

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

Ano I - Número 2

Julho/Setembro de 2009

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Coordenador de Edição

Ana Amelia Menna Barreto de Castro Ferreira

Conselho Editorial

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Claudete Silva de Araújo Barata

Humberto Jansen Machado

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Digital

Instituto dos Advogados Brasileiros

Ano 1. Número 2

(julho/setembro 2009)

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

APRESENTAÇÃO

5 Direitos Fundamentais

Luiz Dilermando de Castello Cruz

DOUTRINA

6 A suspensão do crédito tributário

Jorge Rubem Folena de Oliveira

28 Cidadania laboral

José Soares Filho

49 A garantia do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais como limite ao legislador

Luis Eduardo Anesclar

57 Notas sobre a cooperação jurídica internacional em matéria penal

Márcio Barandier

PARECERES

66 Capacidade civil, direito penal e processo penal

Relator Márcio Barandier. Comissão de Direito Penal

71 Crimes contra o meio ambiente

Relator Renato Neves Tonini. Comissão de Direito Penal

76 Assistência do poder público às vítimas de delitos e às testemunhas particulares em processos penais

Relator Renato Neves Tonini. Comissão de Direito Penal

Direitos Fundamentais

Este número da **Revista Digital** reflete a fidelidade dos membros do Instituto dos Advogados Brasileiro à defesa do estado democrático de direito incluída pelo art. 1º, § 2º, III, do Estatuto da associação nos fins que o I. A. B. deve mirar.

Com efeito, é sem ignorar os termos em que a Constituição Federal organiza o estado brasileiro que Luis Eduardo Anesclar busca descobrir os limites da legislação, Jorge Ruben Folena analisa o funcionamento da suspensão do crédito tributário, Marcio Barandier examina a cooperação processual penal internacional e José Soares Filho identifica os direitos fundamentais relevantes para as relações laborais.

Nem, aliás, são esquecidos os direitos fundamentais na prioridade com que a atenção do Instituto se volta para o direito penal e que o leitor advertirá na rubrica de pareceres, onde encontrará as conclusões, a seu, tempo aprovadas pelo Plenário, a que a Comissão Permanente de Direito Penal chegou a respeito das Indicações 20/2004, 20/2006 e 59/2006, em que a Presidência do I. A. B. convertera três projetos de lei do campo penal e processual penal submetidos à Câmara dos Deputados.

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Coordenador-Geral da Revista Digital

A suspensão do crédito tributário

Jorge Rubem Folena de Oliveira(*)

O crédito tributário é constituído por meio do procedimento administrativo denominado 'lançamento', que consiste na verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificação do sujeito passivo, determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido e imposição de multa (art. 142 do Código Tributário Nacional/CTN).

Mediante esse procedimento, o sujeito ativo, a Fazenda Pública (art. 119 do CTN), torna-se titular de um crédito tributário, que poderá ter sua exigibilidade suspensa, conforme prevê o art. 151 do CTN, nas seguintes hipóteses:

Moratória;

Depósito do montante integral do crédito exigido;

Apresentação de impugnação/reclamação e recursos no âmbito administrativo;

Concessão de medida liminar em mandado de segurança;

Concessão de medida liminar ou tutela antecipada em outras espécies de ação judicial;

Parcelamento.

Portanto, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário conduz à paralisação do prazo da prescrição (art. 174 do CTN). Encerrada a suspensão do crédito tributário, a sua exigibilidade torna-se imediata, voltando a correr o prazo prescricional para a Fazenda exercer a sua cobrança, por meio da execução fiscal (Lei n. 6.830/80).

1. Moratória e parcelamento

A moratória consiste na espera, dilação que o credor concede ao devedor para além do dia do vencimento de uma dívida. Trata-se, igualmente, de um favor especial, semelhante à possibilidade de se permitir o parcelamento de uma dívida, faculdade do titular do crédito.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF) expressa opinião divergente, tendo manifestado, no julgamento da ADI-MC nº. 2.405, *que a moratória não é um favor fiscal*, e, deste modo, não se aplicam a ela as restrições dos artigos 150 (§ 6º) e 155 (§ 2º, XII, alínea "g") da Constituição Federal.¹

Na verdade, o que o STF deveria ter dito é que, ao instituto da moratória (favor em benefício do contribuinte), não se aplicam as disposições da Constituição Federal, previstas nos artigos 150, § 6º e 155, § 2º, XII, alínea “g”, por não envolver nenhuma das hipóteses previstas nas referidas normas, a saber: *subsídio, isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia e remissão*, não fazendo menção à *moratória*, modalidade de suspensão do crédito tributário que exclui o contribuinte da situação de mora perante o Fisco.

Independentemente desses fatores, tanto a moratória – prevista nos artigos 151, I e 152 a 155 do CTN – como o parcelamento da dívida fiscal – disposto no artigo 151, VI e 155-A do CTN – são espécies do mesmo gênero (art. 155-A, § 2º do CTN, redação dada pela Lei Complementar 104/2001), que suspendem a exigibilidade do crédito tributário.²

Por se tratar de uma concessão especial do titular do crédito tributário, no caso a Fazenda Pública, ambos os institutos têm que ser instituídos por lei (art. 97, VI, do CTN)³, sendo seus termos e condições regulados no artigo 153 do CTN,⁴ não cabendo ao contribuinte, por si só, intentar a moratória ou o parcelamento de débito mediante ação judicial.

Nesse sentido, tem-se manifestado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “pretende ver suspensa a execução fiscal, alegando haver parcelado o débito através de consignatória. É cediço, o parcelamento a que se refere o art. 151 do Código Tributário Nacional é aquele requerido e homologado perante a Autoridade Fazendária, na forma da legislação de regência, e não o efetuado em ação consignatória, aforada ao alvedrio do contribuinte, e sequer deferida. Desta forma, não há como ser reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito, apta a paralisar a execução através da exceção oposta.”⁵

A moratória, ao contrário das demais espécies de suspensão do crédito tributário, não tem caráter processual e possibilita ao contribuinte deixar o seu estado de mora com a Fazenda Pública, suspendendo o vencimento de sua dívida fiscal e renovando ou prorrogando o prazo para sua satisfação.

Pelo artigo 152 do CTN, a moratória pode ser instituída: a) *em caráter geral*: (i) pelo ente federativo competente para instituir o tributo devido (União, Estados e Municípios) e (ii) pela União, quanto aos tributos de competência dos Estados, Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado; b) *individual*: por despacho da autoridade administrativa competente, desde que autorizada por lei.

Saliente-se que o fato de a União poder conceder a moratória geral em relação a tributos dos outros entes federativos deverá ser interpretado, por exemplo, quanto aos favores da

recuperação judicial das empresas, conforme remete a redação do artigo 155-A, §§ 3º e 4º do CTN,⁶ em relação ao parcelamento de dívidas fiscais.

Mesmo sabendo que cabe privativamente à União legislar a respeito de direito comercial,⁷ aí se inserindo a falência e a recuperação de empresas, considero a sua possibilidade de conceder moratória geral em relação a tributos de outras entidades federativas (Estados e Municípios) como uma ingerência indevida, que afeta a autonomia federativa, respaldada nos artigos 1º e 18 da Constituição Federal.

Seria o equivalente à União poder instituir isenções de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, o que é vedado pelo art. 151, III, da Constituição Federal.

Para fins de ilustração, é oportuno trazer à colação a lição do ministro Carlos Velloso em voto proferido no Supremo Tribunal Federal: *"A questão tem que ver com as isenções denominadas heterônomas – CF, art. 151, III – isenções concedidas por lei de pessoa pública que não é titular da competência para instituir o tributo. A isenção heterônoma não é, de regra, admitida pela Constituição: art. 151, III. As custas e emolumentos constituem espécie tributária, são taxas, é da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essas taxas são do Estado-membro. Proibida estaria a União, em consequência, de estabelecer isenções quanto a essas taxas. Ter-se-ia, no caso, isenção heterônoma, vedada pela Constituição, art. 151, III."*⁸

Ademais, somente é permitido à União conceder incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do Brasil (art. 151, I, segunda parte da CRFB), o que não é o objetivo buscado pela norma do artigo 152, I, alínea "b" do CTN, restando evidente a não-recepção deste artigo pela Constituição Federal de 1988, que tem na autonomia federativa uma das suas metas.

Da mesma forma, também seria inconstitucional a possibilidade de lei federal atribuir parcelamento de crédito tributário do devedor em recuperação judicial quanto a tributos de competência dos Estados e Municípios, como instituído pela Lei Complementar n. 118/2005, conforme previsto nos §§ 3º e 4º do art. 155-A do CTN.

A moratória pode ser concedida de forma restrita à determinada região do território do ente tributante e para certa classe ou categoria de contribuintes, conforme a redação do § único do art. 152.

Nesta parte, constitui odiosa discriminação, rejeitada pela Constituição Federal, no *caput* do seu artigo 5º, conceder o favor fiscal para uma classe social em detrimento de outra.

É importante lembrar que existe diferença entre classe e categoria. Há apenas duas classes sociais: a empresária e a dos trabalhadores. Categorias há diversas, sobretudo quando se

agrupam profissionais liberais, tais como médicos, professores, advogados, contadores, corretores etc.⁹

Se o favor fiscal é dado a uma classe ou a uma categoria, deve, igualmente, ser estendido a todas as outras, sob pena de tratamento tributário diferenciado, o que a Constituição Federal proíbe nos seus artigos 19, III¹⁰ e 150, II.¹¹

Da mesma forma, não deve prevalecer a interpretação de que a moratória pode ser concedida de forma restrita à determinada região do território do ente tributante. Isto porque não seria razoável, por exemplo, ser concedida moratória para pagamento de IPTU aos moradores de Ipanema e não aos de Bangu, município do Rio de Janeiro.

Deve o benefício fiscal ser estendido a todo o território do referido Município, sob pena de criar distinção entre os contribuintes, por atentar contra o artigo 19, III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), uma vez que seria criada distinção ou preferência entre pessoas no mesmo território do ente político tributante.

A moratória, salvo disposição legal em contrário, somente é extensível aos créditos tributários constituídos até a data da lei ou ato que a instituiu, dela não se podendo beneficiar o contribuinte que tenha agido mediante dolo, fraude ou simulação diante da Fazenda Pública, conforme prevê o artigo 154 do CTN.

Com efeito, a moratória individual não gera direito adquirido para o beneficiário, podendo ser revogada de ofício a qualquer tempo, desde que o contribuinte deixe de preencher os requisitos estabelecidos para sua concessão (art. 153 do CTN). Nesta hipótese, o crédito tributário será cobrado acrescido de juros de mora e haverá imposição de penalidades no caso de dolo, fraude ou simulação (art. 155 do CTN).

Comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, o contribuinte não poderá computar em seu favor o lapso de tempo de que se beneficiou, para alegar a prescrição da cobrança do crédito tributário, que será retomada com a revogação, de ofício, da moratória; inexistindo má-fé do contribuinte, a autoridade fazendária somente poderá revogar a moratória caso não tenha decorrido a prescrição, conforme a redação do artigo 155, § único, do CTN.

Para finalizar, reproduzimos, a respeito do tema, parecer de nossa autoria, proferido na indicação n. 122/2006, encaminhada à Comissão Permanente de Direito Financeiro e Tributário do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Refere-se à exigência formulada pela Fazenda Nacional, que condicionava o ingresso do contribuinte em programas de parcelamento ou moratória, denominados Refis e Paes, à desistência ou à renúncia, de forma global, a todo e qualquer direito, sem ressalvas, o que atenta contra o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB), senão vejamos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL-TRIBUTÁRIO. PROGRAMAS DE RECUPERAÇÃO FISCAL

1) A adesão aos Programas de Recuperação Fiscal (Refis e Paes) constitui uma faculdade conferida à pessoa jurídica que, ao optar pelo parcelamento de seus débitos, submete-se às condições ali estabelecidas (confissão do débito, desistência de ação judicial e ao direito de petição em procedimentos administrativos).

2) A aceitação das regras dos referidos programas não constitui negativa de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB), pois o contribuinte não é obrigado a aderir aos mesmos, podendo permanecer com sua pretensão em juízo, enquanto considerar indevida a exação fiscal.

3) A imposição de renúncia a direito reconhecido em sentença transitada em julgado, caso ocorra, constitui-se violência à coisa julgada, direito individual garantido no art. 5º, XXXVI, da CRFB, podendo o ato da autoridade fazendária, nesse sentido, ser questionado judicialmente.

4) A exigência formulada na lei para que o contribuinte desista ou renuncie, *de forma global*, a todo e qualquer direito, *sem ressalvas*, atenta contra o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CRFB).

I. O Dr. Ernani de Paiva Simões formulou indicação com o objetivo de consultar esta Comissão a respeito da possível inconstitucionalidade das leis que criaram os Programas de Recuperação Fiscal, denominados Refis 1, Paes e Refis 2. Sua manifestação referiu-se especificamente à norma que obriga o sujeito passivo da relação tributária a renunciar à discussão administrativa ou judicial de pendências fiscais, como condição para a adesão aos referidos programas, o que considera violação ao princípio constitucional do acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

II. Esclarece-se que a implantação dos referidos Programas de Recuperação Fiscal constitui oportunidade que o Fisco abre aos contribuintes considerados inadimplentes para pagarem o débito de forma parcelada e com diminuição dos encargos moratórios.

Saliente-se que a adesão aos programas não é compulsória, mas *facultativa*, e decorre do interesse e conveniência do contribuinte de aceitar ou não as suas regras.

A esse respeito, a jurisprudência do STJ tem manifestado de forma pacífica que: “a adesão ao Refis não é imposta pelo Fisco, *mas sim uma faculdade dada à pessoa jurídica* que, ao optar pelo Programa, sujeita-se à confissão do débito e à desistência dos embargos à execução.” (1ª Seção, EREsp 502.246/RS, Rel. Min. Franciulli Netto; Embargos de Divergência em AG nº 463.414/RS, Rel. Min. Humberto Martins [grifos nossos]).

Portanto, o questionamento do suposto débito pelo contribuinte, seja exercendo seu direito de petição no âmbito administrativo, seja pela via judicial, *não significa que ele tenha que aceitar a adesão aos referidos programas*, podendo manter-se firme na luta pelo reconhecimento do seu direito pela via processual eleita, afastando-se, assim, o argumento de que a ele é negado o acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

III. Na indicação afirmou-se ainda que a Receita Federal tem exigido, para a adesão aos Programas, que o contribuinte renuncie ao seu direito reconhecido por sentença transitada em julgado, em processos que ainda não tiveram baixa na distribuição.

Nesta hipótese, a exigência de renúncia a direito reconhecido em sentença transitada em julgado, caso ocorra, constitui violência à coisa julgada, direito individual garantido no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, podendo o ato da autoridade fazendária, nesse sentido, ser questionado judicialmente, a fim de garantir ao contribuinte a adesão ao mencionado Programa, com referência a outros débitos ainda pendentes.

IV. Por outro lado, apesar da indicação se restringir à análise da questão do acesso à justiça, consideramos que a exigência formulada na lei para que o contribuinte desista ou renuncie, *de forma global*, em relação a matéria debatida, a todo e qualquer direito, *sem ressalvas*, atenta contra o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).

Com efeito, assim está prescrito nas leis citadas na indicação:

LEI Nº 9.964, DE 10/04/2000 (INSTITUIU O REFIS I):

“Art. 1º – É instituído o Programa de Recuperação Fiscal/Refis, destinado a promover a regularização de créditos da União, decorrentes de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições, administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social/INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, com exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos.

[...]

Art. 2º – O ingresso no Refis dar-se-á por opção da pessoa jurídica, que fará jus a regime especial de consolidação de parcelamento dos débitos fiscais a que se refere o art. 1º.

[...]

§ 6º – Na hipótese de crédito com exigibilidade suspensa por força do disposto no inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, a inclusão no Refis, dos respectivos débitos, implicará dispensa dos juros de mora incidentes até a data de opção, condicionada ao encerramento do feito por *desistência* expressa e irrevogável da res-

pectiva ação judicial e de qualquer outra, bem assim à renúncia do direito, sobre os mesmos débitos, sobre o qual se funda a ação.”(grifos nossos).

LEI Nº 10.684, DE 30 DE MAIO DE 2003 (INSTITUIU O PAES):

“Art. 1º – Os débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser parcelados em até cento e oitenta prestações mensais e sucessivas.

[...]

Art. 4º – *O parcelamento a que se refere o art. 1º:*

[...]

II – somente alcançará débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força do disposto no inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, *no caso de o sujeito passivo desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial proposta, e renunciar a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais, relativamente a matéria cujo respectivo débito queira parcelar.”*

MEDIDA PROVISÓRIA Nº 303, DE 29 DE JUNHO DE 2006 (INSTITUIU O REFIS II): ¹²

“Art. 1º – Os débitos de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal/SRF à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional/PGFN e ao Instituto Nacional do Seguro Social/INSS com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, poderão ser, excepcionalmente, parcelados em até cento e trinta prestações mensais e sucessivas, na forma e condições previstas nesta Medida Provisória.

[...]

§ 3º – Somente débitos que se encontrarem com exigibilidade suspensa por força do disposto no inciso IV do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional/CTN, *no caso de o sujeito passivo desistir expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou de recurso interposto, ou da ação judicial proposta, e cumulativamente renunciar a qualquer alegação de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais”* (grifos nossos).

Na verdade, não é razoável nem proporcional que a lei possa impor ao contribuinte que deseje aderir ao parcelamento de um débito específico, que este abra mão de todo e qualquer direito, quanto à matéria debatida, inclusive quando reconhecido em precedentes da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, o caso da ampliação da

base de cálculo do PIS e da Cofins, feita indevidamente pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, o que foi dirimido pelo Plenário do Tribunal, no RE nº 346.084-PR, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, publicado no DJU, de 01/09/2006.

Ressalte-se, desta maneira, que o justo e o razoável seria conferir ao contribuinte o direito de escolher quais as exações são, a seu ver, efetivamente devidas, podendo confessar o débito perante o fisco e aderir ao respectivo parcelamento, mas reservando-se o direito de discutir, no âmbito administrativo ou na via judicial, as cobranças que julgar indevidas, inclusive aquelas decorrentes de abusos e excessos praticados pela fiscalização.

Neste ponto, o correto seria preservar ao contribuinte o direito de contestar as exações indevidas, *em garantia ao devido processo legal*, sem qualquer prejuízo à Fazenda Nacional, uma vez que esta teria a possibilidade de receber, de imediato, os créditos devidamente confessados pelo contribuinte.

Em razão disso, pode-se supor que os Programas de Recuperação Fiscal, respeitando o devido processo legal, teriam mais sucesso, caso possibilitassem aos contribuintes eleger os débitos considerados devidos, ampliando, por conseguinte, a recuperação dos créditos tributários.

V. Pelo exposto, conclui-se que:

- 1.** A adesão ao Refis e ao Paes, na forma prevista em lei, não atenta contra o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal);
- 2.** A exigência de renúncia a direito reconhecido em sentença transitada em julgado, caso ocorra, constitui violência à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal);
- 3.** A imposição formulada, respectivamente, no § 6º do art. 2º da Lei 9.964/2000 (Refis I), no inciso II do art. 4º da Lei 10.684/2003 (Paes) e o inciso II, do § 3º do art. 1º da Medida Provisória nº 303/2006 (Refis II), para que o contribuinte desista ou renuncie, de forma global, em relação à matéria debatida, a todo e qualquer direito, sem ressalvas, atenta contra o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal).

Por fim, nos termos da conclusão acima, a Comissão considera pertinente a indicação e recomenda o encaminhamento da questão apreciada aos legitimados previstos no artigo 103 da Constituição Federal (Conselho Federal da OAB e Procurador Geral da República), para, se for o caso, proporem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), a fim de ser dada interpretação conforme a Constituição Federal aos referidos dispositivos legais, sem a redução dos seus respectivos textos.”

2. Depósito do montante integral

O contribuinte, a fim de questionar a exigibilidade do crédito tributário, poderá efetivar o depósito integral do valor exigido pela Fazenda Pública, tanto na via administrativa quanto na judicial, impedindo, assim, a incidência de encargos moratórios, bem como o início da execução fiscal, regulada pela Lei 6.830/80.

Todavia, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário apenas terá lugar mediante o depósito do montante integral a ele correspondente,¹³ ou seja: a quantia total exigida no lançamento, acrescida de multa e encargos anteriores à sua constituição.¹⁴

Na esfera administrativa, o depósito integral tem como objetivo apenas evitar a incidência dos encargos moratórios decorrentes do crédito tributário constituído, possibilitando a sua discussão naquela via, garantida pelo direito de petição (art. 5º, XXXIV, alínea “a” da CRFB), sem o pagamento de qualquer taxa.

Isto porque o contribuinte, exercendo seu direito de petição, poderá ter o crédito tributário suspenso mediante a apresentação de impugnação (reclamação) ou recurso, não ilidindo, contudo, a incidência de correção monetária e juros sobre a dívida fiscal.

Sendo o contribuinte vencedor na instância administrativa, o depósito poderá ser levantado. De forma contrária, o depósito será convertido em renda em favor do fisco, extinguindo o crédito tributário mediante o pagamento (art. 156, VI, do CTN), ressalvada a possibilidade de propositura de ação judicial com o objetivo de se questionar a decisão administrativa que manteve o lançamento, uma vez *“que só surge o direito ao crédito tributário após o lançamento em definitivo, isto é, o formado por decisão administrativa transitada em julgado e não impugnada pela via judicial”*.¹⁵

A Lei de Execução Fiscal, em seu artigo 38,¹⁶ estabelece que, para o contribuinte propor ação anulatória do lançamento tributário, deverá efetivar o depósito integral da dívida constituída, sob pena de a Fazenda iniciar a cobrança judicial do suposto débito tributário.

Não há controvérsia de que, sem o depósito integral do montante inscrito em dívida ativa, a Fazenda Pública pode executá-la. A ausência do depósito não significa impedimento à propositura de qualquer medida judicial por parte do contribuinte para discutir a exação fiscal.¹⁷

Com efeito, nenhuma lei pode obrigar o contribuinte a fazer o depósito integral do débito fiscal, como condição para ingressar em juízo, como indevidamente condicionou o *caput* do art. 19 da Lei 8.870,¹⁸ de 15/04/94, com relação aos créditos tributários do INSS.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 1.074-DF julgou, à unanimidade, inconstitucional o aludido artigo por constituir *“barreira de acesso ao Poder Judiciário”*, contrariando, assim, o artigo 5º, incisos XXXV e LV, da CRFB.¹⁹

Por outro lado, é desnecessário o contribuinte ingressar com medida cautelar preparatória para efetivação do referido depósito, uma vez que este poderá ser efetivado nos autos da própria ação anulatória do crédito tributário ou do mandado de segurança, podendo ser deferida, respectivamente, antecipação dos efeitos da tutela (art. 273, § 7º do CPC) ou medida liminar (art. 7º, II, da Lei 1.533/51) com idêntico objetivo, tratando-se de direito subjetivo do contribuinte.²⁰

Esclarece-se que a hipótese não se refere à propositura de ação de consignação em pagamento, porque o que o contribuinte pretende, na verdade, é discutir o crédito tributário constituído pelo lançamento, e não pagá-lo, como se faz por meio daquela ação especial (art. 890 e seguintes do CPC e art. 164 do CTN). Ou seja, o depósito é efetuado como garantia do juízo para suspender a exigibilidade do crédito tributário.²¹

Portanto, efetivado o depósito integral, o Fisco não poderá dar início à execução fiscal nem exigir os encargos posteriores.²²

Uma vez que o contribuinte seja vencedor na controvérsia, ele poderá levantar a quantia depositada; sendo vencido, a Fazenda já terá satisfeito o crédito, convertendo-o em renda em seu favor (art. 156, VI, do CTN).²³

Por sua vez, independentemente do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 1.933 (rel. Nelson Jobim), e 2.214 (rel. Maurício Corrêa), persiste, ao nosso sentir, grave violação à Constituição Federal, que necessita ser revista, em relação ao depósito do montante integral no que diz respeito à Fazenda Pública federal, estadual ou municipal poder manejar a quantia acautelada pelo contribuinte em juízo, conforme prevêm as Leis 9.703/98, 10.819/03 e 11.429/06.

O Supremo Tribunal Federal partiu do pressuposto de “que os depósitos judiciais não são atos submetidos à atividade jurisdicional, tendo natureza administrativa, da mesma forma que os precatórios”. Entendeu também que “*não existe a obrigação, o dever, a imposição de realizar o depósito judicial ou extrajudicial com o fito de suspender a exigibilidade do crédito tributário*”. Isto tudo para afastar o questionamento sobre a violação do devido processo legal.

Além disso, a Suprema Corte entendeu que o direito de propriedade sobre o depósito em dinheiro efetivado pelo contribuinte permanece incólume, “*uma vez que o bem do depositante não lhe é retirado*” [sic], afastando, assim, o caráter confiscatório da mencionada legislação.

As leis federais 9.703/98, 10.819/03 e 11.429/06 constituem flagrante inconstitucionalidade; atentam contra o devido processo legal (art. 5º, LV, da CRFB) e invertem a lógica processual da caução (art. 827 e 828 do CPC), na medida que a quantia acautelada pelo contri-

buinte não é de titularidade do fisco, mas sim do suposto devedor, que o deu em garantia, confiando sua guarda à administração do Poder Judiciário, a quem compete dirimir os conflitos entre as partes (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Em consequência disso, os depósitos judiciais que caucionam o montante integral do crédito tributário questionado são indispensáveis como forma de se prevenir um dano maior ao contribuinte, qual seja, a incidência de encargos moratórios. Daí a sua natureza cautelar específica (art. 826 e seguintes, do CPC), que tem o fim de afastar um risco de dano iminente e irreparável contra uma suposta exigência fiscal, muitas vezes ilicitamente constituída.

Nessas condições, não há como se negar o caráter processual do depósito e a necessidade de intervenção direta do Judiciário para analisar a respectiva pretensão, não tendo, assim, caráter meramente administrativo, como entendeu o Supremo Tribunal Federal, até porque o juiz pode negar o depósito, mesmo sendo direito subjetivo do contribuinte, se entender descabida a pretensão cautelar, autorizando a Fazenda a iniciar a execução fiscal.

O STF, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ao permitir que a Fazenda Pública possa utilizar o dinheiro depositado em juízo pelo contribuinte, afastou equivocadamente o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CRFB), que constitui garantia para evitar a subversão da ordem processual antes da sua conclusão, a fim de assegurar a igualdade de direitos entre as partes litigantes.

O fato de a legislação criticada dispor a respeito da devolução da quantia depositada e utilizada pela Fazenda Pública não dá segurança jurídica ao contribuinte de que venha efetivamente a receber o montante acautelado, na hipótese de ter sucesso em sua pretensão, ao contrário do manifestado pela Excelsa Corte.

A apropriação antecipada efetivada pela Fazenda, com autorização das referidas leis, constitui, igualmente, violação ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CRFB), pois enquanto não for definida a questão jurídica debatida, os valores são de titularidade do seu depositante.

Assim, não é crível dizer que o dinheiro depositado não é retirado do contribuinte, como afirmou o STF, pois se o montante pode ser utilizado pela Fazenda, é porque não está mais à disposição do depositante, que terá que se submeter à boa vontade do Fisco para sua recuperação, caso este não queira, espontaneamente, dar cumprimento à lei, cujo maior violador é o próprio Poder Público, como se verifica pelo número de ações judiciais em curso nos Tribunais do país.

Com efeito, que certeza tem o Supremo Tribunal Federal de que o dinheiro depositado será integralmente devolvido ao contribuinte? Só para lembrar, em passado recente, importantes

entidades federativas declararam sua completa insolvência, como ocorreu com a Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, em finais da década de 1980.

A propósito, a Fazenda, sem ser titular do valor depositado, utiliza indevidamente uma quantia que não é sua, e não dá qualquer garantia ao contribuinte de resgatar o depósito feito para suspender a exigibilidade do crédito tributário, conduzindo-o, provavelmente, ao absurdo de ter que ingressar no precatório, caso seja vencedor na disputa acerca do crédito tributário questionado.

Ora, é risível acreditar que a Fazenda Pública tenha condições de ressarcir o que não lhe pertence, pois sequer paga os precatórios decorrentes de suas dívidas judiciais transitadas em julgado!

Neste ponto, existem diversos pedidos de intervenção federal contra estados-membros que não cumprem o precatório, que são negados pelo Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que a inexistência de recursos financeiros para fazer frente às obrigações não legitima a medida.²⁴

Daí a contradição entre o resultado do julgamento das referidas Ações Direta de Inconstitucionalidade e a realidade com que se depara o contribuinte quando intenta a recuperação de seus créditos diante do poder público, restando evidenciado o caráter confiscatório da utilização prévia do montante depositado para questionar a exação fiscal, formulado com base no artigo 152, II, do CTN.

Na verdade, para ter o crédito tributário suspenso, o contribuinte é obrigado a depositar integralmente o montante exigido, porém a Fazenda Pública, sem ter a certeza de que os valores cobrados são efetivamente devidos, pode considerá-los como receita própria, manipulando-os como bem entender, antes de transitada em julgado a sentença da respectiva ação.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado nas ADIs, é ainda contraditório ao se constatar que o levantamento do depósito judicial, seja em favor do contribuinte, ou a sua conversão em renda para o Fisco, pressupõe o trânsito em julgado da sentença proferida na ação em que se questiona o crédito tributário que deu origem ao depósito.

Esse é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete em última análise (art. 103, III, da CRFB), dar a interpretação ao artigo 151, II, do CTN.²⁵

Portanto, fica demonstrado o choque entre o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, de forma casuística, e o sistema jurídico que regulamenta o depósito recursal e sua finalidade.

3. Reclamação e recurso administrativo

Respaldo no direito individual de petição (art. 5º, XXXIV, da CRFB), no devido processo legal (art. 5º, LIV) e na ampla defesa e contraditório, ao contribuinte foi assegurado o direito de apresentar sua reclamação ou impugnação diretamente à autoridade fazendária, se insurgindo contra o lançamento efetivado contra si.

Ao ser apresentada a impugnação, o crédito tributário terá sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151, III, do CTN, independentemente de qualquer garantia a ser prestada pelo contribuinte, dando início à fase litigiosa.

Segundo as normas do processo administrativo tributário vigente em cada uma das entidades federativas, a reclamação será analisada em primeira instância, cabendo recurso contra a decisão proferida em resposta à reclamação e constitui outra causa de suspensão do crédito tributário, com as mesmas conseqüências daquela, segundo o art. 151, III, do CTN.

Estas formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário são manifestadas de acordo com as regras do processo administrativo fiscal, devendo observar seus princípios norteadores, tais como a unidade de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, a verdade material, o duplo grau de jurisdição e a publicidade dos atos da administração, entre outros, como observado pela professora Verlene Tavares.²⁶

Em razão disso, as autoridades administrativas julgadoras deverão estar sempre atentas aos princípios constitucionais atinentes ao processo administrativo, resguardando o direito do contribuinte a um regular e justo julgamento, sendo-lhe concedida ampla dilação probatória, de modo a lhe assegurar a exposição de sua pretensão quando esta se insurgir contra o lançamento, sob pena de nulidade do processo.

Desta forma, o contencioso administrativo tem por fundamento evitar o encaminhamento ao Judiciário de todas as controvérsias, na medida em que a própria administração pública tem o poder de rever os lançamentos (artigo 145 do CTN²⁷) e seus atos, inclusive anulando aqueles que estiverem contra a lei, conforme orientam as súmulas 346²⁸ e 473²⁹ do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a administração tributária não deverá ficar limitada ao pressuposto de validade dos atos administrativos, tomando o lançamento que constituiu o crédito tributário questionado como uma verdade absoluta, invertendo indevidamente o ônus probatório ao contribuinte. Ao contrário, a acusação formulada na ação fiscal deverá ser acompanhada de elementos suficientes que embasem com certeza a motivação do ato administrativo praticado.

Porém, o que ocorre mais comumente é a fiscalização lavrar o auto de infração conforme seu entendimento, muitas vezes sem qualquer fundamento, deixando ao contribuinte o constrangimento de ter que se defender da abusiva acusação.

A propósito, é oportuna a transcrição de parte da ementa do acórdão da lavra do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

“Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral. [...] *O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do ‘privilège du pereálable’, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo poder público em sede de fiscalização tributária.* [...] A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. *Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados na Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem de modo estrito, os limites-inultrapassáveis que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.*”³⁰

Diante disso, as autoridades julgadoras devem observar os princípios constitucionais norteadores do processo, não sendo hígido à administração pública nem ao legislativo criar embaraços que dificultem o acesso à instância administrativa, dificultando o direito de petição, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Hipótese negativa se dava com relação à absurda exigência de depósito recursal ou arrolamento de bens como condição para que o contribuinte pudesse apresentar seu pedido de desconstituição do lançamento, a fim de buscar a revisão da decisão proferida em primeira instância no processo administrativo tributário, tanto no âmbito da União, quanto de alguns estados.

Essa esdrúxula exigência perdurou durante algum tempo, com apoio do Supremo Tribunal Federal e demais tribunais do país, vindo somente a ser revista no julgamento da Ação Di-

reta de Inconstitucionalidade n. 1976-DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, ocorrido em 28/08/2007, quando, então, o STF manifestou que:

“A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos podem converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 – posteriormente convertida na lei 10.522/2002 –, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.”

Aproveitando o tema em debate, e diante dos exageros praticados pelo fisco, consideramos oportuno comentar o encaminhamento de anteprojeto de lei de autoria da Procuradoria da Fazenda Nacional,³¹ que dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, mas onde o objetivo principal é a criação da “execução fiscal de natureza administrativa”.

As disposições da referida execução fiscal seriam aplicadas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e suas autarquias e fundações, sendo facultativamente estendidas aos Municípios e suas autarquias e fundações.

Este esquisito anteprojeto de lei foi a forma engendrada pela Fazenda Pública para, previamente, sem autorização judicial, penhorar e arrestar bens do executado e fazer, por conta própria, a arrematação.

Em primeiro plano, há que lembrar que a Fazenda Pública é uma entidade que tem direitos e deveres iguais aos de qualquer outra parte no processo, não tendo posição de hegemonia, uma vez que, segundo a ordem constitucional vigente, ainda vivemos em um “estado democrático de direito” (*caput* do art. 1º), sendo todos “iguais perante a lei” (*caput* do art. 5º).

Além disso, registre-se que o suposto interesse público defendido pela Fazenda não pode sobrepor-se aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), que igualam as partes em qualquer processo.

Desta forma, o Poder Público não dispõe de base constitucional para fazer predominar seu interesse sobre o do executado, muito menos tem poderes para conduzir seus interesses sobre a propriedade dos indivíduos, por meio de uma artificiosa execução fiscal de “natureza administrativa”, levada a efeito sem autorização judicial.

Saliente-se que a Constituição do Brasil, com base na livre iniciativa, protege a propriedade [artigos 5º (*caput*), e inciso XXII, e 170, inciso II], sendo certo que a imposição de gravame ao patrimônio do executado, como pretende a Fazenda Nacional, constitui violação ao direito individual de não ter seus bens molestados sem o devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB).

Isto porque os atos de constrição patrimonial, como o arresto e a penhora, criam restrições à propriedade, além de deixá-la vinculada à pretensa dívida executada.

Com efeito, o ato que cria ônus à propriedade não pode partir da vontade isolada do credor, que pretende garantir ou satisfazer o seu suposto crédito sem antes submeter sua pretensão à análise do Judiciário.

Vale ressaltar que, na República, a função jurisdicional cabe ao Poder Judiciário, que a exerce de forma independente e harmônica em relação aos demais poderes (art. 2º da CRFB), sendo o único autorizado a dirimir lesão ou ameaça a direito e a solucionar as controvérsias existentes (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Logo, como os atos de cobrança, por meio do processo de execução, repercutem de forma sumária e imediata sobre o patrimônio do executado, é imprescindível que o Judiciário analise previamente a pretensão do credor, a fim de evitar abusos ou ilegalidades, devendo ficar sob sua responsabilidade a prática destes atos, de competência exclusiva da justiça.

O início do processo de execução cria para os indivíduos embaraços de ordem material e moral, passando os seus nomes a constar no rol de inadimplentes.

Daí a necessidade de o Judiciário intervir desde o início da execução, não podendo o credor, seja o Poder Público (como previsto no anteprojeto de lei) ou o particular ser detentor desta autorização.

A proposta da Fazenda Nacional equivale a retroagir ao tempo em que o credor, por sua conta e ordem, fazia a cobrança por seus próprios meios. Imagine se todos os credores pasassem a agir desta forma?

Portanto, o fato de o anteprojeto prever a possibilidade de acesso à Justiça depois de efetivado o arresto ou a penhora, não o torna constitucional, pois, antes que o Poder Judiciário julgue os embargos à execução, uma série de atos de restrição sobre a propriedade terá sido praticada pela Fazenda Pública, podendo acarretar lesões a direitos e prejuízos irremediáveis ao executado.

Vale esclarecer, por oportuno, que os atos de constrição patrimonial não podem, em hipótese alguma, ser confundidos com os atos de natureza meramente administrativa, que são próprios do Poder Executivo.

Ademais, há que se distinguir o atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos dos de cobrança de valores, inscritos em dívida ativa.

O primeiro restringe-se ao cumprimento do ato administrativo em razão do poder de polícia conferido à Administração Pública, que faz cessar, de imediato, sem a intervenção judicial, a ilegalidade praticada pelo administrado na autodefesa do interesse social.

Todavia, isto não significa que o campo de atuação da Administração Pública seja livre. Ela deve observar as formalidades essenciais para o seu ato, tais como a apresentação de notificação e lavratura de auto circunstanciado que comprove a ilegalidade e possibilite ao administrado a ampla defesa de seus direitos, em regular e devido processo legal.

O segundo, por se revestir de caráter de cobrança, é ato que exige a intervenção prévia do Judiciário, como se dá na cobrança de multa administrativa ou crédito tributário.

Contra as tentativas da Administração Pública de se auto-satisfazer por seus supostos créditos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, acolheu o voto do Min. Maurício Corrêa, que expôs o seguinte:

“É verdade que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm entendido que certos atos são próprios do poder administrativo, *na execução dos quais é irrecusável a auto-executoriedade, como os decorrentes do poder de polícia.*

Há, porém, determinados atos que lhe [à Administração Pública] são impróprios e, por isso mesmo, dependentes da intervenção de outro poder, como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos’ (Hely Lopes Meireles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23 ed., Ed. Malheiros, SP, p. 1.421).

[...]

A apuração, porém, do fato culposos ou doloso, nas hipóteses que fogem às atividades específicas da Administração, deve ocorrer no âmbito da jurisdição civil, pois a Constituição reservou exclusivamente ao Poder Judiciário a função jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV). *É o que ocorre, por exemplo, com a cobrança de dívidas fiscais e multas.*”³²

A Fazenda, por maior que seja o interesse público que represente, não tem o condão de, ao constituir um título executivo, por meio da inscrição na dívida ativa, invadir, por conta pró-

pria, o âmbito particular do indivíduo, levando constrição ao seu patrimônio, forçando-o, desta forma, a pagar uma dívida que pode ser questionável sob vários aspectos, inclusive em razão de sua interpretação perante o sistema jurídico vigente, como se deu, *v.g.*, na questão referente ao caso da ampliação da base de cálculo do PIS e da Cofins, feita indevidamente pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que foi dirimida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a favor dos contribuintes.³³

Portanto, a Fazenda Pública não está acima de nenhum cidadão do país, não sendo razoável a criação de um processo de execução “administrativo”, sem o crivo inicial do Poder Judiciário para realizar a constrição patrimonial, sob o risível argumento de que a atual “sistemática, pela alta dose de formalidade de que se reveste o processo judicial, apresenta-se como um sistema altamente moroso, caro e de baixa eficiência.”³⁴

Ora, se existe ineficiência por parte do Fisco na sua arrecadação, este grave problema não será resolvido mediante a criação de uma cobrança esdrúxula e abusiva, pois a Administração Pública somente estará transferindo a morosidade que acusa existir no Judiciário para seus órgãos, que têm revelado, igualmente, não possuir adequada estrutura para representar os interesses do povo, estancando a grave evasão fiscal existente no país.

Vale relembrar, por fim, que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si (art. 2º da CRFB), tendo o Executivo o papel de executar as leis e o Judiciário o de proporcionar a sua aplicação, sendo este equilíbrio a base do período histórico contemporâneo. Fora disso, é excogitação indevida, que não encontra amparo na Constituição do Brasil.

4. Concessão de medida liminar em mandado de segurança e concessão de medida liminar ou tutela antecipada em outras ações judiciais

O contribuinte que não tiver sua pretensão amparada na via administrativa, ou ainda, quando não quiser se submeter à mesma, pode buscar socorro, no Poder Judiciário, contra o ato administrativo que entende ser ilegal, que tenha dado base à constituição do crédito tributário por meio do lançamento.

Para tanto, o mandado de segurança, previsto no art. 5º, LIX, da CRFB, e regulado pela Lei 1.533, de 31 de maio de 1951, é uma das formas de acesso ao Judiciário para suspender a exigibilidade do lançamento, desde que comprovado (i) o relevante fundamento do pedido e (ii) que, do ato atacado poderá resultar a ineficácia da medida, caso não deferida a medida liminar antes do julgamento final da ação, como autoriza o art. 7º, II, da Lei 1.533/51.

Assim, a concessão de medida liminar em mandado de segurança é mais uma das hipóteses que conduzem à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, IV, do CTN.

Caso não seja efetivado o depósito integral do crédito tributário exigido, vindo posteriormente a ser cassada a liminar, o impetrante ficará sujeito às consequências do encargo moratório.³⁵ Isto porque a denegação da segurança pleiteada opera efeitos *ex tunc*, conforme orienta a súmula 405 do Supremo Tribunal Federal.³⁶

Questão importante foi sustentada pelo saudoso advogado Luiz Felipe Jordão,³⁷ em trabalho que contou com nossa participação e de João Alberto de Sá Barbosa, no sentido de que, concedida a liminar em mandado de segurança, vindo posteriormente a mesma a ser cassada, por meio de sentença denegatória, a apelação cível deverá ser recebida no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), conforme prevê a regra geral do art. 520, do Código de Processo Civil, uma vez que a sentença no mandado de segurança somente tem execução imediata na hipótese de decisão favorável ao impetrante, nos termos do parágrafo único do art. 12 da Lei 1.533/51.³⁸

Nessas condições, interposta a apelação no processo de mandado de segurança, a mesma deverá ser recebida no duplo efeito, mantendo, por conseguinte, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, instituída pela medida liminar.³⁹

Idêntica consequência, com a suspensão do crédito tributário, por força do art. 151, V, do CTN, é extensível às medidas liminares ou antecipação dos efeitos da tutela, deferidas com fundamento no art. 273, do Código de Processo Civil, referentes às ações judiciais que visem à desconstituição do lançamento.⁴⁰

Portanto, não resta dúvida de que a suspensão do crédito tributário não fica limitada apenas ao mandado de segurança, mas também pode ser obtida mediante liminar ou antecipação dos efeitos da tutela, conforme instituído pela Lei Complementar 104/2001.

NOTAS

¹ “A extinção do crédito tributário: *moratória* e transação: implausibilidade de alegação de ofensa dos artigos 150, § 6º e 155, § 2º, XII, alínea “g” da Constituição Federal *por não se tratar de favores fiscais*” (ADI-MC 2.405-RS, grifos nossos).

² “O parcelamento também suspende a exigibilidade do crédito tributário, *a ele se aplicando as disposições atinentes ao instituto da moratória*” (STJ- REsp 663.564-DF [grifos nossos]).

“Analisando-se a sistemática do CTN, tem-se o seguinte raciocínio: parcelamento é modalidade de *moratória* (art. 152 e segs.); a *moratória* suspende a exigibilidade do crédito tributário; a certidão de que conste a suspensão do crédito tributário equipara-se ‘ou tem os mesmos efeitos’, à CND (art. 206, c/c o art. 205) culminando na inarredável conclusão de que quem obteve parcelamento de seus débitos tem direito à obtenção de certidão, nos termos do art. 206 do CTN.” (STJ- REsp 641.448-RS [grifos nossos]).

³ Art. 97. *Somente a lei pode estabelecer:*[...] VI – as hipóteses de exclusão, *suspensão* e extinção de *créditos tributários*, ou de dispensa ou redução da penalidades” (grifos nossos).

⁴ Dentre estes: a) prazo de duração e o número de vencimentos das prestações; b) os tributos a que se aplica; c) garantias que devem ser prestadas pelo contribuinte beneficiado.

[5](#) STJ - REsp 576.907-RS (grifos nossos).

[6](#) Redação dada pela Lei Complementar 118, de 09/02/2005.

[7](#) Art. 22, I, da CRFB.

[8](#) [ADC 5-MC](#), Rel. Min. Nelson Jobim, voto do Min. Carlos Velloso, julgamento em 17-11-99, *DJ* de 19/9/03 (grifos nossos).

[9](#) Como ensina o professor Maciel Pinheiro Filho: "Classe é um conjunto de indivíduos com o mesmo poder econômico e comportamento social análogo. A categoria é constituída pelos que exercem profissão idêntica. (Anotação livre, tomada em aulas de Sociologia Jurídica, proferidas na Faculdade Nacional de Direito, da UFRJ, 1988.)

[10](#) "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...] III – *criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si*" (grifos nossos).

[11](#) "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]

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

[12](#) A Medida Provisória 303/2006 está sem eficácia, uma vez que teve o seu prazo de vigência encerrado no dia 27/10/2006, conforme declarado no Ato do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº 57/2006, publicado no DOU, de 1/11/2006.

[13](#) STJ – RESP 64974-9/SP.

[14](#) "O depósito integral do crédito ilide a aplicação de juros pela demora de pagar, bem como das penalidades dirigidas a sancionar o inadimplemento da obrigação tributária" (STJ – REsp 853.552-PR).

[15](#) STJ – AgRg no REsp 652.370-RS.

[16](#) "Art. 38. A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos."

[17](#) Nesse sentido, conferir a súmula 247 do antigo Tribunal Federal de Recursos, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, manifestada nos Recursos Extraordinários 105.522 e 103.400.

[18](#) "Art. 19 – As ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para com o INSS serão, *obrigatoriamente, precedidas do depósito preparatório* do valor do mesmo, monetariamente corrigido até a data de efetivação, acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos" (grifos nossos).

[19](#) "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, CAPUT, DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. *Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário*. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente" (ADI n. 1074, rel. Min. Eros Grau, j. 28/03/2007 [grifos nossos]).

[20](#) "O depósito, em dinheiro, do montante integral do crédito tributário controvertido, a fim de suspender a exigibilidade do tributo, constitui *direito subjetivo do contribuinte*, prescindindo de autorização judicial e *podendo ser efetuado nos autos da ação principal (declaratória ou anulatória) ou via processo cautelar*, nada obstante o paradoxo defluente da ausência de interesse processual no que for pertinente ao pleito acessório. (Precedentes desta Corte: REsp 697370/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, publicado no DJ de 04.08.2006; REsp 283222/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, publicado no DJ de 06.03.2006; REsp 419855/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, publicado no DJ de 12.05.2003; e REsp 324012/RS, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, publicado no DJ de 05.11.2001)" (STJ – REsp 466.362-MG [grifos nossos]).

[21](#) STJ – REsp 639.093-MG.

[22](#) “O depósito integral do crédito ilide a aplicação dos juros pela demora de pagar, bem como das penalidades dirigidas a sancionar o inadimplemento da obrigação tributária na data fixada em lei” (STJ – REsp 853.552-PR).

[23](#) “Em reiterados precedentes, as Turmas de Direito Público deste Superior Tribunal de Justiça têm decidido que o deferimento de levantamento de depósito judicial, bem como a sua conversão em renda em favor da União, *pressupõem o trânsito em julgado da sentença da ação principal*. Precedentes: REsp nº 169.365/SP, Rel.Min. Garcia Vieira, DJ de 13/10/98; REsp nº 179.294/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 07/02/00 e REsp nº 577.092/SE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30/08/04” (STJ – REsp 862.711-RJ [grifos nossos]).

[24](#) IF-AgR 506/SP e IF-AgR 2117/DF.

[25](#) “Os depósitos só podem ser levantados pela parte após o trânsito em julgado da sentença a ela favorável e a União só pode converter os depósitos em renda após transitar em julgado a sentença que lhe favorecer. Recurso provido” (STJ- REsp. 169.365-SP, grifos nossos).

“Somente após o trânsito em julgado da sentença da ação principal poderá ser feito o levantamento ou a conversão em renda da União do depósito efetuado para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário” (STJ- REsp 179.294-SP [grifos nossos]).

Igualmente: REsp 862.711-RJ e 577.092-SE.

[26](#) In: “O Processo Administrativo Fiscal”. Monografia. Rio de Janeiro, 2006.

[27](#) “Artigo 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:I – impugnação do sujeito passivo;II- recurso de ofício;III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.”

[28](#) Súmula 346: “A administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.”

[29](#) Súmula 473: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

[30](#) STF, Segunda Turma, HC 82.788/RJ, julgado, à unanimidade, em 12/04/2005 (grifos nossos).

[31](#) A qual encaminhou o referido anteprojeto de lei à apreciação do Ministro de Estado da Fazenda, através do Ofício n. 624/PGFN.PG, de 14 de março de 2007.

[32](#) STF-Pleno, MS n. 24.182-9-DF, rel. originário Maurício Corrêa, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes em razão do art. 38, IV, “b” do RISTF, julgado 12/02/2004, DJ, de 03/09/2004.

[33](#) RE nº 346.084-PR, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, publicado no DJU, de 01/09/2006.

[34](#) Como exposto pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, no item 21 de seu ofício n. 624/PGN.PG, de 14/03/2007.

[35](#) STJ – REsp nºs 642.281-PR; 132.616-RS; 205.301-SP; 7725-SP.

[36](#) Súmula 405: “denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

[37](#) Luiz Felipe Jordão e outros. Duplo efeito da apelação contra sentença que denega ordem de mandado de segurança. *Revista Síntese de Direito Civil e de Processo Civil*, vol. 6, nº 36, p. 64-67, jul/ago 2005.

“A propósito, o saudoso mestre e advogado manifestou que seu estudo ‘pretende rediscutir o tema para demonstrar que os recursos de apelação contra as sentenças não concessivas da ordem impetrada por mandado de segurança devem ser recebidos nos efeitos suspensivo e devolutivo e não apenas no efeito devolutivo com vem sendo hábito de parte do judiciário brasileiro, com repercussão insalubre aos direitos fundamentais, direitos esses que, nestas condições, ficariam submetidos à apreciação isolada dos juizes de primeiro grau, dando ao poder público causador do dano questionado de, por alguma forma, o consumir.” (p.64-65)

[38](#) Art. 12.

"Parágrafo único – a sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente."

[39](#) "Da decisão que recebe a apelação cível apenas no efeito devolutivo é lícito à parte pleitear, via agravo de instrumento, a antecipação dos efeitos da tutela recursal (efeito ativo) que consubstancia, em essência, a concessão de liminar que foi indeferida no juízo monocrático em sede de mandado de segurança, desde que, para isto, estejam presentes o perigo da lesão grave ou de difícil reparação e seja de fundamentação relevante" (TJAP, AI 1.379-11/2004, rel. Des. Luiz Carlos).

[40](#) "Constituindo o deferimento de pedido liminar decisão proferida em sede de cognição sumária, podendo ter natureza cautelar ou antecipatória, a sua posterior cassação sujeita o requerente à eficácia retroativa da decisão contrária. Assim, "denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária" (Súmula 405/STF). (STJ – REsp 675.192-MG [grifos nossos]).

"O provimento liminar, seja em sede de Mandado de Segurança, *seja por via de antecipação de tutela, decorre sempre de um juízo provisório*, passível de alteração a qualquer tempo, quer pelo próprio juiz prolator da decisão, quer pelo Tribunal ao qual se encontra vinculado. *A parte que o requer fica sujeita à sua cassação, devendo arcar com os consectários decorrentes do atraso ocasionado pelo deferimento da medida.* [...] Consectariamente, *retornando os fatos ao statu quo ante, em razão de ter sido cassada a liminar anteriormente deferida, cabe ao Fisco a cobrança do crédito tributário na sua integralidade, inclusive quanto aos encargos decorrentes da mora.*" (REsp 676.133-MG [grifos nossos]).

(*) Advogado. Mestre em Direito. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Sociedade Brasileira de Geografia.

Cidadania laboral

José Soares Filho (*)

Sumário: I. Introdução. II. Cidadania. conceito e evolução. 1. Conceito. 2. Evolução. III. Os fundamentos jurídicos constitucionais e internacionais da cidadania. 1. Cidadania laboral. IV. Conclusões. V. Referências.

I - INTRODUÇÃO

O trabalho sempre teve importância fundamental na existência do homem, sob múltiplos aspectos e por várias razões. Seja como meio de subsistência e, como tal, condicionante do ser humano, seja como fator de sua realização pessoal e de sua dignidade.

Desde tempos imemoriais constituiu causa de preocupação dos responsáveis pelo destino do homem e, dessa maneira, foi referido em registros de relevante valor e credibilidade entre os povos na Antigüidade.

Para regular a atividade laboral, de tanta significação para a vida humana, a ciência jurídica tem um ramo especializado, surgido na Era contemporânea, no bojo da Revolução Industrial, posto que o trabalho é fator da produção.

Trata-se do Direito do Trabalho, que se traduz em normas de origem estatal ou normas produzidas pelos agentes da economia no exercício da autonomia privada, mediante a negociação coletiva. Foi concebido para proteger o trabalhador da cruel exploração de que era vítima por parte dos empresários, compensando sua inferioridade econômica com sua superioridade jurídica em face destes – na feliz expressão da *Paul Pic*.

A liberdade de contratar, instituída pelo liberalismo no surto inicial do desenvolvimento do capitalismo, com a abstenção do Estado, fundava-se no princípio da igualdade jurídica. Ante a real desigualdade entre as partes, tanto do ponto de vista econômico, quanto do jurídico, resultou em profundo desequilíbrio nas relações entre o capital e o trabalho, gerando grave problema de ordem pública denominado “questão social”, o que provocou a intervenção es-

tatal nesse negócio jurídico, como meio indispensável para criar as condições mínimas de proteção e bem-estar para o trabalhador e sua família e, dessa maneira, restabelecer a paz social. Isso porque, como disse *Lacordaire*, “entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”.

O direito individual, editado para socorrer o trabalhador, cedo se revelou insuficiente para cumprir essa função, ante o enorme poder das empresas; e o contrato de trabalho resultou em mecanismo jurídico pouco eficaz para a emancipação do trabalhador, esvaziando-se em sua concepção protecionista.

Surge, então, entre os trabalhadores a convicção de que é necessário unir-se para que, desse modo fortalecidos, pudessem enfrentar o poderio do capital. É a consciência de classe. Nesse sentido, eles organizam-se em entidades de natureza privada, os sindicatos, competentes para representar e defender seus interesses de classe. E, através delas, procuram criar normas destinadas a regular suas relações de natureza profissional e a promover a melhoria de suas condições de vida, o que se opera mediante negociação com os empregadores. Nasce, assim, o direito coletivo do trabalho, que tem o caráter de uma autolegislação, supletiva da legislação de origem estatal, complementadora dos direitos por ela instituídos, os quais se restringem a garantias mínimas, que já não atendem às necessidades e justas aspirações da classe trabalhadora. Ela resulta de um poder centrado nos grupos, como fonte normativa direta, fruto da autonomia privada coletiva.

À época, os empregadores estavam organizados em nível internacional, constituindo empresas transnacionais, regidas por normas de comércio aplicáveis além dos limites geográficos dos países e operando num sistema de economia globalizada. Por conseguinte, os trabalhadores se vêem ainda em situação de desvantagem e inferioridade perante os detentores do capital, apesar da proteção que lhes é dispensada, tanto pelo direito individual, quanto pelo direito coletivo do trabalho. Imperioso se torna, pois, que se estabeleçam normas protetoras do trabalho com essa mesma amplitude, isto é, de âmbito supraestatal. Advém, destarte, a internacionalização do Direito do Trabalho, que tem como marcos importantes, em 1919, o Tratado de Versalhes e a criação da OIT, a qual tem como objetivos a criação e aplicação dessas normas.

A cidadania é um predicamento atribuído aos que compõem a sociedade, em condições estabelecidas no ordenamento jurídico estatal. Expressa-se em três classes de direitos: os direitos civis e políticos, que constituem um atributo dos indivíduos perante o Estado, conferindo-lhes o direito e o dever de participar da vida pública, e os direitos sociais, que representam dever do Estado em face dos indivíduos, de prover os meios de uma existência digna para eles.

A garantia desses direitos para os trabalhadores, com sua participação equitativa na sociedade, e, sobretudo, as ações do Estado voltadas para seu bem-estar e a melhoria de suas condições de vida, caracterizam uma noção peculiar de cidadania, ou seja, a cidadania laboral.

A internacionalização dos direitos constitui um fenômeno de nossa época muito significativo e de grande alcance para a humanidade, que repercute na conceituação de cidadania, dando-lhe nova feição.

O presente trabalho versa sobre a cidadania, que é analisada em seu conceito e sua evolução, bem assim em seus fundamentos jurídicos constitucionais e internacionais, com enfoque de sua relação com o trabalhador (cidadania laboral).

II. CIDADANIA: CONCEITO E EVOLUÇÃO

1. Conceito

Na Antiguidade clássica, especialmente a Grécia pós-socrática, a cidadania era inerente à vida pública, que também constituía parâmetro da ética e da moral. Platão e Aristóteles concebiam a ética unida à filosofia política, visto que, para um e outro, “a comunidade social e política é o meio necessário da moral”. (...) “O homem enquanto tal só pode viver na cidade ou *polis*; é, por natureza, um animal político, ou seja, social”. (VÁSQUEZ, 1996: p.241). Isso quer dizer que, para aqueles imortais filósofos (discípulos do venerável Sócrates), o cidadão era aquele indivíduo que participava da vida pública, dos negócios da *polis*, decidindo sobre os interesses da coletividade. Era a cidadania sob o aspecto político. Por outro lado, esta era restrita a uma minoria, ou elite, pois pressupunha uma estrutura social – como a da Grécia antiga –, na qual a maior parte da população, composta de escravos, era excluída da vida política.

Aliás, essa discriminação perdurou, institucionalmente, por longo período histórico, mesmo com a democracia formal da era contemporânea, que de início excluía do direito de voto consideráveis parcelas da população (v.g., os iletrados, as mulheres, os de menor poder econômico); e nem sequer cogitava dos direitos sociais, que são fruto de conquista mais recente, situada entre os fins do século XIX e os albores do século XX.

Em sua obra *A Política*, Aristóteles (1991: p.36), após afastar do conceito de cidadão os estrangeiros, os escravos, os menores, os idosos, os infames, os banidos, diz: “o que constitui propriamente o cidadão, sua qualidade verdadeiramente característica, (que) é o direito de voto nas Assembléias e de participação no exercício do poder público em sua pátria”. Mais

adiante, assinalando que a qualidade de cidadão varia de um lugar para outro, conforme o gênero do governo, afirma: "É cidadão aquele que, no país em que reside, é admitido na jurisdição e na deliberação"; e acrescenta ser "a universalidade deste tipo de gente, com riqueza suficiente para viver de modo independente, que constitui a Cidade ou o Estado" (ARISTÓTELES, 1991: p.36).

Muito posteriormente, com a Revolução Francesa de 1789, produziu-se uma declaração, que se tornou famosa e inspirou as Cartas Políticas subseqüentes. Trata-se da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, proclamada pela Assembléia revolucionária, sob o ideário de *liberdade, igualdade e fraternidade*.

Aquele célebre documento continha duas espécies de direitos que integram o conceito de cidadania, quais sejam: a) direitos civis: a igualdade perante a lei, a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão – estes três últimos, considerados direitos naturais e imprescritíveis do homem; direitos políticos: a participação na administração da coisa pública, especialmente sob a forma de fiscalização. Os direitos sociais vieram a ser contemplados posteriormente.

Como expressou René Cassin - citado por Almeida (2002: p.16) -, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, da ONU, retirou da declaração francesa de 1789 o que ela continha de universal, a saber, os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. "Foi mais longe ao proscrever todas as discriminações entre os membros da família humana, no que concerne ao gozo das liberdades fundamentais, (...). E proclama o direito de todo indivíduo a uma nacionalidade e o de todo perseguido a um asilo". A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 criou o moderno conceito de cidadão; a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 preserva esse conceito e amplia-o, ao reconhecer que a dignidade do ser humano surge com seu nascimento e acompanha-o, no decorrer de toda a sua existência, de modo inseparável e incondicional, independentemente de qualquer espécie de título, condição ou fator (ALMEIDA, 2002: p.16).

A cidadania pressupõe, desde os primórdios da civilização, especialmente a Idade Média, a participação nos negócios públicos, não apenas como um direito, mas também como uma obrigação (MARSHALL e TOM BOTTOMORE, s/a: p.25). Nesse quadro, os referidos autores distinguem:

1. os direitos políticos: sufrágio e qualificações para ser membro do Parlamento;
2. os direitos civis, com a jurisdição dependendo dos privilégios da profissão legal e, sobretudo, da possibilidade de pagar os custos da lide;
3. os direitos sociais, ditados pela comprovação dos recursos para sua aquisição.

Esse aparato combina-se para decidir não só quais os direitos que se reconheciam em princípio, mas também até que ponto se podia desfrutar na prática dos direitos reconhecidos (*Law of Settlement and Removal*).

Tais elementos têm posição temporal destacada, de modo que os direitos civis se situam no século XVIII, os direitos políticos, no século XIX e os direitos sociais, no século XX.

Segundo *José Alfredo de Oliveira Baracho* (1995 p.1ss), os homens passaram da condição de sujeitos para a de cidadãos: independência americana (1776), Revolução Francesa (1789). Não há cidadãos sem democracia e vice-versa (*Philippe Ardant*). Os indivíduos passam a ser o centro da sociedade, que se constitui pela justaposição deles e é formada em função deles, para permitir-lhes a felicidade.

Cada indivíduo tem uma identidade irredutível à de qualquer outro, que deve ser reconhecida e protegida pelo direito; “a primazia do indivíduo completa-se pela idéia de que todos os membros da sociedade são iguais por essência” (*BARACHO*, 1995: p.1). A igualdade de direitos é apenas teórica, assim como a igualdade política: os mais fortes sobrepõem-se aos mais fracos, criando desigualdades de fato e fazendo surgir uma sociedade desequilibrada; a democracia liberal é deformada e a abstenção do Estado é substituída por sua intervenção, a fim de reduzir as desigualdades de fato e preservar a democracia.

Surge, nas legislações, o reconhecimento de direitos concretos dos indivíduos, situados em seu contexto social e econômico. Daí, os direitos sociais e econômicos: direito ao seguro social, ao trabalho, ao lazer, à educação, à cultura, à greve; direitos de grupos - família, associações sindicais, por exemplo – que se apresentam como mediadores e intermediários entre o Estado e o indivíduo.

Ocorre a participação do cidadão no poder, pela tomada de posição concreta nos negócios do Estado (democracia indireta).

A liberdade é concebida como atributo do indivíduo e a autoridade, como prerrogativa do Estado. A liberdade é anterior ao Estado (direito natural), o qual deve reconhecê-la e tutelá-la. Para conciliar esse direito e essa prerrogativa, aparece a teoria da autolimitação do poder estatal.

A par disso, é necessário que se reconheçam ao cidadão os direitos de liberdade, ou direitos fundamentais, que constituem salvaguarda contra os abusos do poder. Os direitos fundamentais, inicialmente, têm uma concepção individualista (liberdade no Estado, característica

da contraposição Estado x indivíduo). Posteriormente, passam a ter um conteúdo social, com a introdução dos denominados direitos sociais. Temos direitos fundamentais em sentido formal e em sentido material (*JORGE MIRANDA, apud BARACHO, 1995: p.7*).

A universalização e a internacionalização dos direitos são um fenômeno interessante de nossos dias e de grande alcance para a humanidade, que repercute na conceituação de cidadania, dando-lhe nova feição.

“A cidadania, para sua efetivação plena, demanda múltiplas incursões sobre o conceito de garantia dos princípios constitucionais do processo” (*Baracho, 1995: p.9*). *Enrique Vescovi (apud Baracho, 1995: p.10)* diz que a matéria dos princípios constitucionais do processo vem acompanhada do desenvolvimento e consolidação desses princípios no âmbito latino-americano, de sua extensão e proteção em nível internacional, da vigência dos princípios supranacionais como regra geral de aplicação direta no direito interno e da menção dos novos princípios derivados das normas supranacionais.

Sublinha *Baracho (1995: p.14)* que a Constituição espanhola destaca “a atribuição de uma organização ou instituição internacional, com competências derivadas da Constituição (art. 93, CE) com ratificações de tratados comunitários”. E, reportando-se a *J. Richemont*, informa que algumas constituições consagram a submissão a órgãos jurisdicionais, poderes e autoridades, no que diz respeito a decisões dos tribunais supraestatais, com o direito dos cidadãos a recorrer a esses órgãos. Todavia, inexistente órgão jurisdicional algum como titular preferente ou exclusivo do poder jurisdicional (*U. SCARPELLI, apud BARACHO, 1995: p.14*).

A cidadania é, sobretudo, um predicamento da nacionalidade. Isso está implícito em nossa Constituição de 1988 (art. 12), a qual a declara fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, II) e dispõe ser de competência privativa da União legislar sobre a matéria (art. 22, XIII, da CF/88). Todavia, a universalização dos direitos humanos, a instituição de Mercados Comuns - com a integração não só econômica, mas também social dos habitantes dos países que os compõem - fazem surgir uma cidadania internacional, ou supranacional, que se sobrepõe à cidadania de feição puramente nacional. Aquela não elimina esta; pelo contrário, a cidadania supranacional completa a nacional, favorecendo o cidadão, que pode desfrutar dos direitos inerentes a uma e à outra. É o caso típico da reconhecida cidadania europeia, instituída pelo Tratado da União Europeia (Maastricht, 1992).

2. Evolução

Os direitos que consubstanciam a cidadania estiveram sempre presentes nas aspirações e na luta dos povos pela afirmação de sua dignidade e sua realização como pessoas. Numa primeira etapa surgiram os direitos civis, em seguida os políticos e, por último, os sociais.

Tais direitos foram, progressivamente, objeto das Constituições estatais, na proporção do desenvolvimento das respectivas nações, ligado ao aparecimento e à evolução da democracia. Quanto maior o grau de democratização de um povo, tanto mais amplos e substanciais seus direitos reconhecidos pela ordem jurídica.

T. A. Marshal (s/a: p.22 ss), tomando como parâmetro a situação da Inglaterra, estabeleceu três dimensões para a cidadania: a centrada nos direitos civis, surgidos no século XVIII; a fundada nos direitos políticos, que apareceram no século XIX; e a baseada nos direitos sociais, conquistados no século XX. Os direitos civis garantem a vida em sociedade; os direitos políticos, a participação no governo; e os direitos sociais, a participação na riqueza coletiva.

Direitos civis são os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. São eles que dão sustentação à convivência social civilizada e à própria existência da sociedade surgida com o capitalismo.

Os direitos políticos referem-se à participação do cidadão no governo da sociedade. Consistem, principalmente, na capacidade jurídica de votar e ser votado, organizar associações para fins lícitos e promover sua atuação. Têm como instituição principal os partidos e conferem legitimidade à organização política da sociedade.

Os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva, pelo usufruto de bens que se prestam à subsistência humana. Compreendem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à seguridade, dentre outros. Sua efetivação requer eficiência da administração pública (CARVALHO, 2002: p.10). Propicia às sociedades reduzir as desigualdades produzidas pelo capitalismo e garantir um mínimo de bem-estar para todos os seus membros, pelo que a idéia central em que se baseiam é a justiça social (CARVALHO, 2002: p.10).

Sua precedência é, por vezes, condição para o surgimento dos demais direitos, quebrando a seqüência cronológica de direitos apresentada por *Marshall* referindo-se à Inglaterra. É, por exemplo, o caso da educação popular, que se inclui entre os direitos sociais e tem sido historicamente um pré-requisito para a conquista dos outros direitos. O rápido desenvolvimento da cidadania em alguns países, como a Inglaterra, relaciona-se com a introdução da educação popular. "Foi ela que permitiu às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles" (CARVALHO, (2002: p.11).

Os direitos econômicos, sociais e culturais incluem-se na categoria de direitos da segunda geração. Sobre eles não dispunham os textos das Constituições políticas até o início do sé-

culo XX. Todavia, foi necessário dispensar-lhes tratamento próprio em nível constitucional, como garantia da cidadania, cuja efetividade requer o gozo desses direitos.

O estado de miséria sequer permite ao indivíduo ter a noção de cidadania e, muito menos, usufruir dessa condição. Observando que os direitos humanos são predicamentos da cidadania, adverte-se que ela é duramente sacrificada, ante a perversa violação deles pela ganância, pela volúpia mercenária do mercado financeiro e do mundo da economia, pela injusta concentração de renda em mãos de alguns, visto que esses fatores excluem do processo econômico produtivo enorme contingente de seres humanos, que carecem das mínimas condições de vida e dignidade (FERNANDES, 2002: p.14).

No Estado liberal, fundado no princípio da igualdade jurídica e no postulado liberal da não-intervenção nas relações econômicas e sociais, ocorrem circunstâncias que o obrigam a mudar sua postura político-ideológica no que tange a essa realidade. A desigualdade de fato entre os cidadãos, sob esse aspecto, cria uma situação insustentável – que se manifesta sob a denominação de “a questão social”, entendida como a penúria em que se encontra grande parcela da população, resultante da exploração do trabalhador pelo poder econômico. Tal circunstância obriga o Estado, no intuito de estabelecer um razoável equilíbrio nessas relações, a intervir nelas, especialmente as que dizem respeito ao mercado de trabalho.

O Estado liberal passa a exercer uma política econômica, como expressão concreta do liberalismo econômico, que tem relação com os direitos econômicos, v.g., a propriedade privada, o sistema da livre empresa, a economia livre do controle estatal. Essa ideologia inspira o tipo de Constituição que Ivo Dantas (1999: p.31) denomina de *Constituição Econômica do Estado Liberal*.

Ao Estado Liberal segue-se o Estado Social, que, segundo Ivo Dantas (1999: p.36), é em nossos dias a forma predominante de relacionamento entre o *político* e o *econômico*. Com o Estado Social, incorporam-se ao texto constitucional novos direitos, quais sejam os de caráter sócio-econômico. São modelos de planificação, conhecidos como “planificação democrática” (LATAILLADE, 1996: p.206s), que caracterizam o dirigismo estatal da economia.

Foi pioneira, a esse respeito, a Constituição mexicana de 1917, seguida pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, e outras, dentre as quais a de 1921 na Polônia e Iugoslávia, a Constituição espanhola de 1931 - observada a ordem cronológica.

As conseqüências dessa mudança representam uma revolução, ou transformação superestrutural (BONAVIDES, 1972: p.205), posto que atingem a estrutura do capitalismo, e se traduzem nas passagens da empresa de forma individual, para a coletiva, e da concorrência,

para o monopólio. “Essa nova realidade, que clama pela atuação do Estado para, principalmente, disciplinar a vida econômica em face do gigantismo dos monopólios, é agasalhada pelo Direito Constitucional dos países do Ocidente” (*TOSHIO MUKAI*, 1979: p.9).

III. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS DA CIDADANIA

Nesse novo quadro do constitucionalismo contemporâneo o fato econômico (com seu conteúdo social) é definitivamente elevado ao nível do Direito Constitucional (...) – assevera *Dantas* (1999: p.38). Isso decorre do comprometimento do econômico com o político, pelo qual se institucionalizaram os elementos daquele nas peças fundamentais definidoras deste, ou seja, nos textos constitucionais (*SOUSA*, 1980: p.441).

A constitucionalização dos direitos econômicos traduz a posição de relevância de que eles desfrutam na sociedade contemporânea, notadamente em face do processo de globalização da economia, em que as leis do mercado influem na vida humana em todos os seus aspectos e se sobrepõem a quaisquer outras formas de ordenamento das atividades sociais. Significa intervenção do Estado na ordem econômica, com o objetivo de limitar o direito de propriedade, condicionando-o ao interesse geral, frear o ímpeto da concorrência, evitando que ela, convertendo-se em monopólio, prejudique os legítimos interesses da maior parte da comunidade, bem como estimulando e dando suporte a empreendimentos econômicos em áreas estratégicas, geradores de serviços indispensáveis à coletividade e de responsabilidade do Poder Público, o qual, via de regra, não dispõe de recursos financeiros e tecnológicos para promovê-los.

Os constitucionalistas modernos, de um modo geral, assinalam a importância da inserção, nos textos constitucionais, de dispositivos atinentes aos direitos sociais, econômicos e culturais, o que constitui um avanço considerável no sentido da garantia de sua efetivação, sobretudo no caso de a Constituição, como a brasileira de 1988, declarar serem de aplicação imediata as respectivas normas (art. 5º, § 1º).

Canotilho (1997: p.432ss) analisa esses direitos sob o ponto de vista jurídico-constitucional, apontando quatro possibilidades de conformação jurídica deles: como normas programáticas, como normas de organização, como “garantias institucionais” e como direitos subjetivos públicos, denotando ser mais importante, em termos de eficácia, essa quarta possibilidade de positivação.

Paulo Bonavides (2001: p.520s) refere que os direitos da segunda geração – sociais, culturais e econômicos – “dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado”. E explica que “foram introduzidos no constituciona-

lismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século”.

Alexandre de Moraes (2002: p.655) cita *José Alfredo de Oliveira Baracho*, para quem a “relação entre Constituição e Sistema Econômico ou mesmo Regime Econômico, é freqüente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria econômica. Chega-se a falar que, ao lado de uma constituição política, reconhece-se a existência de uma Constituição econômica”.

José Afonso da Silva (1993: p.666) observa que a *ordem econômica* adquiriu dimensão jurídica com seu disciplinamento sistemático pelas Constituições. E explica que a atuação do Estado, dessa forma, “não é nada mais nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo”. Isso produz o efeito especial de impor condicionamento à atividade econômica, do que resultam os *direitos econômicos*, que dão o conteúdo da constituição econômica.

Celso Ribeiro Bastos (1995: p.377) destaca a freqüência com que as Constituições do século XX contêm disposições sobre a ordem econômica e, por vezes, a social. Assinala que nos Estados ocidentais, embora prevalecesse o sistema liberal de organização econômica, adotaram-se normas permissivas da intervenção estatal em certos domínios, v.g., o econômico, ante os profundos abalos que o atingiram, causados sobretudo por guerras e outras crises que afetaram a economia, os quais “levaram as Constituições a trazerem dispositivos traçando as linhas mestras da estruturação econômica do Estado”.

Raul Machado Horta (2002: p.253) assinala que “as regras constitucionais da Ordem Econômica exprimem nova concepção dos fundamentos da organização econômica, do exercício da atividade econômica e das funções do Estado nesse domínio”. Dá-se, então, a ruptura do constitucionalismo liberal, antecipada pela constituição do México, e “a inauguração do constitucionalismo moderno, precursor do constitucionalismo contemporâneo, sob novas inspirações”. Adiante, *Horta* (2002: p.259) traz a advertência de *Lucas Verdu* sobre os riscos de uma constitucionalização exagerada do modelo econômico, suprimindo a ação do legislador ordinário. Não só razões de ordem técnica desaconselham esse procedimento, mas também a imposição dos interesses de uma classe, grupo ou partido sobre os outros, que ele enseja, situação em que a Constituição “deixaria de ser obra de todos e os insatisfeitos com o modelo econômico adotado encontrariam o pretexto para não se integrarem na normalidade constitucional”.

A intervenção do Estado, através da Constituição, na ordem econômica, tem como objetivo preservar interesses sociais relevantes (alguns de ordem pública, tais como os trabalhistas

e os relativos à seguridade social). Esse é o entendimento de *Moreira Neto* (1996: p.344), que conceitua a ordem econômica como

a atividade administrativa que, através de um conjunto de atribuições de caráter ordinatório fiscalizador e sancionador, torna efetiva uma ordem legalmente imposta às atividades privadas no campo da economia, isto é, aos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas, visando a finalidades de interesse público pela correta realização dos princípios econômicos constitucionalmente adotados.

Corolário da proteção desses interesses é a efetivação da cidadania.

Por isso, nossa atual Constituição (art. 170) estabelece, como fundamentos da ordem econômica, a valorização do trabalho humano e a livre concorrência, e lhe indica, como fim, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

A cidadania goza no Brasil de garantia constitucional, sob seu tríplice aspecto: direitos civis, direitos políticos e direitos sociais.

Segundo a classificação das garantias constitucionais formulada por *José Afonso da Silva* (*apud PINHEIRO*, 2001: p.51), os direitos civis, individuais e coletivos, estão expressos nos princípios: da legalidade (art. 5º, II); da proteção judiciária ou da inafastabilidade do controle jurisdicional, o qual inclui o direito de ação e defesa e o direito ao devido processo legal (art. 5º, XXXV, LIV e LV); do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º XXXVI), que dizem respeito à estabilidade dos direitos subjetivos; do direito à segurança do domicílio (art. 5º, XI); da segurança das comunicações pessoais (art. 5º, IV e XII); da segurança em matéria penal (art. 5º, XXXVII a XLVII e LXXV); do direito de petição (art. 5º, XXXIV, *a*) ; do direito a certidões (art. 5º, XXXIV, *b*); do *Habeas Corpus* (art. 5º, LXVIII); do Mandado de Segurança individual (art. 5º, LXIX); do Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI), do *Habeas Data* (art. 5º, LXXII); do Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXX); do Mandado de Injunção coletivo (art. 5º, XXI); da Ação Popular (art. 5º, LXXIII).

Os direitos sociais consistem, segundo *Silva* (*apud PINHEIRO*, 2001: p.51), na tutela jurisdicional dos hipossuficientes (art. 114), assim como no direito de sindicalização e no direito de greve (arts. 8º e 9º). A esse elenco acrescenta-se o do art. 7º, que contém os principais direitos trabalhistas individuais, já regulamentados na Consolidação das Leis do Trabalho e legislação complementar.

As garantias dos direitos políticos, conforme *Silva* (*apud PINHEIRO*, 2001: p.51), são as pertinentes ao sigilo e à igualdade do direito de voto, que possibilitam o exercício direto da

cidadania, bem assim a Ação Popular, por cujo exercício o cidadão participa, de certa forma, na vida pública, desempenhando função fiscalizadora que, via de regra, é feita através de seus representantes nas Casas Legislativas, além de provocar a atividade jurisdicional visando à correção de nulidade de ato lesivo do interesse público.

Carla Pinheiro (2001: p.51) ressalta, como principal garantia dos Direitos Fundamentais, o dispositivo do § 1º do art. 5º da Constituição, que determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Diz ela que “essa declaração, acompanhada dos respectivos remédios jurídicos que visam a sua efetivação – como o Mandado de Injunção e a Ação Popular – formam um todo indissociável no sentido da concretização do texto constitucional, no que diz respeito aos Direitos Fundamentais”.

O conceito de cidadania está ligado ao de nação, ou Estado. É a Constituição política quem fixa os pré-requisitos para que alguém que habita o território do respectivo Estado seja reconhecido como seu cidadão.

Porém, fatores vários têm concorrido para mudança desse marco. “A crise do Estado-nação, o fenômeno da globalização, os processos de regionalização e a abertura de fronteiras colocam o conceito de cidadania diante de novos paradigmas”, como expressa *Joaquim Leonel de Rezende Alvim*, referido por *Fernanda Pedrosa* (2002: p.236) ao abordar a cidadania europeia. Trata-se de uma cidadania transnacional, cuja construção pressupõe direitos sociais garantidos por normas nacionais e supranacionais. “Nesse sentido, é possível conceber uma nova forma de articular o universal e o particular a partir da reorganização de direitos e espaços públicos estruturados em bases nacionais” (*PEDROSA*, 2002: p.237,). As referidas mudanças “têm recolocado em pauta o debate sobre o problema da cidadania, mesmo nos países em que ele parecia estar razoavelmente resolvido” (*CARVALHO*, 2002: p.13).

A alteração conceitual da cidadania decorre, também, da consagração dos direitos humanos e a exigência de seu cumprimento, em nível mundial.

A internacionalização dos direitos humanos significa sua adoção, de modo uniforme, pelos países que firmaram a respectiva declaração (a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU). Ela realiza a positivação das garantias fundamentais do ser humano, adquirindo, por força do costume internacional, a natureza de fonte do direito internacional com caráter obrigatório, apesar de não ser, propriamente, um tratado. A Declaração Universal representa, na dicção de *Norberto Bobbio* (1992: p.34), “a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”.

Em 1966 foi aprovado, também no seio da ONU (Comissão de Direitos Humanos), um tratado geral sobre o tema (direitos humanos), desmembrado em dois documentos, denominados *Pactos Internacionais de Direitos Humanos: o Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos* e o *Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. A relevância dada a esse tema por aquela máxima organização internacional relaciona-se à convicção de que, somente assegurando-se aos homens os direitos fundamentais, será possível uma convivência pacífica e equilibrada entre os atores do cenário internacional.

A grande importância desses documentos deriva do fato de consolidarem os direitos humanos como direitos positivados internacionalmente e aumentarem sua proteção, bem como iniciarem a instauração de medidas de implementação dos direitos a eles inerentes (JUBILUT, 2002: p.50). O *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* é um documento singular, visto que contém regras que criam obrigações de políticas públicas para os Estados, cabendo a estes sua efetivação. Os direitos por ele assegurados são: autodeterminação dos povos e liberdade de cada Estado de dispor livremente de suas riquezas naturais (artigo 1º); igualdade entre homens e mulheres (artigo 3º); trabalho livremente escolhido e capacidade para exercê-lo (artigo 6º); direitos trabalhistas - v.g., condições justas de trabalho (artigo 7º), sindicalização (artigo 8º) e previdência e seguro social (artigo 9º) -; alimentação, vestimenta e moradia (artigo 11); saúde física e mental (artigo 12); educação (artigos 13 e 14); e cultura (artigo 15). O que mais importa, agora, é a promoção dos meios concretos para implementação desses direitos, sem a qual seriam inócuos seu reconhecimento e sua proclamação.

Bobbio (1992: p.24) chama a atenção para a busca dos fundamentos possíveis dos referidos direitos, que só terá importância histórica se for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado; ou seja, os elementos necessários para sua efetivação.

Menciona Bobbio (1992: p.39s) as atividades até então implementadas pelos organismos internacionais, com vistas à tutela dos direitos do homem, consideradas sob três aspectos: *promoção, controle e garantia*. A *promoção* consiste em induzir os Estados à instituição ou aperfeiçoamento de tais direitos, seja no tocante à sua substância, seja no concernente aos respectivos procedimentos. A atividade de *controle* encerra um conjunto de medidas previstas para verificar se e em que grau as recomendações a seu respeito foram acolhidas e as convenções, respeitadas. Os mecanismos adotados com essa finalidade – ambos previstos nos dois *Pactos Internacionais de Direitos Humanos* de 1966 – são os *relatórios* que cada Estado signatário da convenção se compromete a apresentar sobre as providências que haja tomado para tutelar os direitos do homem, no âmbito de sua jurisdição, e as *comunicações*

mediante as quais denuncia o inadimplemento, por parte de outro Estado, de suas obrigações a eles pertinentes. Tal sistema de controle assemelha-se ao adotado, com significativo sucesso, pela OIT no tocante à aplicação das convenções e recomendações aprovadas, em seu seio, pela Conferência Internacional do Trabalho. A *garantia* dos direitos do homem compreende a organização de uma autêntica tutela jurisdicional em nível internacional, que substitua a nacional quando insuficiente.

Esse tipo de garantia – aduz *Bobbio* (1992: p.40s) – foi previsto pela *Convenção Européia dos Direitos do Homem* (firmada em Roma em 4.11.50 e em vigor a partir de 3.9.53), para realizar-se através do procedimento das demandas individuais perante a *Comissão Européia dos Direitos do Homem*. Só haverá legítima tutela internacional dos direitos do homem “quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia *dentro* do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia *contra* o Estado”.

Constata *Bobbio* (1992: p.83 e 64) enorme defasagem entre a amplitude dos debates sobre os direitos do homem e a limitação com que se processa sua efetiva proteção nos Estados e no sistema internacional. E adverte que já estamos demasiadamente atrasados com relação às medidas dessa natureza, que vêm ao encontro de grande aspiração dos homens de boa vontade. Urge, pois, não perder mais tempo.

Os princípios e normas estabelecidos naqueles importantes instrumentos, dado seu caráter universal e uniforme, constituem a base teórica e os pressupostos de uma cidadania universal, ou supranacional.

1. CIDADANIA LABORAL

O quadro dos direitos fundamentais experimentou, na Era Contemporânea, sobretudo com o advento do Estado Social, uma expansão, ao incorporar a proteção de novos interesses e bens na perspectiva de os indivíduos ampliarem seus espaços de igualdade e de liberdade.

A esse respeito, os textos constitucionais modernos⁴ atribuem aos trabalhadores direitos tipificados como fundamentais, que não apenas impedem a interferência dos poderes públicos, mas também criam a expectativa de prestações cuja satisfação requer o desenvolvimento sócio-econômico e medidas políticas, que podemos enquadrar no conceito de direitos de cidadania de terceira geração. Tal fato, na feliz expressão de *Fernando Valdés dal Ré* (2002: p.40), “muda a tradicional morfologia dos direitos fundamentais”, constituindo eles – os direitos sociais – uma “subcategoria de direitos fundamentais”, como característica do Estado Social e Democrático de Direito. Ora, neste as constituições não se restringem a um pacto para limitação do exercício do poder político, mas são também um pacto que presta-

belece um programa de ação política visando à promoção da igualdade e do bem-estar dos cidadãos (*DAL RÉ*, 2002: p.40).

Há, então, direitos fundamentais, que por sua natureza são universais, indisponíveis e estabelecidos por regras gerais e abstratas. Eles aplicam-se aos cidadãos de um modo geral e, com especialidade, aos trabalhadores, eis que os princípios do Direito do Trabalho – que integram os direitos fundamentais – “estão compreendidos entre os princípios gerais de direito, como subespécies daqueles, dando a tônica desse especial ramo da ciência jurídica”(SOARES Fº, 2002: p.165). Por seu caráter de universalidade, requer-se que sejam atribuídos igualmente a todos os trabalhadores. Gozam de indisponibilidade, a qual impede que eles estejam ao sabor da autonomia privada, isto é, não admite que sejam constituídos, modificados ou extinguidos por meio de atos jurídicos singulares dotados de força obrigatória (contratualização). Constam de normas supra-ordenadas, não sujeitas ao princípio da hierarquia normativa nem ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

No tocante aos trabalhadores, essa categoria (ou subcategoria, segundo *Dal Ré*, 2002: p.40) de direitos fundamentais transcende os espaços nacionais, porquanto eles são consagrados em declarações universais que se dirigem à comunidade internacional e cujos princípios integram os ordenamentos jurídicos dos países que a compõem.

Sob essa ótica, admite-se uma cidadania universal, ou transnacional, de natureza laboral, que se funda, precipuamente, na Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, adotada na 86ª reunião de sua Conferência Geral, realizada em Genebra em 18.6.98. São eles:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil;
- d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Como justificativa da Declaração, a OIT considera que:

- a) a justiça social é essencial para garantir uma paz universal e permanente;
- b) o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, o que confirma a necessidade de que a OIT promova políticas sociais sólidas, a justiça e instituições democráticas;
- c) a OIT deve hoje, mais do que nunca, mobilizar o conjunto de seus meios de ação normativa, de cooperação técnica e de investigação em todos os âmbitos de sua competência, e, em particular, no âmbito do emprego, da formação profissional e das condições de trabalho, a fim de que na esfera de uma estratégia global de desenvolvimento econômico e social as

políticas econômicas e sociais se reforcem mutuamente com vistas à criação de um desenvolvimento sustentável de ampla base;

d) a OIT deveria prestar especial atenção aos problemas de pessoas com necessidades sociais especiais, em particular os desempregados e os trabalhadores migrantes, mobilizar e estimular os esforços nacionais, regionais e internacionais encaminhados à solução de seus problemas, e promover políticas eficazes destinadas à criação de emprego;

e) com o objetivo de manter o vínculo entre progresso social e crescimento econômico, a garantia dos princípios e direitos fundamentais no trabalho reveste-se de uma importância e um significado especiais, ao assegurar aos próprios interessados a possibilidade de reivindicar livremente e em igualdade de oportunidades uma participação justa nas riquezas, para cuja criação têm contribuído, assim como a de desenvolver plenamente seu potencial humano;

f) numa situação de crescente interdependência econômica urge reafirmar a permanência dos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição da Organização, assim como promover sua aplicação universal.

Explica *Oscar Ermida Uriarte* (2001: p.45) que

o conceito de cidadania não se esgota na tradicional noção jurídica constitucional, de pertencer a um Estado, com direitos e obrigações políticas. Já neste plano, a cidadania supõe um processo de participação da qual ela é o resultado e a qual ela retroalimenta e nessa medida constitui um componente básico de uma democracia forte. Isto se deve, entre outras razões, a que, sendo um "status" reconhecido aos que participam, supõe reconhecer a igualdade de tais participantes e sua inclusão no sistema político da comunidade.

Percebe *Uriarte* (2001: p.46), nesse ponto, uma segunda noção de cidadania: "a de cidadania laboral ou sindical, que supõe a efetiva participação dos trabalhadores enquanto tais - já não apenas enquanto indivíduos abstratos". No terreno das relações de trabalho, pois, o exercício da cidadania requer a participação dos obreiros no respectivo processo, em suas diversas manifestações.

Desse teor é o pensamento de *Eneida Melo C. de Araújo* (2002: p.24, 311, 313, 316 e 319), segundo o qual o trabalho humano e seu exercício constituem expressão da cidadania. Ela considera viável a unidade entre o trabalho e a cidadania, como elementos indissociáveis, e assevera que a existência de trabalho e o respeito à cidadania espelham a conduta democrática do Estado de Direito. Assinala que a cidadania requer não apenas o direito de participação política, mas também o de acesso ao trabalho e segurança nele. E cita *Josecleto Pereira*, para quem o sindicalismo pode concorrer para o exercício da cidadania, na medida em

que sua atuação pode ser direcionada para modificar os padrões de vida dos trabalhadores sob os aspectos social e econômico. Segue afirmando que a mobilização para o atendimento das necessidades sociais, em que se inserem as de natureza trabalhista, “materializa a cidadania”.

Prossegue *Uriarte* (2001: p.46), explicando que as duas concepções de cidadania a que se refere se circunscrevem ao Estado nacional e a um sistema nacional de relações trabalhistas. E que surge uma terceira dimensão da cidadania, ajustada ao nível regional, quando um grupo de Estados constitui uma comunidade regional, caso em que os sistemas de relações de trabalho começam a conviver com um novo sistema regional dessa ordem. É o que ocorre na União Européia, “em que se conceptualiza uma nova *cidadania européia*, além da tradicional e laboral – ambas nacionais”. Esta cidadania, comunitária ou regional, “reproduz e reformula as anteriores a nível internacional”;

...manifesta-se politicamente no Parlamento Europeu, e socialmente em instrumentos tais como a Carta Social Européia e a Carta de Direitos Fundamentais dos Trabalhadores da Comunidade Européia, o diálogo social europeu, a negociação coletiva européia e a participação nas empresas de dimensão comunitária.

Uriarte (2001: p.46) diz que a importância desta dimensão “comunitária” da cidadania surge ante o processo da globalização, que tem como efeito, dentre outros, o de “afastar cada vez mais as fontes de poder econômico da esfera de ação dos governos nacionais, razão pela qual a preservação real da democracia requer sua extensão ao nível internacional, e a da cidadania social requer uma re-regulação internacional”.

Por isso – conclui *Uriarte* (2001: p.46) -, “os processos de integração avançados (...), requerem o desenvolvimento de sua dimensão social, não só para prevenir e ‘governar’ os efeitos sociais da integração, mas também para realizar efetivamente os direitos da cidadania em suas principais manifestações”.

Em suma, entende-se que, no plano dos Mercados Comuns regionais, a integração pressupõe uma importante dimensão social, que respalda uma cidadania laboral em nível regional.

Iç. **CONCLUSÕES**

1. O Direito do Trabalho tem como finalidade precípua estabelecer um justo equilíbrio de interesses entre os fatores da produção, de que dependem a paz social e o verdadeiro progresso humano. Para isso, dispensa proteção à parte mais frágil nessa relação, o trabalhador, de modo a compensar sua inferioridade econômica com sua superioridade jurídica, frente ao empregador.

2. Essa tutela efetuiu-se primeiramente no plano das relações individuais de trabalho, com as legislações nacionais protetivas do trabalhador como parte num contrato individual de trabalho; depois se estendeu à esfera das relações coletivas, através de normas produzidas pelas categorias profissionais e econômicas, em negociações coletivas patrocinadas pelos respectivos sindicatos; e, por último, alcançou o nível mundial, com a internacionalização do direito do trabalho.
3. A cidadania é uma qualidade atribuída aos indivíduos pelo sistema jurídico do Estado, ou de uma comunidade de Estados, que gera para eles direitos e prerrogativas inerentes à sua dignidade e que se constituem fatores de sua realização pessoal.
4. A garantia do direito relativo à cidadania, na sociedade contemporânea, consta de normas constitucionais de aplicação imediata, bem como de instrumentos internacionais que consagram os direitos fundamentais do ser humano.
5. A cidadania plena requer a efetivação dos direitos políticos, civis e sociais. Para alcançar esse objetivo impende se disponibilizem aos cidadãos os meios hábeis, com os quais eles possam exercer os direitos políticos e os civis e usufruir os direitos sociais, que dependem de medidas governamentais destinadas à promoção do desenvolvimento econômico com justiça social. Incumbe ao Estado tomar as providências necessárias à implementação dessas condições. Dentre os beneficiários desses direitos, especialmente os sociais, destacam-se os trabalhadores; daí por que essa circunstância caracteriza a denominada “cidadania laboral”.
6. A cidadania traduz-se pela aptidão de usufruto dos direitos humanos fundamentais. Assim, na medida em que esses direitos se internacionalizam, tornando-se comuns às diversas nações, conseqüentemente a cidadania adquire foro internacional, ou supranacional. Esse raciocínio vale, especificamente, para os direitos do trabalho, ensejando a concepção de uma cidadania laboral em dimensão mundial.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Guilherme Assis de: *A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: Matriz do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)*. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de, PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coord.): *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Atlas, 2002, p.14-23.
- ARAÚJO, Eneida Melo Correia de: *AS RELAÇÕES DE TRABALHO - Uma Perspectiva Democrática*. São Paulo :LTr Edit., 2002.

- ARISTÓTELES: *A Política*. Trad.: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1991. Trad. de: *La Politique*.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira: *Teoria Geral da Cidadania – A Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BASTOS, Celso Ribeiro: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 16ª ed., 1995.
- BOBBIO, Norberto: *A era dos direitos*. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992. Trad. De: *L'età dei Diritti*.
- BONAVIDES, Paulo: *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 3ª ed., 1972.
- _____: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997.
- CARVALHO, José Murilo de: *CIDADANIA NO BRASIL – O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- DAL RÉ, Valdés: *Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*. In: XVII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 9, Montevideo. LIBRO DE INFORMES GENERALES. Montevideo: Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2002. p. 37-160.
- DANTAS, Ivo: *Direito Constitucional Econômico – Globalização e Constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.
- FRANCO Fº, Georgenor de Sousa Franco: *Globalização e desemprego: mudanças nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr. 1998.
- HORTA, Raul Machado: *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- JUBILUT, Liliana Lyra (2002): *Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966)*. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de, PERRONE-MOISÉS, Cláudia (coord.): *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 39-51.
- LATAILLADE, Iñigo Caverio, Rodríguez, Tomás Zamora: *Introducción al Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Universitas, 1996.
- MARSHALL, T. H., BOTTOMORE, Tom: *Ciudadanía y Clase Social*. Versión de Pepa Linares. Alianza Editorial, (s/a).
- _____: *Ciudadanía y Clase Social. Cuarenta años después*. Alianza Editorial, (s/a).
- MORAES, Alexandre de: *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 11ª ed., 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MUKAI, Toshio: *Participação do Estado na Atividade Econômica – Limites Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro: *Compêndio de direito sindical*. 2ª ed. São Paulo. LTr, 2000.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim: *Flexibilização do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr Edit., 1991.

PINHEIRO, Carla: *Direito internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

POLÔNIO, Wilson Alves: *Terceirização. Aspectos legais, trabalhistas e tributários*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000.

RODRÍGUEZ, Américo Plá: *Princípios do Direito do Trabalho*. Trad.: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr Edit., 2000. Trad. de: *Los principios del derecho del trabajo*.

SANTOS, Milton: *Por uma outra globalização – do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

SOARES FILHO, José: *A Proteção da Relação de Emprego – análise crítica em face de normas da OIT e da Legislação nacional*, São Paulo: LTr Edit., 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de: *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

VÁSQUEZ, Adolfo Sanchez: *Ética*. Trad.: João Dell’Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996. Trad. De: *Ética*.

Artigos, capítulo de livro

FERNANDES, Eliseu: *Ética, globalização e direitos humanos*. In: Revista da A M B Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro, ano 5, nº 12, p.14-16, 2º semestre 2002.

MELO, Ana Lúcia de Almeida e: *O princípio de Proteção do Trabalhador e o Direito do Trabalho*. In: RÜDIGER, Dorothee Susanne, Tendências do Direito do Trabalho para o século XXI, São Paulo: LTr Editora Ltda., 1999, p. 273-285.

PÉDROSA, Fernanda: *Justiça e Emancipação*. In: Revista da AMB Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro, ano 5, nº 12, p. 236-237, 2º semestre de 2002.

SOARES FILHO, José: *Estabilidade*. In: VOGEL NETO (coord.): *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 381-402.

SÜSSEKIND, Arnaldo: *A globalização da economia e o confronto entre os neoliberais*. Revista da EMATRA, ano I, n. 1. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. p.13-14.

URIARTE, Oscar Ermida: *La ciudadanía laboral en el MERCOSUR*. In: SILVA, Diana de Lima e, PASSOS, Edésio (coord.): *IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO – Relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa*. São Paulo: LTr Edit., 2001, p.44-69.

Congresso

XVII CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, 9, Montevideo. LIBRO DE INFORMES GENERALES. Montevideo: Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2002. p. 37-160.

¹ A Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece (art. 1º, IV), como um dos fundamentos da República, o princípio do valor social do trabalho, que consubstancia a *ciudadania laboral*.

² O caráter de universalidade dos direitos fundamentais pertinentes aos trabalhadores decorre, segundo Eneida Melo C. de Araújo (2002: p. 35 e 168), do fato de constarem de convenções oriundas da OIT adotadas por inúmeras

ros países, as quais concorrem para a harmonização de preceitos fundamentais concernentes às relações de trabalho.

(*) Juiz do Trabalho, Professor da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região (Recife), Sócio fundador do Instituto Pernambucano de Direito do Trabalho; sócio efetivo do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, sócio efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB); membro efetivo do Instituto dos Magistrados do Brasil (IMB).

A garantia do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais como limite ao legislador

Luis Eduardo Anesclar(*)

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Remissão dos Direitos à Lei Parlamentar. 3. Restrições ao Poder de Legislar. 4. A Configuração e Interpretação dos Direitos pelo legislador e poderes públicos. 5. Considerações finais. 6. Bibliografia consultada.

1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988 que reinstaurou o sistema democrático, acolhe no seu título segundo um amplo catálogo de direitos fundamentais e desde este momento se tem assumido a teoria constitucional do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tanto no nível doutrinal como no jurisprudencial¹

Não obstante, tal assunção e a proteção jurisdicional dos direitos não tem ido acompanhadas de um desenvolvimento legislativo acorde, o que provocou que a efetiva garantia dos mesmos esteja realizando sem a necessária cobertura legislativa.

Obviamente, a recepção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira tem-se realizado da compreensão que os mesmos têm no seio de um Estado Social e democrático de Direito. Que, entre outras coisas, faz dos mesmos não só direitos públicos subjetivos senão também, e, portanto limite dos poderes públicos, e também, referência que marca a atuação de ditos poderes e se ativa a intervenção para promover o cumprimento das condições básicas de seu exercício. Por isso, o art. 3º da Constituição brasileira declara como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalidade e, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Através destes objetivos considerados como fundamentais, a Constituição brasileira acolhe, efetivamente, o princípio do *Estado social*. O dito se confirma com o estabelecido no art. 5º, quando declara que todos os brasileiros e estrangeiros são iguais ante a lei. Também o referido artigo declara que o Estado brasileiro dotará de garantias aos sujeitos antes menciona-

dos contra a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade.

Dados os objetivos e fundamentos acolhidos na Constituição brasileira, será preciso levar a cabo uma interpretação dos direitos fundamentais acorde com os citados princípios e que evidentemente, constituirão um referente interpretativo ao momento de fixar qual é o conteúdo essencial de cada um dos direitos constitucionalmente protegidos², dotando, além disso, de uma projeção coletiva ao exercício dos direitos que transcende sua titularidade individual ao ser um instrumento a mais da realização de valores constitucionais destinados transcender os interesses individuais a favor da coletividade (cf. PRIETO SANCHÍS, 1990, p. 83-84).

2. Remissão dos Direitos à Lei Parlamentar

Neste contexto, o conteúdo mínimo dos direitos deverá ser assumido como um limite para o próprio legislador ao momento de levar a cabo uma concreção normativa dos citados direitos³, o qual é de especial importância máxime quando a Constituição estabelece uma reserva de lei parlamentar para o desenvolvimento normativo dos direitos, definida como o instrumento de regulação⁴. Em concreto, a competência do Parlamento para o desenvolvimento dos direitos deve realizar-se através da lei complementar, prevista no art. 59 da Constituição brasileira, junto ao resto de tipos normativos que conforma o sistema de fontes brasileiro⁵.

Porém, a aplicação deste princípio depende de uma maior autonomia dos Estados federados relativamente de suas competências, que ainda radicam de forma centralizada no Governo central. A descentralização, em princípio, poderá abrir um espaço de maior proteção aos direitos fundamentais do ponto de vista federal. Isto terá como consequência, a transferência de competências do Governo central aos Governos dos Estados federados.

O funcionamento adequado do federalismo dará uma ampla margem no nível nacional para a proteção dos direitos fundamentais e, além disso, fará efetiva a normatividade da Constituição.

Assim, resulta complexo o jogo da eficácia normativa quando existe uma distancia entre o poder e a sociedade, em consideração à teoria de "Häbermas". Este espaço vazio impede a realização dos direitos fundamentais pela ausência de uma comunicação entre sociedade e direito.

Por isso, se podem gerar subclasses de direitos orientados e vinculados às relações sociais e institucionais mais próximas e com uma considerável apelação aos Direitos Humanos. Esta

situação tem como responsáveis às elites que intermediam na relação entre Estado e grupos sociais, e que vão camuflar os direitos individuais. Portanto, os interesses da classe dominante na sociedade são os que predominam em detrimento dos interesses suscitados para o fomento dos princípios do Estado social e de Direito.

O ato de configurar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais implica o respeito ao Estado de Direito e à Constituição. Não basta só a declaração de Direitos na Constituição, pois é importante a configuração do conteúdo essencial de cada direito. Desta forma, uma vez fixado o conteúdo essencial de cada direito, os poderes do Estado e da Administração Pública, poderão atuar nos limites estabelecidos pelo legislador democrático⁶.

3. Restrições ao Poder de Legislar

As restrições à potestade legislativa podem ser concebidas como constitucionais. Tais restrições à potestade legislativa, são partes da regra que confere autoridade para legislar e têm vital interesse para os tribunais, porque estes utilizam tal regra como critério para decidir sobre a validade dos atos pretendidamente legislativos que chegam a seu conhecimento.

Estas restrições são necessárias para a criação de um direito válido. Esta limitação não significa a desobediência nem tampouco se estará transgredindo regras de nenhum legislador superior, tampouco se estará violando um dever jurídico.

As limitações jurídicas à autoridade legislativa, não se podem considerar como imposições ao legislador, nem tampouco implica a obediência a algum legislador superior, senão que sua habilitação está nas competências e nas regras preestabelecidas que o facultam para legislar (BALAGUER CALLEJÓN, 2001, p. 96). Porquanto que, a existência dum sistema jurídico independente não significa que o legislador supremo seja juridicamente ilimitado ou que não obedeça a nenhuma outra pessoa. Desta maneira as regras que habilitam ao legislador não devem conferir autoridade superior a quem têm também autoridade sobre outro território.

Efetivamente, o fato de que o legislador não esteja submetido a outra autoridade estrangeira não significará que tenha poderes ilimitados dentro de seu território (HART, 1961, p. 82-88).

4. A Configuração e Interpretação dos Direitos pelo legislador e poderes públicos

A força normativa da Constituição dependerá dos intérpretes constitucionais, e em especial do legislador que deve desenvolvê-la. As jurisdições ordinária e constitucional são as garantias contra a vulneração dos direitos. Para isso, é fundamental uma visão aberta da Consti-

tução, para que a mesma seja aplicada com uma margem ampla de interpretação, independentemente de que a interpretação esteja sujeita aos limites pela hermenêutica constitucional.

Pese à dificuldade interpretativa, se deve ter em consideração os preceitos que consagram os direitos fundamentais, os quais contam com ideias que servem como fio condutor para a interpretação. A posição preferente que tem os direitos fundamentais na ordem constitucional, a tendência expansiva e a dimensão institucional que possuem dentro do ordenamento constitucional, requer uma interpretação ampla, para que a aplicação pelos órgãos jurisdicionais e constitucionais, mantenha a normatividade da Constituição (PÉREZ TREMPs, 2001, p. 121).

O modelo de Estado interfere no poder normativo que se desprende da Constituição sobre os direitos fundamentais². Nas democracias é necessária a interpretação aberta da Constituição e sua publicidade, dentro dos levantamentos que faz “Häberle” e “Habermas”. A vontade constitucional, a consciência da norma fundamental e a necessidade básica para a garantia das liberdades cidadãs e de seus direitos civis estão dentro da ótica de “Lucas Verdú” e “Kelsen”.

Os direitos fundamentais são os parâmetros e o suporte material básico imprescindível ao momento de realizar uma esmerada interpretação da Constituição e do ordenamento jurídico. O conteúdo substancial da Constituição configura os direitos fundamentais e é imprescindível dizer que o ordenamento jurídico deve interpretar-se no marco traçado pela Constituição. Isto faz que a interpretação no ordenamento jurídico, em boa medida, se deve levar a cabo tendo como base os direitos fundamentais (PÉREZ TREMPs, 2001, p. 122).

A submissão dos poderes públicos e da administração ao Direito é a garantia para a existência do ordenamento jurídico. Também a força normativa da Constituição atuará para que a submissão dos poderes públicos ao Direito se estabeleça a partir do princípio do Estado de Direito e da democracia. Esta submissão será o meio de defesa, pois os direitos fundamentais constituem num plano jurídico objetivo, as normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências na esfera jurídica individual (cf. CANOTILHO, 1995, p. 541).

Porém, a tarefa de concretizar os limites corresponde ao legislador dos direitos fundamentais, tendo em consideração que é uma tarefa típica de regulação. O legislador não é livre para tal atuação, pois a Constituição traça os limites que o habilita. Não podendo invadir, o que se denomina em alguns ordenamentos jurídicos como o espanhol, o conteúdo essencial do direito (art. 53 CE) (PÉREZ TREMPs, 2001, p. 135-126).

Portanto, o conteúdo essencial do direito dependerá da reserva de lei que a Constituição determina⁸.

A Constituição brasileira garante no art. 5º, XXII o direito à propriedade e no inciso XXIII, a limita para que a mesma tenha uma finalidade social⁹. A função social é um interesse que não pode coincidir com o direito do proprietário e que em todo caso, é estranho ao mesmo. Por isso, se pode constituir um princípio ordenador da propriedade privada e fundamento da atribuição deste direito, de seu reconhecimento e de sua garantia, incidindo sobre seu próprio conteúdo (cf. AFONSO DA SILVA, 1996, p. 274). A limitação na propriedade segue no inciso XXIV do art. 5º, ao estabelecer a reserva de lei para o procedimento de expropriação¹⁰. Ainda assim, o inciso XXV do citado artigo, determina a autoridade competente para fazer uso da propriedade particular nos casos de iminente perigo público. No referido inciso, abre-se a oportunidade para a intervenção na propriedade, sem prévia lei que estabeleça a autoridade competente. Quem será essa autoridade competente?

À falta de lei que especifique a autoridade competente, pensamos que a propriedade em todos seus conceitos possíveis, poderá ser utilizada pela administração pública sem que exista uma autoridade competente determinada para isso. Desta forma, estamos ante um vazio legal que deve ser complementado pela lei. Neste caso, a lei complementar deveria especificar ao Governo como autoridade competente. Por isso, os Governos das esferas federal, estadual e municipal deverão ser as pessoas indicadas como competentes para a intervenção na propriedade privada, com o fim de impedir os abusos a direitos por parte dos demais poderes públicos.

5. Considerações finais

A atividade legislativa infraconstitucional deverá limitar-se ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente. Ainda que o Parlamento exerça democraticamente essa atividade, o Estado de Direito, os Direitos fundamentais e a Constituição apresentam-se como seus limites ao momento de configurar um Direito. Desta forma, o legislador infraconstitucional não poderá reduzir o conceito de qualquer direito fundamental que a Constituição garante, senão regulá-lo.

Esta proteção se potencializa através da forma federal do Estado brasileiro, cujo ordenamento jurídico se apresenta de forma escalonada e plural, que requer a descentralização de competências aos Estados federados. Enquanto que, no âmbito da União federal, a competência se limitará na configuração dos Direitos e sua proteção, garantindo-se a efetividade das normas constitucionais aos demais Poderes e Administração pública.

Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros. São Paulo. Brasil. 1996
- ALVES CANUTO, E. M^a. e FARIAS VLACH, V. R. A Desapropriação Como Forma a Preservar a Função Social da Propriedade e Ordenar a Ocupação do Espaço Urbano Brasileiro. <http://www.igeo.uerj.br/VICBG-2004/Eixo1/e1%20268.htm>. Extraído da internet em 21/07/2005.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Derecho Constitucional*. Vol. II. Tecnos. Madrid. Espanha. 1999.
- _____. F. *Capacidad Creativa y Límites del Legislador en Relación con los Derechos Fundamentales. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos*. CEDECS. Coord. APARICIO PÉREZ, M. A. Barcelona. Espanha. 2001.
- G. CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional. Almedina. Coimbra. Portugal. 1995
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena. *Análisis del Contenido Esencial de los Derechos fundamentales*. Comares. Granada. Espanha. 1996.
- HÄBERLE, Peter. *La Garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*. Tradução: B. CAMAZANO, J. Dykinson. Madrid. Espanha. 2003.
- HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. B. Aires. Argentina. 1961.
- OLIVEIRA TAVARES, Geovani de. O Direito Fundamental de Resistência do Movimento dos Sem-Terra. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Coord. GUERRA FILHO, W. S. Livraria do Advogado. Porto Alegre. Brasil. 1997.
- PÉREZ TREMP, Pablo. *La interpretación de los Derechos Fundamentales*. Em: *Estudios de Derecho Constitucional*. Coord. LÓPEZ GUERRA, L. Guerra. Tirant lo Blanch. Valencia. Espanha. 2001.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. *Estudios Sobre Derechos Fundamentales*. Debate. Madrid. Espanha. 1990.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis. *Reserva de Ley y Constitución*. Dykinson. Madrid. Espanha. 1994.

¹ A garantia do conteúdo essencial procede do constitucionalismo alemão, onde se incorporou o art. 19.2 GG, tendo seu precedente doutrinal no período de entreguerras. Durante a vigência da Constituição de "Weimar", as habilitações ao legislador por meio de reserva de lei, o converteram em dono absoluto da instituição ou o direito que devia desenvolver. De tal maneira que o legislador podia dispor livremente da instituição ou o direito, com consequências claramente contrárias à Constituição, bem porque não desenvolvera o preceito constitucional, bem porque o fizera de maneira desconforme com os princípios constitucionais. Como meio de vincular o legislador a esses princípios constitucionais surge a teoria da garantia institucional de "Carl Schmitt", considerada geralmente o precedente da garantia do conteúdo essencial. Esta doutrina não era aplicável aos direitos fundamentais como tais, senão a determinadas instituições que deviam considerar-se mais além da vontade de configuração do legislador no sentido de que este não podia chegar a suprimi-las. No mesmo sentido, porém por referências já aos direitos fundamentais, as teses, menos conhecidas de "Hensel", se podem considerar o imediato precedente da garantia do conteúdo essencial, por mais que não utilize expressamente essa fórmula. Em efeito, este autor critica os questionamentos de "R. Thoma", para quem através das reservas de lei estabelecidas na Constituição de Weimar muitas

normas referentes a direitos fundamentais passaram de ter força constitucional a ter mera força legal, esvaziando-se às vezes de conteúdo. Para “Hensel”, pelo contrário, a reserva de lei devia de pôr-se em conexão com os valores essenciais inerentes à Constituição. Nesse sentido, quando o legislador faz uso da reserva de lei tem que respeitar necessariamente os princípios referentes aos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, sem que esses valores possam ficar afetados. (BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 273-274; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, 1996, p.169).

2 Para “Häberle”, determinar constitucionalmente a obrigação do legislador (o que é o mesmo, da maioria) de respeitar um conteúdo mínimo na regulação do exercício dos direitos é determinar também a obrigação do legislador respeitar o pluralismo, de submeter-se a regras na sua ação política. Para isso, a normatividade da Constituição e a garantia do conteúdo essencial aparecem assim estreitamente conectadas, por quanto a garantia do conteúdo essencial só é possível se, se parte da submissão do legislador às normas constitucionais, que atuam como limite de sua capacidade de decisão política. Porém, ao mesmo tempo, a garantia do conteúdo essencial não é só um resultado da normatividade da Constituição, senão também do substrato social e político sobre o que a mesma se assenta: uma sociedade pluralista na que o respeito às minorias conta com esta garantia, último que permite assegurar a vigência incondicionada dos direitos fundamentais, quando menos no núcleo de faculdades que permite defini-los como tais. (BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 274).

3 É essencial que se conceda ao legislador não só a competência para a limitação e conformação dos direitos fundamentais, senão também o reconhecimento de que está dotado duma função para essas atividades. Trata-se duma função jurídico-constitucional através da qual a legislação e a Constituição se fazem encaixar uma com outra numa relação no âmbito dos direitos fundamentais, duma função através da qual a Constituição possa ser não Constituição e legislação senão legislação. (HÄBERLE, 2003, p. 168-169).

4 A garantia do conteúdo essencial e a reserva de lei operam conjuntamente como limite ao legislador. A reserva de lei, por um lado, obriga ao legislador a que seja ele mesmo o que regule o direito, sem possibilidade de remeter essa regulação (em quanto ao regime geral do direito se refere) à potestade regulamentar. A garantia do conteúdo essencial, por sua parte, obriga ao legislador a respeitar um mínimo na regulação de cada direito. Mínimo que pode estar já definido na própria Constituição ou que pode, pelo contrário, encontrar-se de maneira implícita na mesma. É em todo caso, uma garantia que opera frente ao legislador (J. Jimenez Campo). Isto não quer dizer que outros poderes públicos não estejam obrigados a promover a realização da garantia frente ao legislador: os juízes e tribunais, por exemplo, aplicarão o direito constitucional, no seu conteúdo essencial, ante a ausência de regulação legislativa (STC 15/1982, de 23 de abril). O que não pode fazer estes poderes públicos é alterar o sistema de fontes e atuar contra a lei por si mesmos. Se não existe lei, deverão evitar o prejuízo ao direito aplicando-o no seu conteúdo essencial. Se existe lei e tem dúvidas sobre sua constitucionalidade, deverão acudir ao Tribunal Constitucional (salvo que se trate de uma lei anterior à Constituição). (BALAGUER CALLEJÓN, 1999, p. 272-273).

5 A proteção dessa reserva de lei para a regulação dos direitos fundamentais pelo Poder Legislativo no Brasil, se infere do art. 68 da Constituição, ao proibir a delegação legislativa do Poder Executivo. Por isso, as matérias reservadas à lei complementar, os direitos de cidadania e individuais, não serão objetos de delegação. E como reforço desta proibição, a Emenda Constitucional nº 32/2001 de 11 de setembro, reproduziu o art. 68, com a exceção da reserva de lei, relativo aos direitos individuais. Pensamos pois, que foi um equívoco de redação da referida emenda, ao excluir os direitos individuais do raio de proteção pela reserva de lei parlamentar. De modo que será preciso que a interpretação seja através do art. 68 que trata da delegação que é mais ampla.

6 As garantias dos direitos fundamentais têm, por isso, um duplo conteúdo. De um lado, implicam a proibição de lesar o direito fundamental – em quanto que são limites para o legislador –; por outro lado, contêm o mandato dirigido ao legislador de conformar cada direito fundamental em particular – em tanto são o objeto da legislação, contêm um encargo jurídico-constitucional para o legislador. (HÄBERLE, 2003, p. 169).

7 O aumento das tarefas do Estado a consequência da transformação do Estado liberal no moderno Estado social, é visto como uma garantia jurídica da segurança material, porém também simultaneamente como uma ameaça para a liberdade individual. A isso se une o fato de que a liberdade humana não somente está em perigo em mãos do Estado, senão também por parte de poderes não estatais – a liberdade só se pode garantir como um todo – que na atualidade pode ser inclusive mais ameaçadores que o Estado e os riscos que este encerra. Nas atuais circunstân-

cias históricas, a liberdade do indivíduo não consiste só em estar livre de ataques desde o Estado, há algo mais: um projeto de vida livre e autônomo depende de umas condições das quais o indivíduo não pode dispor em modo algum na maioria dos supostos, ou ao máximo pode dispor só parcialmente. Criar e manter essas condições é em ampla medida, o quefazer do Estado, que se tem convertido assim no Estado que planifica, guia e modela, o Estado da <<procura existencial>> e da segurança e justiça social. O duplo caráter dos Direitos Fundamentais ajuda a uma interpretação do ponto de vista subjetivo-individual e do ponto de vista objetivo-institucional. Desta forma, o Estado não só está obrigado num sentido negativo, a omitir, a abster-se de intervir nos âmbitos protegidos, senão que dos Direitos Fundamentais emanam, autênticas obrigações estatais objetivas de proteção e garantias. (VILLACORTA MANCEBO, 1994, p. 113-116).

[8](#) A reserva de lei é entendida de modo que são tidos em conta os interesses públicos e serve para a realização das exigências do Estado e as necessidades estatais. (HÄBERLE, 2003, p. 134).

[9](#) Sobre o direito fundamental de resistência do Movimento dos Sem-Terra, "...a maioria dos juízes, continua a julgar rotineiramente, como se não existissem princípios constitucionais a ser obedecidos, ou como se as Declarações dos Direitos Humanos fossem documentos frios, "letra morta". A aplicação cega dos dispositivos do Código Civil brasileiro sobre as Ações Possessórias, sem que se perceba que os vários conteúdos nele, já estão revogados desde a Constituição Federal de 1934, na qual, se consagrou pela primeira vez no nosso Direito o dever do uso da propriedade em função das necessidades sociais. É flagrantemente abusivo que um Juiz conceda reintegrações por sentenças judiciais que estabeleça a posse a proprietários de terras, sem que os mesmos comprovem ainda que sumariamente o cumprimento deste dever fundamental que é a função social da propriedade. Por sua vez, a função social precisa de lei positiva, que ainda é a melhor forma de definir os critérios definidores dos conceitos, principalmente quando se trata dum conceito como o de Função Social, por ser gerador de conflitos de fortes interesses, que historicamente tem causado mortes e destruição. (Comparato, 1993). A vida, portanto, está sobre a propriedade. Definir quando uma propriedade cumpre sua função social ou quando não está cumprindo é tarefa árdua, porém, de extrema importância para realmente poder-se viver numa democracia". (OLIVEIRA TAVARES, 1997, p. 50-51).

[10](#) O novo Código Civil brasileiro dispõe no art. 1.228 §1º, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais. O referido artigo acolhe os valores sociais da propriedade e bem como, os valores de uma sociedade igualitária que estão na Constituição. O Estatuto das Cidades, lei nº. 10.257/2001, regula a expropriação no art. 4º, a, como um instrumento a mais à política de desenvolvimento urbano. A lei nº. 4.132/1962 regula a expropriação por interesse social, autorizando ao Poder Público a intervir na propriedade privada para preservar a função social da propriedade. (ALVES CANUTO e FARIAS VLACH, 2005, p. 1).

(*) Doutor pela Universidad de Granada – Espanha, ex-bolsista da Fundação Capes, Professor, Advogado e Membro Efetivo do IAB.

Notas sobre a cooperação jurídica internacional em matéria penal

Márcio Barandier (*)

A cooperação jurídica internacional em matéria penal, tema do nosso encontro, vem ganhando, com especial incremento nas duas décadas passadas, cada vez maior importância, inclusive no Brasil. Não sem motivo, o mestre Raúl Cervini, em obra publicada no ano 2000, a ela se referia como a “vedete” dos nossos dias.¹

Embora os tratados, convenções, pactos, acordos internacionais existam há séculos para regular, entre os povos e Estados, as mais diversas matérias,² no campo penal, historicamente, a colaboração entre as nações sempre mereceu severas restrições, tanto em função de uma tradicional visão exacerbada do conceito de soberania nacional, como por uma percepção do crime como fenômeno local, cujos efeitos raramente extrapolavam os limites territoriais dos países em que eram cometidos. Em geral, a entre-ajuda internacional se restringia às hipóteses de extradição, paradoxalmente a medida de cooperação internacional mais extremada, pois atinge diretamente o direito à liberdade.

Mas o incrível avanço tecnológico dos últimos anos, com a impressionante evolução dos meios de comunicação e transporte, aproximou os Estados e as pessoas, incrementando as relações – lícitas e ilícitas – entre agentes do mundo inteiro. A chamada criminalidade transnacional se destacou e mesmo certas práticas delituosas “clássicas” passaram a repercutir para além das fronteiras domésticas.

Nesse contexto, o auxílio mútuo internacional também se tornou mais relevante. No caso do Brasil, inúmeros acordos de cooperação, bilaterais e multilaterais, em matéria penal vêm sendo celebrados com o objetivo de privilegiar a colaboração na repressão criminal.

A doutrina tem classificado os atos de cooperação internacional em três categorias: 1) de primeiro grau (leve), compreendendo medidas de simples assistência, como notificações, perícias, atos de instrução, produção de prova etc.; 2) de segundo grau (intermediário), abrangendo medidas de natureza processual penal passíveis de causar prejuízos ou graves irreparáveis ao patrimônio das pessoas, como seqüestros, interdições, bloqueios

de bens etc.; e de terceiro grau (grave), referente a medidas mais extremas, que podem resultar em dano irreparável aos direitos e liberdades das pessoas, sendo a principal a extradição.

Compatibilizar sistemas jurídicos diferentes, porém, é tarefa árdua. Entre nós, não são poucos aqueles, inclusive magistrados, que mantêm o que o Desembargador Federal André Fontes chamou de “visão expansiva da jurisdição penal”⁴, incompatível com a realidade da globalização. As resistências e incompreensões em relação aos acordos internacionais no campo penal são marcantes⁵, talvez por constituírem normas jurídicas peculiares, concebidas a partir de um processo legislativo excepcional, conduzido por órgãos do poder executivo, e expressarem um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais.

Por outro lado, um problema extremamente mais sério – ao meu sentir já um problema e não apenas um risco – é a concepção eminentemente funcionalista, instrumental, que tem dominado a utilização no Brasil e em outros países do auxílio internacional em matéria penal, absolutamente dissociada da necessidade de observância das garantias fundamentais que militam em favor do sujeito afetado pelas medidas de cooperação, garantias estas consagradas em diversos outros tratados internacionais e, particularmente, pela Constituição Federal brasileira.

As urgências – ou pretextos, não importa – que intensificaram a cooperação internacional na esfera criminal hodiernamente, na verdade, deitam raízes no discurso da lei e da ordem, que recrudesce a cada dia e, no fundo, disfarça inconfessáveis propósitos de controle social totalmente divorciados dos ingênuos objetivos teóricos do direito penal.

Não se pretende aqui criticar o instituto ou o instrumento. Tais acordos internacionais são de alta relevância, salutareis, indispensáveis atualmente. Não há como deles prescindir numa realidade de interação global permanente e instantânea, inclusive, reconheça-se, na prática de algumas condutas delituosas.

No entanto, não se pode admitir, sob pena de comprometimento grave do Estado Democrático de Direito, o reducionismo que tem prevalecido na delimitação da natureza desses acordos, para muitos restrita a mera tratativa entre Estados e a instrumentos exclusivamente de persecução penal, o que afastaria a possibilidade de intervenção dos indivíduos afetados e de utilização por estes em suas defesas.

Raúl Cervini e Juarez Tavares, na obra conjunta *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*, enfrentam o tema com a proficiência habitual.

Diz Cervini, com muita propriedade, que “Certas abstrações de Direito Público se reduziram historicamente a um eufemismo transpersonalista, desconhecendo o fato de que grande parte dos casos de assistência judicial penal internacional, para não se dizer todos, afeta direta ou indiretamente a situação de indivíduos concretos provocando, em muitos casos, danos claramente irreversíveis na esfera de sua liberdade ou de seu patrimônio”, de modo que essas instâncias de auxílio interetático “não podem executar-se legitimamente virando-se as costas para os direitos dos destinatários finais de todo o tráfico jurídico: os cidadãos”.ⁱⁱ

O fato é que a experiência judiciária brasileira com os acordos de assistência internacional em matéria penal, excetuando-se, claro, as hipóteses de extradição, ainda é modesta e os desvirtuamentos na utilização e na interpretação de tais instrumentos são frequentes.

Em se considerando o propósito da iniciativa do IAB e a composição dessa mesa, me permito compartilhar algumas reflexões sobre certas questões de ordem prática, com as quais tenho me deparado no exercício da advocacia.

Exemplo da visão estritamente funcionalista: a interpretação norte-americana em relação ao alcance do *MLAT*. Inconstitucionalidade do Acordo.

O conhecido *MLAT* (abreviação da denominação, no idioma inglês, *Mutual Legal Assistance Treaty*), Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal celebrado entre Brasil e EUA, foi promulgado aqui pelo Decreto 3.810, de 2 de maio de 2001, e tem sido largamente utilizado nas solicitações de cooperação formuladas por juízes criminais brasileiros.

Após a sua vigência, os EUA passaram a recusar o atendimento de cartas rogatórias e a exigir que todas as solicitações de assistência em matéria penal fossem encaminhadas pela via do *MLAT*. Esta posição me parece correta, afinal não faz sentido disciplinar detalhadamente hipóteses, restrições e procedimentos de cooperação num tratado e depois utilizar instrumento diverso para a mesma finalidade.

Ocorre que a autoridade central estadunidense adotou também a orientação de não atender solicitações de produção de prova exclusivamente da defesa, alegando que a cooperação envolve apenas entidades estatais e que, pelo sistema do *Common Law*, por eles adotado e entre nós bem estudado pelo Prof. Diogo Malanⁱⁱⁱ, a colheita de provas para a instrução processual obedece ao procedimento denominado *discovery*, pelo qual os interrogatórios escritos (*interrogatories*), a oitiva de testemunhas (*depositions*) e a produção de provas (*requests for discovery*) são promovidos diretamente pelos interessados, sem

participação do juiz, salvo se houver desentendimento entre as partes. O próprio Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional (DRCI), do nosso Ministério da Justiça, tem esclarecido em diversos ofícios para os juízes brasileiros tal posição oficial dos EUA.

Não encontro, todavia, tal restrição nos termos do Acordo. Além disso, a mencionada interpretação despreza os direitos e garantias da pessoa afetada, do indivíduo atingido, violando os demais tratados internacionais, sobretudo os de direitos humanos, e, particularmente, a nossa Constituição Federal.

A postura dos magistrados brasileiros, porém, tem sido em geral, a meu ver, totalmente equivocada no enfrentamento da situação no cotidiano forense. A maioria alega, singelamente, não ter jurisdição nos EUA – o que é verdade – e que a defesa pode produzir a prova diretamente, se quiser.

Em vários processos criminais, conseqüentemente, o que se verifica é uma distinção incompatível com o exigido pela nossa Carta Magna: as testemunhas arroladas nos EUA pelo Ministério Público são ouvidas e as indicadas pela defesa não; um mesmo documento é fornecido se solicitado pelo órgão ministerial e não é disponibilizado se pedido pelo acusado.

É evidente a ofensa aos princípios constitucionais da isonomia das partes (art. 5º, *caput*, que engloba a igualdade processual), do contraditório (art. 5º, LV), da amplitude de defesa (art. 5º, LV e LXIII) e do devido processo legal (art. 5º, LIV), este último, frise-se, uma cláusula aberta, mas não vazia de conteúdo, como anota Mirabete, dela defluindo vários princípios que os tribunais vão reconhecendo e aplicando nos casos concretos.

Sublinhe-se, ainda, que a desigualdade imposta possui duas vertentes: uma primária, consistente no desequilíbrio entre acusação e defesa, pois simultaneamente se disponibiliza à primeira um meio de prova vedado à segunda; e outra secundária, em face da capacidade financeira dos réus, porque mesmo que se admita como válida a prova obtida diretamente pelo acusado, apenas ricos terão condições de assumir os altos valores envolvidos (passagens aéreas, estadia, custas processuais, honorários dos advogados locais, traduções etc.).

E mais: a prova produzida diretamente pela defesa, sem a intervenção de um juiz e a participação do Ministério Público, seria valorada pelo Judiciário brasileiro com o peso idêntico?

Uma solução intermediária é o encaminhamento dos requerimentos da defesa como solicitação do juízo, pois é dever do Judiciário zelar pela garantia do exercício pleno do direito de defesa e privilegiar a igualdade das partes. Salvo raríssimas exceções, como a de um juiz de direito do Mato Grosso que, em causa até de repercussão, tomou essa atitude de ofício, a alternativa não tem animado os magistrados em geral, que costumam dizer que não têm *interesse* na produção de prova ou que se trata de ônus atribuído às partes.

O ponto nodal, todavia, não é a produção de prova e sim o alinhamento das oportunidades deferidas às partes, valendo lembrar que a Carta Magna garante a amplitude de defesa e não a amplitude de acusação.

E de qualquer forma, é de se esperar que o julgador tenha sim interesse pelo que a defesa deseja demonstrar, tendo em vista a natureza do processo criminal, com as gravíssimas implicações que lhe são inerentes.

A prevalecer esse estado de coisas, penso que o MLAT – e qualquer outro tratado que estabeleça situação similar – se reveste de inconstitucionalidade, passível de ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de recurso extraordinário (art. 102, III, b, da CF). A inconstitucionalidade pode até não ser exatamente do texto do Acordo, mas da sua aplicação prática em decorrência da interpretação, oficialmente assumida, da Autoridade Central norte-americana quanto aos compromissos assumidos pelos EUA.

Seja como for, ainda que não se reconheça a inconstitucionalidade, é processualmente inadmissível validar uma prova produzida pela acusação se a oportunidade de contrariá-la, nas mesmas condições, não é deferida à defesa, independente da autoridade que imponha a restrição.

Acordos de cooperação internacional: instrumento adicional ou via obrigatória?

Outra questão relevante diz respeito à admissibilidade da obtenção de elementos de prova junto a autoridades de países que mantêm acordos de cooperação firmados com o Brasil mediante procedimentos ou instrumentos diversificados.

Na expressão de Francisco Rezek, “o acordo formal entre os Estados é ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza, enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional”.^{iv}

Sabemos que há processos criminais instruídos com provas obtidas no exterior por caminhos - ou descaminhos - estranhos aos previstos em acordo internacional vigente. O ar-

gumento para validá-las é de que esses pactos são instrumentos adicionais de auxílio, concebidos exclusivamente para ampliar as formas de cooperação e não para limitar outros meios de obtenção de prova.

Carece de razão a assertiva. Claro que se pretendeu ampliar e facilitar a cooperação, porém de maneira **regulamentada**. Seriam despiciendo tantos dispositivos no Acordo, o detalhamento de hipóteses, procedimentos e restrições, se a entre-ajuda pudesse ser prestada de outras formas. Ademais, o tratado internacional tem força de lei federal no Brasil, repita-se, com suas óbvias consequências jurídicas, até porque um dos objetivos da formalização da entre-ajuda é a legitimação e a segurança das partes envolvidas.

É verdade que alguns Acordos, como os firmados com EUA e com Portugal, admitem a compatibilidade com outros tratados, vale dizer, o uso de diferentes modalidades de auxílio concedidas mutuamente pelas partes. Mas é necessário formalizar essas outras modalidades de assistência. Tanto é assim que os EUA, no campo penal, por exemplo, atualmente só prestam auxílio pela via do MLAT, recusando rogatórias etc., inclusive porque, entre as restrições à Assistência (art. III), está justamente a solicitação em desconformidade com o Acordo.

Em havendo acordo de cooperação em matéria penal, a prova conseguida por outro meio está comprometida pela ilicitude.

Compartilhamento de documentos e informações fornecidos mediante solicitação de cooperação internacional

Todos os acordos de cooperação internacional impõem condições e restrições, que variam de um para outro, ao atendimento dos pedidos de auxílio⁶.

Os documentos fornecidos e as diligências realizadas mediante assistência internacional instrumentalizada por acordo de cooperação, em regra, somente podem ser utilizados para a finalidade específica que justificou a sua remessa ou cumprimento pelo Estado requerido, vedado o compartilhamento.

O certo é que a utilização desses elementos para fins estranhos aos solicitados é vedada em razão da ilegitimidade do meio empregado para a obtenção da prova.

Prática de atos processuais no Brasil por autoridades estrangeiras

O Dr. Fernando Fragoso, presidente da nossa Comissão de Direito Penal, manifestou interesse de ver debatida a possibilidade de autoridades estrangeiras praticarem atos no Brasil.

A maioria dos Acordos traz expressamente a orientação de que a assistência será prestada em conformidade com a lei do Estado requerido, o que, por si só, exclui a possibilidade de atuação de autoridades estrangeiras no Brasil. De todo modo, não vejo como compatibilizar prática dessa natureza com a nossa ordem constitucional. Cumpre situar, uma vez mais, que esses Acordos, promulgados por decreto legislativo, são equiparados a lei federal e não podem contrariar as cláusulas da Lei Maior, sobretudo as pertinentes aos direitos e garantias fundamentais.

O Acordo com a Colômbia consigna expressamente que não é facultado às autoridades ou a particulares da parte Requerente a realização, no território da parte Requerida, de funções que, segundo as leis internas, estejam reservadas às suas autoridades, com uma exceção: “A parte Requerida autorizará, sob seu comando, a presença das autoridades indicadas no pedido durante o cumprimento de diligências de cooperação e permitirá formular as perguntas **se assim admitir sua legislação**” (Arts. I, 3, e XIII, 3 – grifo nosso). Mas a nossa legislação não admite!

O Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul, firmado entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, prevê: “O Estado requerido autorizará a presença de autoridades indicadas na solicitação durante o cumprimento das diligências de cooperação, e lhes permitirá formular perguntas **se tal estiver autorizado pelas leis do Estado requerido e em conformidade com essas leis**” (Art. 17, 3 – grifo nosso). Mas tal não está autorizado pelas nossas leis!

A Constituição Federal, que logicamente se situa em plano hierarquicamente superior a esses acordos internacionais de assistência, consagra o princípio do juiz natural, com o qual não se harmoniza a atuação de juiz estrangeiro em território nacional, e também define as atribuições do Ministério Público e da Polícia Judiciária. A participação das partes nos atos processuais é regida pelo Código de Processo Penal.

A **presença** de autoridades estrangeiras durante a realização de atos processuais no Brasil é admissível. A prática de atos processuais ou a intervenção e participação neles, com certeza não.

Conclusão

O tema é rico e suscita inúmeros outros questionamentos. O Estado requerido tem jurisdição própria ou atua por delegação de jurisdição? O Ministério da Justiça, como autoridade central, exorbita das suas atribuições como órgão do Poder Executivo, invadindo o campo exclusivo de funções do Poder Judiciário? O Ministério Público pode solicitar dire-

tamente a assistência? Enfim, são inúmeros os temas polêmicos e a exigüidade do tempo não permite aborda-los todos nesta oportunidade.

Espero, pelo menos, com essas notas – um tanto desorganizadas, reconheço – marcar a minha posição, afinada com doutrinadores nacionais e estrangeiros, dentre os quais destaco novamente Raúl Cervini e Juarez Tavares, no sentido de que os Acordos de Cooperação Internacional em Matéria Penal não podem ser concebidos, interpretados e utilizados em desarmonia com os pactos internacionais de proteção a direitos fundamentais e com a Lei Maior brasileira, incluindo-se aí o elementar direito de intervenção da defesa da pessoa física afetada, direito este comumente respeitado nas hipóteses de pedidos de extradição, mas olvidado em relação às demais medidas de assistência.

A falsa tensão entre eficiência do direito penal e respeito aos direitos individuais é recorrente e, sobre as esperanças depositadas no direito penal, me aproprio, para encerrar, de uma frase não de um jurista, mas de Luís Bernardo, personagem do romance *Equador*, do escritor português Manoel Sousa Tavares: “Não esperes nunca de mim que eu seja fiel a qualidades que não tenho. O que podes é contar com as que tenho, porque nessas não te falharei nunca”.^v

¹ Palestra proferida no evento “Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal”, realizado no Instituto dos Advogados Brasileiros em 22 de maio de 2009, do qual participaram também como palestrantes os Drs. Silvia Maria Rocha, Carolina Yumi de Souza e Guilherme Guedes Raposo.

² Advogado, professor de processo penal licenciado da Universidade Candido Mendes – Ipanema, Coordenador Regional do Instituto de Ciências Criminais, Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.

³ O Tratado de Kadesh, um acordo de paz entre o Egito, no reinado de Ramsés II, e o Império Hitita, de Hatusil III. do século XIII A.C, é considerado por muitos o primeiro tratado internacional conhecido.

⁴ Julgamento do HC nº 2005.02.01.013685-4, 2ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, relator o eminente Desembargador Federal Messod Azulay Neto, no qual os pacientes, norte-americanos, réus em ação penal em curso no RJ, pleiteavam o reconhecimento do direito de serem interrogados nos EUA, onde residem, tendo em vista o disposto no MLAT.

⁵ Numa determinada causa criminal, recentemente, ao apreciar requerimento, formulado pela defesa, de observância do disposto no Acordo de Assistência Judiciária celebrado entre Brasil e EUA, o juiz consignou no despacho de indeferimento que se pretendia aplicar lei estrangeira no Brasil...

⁶ Ex.: *EUA*: delito previsto na legislação militar; *França e Itália*: execução de decisões que impliquem em restrição à liberdade; *Portugal*: ausência de dupla incriminação e atos processuais posteriores ao recebimento da acusação ou pronúncia; *Mercosul (Argentina, Paraguai e Uruguai)*: delito tributário.

ⁱ CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: RT, 2000. P. 84.

ⁱⁱ Ob. Cit. p.64/65.

ⁱⁱⁱ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009.

^{iv} REZEK, José Francisco *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2005. p.18.

^v TAVARES, Miguel Sousa. *Equador*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004. p.75.

(*) Advogado, professor. Sócio do Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais. Membro da Comissão de Ciencias Penais da OAB/RJ. Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Capacidade civil, direito penal e processo penal

Indicação: 059/2006

Autor: Presidente do IAB

Relator: Marcio Barandier

Ementa: Projeto de Lei que visa alterações no art. 34 do Código de Processo Penal e nos arts. 65, I e 115 do Código Penal em virtude da inovação do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que passou a atribuir capacidade civil plena ao maior de 18 anos. Modificação no CPP parcialmente pertinente. A plenitude da capacidade civil do maior de 18 anos, realmente, não admite mais a legitimidade de representante legal para o exercício do direito de queixa na hipótese do art. 34 do CPP. Inviabilidade, entretanto, de se deferir ao maior de 16 anos e menor de 18 anos tal legitimidade. Modificações no CP que não merecem acolhimento. Atenuante genérica da pena e contagem do prazo prescricional pela metade para o maior de 18 anos e menor de 21 anos não guardam relação com capacidade civil. Medidas de política criminal que devem prevalecer.

Referência: Projeto de Lei nº 4.874/2005, de autoria do Deputado Carlos Sampaio, convertido na Indicação nº 059/2006 pelo Sr. Presidente do IAB.

PARECER

Honrado com a designação pelo eminente Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros para relatar a indicação em referência, apresento o Parecer nos termos seguintes.

Trata-se de Projeto de Lei que pretende a alteração de dispositivos do Código de Processo Penal e do Código Penal sob o argumento da necessidade de, supostamente, harmonizá-los com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), particularmente no que tange à capacidade civil plena agora alcançada a partir dos 18 anos de idade.

De acordo com a justificação apresentada pelo Exmo. Sr. Deputado Carlos Sampaio, o Código de Processo Penal e o Código Penal deferem tratamento especial ao maior de 18 anos e menor de 21 anos “na contramão da evolução”, pois a incapacidade relativa nesta faixa etária restou afastada, gozando agora o maior de 18 anos de capacidade civil plena.

Na lei processual penal, objetiva-se a modificação do seu art. 34. O mencionado dispositivo estabelece que o direito de queixa, nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada, quando o ofendido for menor de 21 anos e maior de 18 anos, poderá ser exercido por ele próprio ou por seu representante legal.

Alega-se que a substituição do ofendido em tal faixa etária pelo representante legal ou, até mesmo, por curador, atualmente carece de sentido em função da alteração legislativa pertinente à maioridade civil. A nova redação do art. 34, segundo o PL, seria a seguinte: “Se o ofendido for menor de dezoito anos e maior de dezesesseis anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal”.

De fato, com a plenitude da capacidade civil aos 18 anos, desaparece a figura do representante legal para aqueles com idade entre 18 e 21 anos. A doutrina tem considerado, inclusive, que, com a edição do novo Código Civil, o art. 34 do CPP está derogado, mantida a legitimidade do maior de 18 anos para a propositura da queixa. A mudança proposta pelo PL em exame, neste ponto, é procedente.

Não vejo, entretanto, razão para se admitir que o maior de 16 anos e menor de 18 anos exerça diretamente o direito de queixa, sem representante legal ou curador. A idade mínima para o exercício pleno e direto do direito de agir na esfera penal tem nítido paralelo com a imputabilidade. Vale dizer: o maior de 18 anos possui responsabilidade criminal e, conseqüentemente, também está habilitado a exercer o direito de ação penal; o menor de 18 anos é inimputável e, embora logicamente possa ser ofendido, deve ser representado em juízo quando figurar no pólo ativo da ação penal.

Note-se que a acusação falsa constitui crime. Não é razoável permitir-se que um menor de 18 anos ofereça queixa-crime, atribuindo a alguém a prática de fato criminoso, e, simultaneamente, esteja imune a consequências legais na hipótese de formular acusação sabidamente falsa, conduta que configura o delito de denúncia caluniosa, em virtude da sua inimputabilidade penal. O desequilíbrio seria evidente.

Nessas condições, me oponho à alteração nos termos apresentados, admitindo somente que a redação atual do art. 34 está superada diante do novo Código Civil.

As modificações propostas para o Código Penal, por seu turno, exigem exame mais aprofundado.

Sob o mesmo fundamento de que o maior de 18 anos, hodiernamente, é plenamente capaz, visa o Projeto de Lei suprimir a atenuante genérica da pena e a contagem do prazo prescricional pela metade previstos, respectivamente, nos arts. 65, I, e 115 do Código Penal para os maiores de 18 anos e menores de 21 anos.

Ao meu sentir, todavia, o tratamento diferenciado da lei penal para as pessoas da referida faixa etária não guarda vínculo direto com a capacidade civil, encerrando, na verdade, medida de política criminal. Tanto é assim que os mesmos benefícios são concedidos aos maiores de 70 anos.

O Prof. Fernando Capez, em nota sobre “O novo Código Civil e seus reflexos no Código Penal”, constante da 8ª edição do seu Curso de Direito Penal, bem situa a questão:

“Especificamente no que toca aos arts. 65 e 115 do Código Penal, no entanto, entendemos que nenhum deles foi atingido pela reforma da legislação civil. O primeiro trata da circunstância atenuante genérica do menor de 21 anos na data do fato. O segundo reduz pela metade o prazo da prescrição da pretensão punitiva e executória, quando o agente for, ao tempo do crime, menor de 21 anos. Em ambos os casos, não existe nenhuma relação entre a idade mencionada pelos dispositivos e a plena capacidade para a prática de atos jurídicos. Independentemente de o agente ser relativa ou plenamente capaz, de ter ou na ter representante legal, o legislador pretendeu conceder-lhe um benefício, devido à sua pouca idade. Prova disso é o fato de os arts. 65 e 115 estenderem as mesmas benesses ao maior de 70 anos na data da sentença. Tanto o menor de 21 anos, quanto o maior de 70 anos, são plenamente capazes para os atos da vida civil, incluídos aí os de natureza processual. Apenas por um critério do legislador, uma opção política sua, tais agentes, por inexperiência de vida ou senilidade, foram merecedores de um tratamento penal mais ameno.”¹

Acrescente-se, ainda, outra observação para sublinhar que a matéria é de política criminal e não de correlação entre os Códigos Civil e Penal: a emancipação ou o casamento do menor de 21 anos sempre foram irrelevantes na aplicação dos arts. 65, I, e 115 do Código Penal, assim como, hoje em dia, a emancipação do maior de 16 anos e menor de 18 anos não implica no afastamento da sua inimputabilidade. Este, a propósito, é o magistério do mestre Heleno Fragoso, em obra atualizada pelo ilustre Prof. Fernando Fragoso.²

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: volume 1: parte geral (arts. 1º a 120)*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. IX.

² FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral – ed., rev. por Fernando Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 428.

O moderno Código Penal Português também adota linha semelhante, com a atenuação especial da pena para os menores de 21 anos, entre outros direitos. Manuel Lopes Maia Gonçalves, ao comentá-lo, chega a afirmar que “O direito penal dos jovens adultos surge, assim, como categoria própria, envolvendo um ciclo da vida” e, esclarecendo o empenho do legislador em evitar a estigmatização do delinqüente juvenil e, sobretudo, a aplicação de penas de prisão a jovens adultos, sublinha:

“Comprovada a natureza criminógena da prisão, sabe-se que os seus malefícios se exponenciam nos jovens adultos, já porque se trata de indivíduos particularmente influenciáveis, já porque a pena de prisão, ao retirar o jovem do meio em que é suposto ir inserir-se progressivamente, produz efeitos dessocializantes devastadores.”³

Em suma, a opção do legislador brasileiro pelo tratamento diferenciado do jovem criminoso, mesmo com passar do tempo, se mostra salutar, nada obstante o insistente discurso repressivo que, absolutamente despido de base empírica, desmentido pelas estatísticas, alimenta a crença de que o recrudescimento do direito penal é capaz de influenciar positivamente na redução da criminalidade, contribuindo para o atraso no enfrentamento das verdadeiras causas do problema.

O acatado mestre alemão Claus Roxin, em conhecida conferência há cerca de 10 anos, observava que a justiça criminal “estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, conseqüências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações”.⁴

Nesse contexto, a orientação do Código Penal em relação ao menor de 21 anos, apesar das décadas vencidas, permanece adequada, assim como a fundamentação explicitada por Aloysio de Carvalho Filho e Jorge Alberto Romeiro, nos comentários ao art. 115: “É incontestável a conveniência de facilitar ao egresso da sociedade, culpado de um crime em que atuaram contingências peculiares da idade curta, o mais breve reingresso na coletividade social, para o trabalho lícito e prestante, a que o habilitam, mais do que nunca, as suas energias moças”.⁵

Assim, tenho que as alterações objetivadas nos arts. 65, I, e 115 do CP não devem prosperar, seja porque a capacidade civil plena aos 18 anos não afeta os objetivos que inspiraram tais

³ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português: Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 14. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 80.

⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1 e 2.

⁵ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentário aos Código Penal: vol. IV, arts. 102 a 120*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 407

dispositivos, seja porque o tratamento neles dispensado aos jovens acusados ou criminosos ainda se mantém como adequada medida de política criminal.

Cumpre esclarecer que tramitam juntamente com o Projeto de Lei nº 4.874/2005, apensados e prontos para pauta, o Projeto de Lei nº 2.862/2004, do Deputado Federal Rubinelli, que propõe a revogação do art. 115 do Código Penal, excluindo a prescrição pela metade inclusive para o maior de 70 anos, e o Projeto de Lei nº 233/2007, do Deputado Federal José Carlos Aleluia, que contempla as mesmas alterações acima examinadas para os arts. 65, I, e 115 do Código Penal. Estes dois Projetos de Lei, porém, não trazem nenhuma justificativa capaz de alterar meu posicionamento sobre a matéria.

Em conclusão, este parecer é no sentido de sugerir ao Plenário do IAB que se posicione contrariamente ao Projeto de Lei 4.874/2005, em trâmite na Câmara dos Deputados, ressaltando-se apenas a exclusão, no art. 34 do Código de Processo Penal, da legitimidade do representante legal do maior de 18 anos e menor de 21 anos para a propositura de queixa, o que realmente não mais se justifica diante do novo Código Civil.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2008.

Crimes contra o meio ambiente

Indicação: 020/2006

Autor: Sérgio Luiz Pinheiros Sant'Anna

Relator: Renato Neves Tonini

Ementa: Projetos de Lei nº 4.184/2004 e 347/2003 da Câmara dos Deputados. Propõe a criação de figuras qualificadoras e de causa de aumento de pena aos delitos previstos no artigo 29 da Lei 9.605/98, assim como um novo tipo criminal na legislação penal-ambiental. Ofensa aos princípios da proporcionalidade, da taxatividade, da fragmentariedade. Inconstitucionalidade da causa de aumento de pena. Rejeição completa do projeto de lei.

PARECER

O consórcio Sérgio Luiz Pinheiros Sant'Anna, aos dois de março de 2005, submeteu à consideração da presidência deste instituto o texto do Projeto de Lei 4.184/2004, da autoria do Deputado Alberto Fraga, apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados. Aos 29 de agosto de 2008, a iniciativa do membro do Instituto dos Advogados Brasileiros foi convertida em indicação e encaminhada à Comissão de Direito Penal para formulação de parecer.

O expediente chegou a esta comissão e, em seguida, recebi a distinção de ser designado como relator da indicação, com o fito de elaborar o parecer solicitado.

O Projeto de Lei nº 4.184/2004 objetivava promover a criação de um novo dispositivo típico na Lei nº 9.605/98, acrescentando o artigo 56-A àquele diploma repressivo.

Entretanto, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados foi apresentado parecer da lavra do Deputado Marcelo Ortiz, onde foi determinado o apensamento do Projeto de Lei nº 4.184/2004 ao de Projeto de Lei nº 347/2003, de autoria da Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou o tráfico de animais e plantas silvestres da flora e da fauna brasileiras, tendo em vista a correlação da matéria tratada nos dois projetos. Em razão desse fato, o parlamentar votou pela rejeição do projeto que deu azo à indicação que tramita neste instituto, motivo pelo qual somente o projeto de lei apresentado pela referida CPI passará a ser o objeto do presente parecer.

Na opinião do membro da Câmara Baixa do Parlamento, o PL 347/2003 reúne as qualidades necessárias à aprovação do Plenário daquela Casa legislativa, pois apresenta a constitucionalidade, a juridicidade e a adequada técnica legislativa. Em relação aos PL's 1.090/2003, 3.240/2004 e 4.184/2004, o parecer sugeriu a sua rejeição.

A proposição legislativa pretende dividir em três o atual artigo 29 da Lei 9.605/98, acrescentando os artigos 29-A e 29-B, assim como o artigo 34-A ao diploma legal já mencionado.

Assim, segundo a proposição contida no projeto de lei em análise, as condutas hoje previstas no caput do artigo 29 da Lei 9.605/98 permaneceriam na mesma posição topográfica, juntamente com os incisos I e II do seu § 1º do atual dispositivo repressivo, sendo ainda acrescentada a causa de aumento de pena prevista no § 5º do artigo vigente. Em relação a essas figuras penais, o projeto de lei não propõe modificação alguma, sendo mantidos os patamares repressivos que hoje estão em vigor.

O inciso III do § 1º e o § 2º ambos do atual artigo 29 da Lei 9.605/98 se transformariam no artigo 29-A da lei ambiental, com a inclusão de uma qualificadora ainda não prevista pela legislação em vigor. No referente às sanções corporais sugeridas pela idéia legislativa também não haveria qualquer mudança, salvo pela introdução da forma qualificada através do § 1º do artigo 29-A, esta sim uma novidade do projeto de lei.

A referida figura penal qualificada consistiria na prática das condutas previstas no caput do pretendido artigo 29-A "de forma permanente, em grande escala ou em caráter nacional ou internacional", cominando a pena de dois a cinco anos de reclusão e multa. Embora a proposta legislativa tenha objetivo relevante, ou seja, o de coibir de maneira mais drástica as condutas que sustentam financeiramente as agressões à fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, a forma encontrada pelo legislador foi extremamente infeliz, como veremos a seguir.

A esse respeito, deve ser observado que, para que ocorra a qualificação da conduta praticada, basta a existência de um daqueles quatro requisitos, ante a utilização da conjunção alternativa na redação do dispositivo em questão. Deste modo, em vista do amplo espectro de situações abrangidas pela norma incriminadora, os princípios norteadores da política criminal devem ser suscitados para recortar os inequívocos excessos do projeto de lei e a sua evidente inconstitucionalidade.

Vejamos.

A qualificadora idealizada pela proposição parlamentar estabelece quatro modos diferentes para reprimir com maior gravidade os comportamentos previstos no caput do artigo 29-A proposto pelo PL.

A primeira qualificadora consiste na penalização mais severa da ação típica, quando esta última resulta na prática, de forma permanente, de uma das condutas previstas no caput do artigo 29-A sugerido pelo projeto de lei.

Ora, o comportamento humano descrito no dispositivo em questão configura evidente agravamento de pena sem causa, pois algumas das ações reprimidas pela legislação, tais como expor à venda, guardar, e ter em cativeiro ou depósito ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, são todos crimes permanentes. Assim, para que restem configuradas aquelas condutas, é imperioso que ocorram durante um determinado período, só deixando de existir quando cessada a permanência.

Entretanto, o projeto de lei ora comentado quer criar uma forma qualificada das condutas hoje descritas no inciso III do §1º do artigo 29 da Lei 9.605/98, apontando como critério para incrementar a resposta penal a sua prática de forma permanente, desconsiderando que a permanência é, como vimos, um elemento intrínseco de algumas daquelas figuras típicas simples.

Deste modo, criar uma forma qualificada, com base em algo que constitui a própria essência do delito que se procura agravar, condensa rematado absurdo e agressão ao princípio da proporcionalidade, pois resulta na fixação de penas diferentes para o mesmo comportamento criminoso, razão pela qual o IAB deve rejeitar o projeto de lei.

Em relação à figura qualificada que decorre do comportamento previsto no caput do artigo 29-A sugerido pelo projeto de lei, quando praticado “em grande escala”, a ausência de precisão quanto ao significado dessa expressão torna o conceito por demais elástico, submetendo-o em demasia a critérios subjetivos do intérprete, ferindo o princípio da taxatividade que deve imperar quando tratamos de criar figuras penais.

No que toca à qualificadora relacionada ao “caráter nacional ou internacional” da prática criminosa, é necessário afirmar que, geralmente, os crimes definidos no atual inciso III do § 1º do artigo 29 da Lei 9.605/98 são cometidos de forma interestadual, ou seja, o ovo, a larva ou o espécime da fauna é capturado em uma unidade federativa e é levado para outra onde está localizado o mercado consumidor. Assim, no pensar dos autores do projeto de lei, caso o mesmo seja positivado no ordenamento jurídico, a exceção, isto é, a forma qualificada do delito, vai se transformar na regra, pois as figuras simples dos delitos raramente serão cometidas.

Embora essa medida específica esteja revestida de critérios objetivos e claramente definidos na legislação proposta, a qualificadora parece desbordar os lindes de sua idéia inicial – inibir o comércio massivo de ovos, larvas e espécimes da fauna -, na medida em que atinge exageradamente o consumidor final do produto proscrito, eis que ele também sofreria as conseqüências penais da figura qualificada, caso adquirisse algum daqueles bens oriundo de outro estado da federação. Assim, mesmo não havendo equívocos tão graves no projeto de lei quanto àqueles verificados nas outras formas qualificadas, também essa merece o repúdio do IAB, de vez que não estabelece uma diferenciação cabal entre o consumidor final do produto proibido do comerciante que investe e financia pesadamente a prática de crimes contra o meio ambiente.

Ainda em relação às modificações propostas ao vigente artigo 29 da Lei 9.605/98, a proposição legislativa pretende fatiar tal dispositivo transformando os seus parágrafos terceiro e quarto no artigo 29-B, apresentando uma redação praticamente idêntica, sem qualquer mudança significativa, salvo pela inclusão de uma nova causa de aumento da pena, ou seja, o aumento de pena “para evitar o flagrante”.

Ora, está consagrado no ordenamento jurídico brasileiro que ninguém é obrigado a produzir prova contra si próprio, conclusão que decorre do inciso LXIII do artigo 5º da Constituição da República. Deste modo, aquele que se homizia, procurando escapar da ação repressiva para evitar sua prisão em flagrante, está exercendo o seu direito constitucional de não se incriminar, razão pela qual a causa de aumento de pena proposta pelo parlamentar é inteiramente inconstitucional.

Por fim, o projeto de lei em questão objetiva acrescentar mais uma figura penal à Lei dos Crimes Ambientais, sugerindo a inclusão do artigo 34-A, cujo escopo é o de incriminar o comércio desautorizado de espécimes de peixes ornamentais, sancionando a conduta com pena de reclusão de dois a cinco anos.

Ao criar o dispositivo penal em apreço, a iniciativa parlamentar retrata a tendência de utilizar o Direito Penal para solucionar todo tipo de conflito na Sociedade, usando a política criminal como uma panacéia para todos os seus males. Esse uso indevido do Direito Penal é recorrente quando está em jogo o interesse de preservar o funcionamento da Administração, sendo muito comum tipificar determinadas condutas que constituem mera desobediência a normas infralegais e de cunho administrativo, com isso fulminando o caráter fragmentário que deve inspirar o Direito Penal.

Deste modo, não há como referendar a iniciativa parlamentar aqui analisada, na medida em que não está em consonância com diversos princípios que devem ser observados na

estruturação de qualquer figura típica, especialmente na área penal, além de conter dispositivos flagrantemente inconstitucionais.

Ante o exposto, opinamos que o Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros expresse sua contrariedade ao Projeto de Lei 347/2003 da Câmara dos Deputados.

Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 2009.

Assistência do poder público às vítimas de delitos e às testemunhas particulares em processos penais

Indicação: 020/2004

Autor: Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna

Relator: Renato Neves Tonini

Ementa: Regulamentação do artigo 245 da Constituição da República. Projeto de lei dispendo sobre os direitos assegurados às vítimas de ações criminosas e sobre a assistência a ser prestada às mesmas. Instituição de fundo e de regras para seu funcionamento mediante lei ordinária. Inconstitucionalidade. Consagração de direitos já contemplados pela legislação em vigor. Norma desnecessária. Rejeição do Projeto de Lei 3.503/2004.

PARECER

O consórcio Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna, aos nove de junho de 2004, submeteu à consideração da presidência deste instituto o texto do Projeto de Lei 3.503/2004, da autoria do Senado Federal, apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados. A iniciativa do membro do Instituto dos Advogados Brasileiros foi convertida em indicação e encaminhada à Comissão de Direito Penal para formulação de parecer, tudo isso aos 17 de junho de 2004.

O expediente efetivamente chegou a esta comissão aos 28 de junho do corrente ano e, em seguida, recebi a distinção de ser designado como relator da indicação, com o fito de elaborar o parecer solicitado.

O projeto de lei em questão objetiva regulamentar o artigo 245 da Constituição da República e com esse desiderato pretende: estabelecer os direitos das vítimas de ações criminosas; definir o conceito de vítima; garantir a assistência financeira às vítimas de crimes violentos; criar o fundo de amparo para essas pessoas e as regras a serem observadas na concessão da aludida assistência financeira; e instituir a figura típica penal consistente na simulação de fatos, na prestação de informações ou juntada de documentos falsos.

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados foi apresentado parecer da lavra do Deputado Luiz Couto, onde opinou pela inconstitucionalidade, constatou a injuridicidade do texto, apontou a má técnica legislativa e, no mérito, propôs a rejeição do projeto de lei ora em discussão.

Na opinião do parlamentar, o PL 3.503/2004, assim como os outros projetos apensados a esse último, contém muitos vícios, destacando-se, dentre eles, a inviabilidade constitucional de se criar um fundo através de lei ordinária, pois o inciso II do § 9º do artigo 165 da Constituição da República prescreve que a instituição e o funcionamento de fundos somente podem ser criados através de lei complementar.

Por outro lado, segundo preconiza o parecerista, o projeto de lei dispõe sobre temas que já enfrentados pela legislação em vigor, tendo em vista a existência da Lei 9.807, de 13 de junho de 1999, que estabelece programas especiais às vítimas e às testemunhas ameaçadas.

No mérito, segundo o parecer oferecido na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o projeto de lei repete o que já está consagrado na legislação em vigor, pois receber tratamento digno do Poder Público é um direito de todos e não apenas das vítimas, a assistência na ação penal já é uma faculdade ou direito consagrado pela lei vigente, a reparação do dano decorrente de crime está contemplada por diversos dispositivos legais, e a definição legal de vítima é absolutamente desnecessária.

No tocante à ajuda financeira, o deputado federal entende que, dada a quadra vivida pelo país, “o Estado seria obrigado a trabalhar prioritariamente em termos de compensação financeira dos danos, ao invés de agir pró-ativamente em termos de planejamento da minimização de tais índices e dos seus efeitos”. Por fim, o parecer ofertado no parlamento assevera não ser recomendável retirar as verbas destinadas ao Fundo Penitenciário, ante o cenário de deficiências e de penúria que o sistema penitenciário enfrenta na atualidade.

Não há dúvidas de que as críticas apresentadas pelo Deputado Luiz Couto ao projeto de lei são procedentes, como, por exemplo, a inequívoca inconstitucionalidade do projeto de lei. Como a instituição de um fundo e as suas regras de funcionamento não podem ser estabelecidas mediante lei ordinária, a Seção III do projeto de lei, aí incluída a figura penal vinculada ao fundo, resta inteiramente prejudicada.

Por outro lado, a maior parte da iniciativa legislativa em questão pretende contemplar o que já está em vigor na legislação brasileira, como, por exemplo, os direitos assegurados à vítima previstos nos incisos do artigo 2º do projeto de lei.

No que se refere ao inciso IV do artigo 2º, que estabelece a prerrogativa da vítima de prestar depoimento em dia diverso daquele designado para a oitiva do acusado, há franca colisão do dispositivo com as atuais formas procedimentais do processo penal brasileiro, eis que hoje vige o princípio da concentração, da realização de uma só audiência, razão pela qual, em nome da sistematização da regras adjetivas, o projeto merece o nosso repúdio.

Ante o exposto, opinamos que o Plenário do Instituto dos Advogados Brasileiros se ponha contra a aprovação do referido projeto de lei, ante a flagrante contradição com a Constituição Federal no que diz respeito à instituição de fundo de assistência às vítimas de violência, assim como por ser inteiramente desnecessário, eis que pretende estabelecer direitos já assegurados pela legislação em vigor.

Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2008.