradicionalmente, denomina-se livro".

Para chegar à conclusão acima transcrita, o autor elabora o conceito de livro, utilizando uma concepção finalística. Afirma:

[42] CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 350.
[43] Hugo de Brito MACHADO, *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.

> "Portanto, livro, nessa pragmática, é o veículo através do qual se comunicam as idéias, os conhecimentos, as informações, enfim, transmite-se o pensamento, pouco importando se o processo tecnológico, em vez de ser a impressão de caracteres em papel, seja a fixação dos mesmos em instrumento diverso, tal como o disquete. Livro, nessa pragmática, não tem o conteúdo semântico atribuído, tradicionalmente, à coisa representada por uma impressão de letras em uma porção de papel". [44]

É evidente que a conclusão do autor é aplicável quando o *software* fizer o papel do livro tradicional, ou seja, quando se tratar de livro eletrônico. Os demais tipos de *software*, por não servirem de veículo de divulgação de idéias e de difusão da cultura, de conhecimentos e de informações, não estão cobertos pela imunidade.

Machado propõe em recente texto lançado na Internet uma interpretação adequada da norma imunizante, assim se pronuncia:

> As teses restritivas da imunidade em questão, inobstante o respeito que de todos merecem os seus autores, cometem o elementar pecado de cuidarem de norma da Constituição como se de norma de lei ordinária se tratasse, adotando postura hermenêutica absolutamente incompatível com o moderno constitucionalismo, que preconiza métodos próprios para a interpretação constitucional.
>
> Realmente, não se deve interpretar uma norma imunizante como se interpreta norma instituidora de isenção. A norma imunizante de que se cuida foi encartada no texto constitucional para a proteção de valor fundamental da humanidade, que é a liberdade de expressão, sem a qual não se pode falar de democracia. Em vista disso, 'deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.'
>
> A interpretação de norma constitucional sempre inspira cuidados. Atento ao princípio da supremacia constitucional, não pode o intérprete esquecer que a Carta Magna alberga os princípios fundamentais do Estado e que na interpretação de suas normas, tais princípios devem ser vistos como um conjunto incindível e não podem ser amesquinhados por força do literalismo estéril que infelizmente ainda domina muitos juristas ilustres".[45]

[44] COELHO FILHO, José Maria. *Considerações acerca da Imunidade Tributária do Livro Eletrônico*, http://www.fesac.org.br/art_08.html.
[45] MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.

É sabido que o tributo possui outras funções que não a de mero instrumento de arrecadação. Os impostos também podem ser utilizados pelo Poder Público para promover intervenção na economia. É a denominada função extrafiscal do tributo.

Os impostos de importação e de exportação, embora propiciem receita significativa para o Tesouro, são utilizados predominantemente com essa função. O IPI, outro clássico exemplo de extrafiscalidade, incide com variadas alíquotas, dependendo da natureza e da essencialidade do produto. Sobre produtos considerados essenciais, a alíquota é menor, chegando a zero. Para produtos considerados supérfluos, ou de utilização inconveniente, como é o caso do cigarro, e da água ardente ou cachaça, por exemplo, incide a alíquota mais elevada.

Isto mostra que o tributo pode dificultar ou até mesmo impedir totalmente a atividade tributada. O poder de tributar, como já afirmou a Corte Suprema dos Estados Unidos, envolve o poder de destruir.

Quando se cogita de imunidade, não se há de pensar em termos dos impostos hoje existentes. A imunidade foi imaginada para proteger o objeto imune contra toda e qualquer forma de imposto. Para excluir o imposto como instrumento de dominação estatal.

Se fosse instituído imposto altíssimo sobre templos de qualquer culto, sem efeito estaria o direito ao livre exercício dos cultos religiosos, assegurado pelo art. 5º, VI, CF/88. Caso não fosse vedado à União, aos Estados e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda ou os serviços dos partidos políticos, restariam seriamente avariadas as bases da democracia no País. Vedando a tributação recíproca entre União, Estados, Municípios, a Constituição preserva o princípio federativo, evitando sofra estas restrições decorrentes de tributação, com a qual uma entidade politicamente forte poderia destruir aquelas dotadas de menor poder político.

É fácil de se ver que a imunidade tem por fim impedir que, através do imposto, o Estado tolha a liberdade, a democracia e a forma federativa, transformando em letra morta os valores democráticos consagrados pela Constituição.

Tais imunidades, por isto mesmo, nem por emenda constitucional podem ser revogadas, vez que o art. 60, §4º, IV determina que não será sequer objeto de deliberação emenda constitucional tendente a abolir a forma federativa de Estado e Direitos individuais. Nesse sentido estatui a ADIn 939-7/DF.

Assim, tais imunidades somente diante de uma nova Constituição podem ser revogadas. É a proteção máxima que o Direito pode oferecer, pois somente através de uma reconstrução dele podem ser removidas.

Com efeito, se fosse possível a tributação do livro, poderia o Estado

instituir imposto esmagador sobre o mesmo, tornando-o inacessível. Esvaziado estaria o princípio constitucional da liberdade de manifestação do pensamento.

Logo, quanto mais barato o livro estiver, mais viável fica a educação, a manifestação de idéias, a difusão do pensamento. Pois, como ressaltou Machado citando Miranda "Se falta liberdade de pensamento, todas as outras liberdades humanas estão sacrificadas, desde os fundamentos. Foram os alicerces mesmos que cederam. Todo o edifício tem de ruir."[46]

4. PROPOSIÇÕES FINAIS

4.1. Princípios e valores

Os princípios: *preservação da liberdade de expressão intelectual, científica, artística e de manifestação do pensamento*, dentre outros, não são os únicos fundamentos da imunidade prevista no artigo 150, VI, "d" da Carta Magna, posto também se prestar ela a garantir a irradiação da cultura e da educação, mediante o barateamento dos livros, jornais e periódicos, facilitando, destarte, o acesso aos bens necessários para a formação intelectual do homem.

Com o brilhantismo de sempre, afirma Carrazza que, independentemente da proteção dos objetos, há valores a serem protegidos. Que são cruciais para o Estado Democrático. Sentencia:

> ... "uma interpretação restritiva da alínea "d", ora em exame, acabará esvaziando sua *razão de* ser. Melhor dizendo, quando já não houver livros, jornais e periódicos, em sua forma tradicional, a referida alínea transformar-se-á em *letra morta*, o que, por óbvio, não parece inadmissível, já que a Constituição, mais do que proteger objetos (livros, jornais, periódicos, papel de imprensa), quer salvaguardar *valores* (cultura, educação, divulgação de idéias etc.)".[47]

De modo idêntico pensa Borges, ao escrever:

> A manipulação do tributo poderá envolver atentados à livre manifestação do

[46] Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.
[47] CARRAZZA,Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 536.

> pensamento; valor que a CF 88 buscou preservar. Ora, o vertiginoso desenvolvimento tecnológico moderno, particularmente no campo da informática (e contra o qual nós nada podemos) vem provocando o fenômeno da substituição do livro (ou pelo menos a sua coexistência) por disquetes, CDs etc., que explorem funções tradicionalmente a ele reservados. Dicionários, p. ex., são por essa via, ofertados ao público. Estarão eles fora do campo de aplicação do art. 150, VI "d"? A resposta é negativa. Esse dispositivo historicamente insere-se numa tradição muito antecedente à eclosão da informática. Mas, como nos ensina a sabedoria imemorial 'onde está a mesma razão, está o mesmo dispositivo'. (...) Impedir a aplicação do art. 150, VI, *d*, aos produtos de informática é condená-los a uma esclerose precoce – dado que tudo leva à conclusão de que ele deveria aplicar-se também aos produtos novos, que coexistem com o livro e demandam o mesmo tratamento tributário. Até porque, do contrário, a interpretação e a aplicação da CF não seria, no particular, ***ampla***, mas restritiva e quando menos ***estrita***, contra os critérios preconizados pelo STF no tocante à exegese da imunidade constitucional do livro.[48]

A imunidade do livro eletrônico é um valor, que não deve ser interpretado restritivamente e que deve prevalecer os valores livre manifestação do pensamento e outros.

Também entendemos dessa forma. Ora, não se pode negar que por detrás da regra de imunidade há valores que ela visa assegurar, tal qual, a cultura, a educação, a divulgação de idéias etc.

Além do que, como assevera Machado:

> "A melhor interpretação das normas da Constituição é aquela capaz de lhe garantir a máxima efetividade. Toda imunidade tem por fim a realização de um princípio que o constituinte considerou importante para a nação. A imunidade dos livros, jornais e periódicos tem por fim assegurar a liberdade de expressão do pensamento e a disseminação da cultura. Como é inegável que os meios magnéticos, produtos da moderna tecnologia, são hoje de fundamental importância para a realização desse mesmo objetivo, a resposta afirmativa se impõe".[49]

[48] BORGES, José Souto Maior. *Imunidade tributária dos produtos de informática*, p. 546.
[49] MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito tributário*, p. 240.

Logo, os livros, os jornais e os periódicos confeccionados em papel de impressão e em mídia digital são formas de exteriorização do pensamento agasalhados pela imunidade prevista na Constituição Federal.

4.2 Livro eletrônico e isonomia

Além dos pontos a que já nos reportamos, ainda há um ponto relevante da questão, apontado de forma magistral pelos Profs. Hugo de Brito Machado[50] e Roque Antonio Carrazza[51], que é o respeito ao princípio da *isonomia*. Os livros eletrônicos, por contarem os recursos da informática, possuem implementos que facilitam sua compreensão por portadores de deficiências físicas ou mentais, bem como por analfabetos e crianças de pouca idade.

Alguns livros eletrônicos oferecem a possibilidade de, mediante *clique* em local apropriado da tela do micro, o computador ler, em voz alta, o texto selecionado. Tal recurso torna o livro acessível a cegos, analfabetos e a pessoas de idade avançada, que já não podem ler. Já existem versões onde o computador é capaz de ler todo o conteúdo do texto, e isso já é utilizado no auxílio à educação dessas pessoas.

Outras versões oferecem, através do *hipertexto*, a possibilidade de serem exibidas figuras ou animações, acompanhadas de sons, a fim de facilitar o entendimento do texto escrito. Dessa forma, uma criança que, ordinariamente, acharia entediante o estudo de determinada disciplina, pode estudar com o auxílio de exemplos, figuras e sons, o que torna o aprendizado agradável e prazeroso. O deficiente mental, com a ajuda de sons e imagens, pode melhor compreender o texto, o que, no livro de papel, sem sombra de dúvida, seria muito mais difícil.

Caso prevalecessem as teses restritivas da imunidade do livro, teríamos patente violação ao princípio da isonomia, vez que cegos, deficientes, analfabetos e idosos arcariam com o ônus tributário, enquanto pessoas alfabetizadas e com pleno desenvolvimento físico e mental teriam acesso a livros baratos em virtude da imunidade.

Sobre o tema, notável é a lição do Professor Carrazza:

> "Uma pessoa alfabetizada, em perfeitas condições físicas e mentais, adquire uma Bíblia convencional (isto é, impressa em papel) e não suporta no

[50] MACHADO, Hugo de Brito. *Imunidade tributária do livro eletrônico*, http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html.
[51] CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional*, p. 539-540

> preço deste Livro Sagrado, o ônus financeiro de nenhum imposto. É o que literalmente dispõe o art. 150, VI, d, da Constituição Federal. Já – se prevalecer a absurda e restritiva interpretação deste dispositivo constitucional – um deficiente (analfabeto, cego, idoso, etc.), ao adquirir o mesmo Texto Sagrado, só que, agora, adaptado a sua excepcional condição (por exemplo, uma Bíblia em vídeo), teria que suportar a carga econômica dos impostos que a precitada alínea d profliga. Um cego, por exemplo, será economicamente prejudicado justamente por ser cego.[52]

Como conclui o ilustre tributarista, no caso, há uma aplicação inversa do princípio da igualdade, absolutamente inaceitável.

Logo, a restrição da imunidade aos livros de papel importa, além de outros absurdos, em tratamento profundamente desigual e injusto, vez que onera o acesso do conhecimento por parte de cegos, analfabetos, crianças e idosos, bem como todo aquele que tenha qualquer tipo de deficiência que lhe dificulte a leitura.

4.3. Afinal existe ou não existe imunidade de tributos no livro eletrônico?

A resposta é negativa, como buscamos provar com os argumentos acima. No entanto, partindo do "sentido amplo"[53] da imunidade, é perfeitamente cobrável o imposto de renda obtido com o lucro da venda de livros, seja ele em mídia impressa ou mídia digital. Visto que, a imunidade aqui tratada é objetiva.

Assim é a posição de Carrazza:

> "Esta imunidade é objetiva e, por isso, não alcança a empresa jornalística, a empresa editorial, o livreiro, o autor etc., que, por exemplo, deverão pagar o imposto sobre os rendimentos que obtiverem com o livro, o jornal, o periódico e o papel destinado à sua impressão".[54]

Com relação ao imposto de renda é magistral o ensinamento de Latorraca:

[52] CARRAZA, Roque Antonio. *Impc tação de bíblias em fitas – sua imunidade – exegese do art. 150, VI, d, da Constituição Federal*, p. 137-138.
[53] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional tributário*, p. 491-492.
[54] CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional tributário*, p. 539.

> "É contribuinte desse tributo a pessoa (física ou jurídica) que se encontre em íntima relação com o aspecto material da hipótese de incidência, e da qual a lei exige o cumprimento da prestação. É o titular da disponibilidade, econômica ou jurídica, do rendimento adquirido".[55]

Logo, o próprio argumento do princípio da igualdade e seu resultado (capacidade contributiva) reforçam a posição de que é tributado o IR nas empresas que obtiverem lucro proveniente de venda de livros.

7. CONCLUSÃO

Com base nos argumentos expostos, concluímos que:

1. Em síntese apertada, livro eletrônico é a evolução do livro impresso, pois conserva o mesmo fim, transmitir conhecimento;

2. O disposto no artigo 150, VI, "d", aplica-se também aos livros contidos em *CD-ROM*, *DVD*, *HD*, disquetes, na *internet*, ou em qualquer outro suporte físico, pois:
   - 2.1. A constituição deve ser interpretada a fim de se conceder máxima efetividade às suas normas, com o intuito de se adequá-las à nova realidade, a fim de garantir sua rigidez e sua supremacia, sob pena de suas regras restarem estioladas com o decorrer do tempo;
   - 2.2. Mesmo que sejam utilizados os métodos tradicionais de hermenêutica, todos levam à conclusão de que o livro eletrônico também é imune, com exceção da interpretação literal, causadora de verdadeiros absurdos quando utilizada de forma isolada;

3. Da mesma forma como o papel destinado a impressão de livros, jornais e periódicos é imune, também estão albergados pela imunidade os suportes físicos dos livros, jornais e periódicos eletrônicos: (CDs, DVDs, disquetes, ou similares que sejam destinados em sua gravação.)

4. A imunidade alcança também os jornais e periódicos eletrônicos.

[55] LATORRACA, Nilton. *Direito Tributário: Imposto de Renda das empresas*, p. 109.

FONTES BIBLIOGRÁFICAS

AULETE, Caldas. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Delta, 1974. v. 1, 2, 3, 4 e 5.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamento de uma dogmática Constitucional Transformada. 3ª ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BORGES, José Souto Maior. Imunidade tributária dos produtos de informática. *In Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, nº 24, caderno 1, p. 546-..., dez 1996.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 15ª ed. rev. ampl. e atual. até a EC n. 28/2000. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Importação de Bíblias em Fitas – sua Imunidade – Exegese do art. 150, VI, d, da Constituição Federal. ***Revista Dialética de Direito Tributário***, São Paulo, ano 2000, nº 26.

COELHO FILHO, José Maria. **Considerações acerca da imunidade tributária do livro eletrônico**. Disponível em: <http://www.fesac.org.br/art08.html>. Acessado em: 18 nov. 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROM.

FUHER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERLE, Peter. Tradução Gilmar Mendes Ferreira. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades tributárias.** São Paulo: Atlas, 2000.

LATORRACA, Nilton. **Direito Tributário**: imposto de renda das empresas. 14ª ed. São Paulo : Atlas, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 19ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____.**Imunidade tributária do livro eletrônico**. Disponível em: <http://www.temis.com.br/artigos/I-eletro.html>. Acessado em: 10 nov. 2001.

MARINHO FILHO, Luciano. A controvertida Imunidade dos Livros Eletrônicos. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília-DF, ano 5, nº 113, 30 set. de 2001.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional, teoria constitucional, as Constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. Os CD-Roms e disquetes com Programas Gravados são imunes?, **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 5.

_____. A não-extensão da imunidade aos chamados livros, jornais e periódicos eletrônicos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, nº 33, jun 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19º ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. Imunidade Tributária nos produtos de informática. In Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário, 5., 1999. São Paulo: IOB, 1999.

VESPERO, Regina Celi Pedrotti. **A imunidade tributária do artigo 150, VI, "d" da Constituição Federal e o denominado livro eletrônico (CD-ROM, DVD, Disquete etc.)**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistapge/revista 53/imunidade.html>. Acessado em: 24 nov. 2001.

ABSTRACT: The present text objectified to checker if the immunity foreseen constitutionally the in the art. 150, VI, "d", has reached the vehicles of knowledge transmission in digital media, such as the electronic book transmitted in diskettes, CD-ROM, DVD, and similars. There are basically two different positions: the one that understands that electronic book is excluded of the tributary advantage by our Constitution and the one that recognizes the extension of the immunity of those magnetic books.

KEY WORDS: 1. software; 2. immunity; 3. *electronic book*; 4. diffusion of the culture.

A SEGURANÇA JURÍDICA NA ORDEM TRIBUTÁRIA

Cláudio Drewes José de Siqueira *

RESUMO: O artigo examina a relação entre dois valores inerentes ao Estado de Direito: a justiça e a segurança jurídica. Discorre a respeito do conteúdo do princípio da segurança jurídica na ordem tributária, examina o princípio da tipificação tributária e critica a tese que permite o uso da medida provisória para instituição de novos impostos.

PALAVRAS-CHAVE: justiça; segurança jurídica, tipificação tributária, medida provisória.

A diversidade de interesses individuais contrastantes na sociedade impele a existência de uma força superior a fim de superar os desequilíbrios daí surgidos. O direito ergue-se, portanto, como meio necessário a possibilitar a convivência social almejada, impondo regras de manutenção da paz entre os integrantes e meios que assegurem seu cumprimento.

Não obstante, sua aceitação só é possível se houver do próprio direito a sensação de segurança de que as regras serão observadas, pois que a tensão daí provinda acarretaria no desgaste da engrenagem que conduz a tolerância mútua.

Então, pode-se extrair que na própria idéia de direito está aderida (ou acabou-se aderindo?) a de segurança jurídica, de modo a viabilizar e a propulsionar as relações sociais.

Geralmente, princípios têm um tangível ponto de incidência logo identificável, que pacificamente coabita com aquela incômoda zona de penumbra, por vezes bem enublada, de seu campo restante de incidência – transtornando o trabalho do exegeta e obstaculizando a descoberta dos beneficiários de sua proteção.

Conquanto perceptível na mais das vezes seu sentido, o mesmo se dá com o princípio da segurança jurídica, pois também retém a nota característica da

* Procurador do Estado de Goiás, atuando na área fiscal.

categoria dos princípios: a largueza em seu âmbito de incidência e a amplitude de seu conteúdo.

Sendo um dos princípios pilares do direito, além da largueza de seu conteúdo, o princípio da segurança jurídica é multifacetado, desdobrando-se em vários seguimentos, ou subprincípios, que ampliam a margem de sua compreensão, de maneira que assume aspectos e contornos diversos e específicos conforme o ramo do direito.

No direito tributário, ele tem também sua faceta peculiar, adotando uma posição limitadora do poder de tributar do Estado e sua sanha insaciável de arrecadar para cobrir seus gastos mal direcionados.

SUA ESTREITA LIGAÇÃO COM O ESTADO DE DIREITO

O princípio da segurança jurídica pouco foi invocado em decisões dos tribunais pátrios para se conter os excessos na atuação estatal. Ainda, quando chamado a prestar a tutela necessitada, era apenas mencionado como princípio essencial ao Estado de Direito, passando a figurar como termo adjeto, sem identidade e qualificativos próprios.

Na verdade, o reduzido número de julgados com base em tal princípio é fruto da pouca exploração de seu real conteúdo e de seu verdadeiro sentido. A despeito disso, esse quadro tende a mudar, pois ao constar expressamente o princípio da segurança jurídica em leis praticamente recentes (por exemplo, a Lei nº 9.784/99), torna-se indispensável desnudar melhor seus contornos e de seu conteúdo a fim de surtir os efeitos que essas leis visaram alcançar.

A partir daí, muito se enriquecerá o próprio Estado de Direito, porque a estreita ligação existencial entre ambos faz com que o aprimoramento na compreensão do princípio da segurança jurídica também o beneficie, bem como a sociedade fortalecer-se-á.

É sabido por todos que o Estado surge em virtude de um povo (e não contrário!), que lhe confere poderes para atingir suas finalidades. Assim, ele não existe em si ou por si, mas sim para agir e atingir a maior satisfação dos interesses da coletividade.

Para tanto, "ele actua sempre através de actos formalmente jurídicos ou de operações materialmente que remontam a competências jurídicas"[1]; levando-se em conta que tais poderes tiveram origem no diploma constitucional que o

[1] MIRANDA, Jorge, in *"Manual de Direto Constitucional"*, Coimbra Ed. Ltda., Coimbra, Portugal, t. 3, p. 150.

constitui (Estado). Daí porque impensável se torna atualmente um Estado ilimitadamente, fora dos limites de atuação que fora imposto pela Constituição que lhe dera feição.

Em arguta observação, diz **Jorge Miranda**, que

> "O Estado está adstrito ao seu próprio Direito positivo, seja este qual for, por uma necessidade lógica de coerência e de coesão social. E isto porque, diz Gustavo Radbruch 'o positivismo jurídico e político pressupõe, quando levado logicamente às suas últimas conseqüências, um preceito jurídico de direito natural na base de todas as suas construcções'. Eis esse preceito: 'quando uma colectividade existe um supremo governante, o que ele ordenar deve ser obedecido'. Ora, só os governantes, pela circunstância de o serem, se acham em condições de poder pôr termo por meio de um acto de autoridade à luta de opiniões – ou melhor, em condições de poderem impor, eles, uma decisão e de tornarem eficaz – o que vale reconhecer unicamente neles o poder de garantir a segurança do direito. Mas esta garantia da segurança jurídica é que constitui o fundamento e o título justificativo do poder dos governantes para fundar e criar o direito... são ainda essa mesma garantia e essa mesma segurança jurídica que devem afinal servir também de limites a esse mesmo poder'. Continua Radbruch: 'só por via da obrigatoriedade das suas leis e da certeza dessa obrigatoriedade, é que o Estado tem o poder legislativo. Mas uma tal certeza e a segurança que lhe está ligada desapareceriam, se o Estado pudesse, ele próprio, libertar-se da obrigatoriedade das suas leis (...)'"[2]

Com efeito, deve-se tão-só pensar em Estado, e o poder que ostenta, em toda sua extensão e suas modalidades, quando vislumbrar limites anteriormente demarcados no diploma legal que o constituiu; onde também se encontram enfeixados os princípios que o guiarão em sua existência, seja de direito natural ou não.

Todavia, tendo em vista as inúmeras concepções de Estado de Direito, deve-se assumir tão-somente a conotação que melhor corresponda aos ideais democráticos, isto é, a melhor direcionada à realização de valores da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade, com o escopo de assegurar a melhor convivência humana e a manutenção das garantias fundamentais – uma vez que

[2] MIRANDA, op. Cit., p. 152 (destacamos)

já houve governos totalitários que adotaram a "capa" – modelo – de Estado de Direito para se legitimar atrocidades.

No teor do próprio princípio do Estado de Direito, reconhece a doutrina duas facetas inerentes à sua concepção: uma de aspecto material, e outra, de aspecto formal. No aspecto material, estão os elementos estruturantes do Estado de Direito: as idéias de justiça e de segurança jurídica. No aspecto formal, estão os componentes mais comuns do Estado de Direito: a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais, a divisão das funções do Estado – limitadas por um sistema de freios e contrapesos –, a legalidade do Poder Público e a proteção da boa fé ou da confiança na atuação estatal.[3]

Deve-se assinalar, no entanto, que tais facetas, e os elementos que as integram, encontram-se conjugadas, exprimindo uma profunda imbricação entre ambas, porque só assim representariam o verdadeiro ideal que corporificam.

SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

A ordem jurídica para se tornar legítima necessita que ela seja a expressão da justiça – revelando esta, portanto, como valor essencial ao direito. Mas, "para que ela não seja apenas uma idéia e um ideal, necessita de certas condições básicas, como a organização social mediante normas e do respeito a certos princípios fundamentais, em síntese, a *justiça pressupõe o valor segurança*"[4] [destacamos].

Decerto, a justiça nada seria sem o valor segurança, pois esta garante que os efeitos daquela se produzam. Assim, diz-se que a segurança jurídica é um valor fundante e a justiça, um valor fundado. Ou, como afirmou Wilhelm Sauer: "em relação ao direito, a SEGURANÇA JURÍDICA é a finalidade próxima; a finalidade distante é a JUSTIÇA"[5].

Apesar disso, não há falar da inexistência de conflitos entre ambas, pois muitas vezes se colidem, com a preponderância acentuada do valor segurança em detrimento do valor justiça (basta ilustrar o sacrifício da justiça em favor da segurança jurídica ao se tratar do exemplo da prescrição), ou o inverso.

[3] COUTO E SILVA, Almiro do, in *"Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo"*, RDP 64/46.
[4] NADER, Paulo, in *"Introdução ao Estudo do Direito"*, Ed. Forense, Rio, 1991, p. 128.
[5] NADER, op. cit., p. 128.

Paulo Dourado de Gusmão justifica:

> "A segurança e a justiça disputam, assim, a prioridade entre os fins do direito. Mas, na verdade, mesmo se a segurança, de certa forma, é a manutenção, a todo custo, de um ideal de justiça incorporado em uma ordem positiva, que pode estar em conflito com o novo ideal jurídico. Sem ordem, segurança, a própria justiça está em perigo por predominar a lei da força".[6]

E Almiro do Couto Silva reforça:

> "No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomarmos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço – tudo isso impõe adequações, temperamento e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada paradoxal. A tolerada permanência do justo ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária."

> "(...) Na verdade, *quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça.* (...)" [destacamos]

No cotidiano das relações sociais assim ocorre, porque a complexidade e a diversidade de situações obrigam "uma ceder em face da outra"; em nome, muitas vezes, de uma proteção àquela que se declinou.

Mas quando se refere à atuação estatal, a colidência entre os valores da justiça e da segurança jurídica pode causar estragos de enorme dimensão, uma vez que sua esfera de ação tem campo muito extenso e o *jus imperii* obriga a sujeição da coletividade às opções estatais – mormente no âmbito da atividade

[6] GUSMÃO, Paulo Dourado de , in *"Introdução ao Estudo do Direito"*, Ed. Forense, Rio, 1991, p.495.

estatal de arrecadação de tributos. Daí, importante, e fundamental, ser forte o poder judiciário do Estado (livre e independente!), pois seu papel impõe a dosar eventuais excessos.

SEU CONTEÚDO NA ORDEM TRIBUTÁRIA

Por estar intimamente ligada às opções políticas e estatais, uma vez que a arrecadação de tributos é sua principal fonte custeio, a segurança jurídica encontra terreno fofo e fecundo para sua proliferação, mas também onde se colhe aos racimos amargos frutos de desrespeito e descaso por parte da atuação estatal.

Entrementes, pode-se assumir que já muito se evoluiu em relação ao que era, e o modelo de Estado de Direito está aí para corroborar. Neste, a segurança jurídica tem uma conotação reducionista de *certeza ordenadora*, que fornece aos indivíduos a certeza do direito vigente, pautado em um **sistema de legalidade**[7].

É, por certo, na execução da política tributária que a segurança jurídica ostenta uma posição maior de destaque perante todos, porque sem ela as pessoas não têm como conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente suas vidas. Então, tão-só sob a regência de normas estáveis e acreditadas pela coletividade é que esta poderá prosperar.

Daí por que, em sede tributária, muitos tendem a reduzir o princípio da segurança jurídica em princípio da legalidade. Isso se deve às características do direito tributário, porquanto se impõe a existência de um regramento minucioso a fim de conter a atividade arrecadatória do Estado, que envolve alto poder de destruição – sendo, por isso, reconhecidamente uma atividade vinculada.

E sendo a lei a garantia máxima do contribuinte, expressão da maioria da coletividade, dela extraem-se a confiança e a segurança de que o Estado conduzir-se-á por ela em toda sua atividade de arrecadação de tributos, e de que o contribuinte poderá conhecer e calcular seus encargos *com base exclusivamente em lei*.

Mas não se pode limitá-lo a tanto, pois que é insuficiente a previsão legal para se ter a certeza ordenadora da vida social, dado que as leis para alcançarem o maior número de situações devem ter em sua forma certa dose de abstração; e daí a manipulação da linguagem dúbia exerce grande atração de governos totalitários e dos sem compromisso com a coletividade.

[7] HEINRICH HENKEL, *"Introducción a la Filosofia del Derecho"*, Taurus, Madrid, 1968, p. 544, *apud* NADER, op. cit., p. 128.

A par disso, reconhece-se que, ao lado de sua **positividade** e de sua **estabilidade relativa,** as normas tributárias devem ter segurança de orientação, ou seja, devem ser dotadas de ***clareza, simplicidade, univocidade e suficiência***, a fim de que efetivamente exerçam a segurança que todos esperam.

Por isso, a majoritária doutrina entende que o princípio da legalidade em sede tributária tem hodiernamente o mesmo cunho de ***reserva legal*** que o direito penal, dada sua especificidade; elevado, pois, à categoria de princípio da tipificação tributária.

Certamente, o princípio da tipificação tributária conduz a todos à certeza e à segurança que a tributação só terá seu conteúdo especificado por lei, em seu sentido formal (instrumento normativo proveniente do poder legislativo) e material (norma jurídica geral, impessoal, abstrata e compulsória) obstando interferências ocasionais e contingenciais tanto da parte do administrador quanto da parte do juiz.

Entre nós, o princípio da tipificação tributária tem assento constitucional, dada sua manifesta importância; e encontra-se insculpido no art. 150, I , a saber:

> "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, **é vedado** à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> *I – **exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;**"* [destacamos]
>
> Ainda, fazendo as vezes da lei complementar determinada pela Constituição Federal (art. 146, III), o Código Tributário Nacional no art. 97 estatui:
>
> " *Art. 97. **Somente a lei pode estabelecer:***
> I – a instituição de tributos ou sua extinção;
> II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21,26,39,57 e 65;
> III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo;
> *IV – a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo ressalvado o disposto nos art. 21, 26, 39,57 e 67; (...)"* [destacamos]

Nesse passo, insta observar que as exceções contidas no artigo aí citado não têm o condão de desautorizar o princípio da tipificação, tornando-o ineficaz; pelo contrário, corroboram-no efetivamente. Isso porque os tributos contidos nas ressalvas continuam tendo sua instituição ou extinção por lei no sentido estrito;

apenas, sua majoração ou redução, ou sua fixação da alíquota e da sua base de cálculo, recebe sua flexibilização tendo em vista a política cambial e os interesses comerciais do país com o exterior – para tal mister, a própria Constituição Federal autorizou (art. 150, § 1º).

Aqui, não se pode ainda deixar de dar um breve e importante comentário sobre a competência residual da União para instituição de impostos não previstos no rol constitucional de sua competência privativa (art. 154 c/c art. 153 da CF). Com efeito, o texto constitucional permite a adoção de novos impostos, *desde que não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo dos já discriminados na Constituição, mediante lei complementar.*

Assim, a clareza do texto constitucional autoriza concluir que, **só por lei complementar** deve-se fazer uso dessa permissão, pois a Constituição Federal veda a adoção de medida provisória para uso dessa faculdade (art. 62, § 1º, III), assim também torna obrigatório o uso daquela para sua instituição (art. 154).

Ora, a nova ressalva contida no § 2º do art. 62 (*"medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada."*) é **inconstitucional,** porque fere norma constitucional originária que limita o poder estatal de tributar e aflige também o princípio da separação de poderes, que é protegido por cláusula de eternidade (art. 60, § 4º, III).

Nunca é tarde relembrar que, a medida provisória é medida excepcional, para momentos de urgência e levando em atenção a relevância do caso. E por tal razão, não pode ser instrumento de instituição de impostos sem o debate dos interessados (*no taxation without representation*) – e se já era assim compreendido desde a Magna Carta do João Sem-Terra no início do séc. XIII, quanto mais nos albores do séc. XXI, quando buscamos dia-a-dia o fortalecimento do Estado Democrático de Direito!

A bem ver, se há motivos para a captação de recursos urgentes e inadiáveis para investimento público de interesse nacional, a solução é a instituição de **empréstimo compulsório –** que, por sinal, só é aceitável mediante lei complementar. Dessarte, não há como aceitar o uso da medida provisória para instituição de impostos, ultrapassa os lindes da tolerância.

De mais a mais, os impostos extraordinários **só** são permitidos pela Constituição Federal *quando na iminência ou no caso de guerra externa (art. 154, II)!* Em última instância, sendo benevolente e atenuando o rigor do acima defendido, talvez possa vislumbrar aí um pequeno espaço para enquadrar a ressalva do § 2º do art. 62, aceitando com parcimônia o uso da medida provisória para instituição de impostos e conferindo alguma validade e prestabilidade ao dispositivo. Afora isso não!

Além disso, conquanto dizer o texto acima que *"só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada"*, o uso da medida provisória para tal intento causará enorme **insegurança jurídica** no meio social, pois que os contribuintes não poderão planejar com segurança suas atividades até saber, em definitivo, que terão de pagar um novo imposto no exercício financeiro seguinte; tendo que aguardar, quiçá, o prazo limite para sua aprovação ou rejeição que é o *último dia do exercício financeiro...*

E é também impossível olvidar nesse momento que, o princípio da tipificação tributária não basta por si só a garantir a segurança jurídica almejada, visto que, sem idéia de sua **anterioridade,** os contribuintes não poderão saber com certeza e segurança que tipo de gravame estarão sujeitos no futuro imediato, não podendo dessa forma organizar e planejar seus negócios e atividades.[8]

Sacha Calmon Navarro Coelho conduz brilhantemente seu significado:

"O princípio da anterioridade teve como fundamento histórico e axiológico (a) na possibilidade de os contribuintes poderem prever a lei de regência a que estarão, no exercício seguinte, sujeitados os seus negócios, bens, renda e patrimônio (antes de realizarem os fatos geradores) e (b) na certeza de que durante o transcurso do exercício, lei alguma terá eficácia para alterar a *lex praevia*, em que se basearam para a realização dos fatos-jurígenos-tributários. Saber antes: certeza e segurança. Eis o significado da anterioridade".[9]

A Constituição Federal assim o preceitua:

> *"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
> (...)
> III – cobrar tributos:
> .....
> b) No mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou."

---

[8] NAVARRO COELHO, Sacha Calmon, in *"Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário"*, Ed. Forense, Rio, 1994, p. 277.

[9] NAVARRO COELHO, Sacha Calmon, *op. cit.*, p. 322 [adaptamos]

Por derradeiro, a coletividade também necessita que a garantia e *a segurança* de que seus atos pretéritos não serão alvo de lei nova retroativa, a impor-lhes obrigações pelos fatos ocorridos. Dessa maneira, a *retroatividade* só tem lugar quando for para beneficiar os contribuintes, caso contrário teria espírito morto o princípio da segurança jurídica; tendo daí seu assento garantido no texto constitucional (art, 150, III, a).

O art. 150, III, a, da Constituição Federal é exteriorização específica na Ordem Tributária do inciso XXXVI do seu art. 5º (*"A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".)*. Os atos jurídicos perfeitos aí são os atos jurídicos passados e acabados, e não os ainda pendentes, que se sujeitam a suportar novos encargos e novas imposições legais, muito embora já iniciados.

Então, pelos motivos aí declinados, não é passível de aceitação a tese que permite a medida provisória para instituição de novos impostos, pois senão nada adiantaria consagrar-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), porque os princípios da separação de poderes e o da segurança jurídica, e outros explicitados e decorrentes, estariam violados sempre quisessem os governantes.

BIBLIOGRAFIA

COUTO E SILVA, Almiro do, in *"Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo"*, RDP 64/46.

GUSMÃO, Paulo Dourado de , in *"Introdução ao Estudo do Direito"*, Ed. Forense, Rio, 1991

HEINRICH HENKEL, *"Introducción a la Filosofia del Derecho"*, Taurus, Madrid, 1968

MIRANDA, Jorge, in *"Manual de Direto Constitucional"*, Coimbra Ed. Ltda., Coimbra, Portugal

NADER, Paulo, in *"Introdução ao Estudo do Direito"*, Ed. Forense, Rio, 1991

NAVARRO COELHO, Sacha Calmon, in *"Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário"*, Ed. Forense, Rio, 1994

ABSTRACT: The author explains two different values with the relation in the State of Law. Justice and juridical safety. Talks abut the juridical safety principle in the tax system, makes a exam in the tributarie tipification and criticizes the thesis that admits the use of the provisory way to make new taxes.

KEY WORDS: Justice; juridical safety; tax tipification; provisory way.

O TETO REMUNERATÓRIO DAS APOSENTADORIAS NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Mheliza Mariani Mendes Loyola Rios Machado

RESUMO: A interpretação da norma deve, sobretudo, respeitar os limites estabelecidos pelos princípios constitucionalmente impostos à Administração Pública. Desta feita, o adicional de inatividade, uma vez incorporado aos proventos do servidor, jamais poderá ser excluído, sob qualquer pretexto, mesmo na hipótese de sua majoração além de dois salários mínimos. Entretanto, não obstante o patamar que os estipêndios do servidor possam alcançar, a incidência do percentual de 20% (vinte por cento) será sempre sobre o valor de dois salários mínimos, em respeito à finalidade da norma, aos princípios constitucionais da legalidade, do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos/proventos, assim como, à conveniência do interesse público nesse resultado. O presente artigo foi dividido em quatro partes: I – introdução; II – A não recepção do §6º, artigo 97, da Constituição Estadual, pela Emenda Constitucional nº 20/98; III – Da impossibilidade de supressão do Adicional de Função; IV – Conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Adicional de inatividade; 2. Princípio da legalidade; 3. Princípio da irredutibilidade de vencimentos/proventos; 4. Majoração; 5. 20% (vinte por cento).

I – INTRODUÇÃO

O artigo 97 da Constituição do Estado de Goiás, em seu parágrafo 6º, prescreve que "é assegurado ao servidor aposentado ou que venha a se aposentar, e que perceba até dois salários mínimos, o direito de ter incorporado aos seus

* Procuradora do Estado de Goiás e especializanda em Direito Consitucional pela Universidade Federal de Goiás.

proventos um adicional de vinte por cento sobre os mesmos, desde que conte com pelo menos vinte anos de efetivo serviço público".

Em face da disposição acima transcrita, indaga-se sobre a sua interpretação na hipótese em que o servidor tem os seus proventos majorados em valor superior a dois salários mínimos, teto máximo determinado pela referida norma. Neste caso, deveria o beneficiário do adicional vê-lo excluído de seus estipêndios por haver deixado de atender a um dos pressupostos de concessão?

II – A NÃO RECEPÇÃO DO §6º, DO ARTIGO 97, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98.

Preliminarmente, é de se observar, por pertinente, que o citado parágrafo 6º não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, em razão das inovações promovidas pela Emenda Constitucional nº 20, publicada no D.O.U. de 16 de dezembro de 1998, que veda a percepção de provento superior à totalidade da remuneração do cargo efetivo ocupado pelo aposentando, restando, todavia, resguardadas as situações de direito adquirido, nos termos do artigo 3º da mencionada emenda.

Ante a derrogação tácita do dispositivo em comento, somente os servidores que se aposentaram à época de sua vigência, ou aqueles que, excepcionalmente, ainda irão se aposentar consoante as regras anteriormente ditadas pela supracitada emenda[1], poderão ser beneficiados pelas prescrições contidas no §6º do artigo 97 da Constituição Estadual.

III – DA IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DO ADICIONAL DE INATIVIDADE

Reportando-se, especificamente, ao tema proposto, percebe-se que na hipótese em que os proventos de aposentadoria passam a exceder o valor de dois salários mínimos, caberá à hermenêutica jurídica definir se o servidor ainda fará jus à percepção do aludido adicional, por se tratar de direito adquirido, ou se o mesmo deverá ser suspenso, tendo em vista o fato de o servidor haver recebido

[1] Casos em que o servidor possui tempo de serviço para se aposentar, computado-se aquele até a data de publicação da emenda e considerando o mínimo de 35 (trinta e cinco) anos para o homem e 30 (trinta) anos para a mulher, sem limite de idade.

novo benefício (majoração de proventos) ou, também, a perda do seu objeto, qual seja, amparar o servidor cujo provento seja inferior a dois salários mínimos, respeitando-se, assim, à *intentio legis,* declarada no prefalado preceito.

Pela clara dicção do §6º, artigo 97, da Constituição Estadual, vislumbra-se que a norma ali contida pretendeu resguardar a situação daqueles servidores que, no momento de sua aposentadoria, encontravam-se economicamente fragilizados, estipulando, para tanto, o valor máximo de dois salários mínimos.

Ainda, ao estabelecer um teto, o legislador procurou resguardar o impacto financeiro que a concessão desse adicional causaria na folha de pagamento do Estado.

Analisando a letra normativa do dispositivo em voga, infere-se que o legislador, na hipótese de concessão do adicional de inatividade, assegurou ao servidor o direito de ter tal vantagem incorporada aos seus proventos, desde que atendidos os pressupostos ali estabelecidos.

Assim, a partir do momento em que o servidor teve incorporado aos seus proventos o aludido adicional, não se poderá falar na sua exclusão, sob pena de infringir não apenas o direito adquirido do servidor, mas, sobretudo, o princípio da legalidade que rege, indelevelmente, todos os atos da Administração Pública.

As disposições normativas, ao mesmo tempo que definem, estabelecem os limites da atuação administrativa que tenha por objeto restringir ou ampliar o exercício de direitos individuais em benefício da coletividade. Dessa forma, a Administração Pública não pode conceder ou abstrair direitos de qualquer espécie e criar, manter ou eximir obrigações sem o respaldo da lei, tendo em vista o já citado princípio da legalidade que "nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito ao cidadão[2] ".

É dever do administrador público conhecer a hermenêutica da lei, considerando todos os princípios que norteiam a vida pública e o Direito, para que dentro da letra expressa seja encontrada a interpretação que conduza à melhor conseqüência para a coletividade.

Nesse sentido, o professor Carlos Maximiliano, em sua obra 'Hermenêutica e Aplicação do Direito', ensina que:

Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua ou este, juridicamente nulo.[3]

[2] Direito Administrativo. Maria Sylvia Zanella di Pietro, 12ª edição, Ed. Atlas.

[3] Ob. Cit., 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pág.

Ainda, complementa:

> Releva acrescentar o seguinte: 'É tão defectivo o sentido que deixa ficar sem efeito (a lei), como o que não faz produzir efeito senão em hipóteses tão gratuitas que o legislador evidentemente não teria feito uma lei para prevení-las'. Portanto, a exegese há de ser tal como conduzida que explique o texto como não contendo superfluidades, e não resulte um sentido contraditório com o fim colimado ou o caráter do autor, nem conducente a conclusão física ou moralmente impossível.[4]

Do ensinamento acima transcrito, é possível aferir que a interpretação da norma jamais deve levar a sentidos que contrariem o seu próprio teor, nem o fim colimado com a sua edição. A interpretação da norma deve buscar um sentido eqüitativo, lógico, razoável e que traduza não só o que foi dito expressa e conscientemente, mas que faça

> *entender mais e melhor do que aquilo que se acha expresso, o que o autor inconscientemente estabeleceu, ou é de presumir ter querido instituir ou regular, e não haver feito nos devidos termos, por inadvertência, lapso, excessivo amor à concisão, impropriedade de vocábulos, conhecimento imperfeito de um instituto recente, ou por outro motivo semelhante*[5].

Evidencia-se no §6º, do artigo 97, da Constituição Estadual, que a norma ali exarada pretendeu resguardar a situação daqueles servidores já aposentados ou que no ato de sua aposentadoria demonstrassem situação econômica desprivilegiada.

Para tanto, além do requisito de tempo de serviço público, a norma enquadrou no conceito de 'economicamente fraco', ora utilizado, o valor de dois salários mínimos (remuneração total) como o teto máximo para a concessão do benefício, que viria a ser incorporado aos proventos do servidor.

Ocorre que a hermenêutica da norma não pode ser cega. Assim, se por um lapso, inadvertência ou por outro motivo semelhante, o legislador não previu a hipótese de que aquele servidor, mesmo na inatividade, poderia ter os seus proventos majorados e, por isso, deixou de atender a um dos requisitos necessários que determinaram a incorporação do adicional de inatividade, caberá ao intérprete oferecer a melhor exegese da lei, a fim de que suas conseqüências, ou o resultado prático por ela obtido, não contrariem o seu próprio teor.

[4] Idem nota 3
[5] Idem nota 3

Nesse sentido, considerando o texto da norma e o fim por ela pretendido, parece claro o entendimento de que o legislador ao prever a incorporação do adicional de inatividade aos proventos do servidor o fez levando em conta a remuneração total de dois salários mínimos por ele percebida no fim de sua carreira.

Assim, se posteriormente, esse mesmo servidor que teve o aludido benefício incorporado em seus proventos, tem o seu numerário majorado em valor superior ao teto previsto na norma, deve o administrador público buscar na hermenêutica da própria lei, uma interpretação que atenda, ao mesmo tempo, o fim objetivado, considerando a generalidade dos seus efeitos, a não contradição dos seus termos e a conveniência pública das suas medidas.

Em que pese a intenção do legislador em resguardar a situação daqueles servidores que tivessem remuneração inferior a dois salários mínimos, a lei, ao tratar expressamente sobre a incorporação do adicional, autorizou a sua junção definitiva aos proventos do servidor inativo.

A Constituição Estadual, ao dispor sobre o adicional de inatividade, condicionou a incorporação deste benefício aos proventos (e não somente a percepção) ao preenchimento dos requisitos outrora citados, no momento da avaliação das condições do servidor solicitante, sem restringir o seu pagamento à estagnação dos proventos no patamar de dois salários mínimos. Assim, não cabe ao intérprete ignorar a letra da lei, já que esta não contém palavras inúteis, nem tampouco acrescentar limitações originariamente não previstas.

Contudo, conforme delineado por Carlos Maximiliano, o Direito deve ser interpretado inteligentemente, pois o resultado da norma jamais poderá contradizer o seu conteúdo nem desvirtuar sua intenção.

Se por um lado não existe previsão quanto à estagnação dos proventos no patamar de dois salários mínimos como pressuposto para a permanência do benefício, por outro, é evidente que a incidência do percentual de 20% (vinte por cento) sobre remuneração superior àquele limite vulnera, absolutamente, o propósito da norma.

Assim, na hipótese do servidor que deixa de perceber, mensalmente, menos de dois salários mínimos e passa a ter uma remuneração bem além desse valor, poder-se-ia afirmar que, embora a lei tenha falado em incorporação, configurar-se-ia uma grande injustiça a sua aplicação literal, o que tornaria razoável a exclusão do benefício, uma vez que um dos requisitos essenciais do adicional deixou de ser atendido. Ressalte-se, contudo, que tal interpretação iria de encontro ao princípio da legalidade, tendo em vista a previsão expressa de incorpora-

ção, presente no artigo em estudo, além de caracterizar redutibilidade de vencimentos e violação ao direito adquirido do servidor.

O direito adquirido e a garantia de irredutibilidade de vencimentos e subsídios, previstos constitucionalmente, visam assegurar a segurança jurídica e a estabilidade dos direitos subjetivos. Dessa forma, impedem a interrupção da percepção do adicional de inatividade, após a sua incorporação aos proventos de aposentadoria.

Por outro lado, mas no mesmo sentido de afastar a idéia de exclusão do adicional, levanta-se a hipótese em que o servidor tem os seus proventos majorados a um pouco mais do que o limite de dois salários mínimos. Nesse caso, se concretizasse a exclusão do adicional, mesmo com o aumento, o servidor arcaria com significativa perda em seus estipêndios, matematicamente falando, já que, em cálculos finais, a majoração conquistada resultaria em prejuízo monetário para o aposentado, caracterizando, por sua vez, a inaceitável redução de proventos.

IV – CONCLUSÃO

Nesse diapasão, duas conclusões interpretativas devem ser afastadas. A primeira, a incidência do adicional de inatividade no valor excedente a dois salários mínimos, uma vez que extrapolaria o limite imposto pela norma, além de conduzir ao desequilíbrio financeiro do Estado em face de um impacto financeiro não previsto. A outra, que o benefício seja excluído dos proventos do aposentado sob qualquer pretexto, mesmo no caso de majoração de seus estipêndios a importância superior a dois salários mínimos, já que todos os pressupostos do benefício foram atendidos à época da sua concessão, resultando na sua incorporação definitiva à aposentadoria do servidor.

Em suma, para alcançar uma interpretação razoável na aplicação do §6º, do art. 97, da Constituição Estadual, o melhor caminho é entender que o legislador, ao instituir o adicional, considerou um impacto orçamentário proporcional a dois salários mínimos. Neste norte, a solução é aplicar o percentual de 20% (vinte por cento) sobre esse valor, mesmo em caso de majoração de proventos a qualquer patamar.

Tal proposta afigura-se adequada à funcionalidade prática da Administração, uma vez que atende à finalidade da norma, não contradita os seus termos, alinha-se com a conveniência do interesse público em seu resultado, além de respeitar os princípios constitucionais da legalidade, do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos, que preservam o direito subjetivo do servidor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *in* Direito Administrativo, 12ª edição, Ed. Atlas;

MAXIMILIANO, Carlos, *in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, 18ª edição, Ed. Forense;

Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, 25ª edição, rev. e atualiz. até EC 26/2000, Ed. Saraiva;

Constituição do Estado de Goiás, rev. e atualiz., Ed. Tocantins.

ABSTRACT: The clarification of the rule must, above all, respect the limits that are established by the constitutional rule imposed to the Public Administration. Henceforth, the inactive sum, once incorporated to the salary of the civil servant, can never be excluded, by any means, even in the hypotheses of an increase beyond two minimum salaries. However, despite the maximum level that the compensation of the employee can reach, the incidence of the percentage of 20% will always be hereabout the value of two minimum salaries, in respect to the purpose of the norm, to the constitutional boundaries of lawfulness, to the acquired right and the irrefutability of compensation/salary, as well as, the convenience of the public interest in this result.

KEY WORDS: 1. Inactive sum; 2. Legality principle; 3. Irrefutability of compensation/salary; 4. Increase salary.