

PROCURADORES DA REPÚBLICA

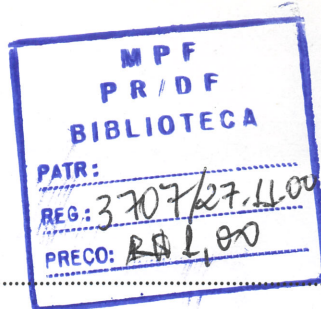
ANO III - Nº 29 - SETEMBRO - 2000

POSITIVISMO

BIBLIOTECA
PR/DF

- *Dano Moral à Pessoa de Direito Público?*
- *A Nova Dicção do Art.482 do CPC - O Ministério Público e a Hermenêutica Constitucional*
- *Capitalização de Juros - MP 1963-21/ Inconstitucionalidade*
- *Prescrição Antecipada ou Trabalho de Sísifo*
- *O Crime de Descaminho e o Princípio da Insignificância Penal*
- *Os Heróis da Decência e outras Reflexões*
- *Isenção de IPI na Aquisição de Veículos por Pessoas Portadores de Deficiência*

Índice



Dano Moral à Pessoa de Direito Público? <i>Antonio Fonseca - PRR/Iª Região</i>	3
POSITIVISMO - Seminário Friedrich Müller <i>Tradução de Peter Naumann - Revisão de Paulo Bonavides</i>	5
A Nova Dicção do Art.482 do CPC - O Ministério Público e a Hermenêutica Constitucional <i>Antonio do Passo Cabral - Aluno do 4º ano da Faculdade de Direito da UERJ</i>	8
Capitalização de Juros - MP 1963-21 Inconstitucionalidade <i>Edmar Gomes Machado - PRM/Franca</i>	11
Prescrição Antecipada ou Trabalho de Sísifo <i>José Osterno Campos de Araújo - PR-GO</i>	17
O Crime de Descaminho e o Princípio da Insignificância Penal <i>Laerte Vieira Gonçalves Neto - Oficial de Gabinete da Justiça Federal - Uberlândia MG</i>	19
Os Heróis da Decência e outras Reflexões <i>Marco Aurélio Dutra Aydos - PR/SC</i>	21
Isenção de IPI na Aquisição de Veículos por Pessoas Portadores de Deficiência <i>Marlon Alberto Weichert - PR/SP</i>	27

Expediente

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA - ANO III - Nº 29 - SETEMBRO 2000

Conselho Editorial: Aloísio Firmo, Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Helena Nogueira de Paula, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Odin Brandão Ferreira e Rosângela Pofahl Batista.
Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:
Conselho Curador: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Flávio Paixão de Moura Júnior, Inês Virgínia Prado Soares, Márcia Noll Barboza, Marco Túlio de Oliveira, Marcos Antônio da Silva Costa e Silva e Newton Pena.
Diretoria Executiva: Antonio Carlos Fonseca, Denise Vince Túlio e José Leovegildo Oliveira de Moraes.
Associação Nacional dos Procuradores da República:
Presidente: Carlos Frederico Santos
Vice-Presidente: Gilda Pereira de Carvalho Berger
Diretores: Adonis Callou de Araújo Sá, Carlos Augusto da Silva Cazarré, Elton Venturi, Ieda Maria Andrade Lima, José Adércio Leite Sampaio, Mário Luiz Bonsaglia, Nicolao Dino de C. e Costa Neto, Nívio de Freitas Silva Filho, Mário Luiz Bonsaglia, Robério Nunes dos Anjos Filho e Valquíria Oliveira Quixadá Nunes.
Revisão: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Paula Bajer Fernandes Martins da Costa
Diagramação, Impressão e Distribuição: Artchip Editora Ltda.: (11) 240-7679 - 241-8899 - www.artchip.com.br
Capa: Fábio Lyrio sob obra o Trovador de Giorgio de Chirico
Tiragem: 2.000 - Distribuição gratuita

Os artigos são de inteira responsabilidade de seus autores.

Dano Moral à Pessoa de Direito Público?

Antonio Fonseca
PRR/1ª Região

1. Introdução

A presente discussão surgiu de um caso concreto, em que um município, pessoa de direito público, reclamou dano moral contra um membro do Ministério Público Federal. Pela peculiaridade do pleito, o assunto merece ser abordado para reflexão do leitor. A tese é esta: o dano moral é em princípio estranho à pessoa jurídica. A indenização por dano objetivo à reputação da pessoa jurídica de direito privado não aproveita à pessoa de direito público. A esse respeito, a excepcionalidade da lição de Savatier não se ajusta ao caso.

2. Do dano subjetivo à “honra” objetiva da pessoa jurídica

No caso referido, o município se viu ferido na sua reputação por dois fatos: a realização de busca e apreensão no interior de um prédio municipal e a referência, na mídia, feita por um membro do MPF, sobre irregularidades administrativas na aplicação de verbas federais. À parte qualquer juízo sobre a aptidão desses fatos para caracterizar uma “injúria pública”, o certo é que o município, como pessoa jurídica de direito público, não pode ser vítima de dano moral, tampouco de dano à imagem.

A indenização pressupõe a existência de um dano decorrente da “diminuição de um bem jurídico do lesado, quer material, quer moral.¹”. O dano material resulta da diminuição de um bem patrimonial economicamente apreciável e pertencente à vítima. O dano moral decorre dos reflexos sobre um bem “ligado ao ser humano e a seus direitos da personalidade, como a honra, a liberdade, a reputação etc.²”

Por isso, o dano moral, traduzido pelos atributos da pessoa física, como a dor, tristeza, reputação etc., sempre foi estranho à pessoa jurídica. Só recentemente a doutrina e jurisprudência passaram a entender que aqueles atributos não são exclusivos da pessoa física. Mas o dano moral da pessoa jurídica tem sido admitido na situação de dimensão ética em que o dano à sua reputação afeta a preferência do público consumidor pelos produtos ou serviços oferecidos pela entidade. A partir

dessa realidade, resulta que a pessoa jurídica de direito público, como o município, não está legitimado a sofrer prejuízo moral causado por um particular, cidadão ou agente. A esse respeito, sequer há previsão legal.

3. Falta de previsão legal atributiva de dano

O Estado não tem direitos, senão aqueles reconhecidos pela estrutura jurídica. Assim, como “a responsabilidade extracontratual deriva do princípio de integridade dos direitos postos em confronto,³” o máximo que se pode dizer, em termos jurídicos, é que se o Estado tem algum direito moral atingido por um agente, esse prejuízo se resolve com a ação de regresso, quando for o caso.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão que se viu relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, admitiu dano moral à pessoa jurídica, mas de direito privado. Do respectivo aresto colhe-se que “a honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente.⁴”

Essencial, no precedente, para definir o dano moral objetivo foi o abalo à reputação de uma firma comercial, junto ao público consumidor, e conseqüente abalo do seu crédito perante as entidades bancárias ou de crédito. Tanto a reputação quanto o crédito de uma sociedade comercial integram o seu fundo de comércio que dá corpo a um patrimônio individual. Essa individualidade pode ser vista como o patrimônio de uma pessoa jurídica distinta das pessoas dos sócios ou acionistas, ou como sendo, o patrimônio da pessoa jurídica, indiretamente parte do patrimônio privado de cada um dos respectivos sócios ou acionistas. Quando se trata de uma pessoa jurídica de direito público, a figura muda radicalmente, pois o conjunto do patrimônio da entidade, se é que se pode concebê-lo na sua materialidade e imaterialidade, pertence difusamente a uma coletividade de contribuintes.

O que uma entidade jurídica de direito público está apta a reclamar, como juridicamente seu, deve decorrer de uma vontade do consórcio estatal, que fala pelo seu canal legítimo: os representantes do povo. Em

outras palavras, somente a lei poderia fazer a entidade de direito público titular, em tese, de dano moral contra os indivíduos da própria coletividade ou contra os agentes do Estado.

4. A lição de René Savatier

Sobre o assunto, vale trazer à reflexão a lição de René Savatier. O autor admite que o Estado, comunas e departamentos possam reclamar danos causados ao exercício dos serviços públicos, podendo mesmo recorrer ao Judiciário para reparar um prejuízo causado à reputação do serviço. Mas o mesmo autor informa que a Corte de Cassação não admitiu a reclamação de danos pela simples alegação de embaraço à ordem social causado por uma infração.⁵ A lição do autor serve para contrastar com o presente caso, em que não se cogita de um serviço municipal, oferecido para atender a uma necessidade da sociedade local, cuja reputação teria sido ofendida.

5. Conclusão: a crítica para melhoria do serviço público

É claro que todo aquele que causar dano ao

patrimônio público deverá reparar na forma da lei. Mas isso não inclui a reputação do ente público, sem lei que o estabeleça. A crítica ao serviço público, ainda que com amarga finura, é um apanágio do Estado democrático de direito e não pode ser interpretada a modo de dano à reputação desse mesmo serviço. Pois sem a crítica séria e procedente torna-se mais distante o prospecto de melhora da qualidade do serviço público.

¹ Saad, O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado, p. 28.

² Loc. cit.

³ Caio Tácito, Responsabilidade do Estado por Dano Moral, RDA 197:22-29, p. 23.

⁴ Resp 60.033-2-MG, registro 95.0004817-5, in RSTJ a.8 (85), páginas 268 a 274.

⁵ René Savatier, Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français, tomo II, deuxième édition, páginas 143/144, número 574, Paris, 1951.

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ENVIE SEUS ARTIGOS E PARTICIPE DESSA IDÉIA

Solicitamos aos nossos colaboradores que enviem seus artigos no seguinte formato: em disquete, em programa Word for Windows 6.0, com no máximo 200 linhas, com espaçamento normal, corpo 11, fonte Times New Roman ou similar, com notas ao final do texto.

Comunicamos ainda que as eventuais alterações cadastrais devem ser enviadas à Artchip Editora Ltda., pelo telefone/fax: (011) 240-7679, ou via e-mail para o endereço: artchip@ensino.net.
Dúvidas, artigos e comentários devem ser encaminhadas ao Conselho Editorial, via e-mail, nos seguintes endereços:

Luíza Cristina Fonseca Frischeisen (SP): luizacristina@pr3.mpf.gov.br

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (SP): pbajer@prsp.mpf.gov.br

Rosângela Pofahl Batista (GO): rosangela@prgo.mpf.gov.br

Aloísio Firmo (RJ): aloisiofirmo@prj.mpf.gov.br

Maria Helena Nogueira de Paula (RJ): mhelenadepaula@prj.mpf.gov.br

Odin Brandão Ferreira (DF): odin@pr1.mpf.gov.br



LEIA O BOLETIM NA INTERNET:

<http://www.anpr.org.br>

Assine nosso livro de visitas e envie-nos críticas ou sugestões via e-mail

POSITIVISMO

Seminário Friedrich Müller

Tradução de Peter Naumann

Revisão de Paulo Bonavides

A. Sobre o conceito

A expressão «positivismo» foi cunhada por Auguste Comte, cujo «Cours de la philosophie positive» foi publicado entre 1830 e 1842. Tendo como pano de fundo o avanço das ciências naturais, o positivismo pretendeu integrar todo o conhecimento humano por meio da metódica empírica exata, liberta de toda e qualquer interpretação metafísica. A ciência deveria partir apenas dos fenômenos reais. A filosofia investigaria apenas as relações entre as ciências individuais e os seus métodos e extrairia [arbeitert heraus] leis (como a lei comteana dos «três estágios»). Os fatos da experiência não seriam mais obrigados a justificar-se perante a instância da razão. A última instância seria o que é dado simplesmente [das schlechthin Gegebenene], cuja crítica científica ficou assim simultaneamente bloqueada.

Os positivistas do séc. XIX (ao lado de Comte e.g. Hippolyte Taine, John Stuart Mill, Herbert Spencer, Ernst Mach, Richard Avenarius) retomaram assim teses importantes dos enciclopedistas franceses (d'Alembert, Turgot, Condorcet) e dos empiristas ingleses dos séculos XVII e XVIII (Locke, Hume). Modelos em parte formalistas, em parte sensualistas já aparecem na Antiguidade (e.g. Protágoras). Mas o recurso à Sofística grega é ambivalente na medida em que essa tradição tinha simultaneamente introduzido a idéia não-empirista, metafísica do Direito Natural.

O neopositivismo do séc. XX tem as suas origens no empiriocriticismo e se fortalece com a influência do assim chamado Círculo de Viena (Schlick, Carnap, Reichenbach e outros), que se dedicou sobretudo à crítica dos conceitos e da ciência.

Visto na perspectiva específica da ciência jurídica e ao mesmo tempo estreitamente vinculado ao positivismo filosófico, esse positivismo da postura científica, nuclearmente filosófico, é uma perspectiva [Einstellung] que pode ser denominada «positivismo da vigência do direito». Também ela principia na Antiguidade (sofistas gregos), nunca desaparece de todo da discussão (nominalismo) e também começa a impor-se amplamente em meados do séc. XIX num surto histórico. Também aqui se parte de algo incontestavelmente factual, do que é «positivamente dado». Impõe-se a pergunta pela natureza da *positividade do direito*. Distingue-se nesse tocante entre o positivismo psicológico (e.g. Bierling, Merkel, Jellinek, Beling), o positivismo sociológico (Ehrlich, Weber, Geiger) e o positivismo legalista de natureza estatalista. Este último identifica

a positividade do direito no fato dele ter sido instituído e garantido (com apoio da coerção) por uma instância estatal de poder. O direito é idêntico às leis do Estado, elaboradas de modo correto. Questões de conteúdo não podem desempenhar nenhum papel para esse conceito de direito positivo, normas naturais ou éticas não têm nenhum interesse para ele. Essa despedida rigorosa do Direito Natural foi formulada pelo Tribunal do Reich [Reichsgericht] em 1928 nos seguintes termos: «O legislador é senhor de si mesmo [selbstherrlich] e não está vinculado a nenhuma barreira exceto às que ele mesmo levantou para si na constituição ou em outras leis» (RGZ 118, 327). A «Teoria pura do direito» de Kelsen também elimina da ciência jurídica todas as valorações e todas as concepções do que é correto [Richtigkeit], enquanto desprovidas de sentido do ponto de vista científico. Segundo Kelsen, a ciência jurídica só pode tornar-se uma ciência enquanto teoria das «formas puras» do direito; por isso «qualquer conteúdo pode ser direito». O desaparecimento da axiomática jusnaturalista e, conseqüentemente, de toda e qualquer dignidade supra-empírica do direito positivo ensejou ao mesmo tempo a potenciação global, sobretudo no círculo dos práticos do direito, da conformação [Fügsamkeit] fática ao poder-violência [Gewalt] das respectivas potências, que se comportam como legítimas» (Max Weber).

O positivismo filosófico deve ser discutido pela *teoria da ciência* [Wissenschaftstheorie] e pela história da ciência. O positivismo da vigência do direito continuou sendo a atitude básica predominante entre os juristas; o alegado «eterno retorno do direito natural» limitou-se aos anos depois do fim da 2ª Guerra Mundial e a um fugaz reacendimento [Aufflackern. DR. PAULO: talvez seja o caso de substituir 'fugaz reacendimento' por 'fogo de palha', que também não dura muito], que não deixou nenhuma impressão digna de menção. Em contrapartida, o positivismo jurídico em questões de método, o «positivismo do tratamento da norma» continua sendo um problema a ser trabalhado pela ciência jurídica. Só ele é designado a seguir como «positivismo».

B. Discussão do positivismo jurídico em questões de método

Como o direito racional, contra o qual ele se volta simultaneamente na pergunta pelo fundamento da vigência do direito, o positivismo pensa

axiomaticamente e quer conceber as codificações como sistema fechado, ao qual devem caber *unidade* bem como *coerência* [*Geschlossenheit*], entendida no sentido de completude bem como no de ausência de contradições. Procede pela dedução lógica a partir da totalidade sem lacunas do sistema legal. A aplicação do direito não deve consistir de nada mais. Ao direito racional todo e qualquer comportamento social humano se afigurara normatizável e antecipável. Posteriormente a ciência das pandectas, o positivismo e a *jurisprudência de conceitos* [*Begriffsjurisprudenz*] não mais compreenderam ingenuamente o direito positivo, mas o seu próprio sistema conceitual enquanto fechado em si mesmo, derivável e isento de contradições. Todos os casos jurídicos pareciam solucionáveis pela subsunção silogística, os conceitos jurídicos deveriam colocar à disposição um número fixo de axiomas. Já a genealogia dos conceitos de *Puchta* e a sua «pirâmide conceitual» anteciparam a idéia do sistema no sentido da complementabilidade das normas existentes por meio de princípios e conceitos científicos. Tanto eles como também as prescrições positivas são confundidas com dados imediatos no sentido de coisas da natureza. O que só pode ser a operação [*Leistung*] do pensamento abstrativo transmuta-se involuntariamente em ontologia problemática [*schiefe Ontologie*], em suposição pseudo-jurisnaturalista. O sistema jurídico alegadamente fechado, sem lacunas, harmônico, abstratamente coisificado, pode ser manuseado de forma autosuficientemente formalista quando se descarta das suas premissas e funções históricas e políticas. A *função legitimista do positivismo* em favor da restauração política e de reação antiliberal depois de 1848/1849 mostrou-se de forma especialmente nítida no *Direito Constitucional* [*Staatsrecht*]. Von Gerber denominou com suficiente clareza a prestação da garantia do *status quo* político como finalidade do modo positivista-constitutivista de tratamento do Direito Constitucional. Também em autores como Zachariä, Mohl e Bluntschli o «método jurídico» é tanto expressão quanto instrumento de uma determinada posição em questões de conteúdo. Depois de 1870 essa posição consistiu sobretudo em blindar a concepção monárquico-conservadora do Estado, a política antiliberal e, genericamente, as relações políticas e sociais existentes contra uma crítica possível. Assim, para citar um exemplo, questões jurídicas em aberto não podem surgir nem na opinião de um Laband. Cada problema novo já está solucionado, por força da necessidade inerente ao próprio pensamento; lacunas na regulamentação expressa - ou, para ser mais exato: lacunas nos textos das normas - devem ser preenchidas com a necessidade de leis pseudo-naturais [*pseudo-naturgesetzlicher Notwendigkeit*] pela construção jurídica a partir de enunciados fundamentais [*Grundsätze*] e princípios orientadores. Os nexos sociais não são negados, mas postos de lado por não interessarem a ciência jurídica. A dogmática deve ser escoimada da história, da filosofia, da política e da economia, quer dizer,

de todos os elementos «não-jurídicos». Esse resultado responde à pergunta inicial do positivismo: como a ciência jurídica pode ser uma ciência autônoma? Segundo ele as normas jurídicas não devem ser tratadas como conexas a dados sociais. Encontra-se reprimido [*verdrängt*] tudo aquilo, com base em que o fazer dos juristas é demandado e usado e com base no qual ele funciona. A «autonomia científica» da ciência jurídica deveria comprovar-se na sua qualidade de constituir «o fundamento da dedução jurídica segura» (von Gerber). Passou desapercibido o fato de que aqui só foram apreendidos textos de normas, só dados de linguagem, mas não as normas. A insistência do positivismo na matéria jurídica positiva já fracassa liminarmente na sua falta de referência à realidade, quando só a forma linguística de normas, mas não as próprias normas enquanto configurações complexamente estruturadas são acessíveis como «matéria jurídica positiva». O que partiu do enfoque científico antijurisnaturalista do positivismo filosófico transmuta-se debaixo do pano novamente em direito natural burguês de duvidosa qualidade; pois o feixe dos postulados positivistas (unidade, sistema, ausência de lacunas, ausência de contradições no direito) «está acima do direito instituído e do legislador» (Burckhardt).

A crítica tradicional desde a *escola do direito livre* e da *jurisprudência de interesses* [*Interessenjurisprudenz*] não se referiu à aporia fundamental do positivismo, mas restringiu-se a questões individuais. Contra o dogma da coerência do sistema jurídico ela remeteu à sua lacunosidade, aos «contornos flutuantes», ao «halo conceitual» (Heck) dos conceitos jurídicos. Atestava-se aos juízes a competência de preencher as lacunas por decisões valorativas. Mas a tese do *direito jurisprudencial* só atinge superficialmente o positivismo. Ela se liga antes ao fato de que a «situação do autômato jurídico, vinculado à mera interpretação de parágrafos e contratos, no qual se joga as circunstâncias de fato ao lado das custas, para que ele ejete a sentença ao lado das razões» se afigura «subalterna» (Max Weber), pois a reclamação da «atividade jurídica criativa» para o juiz se enreda de imediato nas mesmas contradições da compreensão da norma, que já condenaram o positivismo ao fracasso. Na sua insistência na «positividade» depurada da realidade, o positivismo aceitou o preço [*nahm in Kauf*] da perda da normatividade jurídica. O ideal de método de uma ciência natural, que ainda não tinha perdido a certeza de si mesma, foi transferido acriticamente ao direito; o próprio direito foi compreendido equivocadamente como ser centrado em si [*in sich ruhendes Sein*], a norma jurídica foi compreendida equivocadamente como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia e como primeiro enunciado [*Obersatz*] do silogismo, formalizado em termos da Lógica Formal. O direito e a realidade, a norma e o segmento normatizado da realidade estão «em si» justapostos sem nenhuma relação, são contrapostos reciprocamente com

o rigorismo da separação neokantiana de «ser» e «dever ser», devem encontrar-se somente por via da *subsunção* do estado de coisas [Sachverhalt] a um primeiro enunciado [Obersatz] de caráter normativo. Subjaz a isso a *confusão das normas com os seus textos*, ainda predominante. De acordo com essa orientação, a metódica ainda é vista apenas como metódica da exegese de fórmulas lingüísticas. Considera-se metajurídico o que deveria ser elaborado fora do texto da norma. Só o exame de palavras deve conduzir a informações sobre a «essência jurídica» e.g. de um instituto jurídico. Mas a pergunta pelo papel da realidade no direito não pode ser solucionada pela sua eliminação. Contra tal aceção a *norma jurídica* apresenta-se ao olhar realista como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados lingüísticos (*programa da norma*) e do conjunto dos dados reais conformes ao programa da norma (*âmbito normativo*). Nessa estrutura a instância ordenadora e a instância a ser ordenada devem ser relacionadas por razões inerentes à materialidade da questão [sachlich zusammengehören]. O *texto da norma* não é aqui nenhum elemento conceitual da norma jurídica, mas o dado de entrada/input mais importante do processo de concretização, ao lado do *caso* a ser decidido juridicamente.

C. Tarefas

Hoje o positivismo clássico praticamente não é mais representado como posição programática, mas ele continua atuando inexpressamente com alguns erros fundamentais e numerosos fatores individuais na práxis amplamente não-refletida assim como nas aporias levadas como herança pela teoria da norma e do método. A Escola do Direito Livre, a jurisprudência de interesses [Interessenjurisprudenz] e a ciência jurídica sociológica, a Tópica, a Hermenêutica, a teoria integracionista e outros antipositivismos esforçaram-se debalde em «superar» o positivismo. Parece mais correto não regredir nesse esforço para alguém do positivismo, não deixar de atingir o seu padrão de tecnicidade. Trata-se de retomar o que foi reprimido pelo positivismo e elaborá-lo de forma generalizável na dogmática, metódica e teoria. Os objetivos do positivismo de cientificar na medida do possível a ciência jurídica e de elaborar uma dogmática racional não merecem ser esquecidos em benefício de exigências menores no tocante à racionalidade e à honestidade em questões de método. A «superação» do positivismo não é de modo nenhum um fim legítimo em si mesmo. Enquanto concepção *sistematicamente pós-positivista*, a *Teoria Estruturante do Direito* não aposentou apenas a redução da norma ao seu texto, do ordenamento jurídico a uma ficção artificial, da solução do caso a um processo logicamente inferível por meio do silogismo, mas desenvolveu, partindo da estruturação de normas jurídicas, a proposta de um modelo de teoria e práxis que abrange a dogmática, a metódica, a teoria do direito e a teoria constitucional e não continua devendo a resposta ao positivismo.

Bibliografia

Adorno; Albert; Dahrendorf; Habermas; Pilot; Popper. *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, 1969; R. Avenarius. *Kritik der reinen Erfahrung*, vols. I e II, 1888-1890; Beling. *Vom Positivismus zum Naturrecht und zurück*, 1931; Bergbohm. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Kritische Abhandlung*, vol I: *Das Naturrecht der Gegenwart*, 1892; Bierling. *Juristische Prinzipienlehre*, vols. I-V, 1894-1917; Blühdorn; Ritter (edd.). *Positivismus im 19. Jahrhundert*, 1971; Bobbio. *Giuridicismo e positivismo giuridico*, 1972 (2ª ed.); W. Burckhardt. *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, 1925; Id. *Methode und System des Rechts*, 1936; Comte. *Cours de la philosophie positive*, 1830-1842; Id. *Système de la politique positive*, 1851-1854; Ehrlich. *Über Lücken im Rechte*, in: E. Ehrlich. *Recht und Leben*, 1967; Fikentscher. *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, vol. II, 1975; vol. III, 1976; Geiger. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1964; von Gerber. *Grundzüge des Deutschen Staatsrechts*, 1880 (3ª ed.); Hart. *Der Begriff des Rechts* (trad. do inglês por A. v. Baeyer), 1973; Ph. Heck. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, 1932; Juhos. *Formen des Positivismus*, in: *Ztschr. für allgemeine Wissenschaftstheorie* 1971, vol. II, 27 ss.; Kelsen. *Reine Rechtslehre*, 1960 (reimpressão em Viena em 1967); Id. *Was ist juristischer Positivismus?* in: *JZ* 1965, 465 ss.; V. Kraft. *Der Wiener Kreis. Der Ursprung des Neopositivismus*, 1950; Laband. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, 1911 (5ª ed.); Larenz. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1983 (5ª ed.); E. Mach. *Erkenntnis und Irrtum*, 1905; Marcuse. *Vernunft und Revolution*, 1979 (5ª ed.); F. Müller. *Recht - Sprache - Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I*, 1975 (*Direito - Linguagem - Violência. Elementos de teoria constitucional*, I. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995); Id. *Juristische Methodik und politisches System. Elemente einer Verfassungstheorie II*, 1976; Id. *Juristische Methodik*, 1976 (2ª ed.; 6ª ed. 1995. A 5ª ed. foi publicada em 1996 em Paris pela editora Presses Universitaires de France sob o título *Discours de la méthode juridique*); Id. *Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie III*, 1979; Id. *Strukturierende Rechtslehre*, 1984 (2ª ed. 1994; a ser publicado proximamente em tradução para o português por Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre); Id. *'Richterrecht'. Elemente einer Verfassungstheorie IV*, 1986; von Oertzen. *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, 1974; W. Ott. *Der Rechtspositivismus - Kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus*, 1976; Puchta. *Das Gewohnheitsrecht*, vols. I-II, 1828/1837; *Cursus der Institutionen*, 1881 (9ª ed.); Reichenbach. *Der Aufstieg der wissenschaftlichen Philosophie*, 1968 (2ª ed.); Schlick. *Allgemeine Erkenntnislehre*, 1918; Schnädelbach. *Erfahrung, Begründung und Reflexion. Versuch über den Positivismus*, 1971; Max Weber. *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1951 (2ª ed., ed. Johannes Winckelmann); Id. *Rechtssoziologie*, 1967 (2ª ed., ed. Johannes Winckelmann); Wellmer. *Kritische Gesellschaftstheorie und Positivismus*, 1969.

A Nova Dicção do Art.482 do CPC

O Ministério Público e a Hermenêutica Constitucional

Antonio do Passo Cabral

Aluno do 4º ano da Faculdade de Direito da UERJ

Introdução

Em seqüência ao movimento legiferante que ficou conhecido como “reforma processual civil”, o legislador alterou, uma vez mais, as disposições do Código de Processo Civil, no capítulo referente ao incidente de inconstitucionalidade, tradução, em legislação ordinária, do princípio constitucional da reserva de plenário (art.97da CF/88), pelo que devem os órgãos fracionados remeter ao Pleno ou órgão especial dos Tribunais as arguições de inconstitucionalidade das leis. Acrescentaram-se, assim, três parágrafos ao art.482, que ficou com a seguinte redação:

Art.482. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do Tribunal designará a sessão de julgamento.

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

*§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.*¹

A inovação acrescida ao Código de Processo Civil foi trazida pelo art.29 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Trata-se, por conseguinte, de matéria recente no ordenamento jurídico brasileiro.

A Conjuntura Reformista do Direito Processual — O Efeito Vinculante

Deve-se, antes de analisar o conteúdo do novo texto legal, observar o contexto em que a mudança foi introduzida. Desde há muito, o sistema misto de con-

trole de constitucionalidade brasileiro, que tem por característica básica a convivência dos sistemas difuso e concentrado, vem se inclinando no sentido de privilegiar este em detrimento daquele. Essa tendência vem se verificando desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, operando-se uma série de mudanças no processo de controle de constitucionalidade das normas, com o nítido escopo de atrelar as decisões judiciais aos entendimentos consolidados dos Tribunais.

Com o advento da Emenda Constitucional nº3/93, se instaurou um novo instrumento de controle abstrato, a Ação Declaratória de Constitucionalidade — uma vez mais denotando a intenção do legislador de dar maior peso ao controle concentrado da constitucionalidade das leis — conferindo-lhe, além do efeito *erga omnes*, já existente, o efeito vinculante, objetivando que, em sendo fixado entendimento jurisprudencial do Pretório Excelso, seja este acolhido por todos os demais órgãos do Estado, e, se inobservado, dá ensejo à faculdade recursal, pela via da Reclamação, diretamente no STF.

Nota-se claro intuito de, sob o rótulo da celeridade e ao argumento da sobrecarga do Judiciário, se atribuir cada vez mais força ao precedente judicial, aproximando o sistema brasileiro do *stare decisis* norte-americano. Essa tendência se observava, já anteriormente, no Brasil, no âmbito do Processo Civil, por exemplo, quando se conferiram poderes ao relator, em grau recursal, para, de plano, negar seguimento a recurso fundado em tese contrária a entendimento sedimentado do respectivo Tribunal, de Tribunal Superior ou do Supremo Tribunal Federal (art.557 do CPC).

Convém observar que, quanto ao incidente de inconstitucionalidade, já a lei 9.756/98 modificou seu procedimento, acrescentando um parágrafo ao art.481 do CPC, para evitar que os órgãos fracionários dos Tribunais submetam ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Avultava-se a vinculação aos precedentes.

Contudo, se, por um lado, a inovação trazida pela lei 9.756/98 objetiva atribuir força ao precedente judicial², os recentes adicionais ao art.482 visam a permitir que os responsáveis pela edição do ato normativo atacado e os titulares do direito de propositura elencados no art.103 da Constituição Federal possam se manifes-

tar no incidente de inconstitucionalidade, concedendo-lhes a faculdade de apresentar memoriais e requerer a juntada de documentos. Além disso, o relator poderá estender essa permissão a "outros órgãos ou entidades", o que aponta, novamente, semelhança ao ordenamento norte-americano, onde se permite ao magistrado, por ato discricionário, no âmbito das *class actions*, aferir a representatividade dos interessados (*adequacy of representation*) e admitir ou não sua inclusão no feito³.

Essa mudança reflete, em grande parte, preocupação do legislador com a legitimidade do provimento a ser proferido quando de tais incidentes. Com efeito, não se trata de controle abstrato de constitucionalidade das leis, mas controle concreto, exercitado *in casu*, que poderá, em última análise, produzir efeitos em relação a outros processos, em virtude da possibilidade de que, posteriormente ao julgamento do incidente, arguições de inconstitucionalidade similares não sejam levadas à apreciação do Pleno por já existir pronunciamento do Tribunal a respeito⁴.

O tema é delicado eis que, ao contrário dos processos de controle abstrato de constitucionalidade das normas, não há, aqui, *causa petendi* aberta, o que vale dizer que o Tribunal não aprecia a inconstitucionalidade da norma sob todos os aspectos possíveis, mas "*exclusivamente nos termos em que a questão é posta no caso concreto*"⁵, adstringindo seu julgamento aos argumentos trazidos pelas partes. Percebe-se, pois, a possibilidade de se consolidar um entendimento jurisprudencial realizado *in concreto*⁶ a ser aplicado, ulteriormente, a outros feitos, sem exame das vicissitudes de cada caso.

Edificou o legislador, dessarte, estrutura normativa que possibilita a maior representatividade possível quando do julgamento do incidente de inconstitucionalidade, com a manifestação não só dos responsáveis pela edição do ato normativo impugnado mas também de todos os eventuais interessados. Dessa forma, se permite um contraditório amplo, conferindo maior legitimidade ao provimento que afinal seja prolatado⁷.

Nesse sentido, a lei 9.868/99 passou a admitir dilação probatória também nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, autorizando produção de prova pericial, realização de audiência pública, dentre outras medidas (art.6º ao 9º), afastando-se do paradigma tradicional segundo o qual esse tipo de processo, por sua natureza objetiva, somente admitiria questões de direito. Enfim é reconhecida a necessidade, em muitos casos, de se inferir, dos fatos e da concreta aplicação da norma, a alegada afronta ao texto constitucional. Valoriza-se, aqui, uma vez ainda, o contraditório.

Também a própria Lei 9.868/99 (art.7º e 18), embora tenha consolidado a orientação do STF de vedar a intervenção de terceiros nos processos de controle abstrato de constitucionalidade (art.169 §2º do RISTF) prevê a mesma autorização expressa de manifestação de outros órgãos e entidades contida na nova redação do art.482 do CPC, embora não tenham sido acolhidos, integralmente, os dispositivos constantes do projeto enviado ao Congresso Nacional⁸, o que teria sido de bom alvitre.

O Ministério Público e a "Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição"

Traduzem essas modificações importantes avanços no conceito de interpretação constitucional e sua extensão. Sem embargo, a doutrina moderna prega ser a hermenêutica constitucional um processo aberto, não se restringindo aos órgãos do Estado, aos agentes públicos e às partes, mas abrangendo toda a sociedade, que é participante desse processo, já que "*a interpretação constitucional jurídica traduz a pluralidade da esfera pública e da realidade*"⁹. Todos os cidadãos são também intérpretes da Constituição.

Para o Ministério Público, em especial, surge uma nova função, que se traduz na apresentação da sociedade no incidente de inconstitucionalidade, possibilitada através dos acréscimos textuais insertos no art.482 do CPC, quando de seu julgamento pelo Pleno ou Órgão Especial dos Tribunais.

Cabe ressaltar que o incidente se divide em duas fases: a primeira perante o órgão fracionado, onde se examina sua admissibilidade, ou seja, a efetiva existência da inconstitucionalidade argüida e a sua eventual remessa à apreciação do Tribunal Pleno; a segunda constitui-se no próprio julgamento pelo Plenário ou Órgão Especial, se acolhida a argüição ante o órgão fracionário.

Enquadra-se, nessa segunda fase do incidente, a novidade apresentada pela recente redação conferida ao art.482, que é a audiência do MP quando do julgamento da questão constitucional pelo Pleno. Não se confunde com a manifestação ministerial anterior, prevista na primeira fase do incidente, qual seja, a apreciação da argüição pelo órgão fracionado, esta imperativa, constante do art.480 do CPC, enquanto aquela é facultativa.

Revela-se oportuno destacar que maior relevância terá a recente possibilidade de uma segunda oitiva do Ministério Público junto ao Tribunal Pleno nos casos de ter sido o próprio MP que suscitou o incidente perante o órgão fracionado, senão vejamos.

Admite-se, em doutrina, que o Ministério Público, ainda que atue como *custos legis*, tem legitimidade para argüir a inconstitucionalidade e até mesmo não sendo, em primeiro grau de jurisdição, parte do processo¹⁰. Nessas hipóteses, suscitando o MP o incidente ante o órgão fracionado, o *Parquet* não se pode manifestar na primeira fase do procedimento. Resta patente a importância da nova faculdade de pronunciamento ministerial, a permitir intervenção do MP, ulteriormente, mesmo quando deflagrador do procedimento do incidente de inconstitucionalidade.

Por outro lado, é silente a norma adicionada ao CPC quanto ao órgão do MP que se deverá manifestar junto ao Pleno ou Órgão Especial, ao contrário do que ocorre no capítulo relativo ao incidente de uniformização de jurisprudência, onde o texto legal exige que o órgão ministerial ouvido seja o chefe do *Parquet* atuando junto ao Tribunal (art.478, parágrafo único do CPC).

A lei 8.625/93, que dispõe sobre a organização dos Ministérios Públicos dos Estados, elenca, em seu art.29, as funções do Procurador-Geral de Justiça. E,

no inciso III do mesmo artigo, estatui que lhe compete “representar o Ministério Público nas sessões plenárias dos Tribunais”, pelo que nos parece ser a nova função do MP quando do julgamento do incidente de inconstitucionalidade no Pleno, *ex vi legis*, atribuição do Procurador-Geral de Justiça.

A Lei Complementar nº75/93, que dispõe sobre a organização do Ministério Público da União, silenciou acerca do órgão do MP a atuar nas sessões do plenário dos Tribunais. Também os Regimentos Internos dos Tribunais Regionais Federais não contêm norma específica sobre o assunto, mas apenas referências genéricas¹¹. Deve-se, quanto ao *Parquet* federal, atentar para as disposições internas dos órgãos do Ministério Público. No âmbito da 2ª Região, por força do item IV da Portaria nº 15 da Procuradoria Regional da República, de 05.04.99, cabe ao Procurador-Chefe atuar junto ao Pleno do TRF.

Conclusão

É fato que os precedentes judiciais vem sendo enrijecidos, a cada dia no sistema jurídico brasileiro. No que tange ao efeito vinculante, não enfrentaremos as questões acerca de seu cabimento, bem como os benefícios e malefícios que poderia gerar por fugir aos objetivos deste trabalho, mas chamamos a atenção do leitor para as severas críticas que lhe são feitas por grande parte da doutrina, aos argumentos de configurar afronta aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da independência dos magistrados e do devido processo legal¹².

Contudo, quanto à voracidade legislativa que vem transformando, diuturnamente, nosso ordenamento processual, cabe colher os ensinamentos do mestre José Carlos Barbosa Moreira, que, ao comentar os debates sobre reformas constitucionais para atribuir eficácia vinculante às súmulas do STF, assevera que “*sem precisão de emenda, a vinculação, para fins práticos, em boa medida, vai se insinuando, pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses sumuladas, senão até das simplesmente bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos. Emenda constitucional para estabelecer que as Súmulas, sob certas condições, passarão a vincular os outros órgãos judiciais? Ora, mas se já vamos além, e ao custo — muito mais baixo — de meras leis ordinárias*”¹³.

Impende salientar que, com o incremento da força dos precedentes, transformações são, decerto, necessárias ao ordenamento processual — posto que deviam observar um processo de reflexão e debate que sua relevância demanda — para que se permita o desenvolvimento de novas formas de participação dos vários setores da sociedade, das “*potências públicas pluralistas*”, que participam do processo de exegese constitucional e são “*intérpretes em sentido amplo da Constituição*”¹⁴.

Nesse cenário, a nova função do Ministério Público assume alta magnitude, como instrumento de

otimização da apresentação e manifestação da sociedade, intérprete da Constituição, nos incidentes de inconstitucionalidade, alargando o contraditório, legitimando o provimento prolatado e enaltecendo, ainda mais, sua função de fiscal da lei.

¹ Não se trata de despacho, mas de decisão interlocutória. Note-se que o §3º do art.482 vem se juntar aos arts.519, parágrafo único e 543 §§2º e 3º, excepcionando, no corpo do CPC, a regra da recorribilidade das decisões interlocutórias.

² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A Lei 9.756/98 e Suas Inovações” in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol.768, outubro de 1999, p.92.

³ Esse mecanismo é utilizado pelo STF nos processos de controle abstrato de constitucionalidade, para atender-se ao requisito da “pertinência temática” dos postulantes. Em relação às *class actions*, confira-se PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A Natureza Jurídica do Direito Individual Homogêneo e sua Tutela pelo Ministério Público como Forma de Acesso à Justiça*. Tese apresentada e aprovada pelo Programa de Doutorado da Faculdade de Direito da UERJ, ainda não publicada, Rio de Janeiro, 2000, p.95-117; BUENO, Cássio Scarpinella. “As *Class Actions* Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: Pontos para uma Reflexão Conjunta” in *Revista de Processo*, São Paulo, vol.82, abril-junho, 1996, p.125-126.

⁴ THEODORO JR., Humberto. “As Alterações do Código de Processo Civil Introduzidas pela Lei nº9.756/98 de 17.12.98” in *STJ 10 Anos, Obra Comemorativa* Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999, p.64-65.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 1998, p.864; Admitindo a apreciação ampla, embora com ressalvas em relação à fundamentação, pregando que, para que seja declarada inconstitucional uma norma, deve ser observado o número de votos exigido em relação a um dos fundamentos, não se podendo “somar” votos sobre fundamentos diversos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 8ªed., Vol. V, p.45-46.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.205-206.

⁷ Sobre a participação, garantida pelo contraditório, de todos os interessados nos pronunciamentos judiciais como legitimação das decisões prolatadas, confira-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Malheiros, 1994, p.205-206.

⁸ Projeto de Lei nº 2.960/97, arts. 7º§1º e 18§§ 1º e 2º, todos vetados; Confira-se, a respeito, MENDES, Gilmar Ferreira. “Processo e Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF: uma Proposta de Projeto de Lei” in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, nº23, abril-junho de 1998, p.09-22.

⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1997, p.43. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo Órgão Judicial” in *Revista dos Tribunais*, vol.766, agosto, 1999, p. 13-15; SARMENTO, Daniel. *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2000, p.137.

¹⁰ No mesmo sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. Cit.* p.37; CLÈVE, Clemerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.98; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p.795.

¹¹ Utilizam-se, nos Regimentos Internos, ora a expressão “Ministério Público Federal” (RITRF 4º Reg., arts. 52,53,149, etc.), ora “Procurador Regional da República” (RITRF 1º Reg., arts. 63-67, 175, etc.), ou ambas (RITRF 2º Reg., arts.63-66, 169), ora “Procurador Regional Federal” (RITRF 5º Reg., arts.49-53, 123, 157, etc.), de forma genérica, o que poderia levar o intérprete a cogitar a possibilidade de distribuição aleatória entre os vários Procuradores atuando junto ao Tribunal.

¹² Contra o efeito vinculante, por todos, confira-se a exposição teórica de GRAU, Eros Roberto. “Sobre a Produção Legislativa e Sobre a Produção Normativa do Direito Oficial: o Chamado Efeito Vinculante” in *Revista Trimestral de Direito Público*, nº16, 1996, p.31-38; A favor do efeito vinculante, rebatendo todos os argumentos citados no texto, por todos, MENDES, Gilmar Ferreira. “A Ação Declaratória de Constitucionalidade: Inovação da Emenda Constitucional 3/93” in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº4, julho-setembro, 1993, p.101-104.

¹³ “Algumas Inovações da Lei nº 9.756 em Matéria de Recursos Cíveis” in *Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, vol.52, 1999, p.35.

¹⁴ HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p.48.

Capitalização de Juros - MP 1963-21 Inconstitucionalidade

Edmar Gomes Machado
PRM/Franca

Exmo. Sr. Juiz Federal da – Vara de Franca/SP
13ª Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

O **Ministério Público Federal**, por seu Procurador da República adiante assinado, no exercício de suas atribuições constitucionais vem, com fulcro nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, artigos 3º, 5º e 21 da Lei n.º 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), artigo 6º, inciso VII, alíneas “a” e “d” da Lei Complementar n.º 75/93, arts. 81 e 82 da Lei Federal n.º 8072/90, e 282 e seguintes do Código de Processo Civil, propor a presente:

Ação Civil Pública com Pedido de Medida Liminar
Em face do **BANCO CENTRAL DO BRASIL**, autarquia federal com sede em Brasília, e Secretaria de Relações Institucionais situada em São Paulo na Av. Paulista, n.º 1.840, Bairro Bela Vista, e também das demais instituições financeiras, pertencentes ao Sistema Financeiro Nacional, relacionadas no anexo 1.

I - DA INCLUSÃO DO BACEN NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA:

Nos termos das atribuições consignadas na Lei n.º 4.595/64, o Banco Central do Brasil (BACEN) tem as seguintes responsabilidades, previstas nos seus artigos 9º e 10º, *in verbis*:

“Art. 9º- Compete ao Banco Central do Brasil cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo conselho monetário Nacional.”

“Art. 10º- Compete privativamente ao Banco Central do Brasil:

*...
VI- exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;*

*...
IX- exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades; previstas
...” (grifo nosso)*

Pelo que se infere do texto normativo, a política nacional de crédito, que tem desdobramento direto na proteção dos consumidores, quanto à taxa, forma de concessão, cobrança etc, está sujeita, privativamente, ao controle do Banco Central.

Assim o BACEN pode e deve agir no sentido de proteger os interesses dos consumidores do crédito ban-

cário nacional, mediante a inviabilização ou repressão de práticas danosas aos princípios da ordem econômica.

E, quando a supracitada norma, estabelece que ao BACEN cabe fiscalizar e aplicar penalidades as instituições financeiras, devemos entender que esta fiscalização deverá ser feita dentro dos parâmetros e finalidades acordes aos princípios e normas que regem o Sistema Financeiro Nacional, e principalmente adequando-se às normas constitucionais que regem os temas.

Desse modo, é de se reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* do BACEN, ressaltando-se a hipótese de comprovada atuação em relação aos fatos narrados nesta peça, quando ser-lhe-á facultado atuar na lide como litisconsorte ativo.

II - Do Objeto da Ação:

A presente ação tem por objeto:

1) a não aplicação, na base territorial da 13ª Subseção da Justiça Federal da 3ª Região (sede em Franca - SP), por parte das instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, anexo relacionadas, da capitalização de juros em período inferior a um ano, ainda que expressamente convencionado nos contratos. Isto em face da inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória n.º 1.963-21 publicada no diário oficial da União no dia 27 de julho de 2000, *in verbis*:

“Art. 5º- Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.” (Grifo Nosso).

Pois tal norma ofende, o art. 62 da Constituição Federal, ante a ausência de urgência e relevância, e o artigo n.º 192 da Constituição Federal, que, de forma expressa, reserva exclusivamente à **lei complementar** a função de regulamentar alterações concernentes ao Sistema Financeiro Nacional.

2) Que o BACEN cumpra sua função institucional e fiscalize a concessão de crédito por tais instituições aos consumidores, dentro dos parâmetros constitucionais, ou seja, sem a prática do malsinado anatocismo.

Pode até mesmo parecer absurdo cobrar de tal autarquia a fiscalização da outorga de crédito. Porém, antes da recente edição da referida medida provisória, quando não restava nenhuma dúvida acerca da vedação da prática do anatocismo, pela legislação em vigor desde 1.933 (matéria sumulada nos tribunais superiores), o BACEN nada fez para deter tal prática ilícita.

III - Da Competência da Justiça Federal:

Entende o Ministério Público Federal que sua condição de parte em ação que tramita perante a Justiça Federal por si só implica na competência desta.

No entanto, para os que pensam o contrário, a Justiça Federal ainda seria competente *ratione personae*, em razão do interesse jurídico da União, consubstanciado na presença da Caixa Econômica Federal e do Banco Central do Brasil na presente lide, bem como pela defesa do mercado interno que constitui patrimônio nacional, nos termos do art. 219 da Constituição Federal.

IV - Da legitimidade Ativa do Ministério Público Federal :

1 - Crédito Bancário como direito individual homogêneo socialmente relevante:

Através da presente ação civil pública o Ministério Público Federal exerce a defesa de direitos individuais homogêneos de relevante caráter social, que abrangem interesses atinentes a universo extenso de consumidores hipossuficientes, que utilizam-se do crédito bancário nacional. Tais consumidores podem ser divididos em dois principais grupos:

a) **consumidores hipossuficientes de forma direta.** São as pessoas físicas de baixo ou médio poder aquisitivo e pessoas jurídicas de pequeno porte aquelas que por características econômicas próprias não tem meios de fazer valer seus direitos, sendo clara a necessidade da atuação do Ministério Público Federal, pois ao contratarem com os agentes financeiros, o fazem sem nenhuma possibilidade de discussão de taxas ou prazos, apenas aceitam um dos poucos modelos (contratos de adesão) que, normalmente, lhes são impostos. Isto ocorre freqüentemente na contratação de serviços como por exemplo o "cheque especial" e os empréstimos pessoais de pequena monta.

b) **Consumidores hipossuficientes de forma reflexa.** São as pessoas físicas detentoras de grande volume de capitais ou pessoas jurídicas de médio ou grande porte, os quais, *a priori*, não aparentam serem hipossuficientes, mas, há que se notar que a hipossuficiência deles decorre, não de fatores internos a cada um deles, mas sim do confronto destes e o poderio econômico dos agentes financeiros; *com efeito, não há no Brasil pessoa física ou jurídica, por mais capital que disponha, que possa atuar comercial ou industrialmente, prescindindo da utilização do crédito bancário.*

A verdade desta afirmação pode ser constatada, por exemplo, com a situação da EMBRAER (Empresa Brasileira de Aeronáutica), atualmente a maior exportadora — em valores de mercadorias — do Brasil, envolvendo somas na casa de bilhões de dólares anualmente, mas que, para tanto, faz uso do PROEX (Programa de Financiamento à Exportação) que, mediante subsídios da União, concedidos pelo BNDES, reduz significativamente as taxas de juros e financia assim os produtos exportados.

Ocorre que a utilização deste programa de equalização de juros é, no momento, objeto de grande disputa comercial envolvendo o Brasil e o Canadá em sede da Organização Mundial do Comércio (OMC), onde os países tentam um acordo bilateral e não está afastada a

hipótese de retaliações comerciais recíprocas, tudo em face da utilização pela EMBRAER do PROEX.

Temos que a situação acima descrita não é singular, mas repete-se com inúmeras outras empresas, que grandes ou pequenas, dependem de forma direta do crédito bancário.

2 - DO CRÉDITO BANCÁRIO COMO DIREITO DIFUSO:

O crédito nacional é questão atinente a um número indeterminável de pessoas e de situações jurídicas, como fica evidenciado na influência que ele exerce, por exemplo, sobre:

A) **MERCADO INTERNO BRASILEIRO**, compreendido este como conjunto de transações mercantis e industriais, nas quais é fator determinante, a política de crédito adotada pelo governo e instituições financeiras. A Constituição Federal no art. 219 deixa claro ser o mercado interno patrimônio nacional, o que por se só já ensejaria a utilização do instrumento da ACP para protegê-lo.

B) **EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS** — Tal influência já ficou claramente demonstrada com o exemplo envolvendo a EMBRAER e o PROEX. O crédito sendo de fácil acesso e baixo custo favorece o incremento da produção e exportação de bens, já na falta deste, os preços finais dos produtos aumentam, o que inviabiliza as exportações;

C) **RESERVAS INTERNACIONAIS** — São estas formadas basicamente, a partir das exportações, as quais são a principal fonte de entrada de dólares do país, dólares estes que, por sua vez, são retidos pelo Banco Central no momento da conversão para reais dos créditos dos exportadores. Tais reservas são de natureza estratégica, vez que indispensáveis para que o país honre seus compromissos externos.

D) **POLÍTICA ECONÔMICA (INSTRUMENTO FUNDAMENTAL)** — o custo do dinheiro (o que inclui a forma de cálculo dos juros) sempre serviu de instrumento para a implementação de políticas econômicas, pois quanto mais caro o dinheiro, menor será o consumo, maior será a inadimplência, maior será o desemprego, em síntese, menor será o crescimento do PIB de um país, maior será a concentração de renda. Por outro lado, a taxa de juros muito baixa, que pode levar a um alto crescimento do PIB, também pode levar a inflação, ao consumo exagerado.

O dinheiro não é uma mercadoria qualquer, o seu custo atinge a todos os cidadãos de um país indistintamente, para o bem e para o mal. As instituições financeiras estão sujeitas a um regime jurídico atípico, porque lidam com um produto atípico, o dinheiro.

Desta forma, não resta dúvida que o crédito nacional possui natureza de direito difuso, nos expressos termos do inciso I, parágrafo 1º, artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

"Art. 81...

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I — interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais,

de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato."

Assim, do acima exposto, temos que mais do que interessar somente aos consumidores diretos dos serviços bancários, o crédito nacional - neste inclusa a política de juros - interessa a todos os cidadãos brasileiros, sendo, a defesa deste, verdadeiro direito difuso, cuja titularidade é de todo cidadão brasileiro e, por conseguinte, legítima a atuação do Ministério Público Federal em defesa do crédito nacional e do mercado interno.

V - da adequação da Ação Civil Pública para o Caso:

O objetivo, supra citado, pretendido por esta lide, demanda a utilização de um meio processual específico, qual seja a Ação Civil Pública que, por suas características únicas, permite: a) a defesa dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos; b) a representação dos detentores destes direitos pelo Ministério Público; c) a obtenção de ordem judicial definitiva, em caso de sentença, ou provisória, em caso de liminar, que dotada de eficácia imperativa importe em solução ao caso concreto proposto; d) a extensão dos efeitos da sentença a todos da região delimitada, evitando proliferação de demandas individuais com o mesmo objeto.

Não há que se confundir a presente ação civil pública com uma ação direta de inconstitucionalidade, pois existe grande diferença entre elas, como nos ensina em clara lição o professor Nelson Nery Júnior: *"O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a consequente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada. Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido da ADIn será a própria declaração de inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIn"*. (Grifo Nosso). (Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: RT, 1999, p.1.504)

Resta claro que é perfeitamente cabível a Ação Civil Pública objetivando a condenação do réu em obrigação de não fazer (abster-se de celebrar contratos estabelecendo capitalização de juros), tendo como fundamento, ou seja, causa de pedir, a inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória nº 1.963-19.

Não se confunde tal ação com a Ação Direta de inconstitucionalidade, onde a declaração de inconstitucionalidade não é o fundamento da demanda, mas sim o próprio pedido.

Exemplo clássico de tal diferenciação está presente em tema envolvendo os mesmos atores, ou seja, instituições financeiras e consumidores; senão vejamos:

No caso da utilização da TR (taxa referencia de juros) para a indexação de contratos, o colendo STF decidiu, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela inadequação da norma reguladora (Lei nº 8.177/91)

à Constituição Federal, porém, tal decisão não implicou em revisão imediata dos contratos firmados, que estão sendo questionados individualmente, ou por meio de Ações Cíveis Públicas (até mesmo porque tais instituições alegaram estarem respaldadas no Comunicado do Banco Central nº 3.053/92).

E não poderia ser de forma diversa, pois cabe ao STF, na ADIN, dispor unicamente sobre a compatibilidade da lei com a Constituição, não apreciando a invalidade de contratos.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de reclamação que discutia suposta usurpação da competência privativa do STF em ação civil pública sobre direitos individuais homogêneos (confisco de rendimento de cadernetas de poupança), manifestou o seguinte entendimento:

"Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação do réu ao pagamento da 'diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença'. 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamadas, ao manter a sentença, estabeleceu 'uma inconstitucionalidade do plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8.024/90, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar'. 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação nº 434-1-SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo das ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/92, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. Na ação civil pública ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade das Lei nº 8.024/90, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle da Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art.102, III, b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF, (CF, art.102, I, a), quer na via difusa, incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua

incidência no caso concerto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7.347/97, não subtrai o julgamento do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. NO caso concreto, por exemplo, já se interpôs, recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art.16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, causando-se a liminar”¹.

Do exposto, conclui-se que o objeto da presente ação é uma decisão judicial que produza modificações em relações jurídicas existente e naquelas por serem criadas, e este não pode ser alcançado por uma ADIn, mas pode o ser por meio de uma Ação Civil Pública

VI - Dos Fatos e do Direito

1 - Conceito e Histórico da Capitalização de Juros.

A capitalização de juros (anatocismo), como se sabe, é a incorporação dos juros ao valor principal da dívida, sobre a qual incidem novos encargos, assim, os juros referentes a um determinado período, são incorporados ao respectivo capital, compondo um montante que servirá de base para nova incidência da taxa de juros convencionada.

O Código Comercial de 1850 permitia em seu artigo 253, a acumulação de juros vencidos aos saldos liquidados em conta corrente de **ano a ano**. O Código Civil Brasileiro, de 1916, também tratava, em sua redação original (art. 1.262), da capitalização de juros, sem qualquer limite de periodicidade, desde que expressamente convencionada. O referido dispositivo foi revogado pelo decreto nº 22.626/1933 (Lei da Usura), que, no seu artigo 4.º, proíbe a cumulação de juros, abrindo uma exceção quanto aos saldos líquidos das contas correntes, que poderiam ser cumulados desde que em período mínimo de um ano.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando este artigo 4.º da Lei da Usura e conferindo a este dispositivo caráter público, editou a Súmula nº 121, que veda a capitalização de juros em período inferior a um ano, ainda que expressamente convencionado.

Súmula nº 121: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Assim, do exposto, constata-se que data do início do século a prática da capitalização de juros pelas instituições financeiras instaladas no Brasil, prática esta que só veio a ser suprimida pelo já citado decreto 22.626 de 07 de abril de 1933, que surgiu em decorrência do trauma causado pela crise de 1.929.

Tal situação perdurou até a malsinada edição da referida medida provisória.

2 - Da situação atual do problema.

É fato notório, que pode facilmente ser ilustrado pelas inúmeras lides que tramitam nos tribunais pátrios versando sobre tal assunto, que as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, incluídas especialmente as que compõe o pólo passivo da presente ação, nunca respeitaram tal vedação, e sempre tiveram como corriqueira a prática da capitalização de juros com periodicidade mínima inferior a um ano (apesar de se tratar de matéria já sumulada), em claro prejuízo ao consumidor de serviços bancários.

Ocorre que, com a edição da Medida Provisória 1963-17 em 30 de março de 2000, e suas reedições, possibilitou-se a capitalização de juros sem estipular nenhum período mínimo para tal, a situação dos consumidores agravou-se, visto que, **se aceita a validade da medida provisória citada, nem mesmo o Poder Judiciário terá meios de proibir a prática da capitalização indiscriminada de juros.** Com isso, poderíamos chegar ao absurdo de ter capitalização mensal, diária e até de hora em hora, já que a referida medida silencia sobre necessidade de ser respeitado qualquer período mínimo.

Diz o, já mencionado, artigo 5.º da citada Medida Provisória :

“art. 5.º - Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”.

3 - DO CRÉDITO BANCÁRIO APÓS A MP 1963-17/2000

As instituições financeiras, respaldadas no artigo 5º da citada MP, agora fazem as claras, a capitalização indiscriminada de juros, que antes executavam apenas ocultamente.

Com efeito os defensores da MP declinaram que esta possibilitaria a queda das taxas de juros, pois os as instituições financeiras poderiam retirar destas taxas um “adicional”, já existente de fato, em todas as operações. Tal “adicional” visa possibilitar que a instituição obtenha em uma operação de crédito sem capitalização de juros, o mesmo lucro que obteria se a capitalização fosse permitida.

Na prática, segundo os defensores do anatocismo, o que ocorreria seria o seguinte:

- a) as taxas nominais de juros cairiam;
- b) o dinheiro continuaria a ter o mesmo custo, vez que mudada a sistemática de cálculo dos juros.

Concluindo: o consumidor continuaria pagando a mesma coisa, porém com a ilusão de que estaria pagando menos; ou seja, estaria sendo enganado.

Porém, o resultado da aplicação de tal norma foi pior ainda, pois mesmo com a mudança da sistemática da cobrança dos juros, a taxa não caiu. Concluindo: o dinheiro ficou mais caro sem que isto tivesse qualquer justificativa.

Muito pelo contrário, com a queda da taxa SELIC (taxa de juros paga pelas instituições financeiras ao aplicador), era de se esperar que os juros caíssem, como aconteceria em qualquer país do mundo.

Contudo, temos que esta tese **não** prosperou, como

bem demonstra a reportagem "QUEDA DOS JUROS NÃO CHEGA AO CRÉDITO" da capa do jornal "Folha de São Paulo" de Domingo, 06 de agosto de 2000, assunto também tratado no Caderno "Dinheiro", nas páginas B1 e B3.

A qual demonstra que os consumidores não estão tendo acesso aos juros mais baixos em empréstimos bancários, apesar das várias e recentes reduções da taxa SELIC, do Banco Central.

Como afirma Tomás Awad (na mesma reportagem), analista do setor bancário do Banco Chase: "*Os bancos vão tentar adiar o repasse a queda dos juros ao consumidor para preservar seus ganhos*".

Do exposto podemos concluir que o principal argumento daqueles que defendem a capitalização dos juros sem periodicidade mínima, a saber, que ela permitiria grande queda nas taxas de juros, não foi alcançado até agora, isto já tendo se passado quatro meses de vigência da medida provisória.

A única taxa de juros que caiu foi a SELIC, o que reduziu os custos do dinheiro para as instituições financeiras, sem que contudo tal redução tenha alcançado o consumidor final do crédito bancário, que continuam sujeitos às taxas de juros exorbitantes e agora também sujeitas à prática do anatocismo. Certamente os balanços das instituições financeiras irão demonstrar um ótimo lucro neste ano, aliás, o que já se tornou uma rotina.

4 - DA URGÊNCIA E RELEVÂNCIA DA REFERIDA MEDIDA PROVISÓRIA.

Há que ponto chegamos neste país.

As Medidas Provisórias criadas, para permitir a governabilidade em casos excepcionais, pelo legislador constituinte, viraram objeto de piadas. Piadas de mau gosto.

Será possível enxergar um mínimo de urgência e relevância nesta Medida Provisória?

Uma norma que foi editada em 1.933 e que sobreviveu a duros regimes autoritários, de uma hora para outra se tornou uma ameaça a governabilidade do país, a ponto de ser pseudo revogada por um artigo incluído na 14ª reedição de uma medida provisória?

Para quem é relevante esta alteração? Será que é para o país? será que é para o bem comum?

E a urgência? a revogação de uma norma de 1.933 se tornou urgente do dia para a noite?

A que ponto chegamos com a absurda tolerância com estas medidas provisórias.

A inconstitucionalidade desta MP é por demais ostensiva neste aspecto, vez que afronta literalmente o art. 62 da Constituição Federal.

5 - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Sistema Financeiro Nacional ficou disciplinado no artigo 192 da Carta Magna e seus parágrafos, que dispõe em seus caput e parágrafo 3º:

Art. 192- "O Sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento e equilíbrio do país e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em Lei Complementar, que disporá, inclusive, sobre:" (grifo nosso)

"Parágrafo 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cen-

to ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar".

Vemos do artigo 192, que toda matéria referente a juros, seja quanto a forma de cobrança, instituição, modificação ou concessão de créditos sujeitos a estes juros, depende para a sua regulamentação de elaboração de Lei Complementar por parte do poder Legislativo nacional.

Ou seja, a regulamentação do custo do dinheiro no Brasil, foi reservada à Lei Complementar pelo Poder Constituinte.

Tal entendimento, sobredito, vai de encontro à edição da Medida Provisória n.º 1.963-17, de 30 de março de 2000 (publicada no DOU de 31 de Março de 2000), última reedição em 26 de julho de 2000 (publicada no DOU de 27 de julho de 2000).

É óbvio que, se a Constituição reservou determinadas matérias para a regulamentação por Lei Complementar, estas não podem ser reguladas por Medidas Provisórias.

Neste sentido leciona o eminente professor Michel Temer:

"Por isso, tenho salientado que a medida provisória pouco difere do decreto-lei, previsto na Constituição anterior. E com um agravante: O decreto-lei somente poderia versar sobre matérias determinadas: segurança nacional, criação de cargos públicos, inclusive fixação de vencimentos, finanças públicas e normas tributárias. Para as medidas provisórias não há essa limitação. Podem versar, portanto, sobre todos os temas que forem objeto de Lei, à exceção naturalmente, das seguintes matérias: a.) aquelas entregues à Lei Complementar; b.) as que não podem ser objeto de delegação legislativa; c.) a legislação em matéria penal; d.) a legislação em matéria tributária.

No primeiro caso porque não tem sentido autorizar medida provisória onde o constituinte exigiu quorum especial - maioria absoluta - para sua aprovação". (grifo nosso) (Elementos de Direito Constitucional. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998).

Do exposto, vê-se que não há como uma Medida Provisória regular o assunto reservado à Lei Complementar, pois Medida Provisória não é lei, é tão somente medida com força de lei, e que, pode ou não ter seu texto aprovado pelo poder legislativo. Se aprovado seu texto pelo Congresso Nacional, entra para o ordenamento jurídico como **lei ordinária**, e nunca como lei complementar.

O Legislador reservou determinadas matérias e deu-lhes maior relevância, devendo estas serem reguladas mediante Lei Complementar. Diz Michel Temer que: *Sendo essas matérias relevantíssimas (ao modo de ver do constituinte), estabeleceu fórmula que exige uma aprovação especial, manifestação mais significativa*". E continua ainda: *"Não há hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária. O que há são âmbitos materiais diversos atribuídos pela Constituição a cada qual destas espécies normativas"*. (op. cit. p.148)

A distinção entre a Lei Complementar e a Lei Ordinária reside no âmbito material expressamente previsto, que, por sua vez, é reforçado pela existência de um **quorum especial** para sua aprovação.

Desta forma, resta manifesta a inconstitucionalidade do artigo 5º da Medida Provisória nº 1963/2000, por ofensa ao princípio constitucional da reserva legal inserido no art. 192 da Constituição Federal, cumpre salientar que continua a vigorar a determinação normativa do artigo 4º, Decreto 22.626/33, que teve sua aplicação recepcionada pela nova ordem constitucional, e que, como já ressaltado, proíbe a capitalização de juros, prevendo uma exceção, no caso de saldos líquidos das contas correntes, **mas, prescrevendo o período mínimo de um ano para tal.**

O decreto 22.626/33, instituiu normas específicas quanto a juros (taxas máximas, forma de cobrança, crime de usura, etc.) e a Constituição Federal de 1988 ao prever normas gerais quanto aos juros (art. 192) recepcionou de maneira tácita, posto que não conflitante, o previsto no artigo 4º do citado decreto, e ainda mais, estabeleceu a necessidade de Lei complementar para regulamentar qualquer dos assuntos tratados no artigo 192, inclusive os relativos aos juros.

Assim prevê a Constituição que apenas lei complementar regule as citadas matérias, todavia, aceita a grande maioria da jurisprudência e a doutrina pátria, que o decreto 22.626/33 foi recepcionado pelo texto Constitucional. Desta forma, temos que tal decreto adquiriu “eficácia de lei complementar”, visto que regula matéria reservada a lei complementar e só por esta pode ser alterado ou suprimido.

Tal forma de recepção, que altera a eficácia da norma, não é exclusiva do Decreto 22.626/33, também com o Código Tributário Nacional operou-se o mesmo: “*O Código Tributário Nacional, lei ordinária com eficácia de lei complementar tornou-se o elemento de estabilização entre normas constitucionais tributárias e a legislação ordinária* (Carlos Valder do Nascimento- coord.- *Comentários ao Código tributário Nacional, Rio de Janeiro: Forense, 1998. pág.17*)”

Toda legislação infraconstitucional tem de estar perfeitamente adequada aos ditames da magna carta, sob pena de invalidade, conforme a consagrada “Teoria da Construção Escalonada do Ordenamento Jurídico”, elaborada por Hans Kelsen.

Desta proposição vemos que, se a Constituição Federal de 1988, em seu art. 192 estabelece reserva legal para tratar dos assuntos relativos ao Sistema Financeiro Nacional (principalmente juros), especificamente atribuindo a regulamentação à Lei Complementar, não poderia, portanto, uma Medida Provisória usurpar esta prerrogativa e dispor sobre o assunto.

VII - DO PEDIDO DE CONCESSÃO LIMINAR DA TUTELA ANTECIPADA.

Por todo o exposto, o **Ministério Público Federal** requer:

A ANTECIPAÇÃO LIMINAR, INAUDITA ALTERA PARS, DOS EFEITOS DA TUTELA;

Elenca a lei as condições para a antecipação da tutela: (a) prova inequívoca dos fatos. (b) verossimilhança da alegação; e (c) fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso em tela, todos os requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada encontram-se presentes.

a.-) Os fatos são incontroversos, vez que públicos e

notórios, e no mais, se trata de matéria estritamente de direito;

b-) A verossimilhança da alegação é patente, em face das razões acima expostas, que demonstram a inconstitucionalidade e conseqüente ilegalidade da medida provisória que vem servindo de fundamento legal a atuação das instituições financeiras;

c-) Quanto ao risco de dano irreparável, a demora na concessão da tutela importaria maiores sacrifícios àqueles que mais necessitam, que são os consumidores usuários do crédito bancário nacional e que, como já demonstrado anteriormente, não podem prescindir deste, sob pena de não ter meios de continuarem a praticar enorme gama de atos econômicos da vida social, gerando real possibilidade de inadimplência generalizada, com retração da prática comercial e industrial e reflexos sociais deles decorrentes.

VIII - Dos Pedidos Principais

De todo o exposto, requer o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, seja:

a) procedida citação das rés, nas pessoas de seus representantes legais, para responderem à presente ação, que ao final deverá ser julgada procedente;

b) confirmada a tutela antecipada requerida;

c) feito o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1963-19;

d) a condenação das rés, impondo-lhes a obrigação de abster-se de fazer, consistente em deixar de aplicar a capitalização dos juros em período inferior a um ano, tanto nos contratos já firmados, como excluí-la dos que futuramente forem firmados;

e) a declaração de invalidade de toda cláusula em contrato bancário que autorize a capitalização de juros em período inferior a um ano;

f) a imposição, às instituições financeiras, da multa diária de 03 (três) vezes o valor da capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, indevidamente cobrado a partir da concessão da tutela judicial, revertendo-se o valor desta multa ao Fundo de Reconstituição dos Interesses Supraindividuais Lesados, criado pelo artigo 13 da Lei nº 7.347/85, independentemente do pagamento a que obriga o artigo 6º, VI do Código de Defesa do Consumidor; e

g) determinação ao Banco Central do Brasil de que proceda a fiscalização permanente das referidas instituições financeiras, de modo a reprimir administrativamente a referida prática ilícita, cabendo-lhe, também, a obrigação de oficiar a este Juízo acerca de qualquer violação identificada.

h) o âmbito de eficácia da presente ação esteja restrito aos limites da 13ª subseção Judiciária do Estado de São Paulo.

i) condenação das rés nos ônus da sucumbência;

Protesta-se provar o alegado por todos os meios de prova permitidos em Direito.

Atribui-se à causa, para efeitos meramente fiscais o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Termos em que, pede deferimento.

Franca, 15 de agosto de 2000.

¹ STF, Tribunal Pleno, RCL 600-SP, rel.: min. Néri da Silveira, j.3.9.97, maioria, Acórdão não publicado. V. Informativo STF nº 82.

Prescrição Antecipada ou Trabalho de Sísifo

José Osterno Campos de Araújo
PR-GO

A Mitologia Grega nos dá conta de que Sísifo, “o mais astuto dos mortais e também o menos escrúpulo”¹, por haver traído Zeus, denunciando-o como raptor de Egina, filha do deus-rio Asopo, foi, pelo senhor dos deuses, fulminado e, empós, precipitado nos infernos, onde se lhe impôs, a título de expiação por sua falta, o castigo de “rolar eternamente um enorme rochedo na subida de uma vertente. Mal o rochedo atinja o cimo, voltava a cair mercê do seu próprio peso e o trabalho tinha de recomeçar”.²

Afigura-se, pois, Sísifo como exemplo maior de artífice de labor infrutífero, operário de trabalho em vão, agente de esforços baldados e inúteis, apresentando-se-lhe, por certo, a consciência do dispêndio de suor sem fim (sem término e sem finalidade) com carga expiatória mais gravosa que o próprio peso do rochedo recalcitrante.

A esta altura, olhos voltados, agora, à seara jurídica, comportável a indagação: há, em verdade, interesse processual da acusação em ajuizar inicial acusatória, quando, pelas peculiaridades objetivas e subjetivas do caso, se possa dar, desde logo e de forma incontornável, pela iminência do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, à vista da eventual e possível pena a se aplicar?

Em hipóteses tais, a nosso aviso, em que pesem autorizadíssimas objurgações, avulta, de plano, afigurar-se o órgão da acusação carente do interesse de agir, como condição do exercício da ação penal, em caso de haver transcorrido largo intertempo, desde a perpetração da conduta perseguível, fato, de sua vez, ensanchador de que, uma vez aplicada - se for o caso - a sanção criminal cabível (e possível, visto que formatada por inescapáveis lindes de concreção de penas mínima e máxima, dados os contornos da espécie, v.g., primariedade, bons antecedentes e demais circunstâncias judiciais favoráveis ao sujeito desviante), sua efetiva execução se quede inapelavelmente obstaculizada pelo ulterior reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, na forma retroativa,

contada entre as datas do cometimento delituoso e de eventual recebimento da correlata peça inaugural acusatória.

Com efeito, na hipótese supra-aventada, considerado o sancionamento cominado ao ilícito perseguido, de par com o exacerbado decurso de tempo havido, observa-se, o mais das vezes, que tão-somente o apenamento do indiciado em patamar muito próximo à sanção ápice - o que, regra geral, se afigura improvável - teria o condão de arredar a prescrição do direito de punir do Estado, dado o próprio balizamento estampado no artigo 109 do Código Penal.

Tocantemente à possibilidade - excepcional no sistema penal brasileiro, frise-se - de sancionamento de infrações penais com o *quantum* máximo de pena cominada ao delito, **Maurício Antônio Ribeiro Lopes**, Membro do *Parquet* Paulista e Lente da Faculdade de Direito da UNESP, assim pontifica³: “Chega às raíças da hipocrisia a previsão de uma pena máxima nos dispositivos penais brasileiros. Trata-se de uma quimera aos olhos do Poder Judiciário. Assemelha-se o seu desuso, e a falta de perspectiva de sua aplicação, à imagem de uma idosa, obesa e mal cheirosa virgem desprovida, ademais, de outros encantos e patrimônio que seduza pretendente. Associa-se ao cotidiano daqueles Estados tribais, úteis apenas na prospecção antropológica, mas sem nenhuma relevância às ciências de resultado (para usar uma expressão em voga). É objeto de curiosidade dos juristas, mas nunca o foi de aplicação dos magistrados. Basta folhear os repertórios de jurisprudência, ou pesquisar nos Tribunais, ou, principalmente, em julgados da primeira instância, a média das penas aplicadas a cada delito perpetrado. Os que militam diariamente no território do processo penal já conhecem o hábito da mínima reprimenda aplicável como regra inexorável das sentenças condenatórias. O que em si, em hipótese alguma, deve ser considerado um mal, até mesmo porque Beccaria propugnou por tal procedimento em seu célebre opúsculo.

‘Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser de modo essencial,... a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias...’

De sua vez, o não menos ilustre Procurador Autárquico do CADE, **Sídio Rosa de Mesquita Júnior**, em seu valioso “Prescrição Penal”, pontua, com percuciência⁴: “A pretensão punitiva do Estado, existente a priori, quedar-se-á diante das condições do sujeito ativo e das circunstâncias narradas no procedimento inquisitório (apuração policial), demonstrando que a punibilidade é inexistente, em face da prescrição que se manifestará. Daí a propriedade (para aqueles que admitem o instituto) da medida que gera vários efeitos positivos, a saber: a) auxilia a administração da Justiça, que se encontra sobrecarregada de processos; b) propicia a economia de recursos humanos e materiais, uma vez que pessoas e equipamentos serão poupados; c) evita o desgaste judicial provocado pela ineficácia das decisões; d) elimina os injustos efeitos (social - pecha de mau cidadão; e psicológico - conflito moral), que poderiam ser provocados pela condenação possivelmente injusta, uma vez que o réu fica impedido de recorrer da sentença condenatória, quando reconhecida a prescrição (o que fatalmente ocorreria), tendo em vista que é matéria de ordem pública e sobrepuja o interesse particular, pois ‘qui non potest condemnare, non potest absolvere’”.

Outrossim, é da jurisprudência: “A pena máxima prevista para determinado crime deve ser reservada aos criminosos natos, dotados de personalidade já completamente deformada, portadores de alta periculosidade” (TAMG, Rel. Abel Machado, RT 624/361).

Assim é que iniciar, em casos que tais, a perseguição penal judicial, ou, se for o caso, dar-lhe prosseguimento, seria, *mutatis mutandis*, nadar, nadar e morrer na praia; seria construir castelos na areia, com a ineliminável certeza de que a força indomável da pró-

xima maré os destruiria; seria, ainda, adubar, com zelo e dispêndio de preciosíssimo tempo, árvore, pretensamente frutífera, adrede e inexoravelmente condenada a não frutificar, antolhando-se, de conseguinte, como imperioso consectário lógico, seja a perseguição em juízo, em hipóteses deste cariz, estancada *ab ovo*, com postulação de arquivamento dos autos de inquérito policial ou, se o caso, de outra peça de informação, até mesmo como medida desobstruidora da Justiça Penal, disponibilizando-se, via de consequência, seus operadores para empreitadas em que o remédio penal, uma vez aplicado, surta efetivamente seus próprios efeitos.

Gize-se, por fim, que o intentado com o posicionamento em questão não é a apologia de dons premonitórios inerentes aos operadores jurídicos, nunca e jamais, mas, sim, que o alvitado estancamento no nascedouro da persecução judicial se perfaça, única e tão-somente, em casos especiais de manifesta e evidente inutilidade da via judicial, prestando-se, a título de parâmetro do aferimento de dita inutilidade, o fato de já haver transcorrido, quando da formação da *opinio delicti* do órgão acusador, mais de 2/3 (dois terços) do lapso prescricional sinalizado pela pena máxima cominada, não se devendo deslembrar, ademais, da análise das condições pessoais do agente criminoso.

De bom alvitre, pois, que assim seja.

Do contrário, Sísifo seremos nós.

¹ Grimal, Pierre, Dicionário da Mitologia Grega e Romana, 3ª edição, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1997, pág. 422/423, tradução de Victor Jabouille.

² Grimal, Pierre, ob. cit., pág. 423.

³ O Reconhecimento Antecipado da Prescrição. O Interesse de Agir no Processo Penal e o Ministério Público, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, nº 3, jul/set/1993, pág. 142/143.

⁴ São Paulo, Atlas, 1997, pág. 36/37.



LEIA O BOLETIM NA INTERNET:

<http://www.anpr.org.br>

Assine nosso livro de visitas e envie-nos
críticas ou sugestões via e-mail

O Crime de Descaminho e o Princípio da Insignificância Penal

Laerte Vieira Gonçalves Neto

Oficial de Gabinete da Justiça Federal - Uberlândia MG

Em se tratando dos delitos tipificados no artigo 334 do CPB, diferentemente da figura do contrabando (importar ou exportar mercadoria proibida), o crime de descaminho é a importação ou exportação de mercadoria permitida, porém, com o fraude à tributação, não se recolhendo os direitos e impostos devidos em relação à operação efetuada.

O *caput* do artigo em comento traz a seguinte redação:

“Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (...)”

O que transparece da norma penal incriminadora, em sua *mens legis*, é a intenção do Estado em não deixar de arrecadar os impostos e taxas a que tem direito, por ocasião da introdução no País, ou remessa ao exterior, de mercadoria permitida para a exportação e importação, pois, se houver vedação quanto a essas operações, não será descaminho, mas sim contrabando.

De outra parte, o princípio da insignificância penal (ou o crime de bagatela), como é de sabença geral, propaga a idéia de que o direito penal não deve se ocupar com questões insignificantes, aquelas que não trazem lesão alguma para os bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Tal princípio funciona como excludente da tipicidade, uma vez que, apesar de subsumir-se perfeitamente o fato à norma, tal acontecimento é tão irrelevante, que não chega nem a causar risco ao bem jurídico tutelado a ponto de se fazer necessário o uso da máquina estatal de repressão a delitos.

O princípio em referência, por óbvio, deve ser utilizado com cautela para que não seja um incentivo à prática de delitos. Nesse ponto concordam a maioria dos juristas.

Entretanto, com relação ao crime de descaminho uma circunstância legal deve ser levada em conta. A Lei nº 9.469/97, em seu art. 1º, limitou a atuação executiva da Fazenda Nacional em R\$ 1000,00 (mil reais).

Isso quer dizer que só interessa ao fisco movimentar a máquina estatal de arrecadação para haver valores superiores ao já mencionado.

Tal regra não poderia deixar de repercutir nas esferas penal, principalmente em um tipo que traz em sua *mens legis* o entendimento de que o fisco não quer deixar de arrecadar os direitos e impostos que lhe são devidos, pois outro mandamento não será encontrado na norma do art. 334 do CPB, no que tange à parte que trata do delito de descaminho.

Pois bem, nesse diapasão, não se pode deixar de aplicar o princípio da insignificância penal aos delitos de descaminho, quando as mercadorias apreendidas tiverem valor igual ou inferior a mil reais, pois, ao fisco, tal crédito não desperta o interesse em termos de arrecadação. Ora, se ao Estado não interessa movimentar a máquina administrativa ou judicial para a apuração do quantum devido, em matéria tributária, com muito maior razão não poderia interessar a esse mesmo Estado a movimentação da mesma máquina judiciária para a aplicação da sanção penal relativa a um mesmo fato. Falta, nesse caso, interesse de agir por parte do Estado, o qual careceria do direito de ação.

Não se trata, aqui, de disseminar indiscriminadamente a figura do crime de bagatela, mas sim de evidenciar uma incompatibilidade de normas vigentes, quais sejam: o art. 334 do CPB e o art. 1º da Lei nº 9.469/97, quando se tratar de mercadorias apreendidas com valor igual ou inferior a R\$ 1000,00 (mil reais), incompatibilidade esta que não pode ser aceita em nosso ordenamento jurídico.

A solução, para que tal incongruência deixe de existir, só pode ser a aplicação do princípio em estudo, pois o Estado, ao deixar de exercer seu direito de buscar

valores relacionados com a tributação, até certa quantia, renunciou, implicitamente, ao seu direito de utilizar a máquina estatal para a concretização do *jus puniendi*, quando se tratar daquela quantia limitada pela lei.

Apesar do princípio da insignificância penal não ser expressamente previsto em nosso direito positivo, ele pode ser perfeitamente aplicado se baseado no princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade).

Isso não seria o uso de analogia, pois esta, pressupõe a existência de apenas uma norma, aplicável a um fato semelhante.

No caso, temos duas normas vigentes, de ramos do direito distintos, mas que podem ser aplicadas ao mesmo fato e que, se não utilizado o princípio em referência, podem colidir e fazer caracterizar uma contradição imperdoável no ordenamento pátrio.

Apenas a título de ilustração: para aqueles que defendem a existência de concurso material entre os delitos de descaminho (competência federal) e tráfico interno de entorpecentes (competência estadual), por ocasião do comércio ilegal de "lança-perfume", quando da aplicação do princípio em estudo, e conseqüente absolvição do réu com relação ao primeiro delito, no âmbito Federal, ocorreria a declinação da competência para a Justiça Estadual processar e julgar a ação relativa ao crime de tráfico.

O entendimento adotado neste modestíssimo ar-

tigo não é uma invenção que navega isolada. Ele se baseia em várias decisões, de vários tribunais, com as quais concorda seu autor. Pode-se enumerar algumas delas:

- a) Conflito de Competência nº 199800872680/ MG de 10.03.99 – STJ, 3ª Seção. Rel. Min. Gilson Dipp;
- b) Apelação Criminal nº 0117935-4 de 27.09.95 – TRF da 1ª Região, 3ª Turma. Rel. juiz Fernando Gonçalves;
- c) Recurso em Sentido Estrito nº 0401059389-8/ PR, de 12.11.98 – TRF da 4ª Região, 2ª Turma. Rel. Juiz Vilson Daros;
- d) Apelação Criminal nº 3069557-2 de 28.04.98 – TRF da 3ª Região, 2ª Turma. Rel. Juiz Arice Amaral;
- e) Apelação Criminal nº 501545-7 de 26.05.98 – TRF da 5ª Região, 2ª Turma. Rel. Juiz Araken Mariz.

Portanto, em se tratando do crime previsto no art. 334 do CPB, na modalidade descaminho, com mercadorias apreendidas no valor igual ou menor do que o limite legal para a ação do fisco (R\$ 1000,00), correto o pedido de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público Federal, ou mesmo a decisão de rejeição da denúncia, pelo magistrado.

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

ENVIE SEUS ARTIGOS E PARTICIPE DESSA IDÉIA

Solicitamos aos nossos colaboradores que enviem seus artigos no seguinte formato: em disquete, em programa Word for Windows 6.0, com no máximo 200 linhas, com espaçamento normal, corpo 11, fonte Times New Roman ou similar, com notas ao final do texto.

Comunicamos ainda que as eventuais alterações cadastrais devem ser enviadas à Artchip Editora Ltda., pelo telefone/fax: (011) 240-7679, ou via e-mail para o endereço: artchip@ensino.net

Dúvidas, artigos e comentários devem ser encaminhadas ao Conselho Editorial, via e-mail, nos seguintes endereços:

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (SP): luizacristina@pr3.mpf.gov.br

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa (SP): pbajer@prsp.mpf.gov.br

Rosângela Pofahl Batista (GO): rosangela@prgo.mpf.gov.br

Aloísio Firmo (RJ): aloisiofirmo@prj.mpf.gov.br

Maria Helena Nogueira de Paula (RJ): mhelenadepaula@prj.mpf.gov.br

Odin Brandão Ferreira (DF): odimf@pr1.mpf.gov.br

Os Heróis da Decência e outras Reflexões

Marco Aurélio Dutra Aydos
PR-SC

Em política há momentos de expansão e outros de preservação. A política, em sentido amplo, é feita sobre a base do binômio “fortuna-virtù”, sorte (ou oportunidade, momento), e virtude, segundo Maquiavel. Fortuna não equivale a oportunismo. Antes, a senso do que é oportuno, em termos táticos, estratégicos, o que demanda lucidez de juízo sobre a situação espiritual do tempo em que se vive.

Todos emitimos juízos políticos, mais ou menos lúcidos. Para comunicar nossa opinião a outros, pretendendo ser útil no mútuo esclarecimento, sem que nos imponhamos sobre a base do argumento “ad hominem” de que as opiniões diversas são de “inimigos”, carecemos de conceitos.

Apenas por isso recorro um pouco ao conceito do político mais difundido no século XX.

A LÓGICA TOTALITÁRIA DO AMIGO-INIMIGO

Foi Carl Schmitt, ideólogo, filósofo da política e jurista, quem nomeou o princípio da política: o binômio do amigo-inimigo. A fórmula tem origem numa época de resistência – à extrema direita e à extrema esquerda – à democracia parlamentar da Alemanha de Weimar. A lógica do amigo/inimigo, embora traduza com precisão a “diferença específica” do político não é, todavia, a única fórmula que espelha a especificidade do político. Não é o único conceito do político em que se pode pensar, embora seja o mais difundido, não apenas à esquerda e à direita, mas independentemente de filiação. Exemplo disso é Norberto Bobbio, ainda que não seja autor representativo. O jurista italiano admite recusar a filosofia de Carl Schmitt, mas, teoricamente, raciocina no mesmo padrão dualista do amigo-inimigo, em seu opúsculo sobre os conceitos de *Direita e Esquerda*.

O conceito de Schmitt é envolvente porque apresenta-se com a lógica do conceito filosófico, isto é, ele conceitua uma forma de vida, concreta na história, e presente para nós. É mais do que um conceito acadêmico, é uma visão de mundo teórico-prática, daí a dificuldade em desafiá-lo.

Como conceito político, vincula-se a uma visão de mundo radical, que serve à extrema direita e à extrema esquerda, visualizadas como “extremos” opostos ao liberalismo do século 19.

O conceito tem origem numa política anti-liberal e antiparlamentarista por excelência, avessa às fronteiras normativas (o grande adversário de Schmitt no debate constitucional dos primeiros anos da República alemã foi, não por acaso, Hans Kelsen).

A política do amigo-inimigo é oposta à utopia li-

beral, porque é da essência do liberalismo político a utopia da possível harmonização de contrários, da tolerância recíproca, através da qual se aparam as arestas que nos tornam “inimigos” políticos, restando as diferenças para a instância denominada social, seja ela econômica ou privada (o âmbito da sociedade civil).

A Administração Pública brasileira não precisou ler Carl Schmitt para aprender a ser radical e institucionalizar, ao invés da força normativa e impessoal da ordem jurídica, fundamento do Estado em Kelsen, o princípio da pessoalidade (*mas quem legisla, hoje, no Brasil, todavia, o conhece bem*).

Os atos institucionais de 1964 têm nítida inspiração na linguagem jurídica que embasou a ascensão do 3º Reich, em que pontificou o jurista Schmitt, com todos os seus aparatos conceituais – os conceitos de “estado de necessidade” e “legítima defesa” aplicados à teoria do Estado, da guerra de guerrilha contra o inimigo interno, guerra psicológica, conceito de soberania como sendo o da capacidade de decidir o extraordinário, não previsto na legislação geral, daí a necessidade de “medidas provisórias”, o famoso § 48 da Constituição de Weimar, que foi o único a ser utilizado, da constituição jamais formalmente revogada, a possibilidade de eliminar fisicamente o inimigo, etc.).

Se o sistema conceitual que tomou o poder em 64 é declaradamente radical, anti-liberal e anti-parlamentar, isso não quer dizer que a prática já não existira antes, desde, pelo menos, Getúlio, com sua conhecida lógica do “aos amigos tudo, aos inimigos os rigores da lei”, e que tenha sobrevivido à Constituição de 1988, após a qual instaurou-se o “despotismo-democrático” civil (a fórmula paradoxal que usamos foi cunhada por Hannah Arendt quando se referia a um período de “caça às bruxas” da vida política norte-americana).

A ditadura não levou embora a lógica do amigo-inimigo do Estado Brasileiro. Dir-se-á melhor que a capa de “liberalismo econômico” do novo regime possibilitou institucionalizar de modo disfarçado maior ataque ao “liberalismo político”, e mais radicalismo político do que a própria ditadura. Por disfarçado que se tornou o radicalismo de direita, mais difícil de notar. Há que se buscar nas sementes, lançadas em espaços desconhecidos do público, aquilo que germina e se torna a institucionalização da lógica do amigo-inimigo, possibilitando que se veja hoje o virtual dismantelamento da idéia de um domínio público guiado pela Constituição, para verem-se espaços híbridos, confusos, em que vigora, sob o manto igualmente constitucional (agora do superprincípio da eficiência, que legitima o atropelo de todos os outros, e formalmente,

pelo super-legislador provisório, que engoliu o Parlamento), uma promiscuidade entre o interesse público e o privado (especulador), abrindo-se espaço para a “criminalidade de Estado”. Está em vias de consumir-se o maior “desmanche”, já intentado, das noções (e práticas) de “serviço público” e Administração Pública.

São sintomas de institucionalização do costume inconstitucional:

1. a absoluta preferência pelo modo provisório de legislar (via do decreto);

2. A tentativa de introduzir nas instituições não ligadas ao Governo diretamente (Ministério Público e Judiciário) a lógica do amigo/inimigo.

Nesse contexto, a Lei da Mordada, não visa essencialmente a patrulhar a imprensa, mas a criar o clima de “terror” dentro das instituições. Assim como a “lei seca” era criminógena em si mesma, a lei da mordada também o seria. A imprensa não iria deixar de buscar “furos”, mas possivelmente iria criar uma rede de informantes, com certeza remunerada, sem que se soubesse em cada caso por onde “vazou” a informação, e sujeitando com isso essas instituições político-constitucionais, em que pelo menos os seus integrantes deveriam sentir-se seguros, a estabelecerem a insegurança e a desconfiança generalizada como regra. Voltará o tempo das sindicâncias por fatos dos quais ninguém ouviu falar, ou de provas plantadas contra algum dentre os integrantes da instituição, indesejável para o gosto do administrador. É a sociedade do medo que aumenta à medida que diminui a segurança e a fé na racionalidade das decisões. No momento em que cada membro da instituição política em sentido amplo agir como alguns senadores da República, que possuem um dossiê secreto de informações contra o adversário, a ser usado como trunfo em momentos estratégicos, estará completo o serviço.

3) a pessoalidade na co-optação de servidores (os famosos “trens da alegria” visam objetivamente a que todos os empossados, com vícios de origem, tenham “fidelidade” à tática e às ordens do *big boss*, estabelecendo-se como regra o que já hoje aparece em casos isolados: a aberta e flagrante operação do Executivo de demolição da autoridade judicial. Quando ordem judicial e coisa nenhuma for igual, isto é, só for cumprida se o ministro-chefe determinar, então estaremos a um passo da “coordenação total”).

4. Pessoalidade na co-optação de servidores com a diminuição da tradicional área de alcance da chamada “administração direta”, passando quase toda a Administração a uma zona de limbo entre o público e o privado, denominada de “agência”. Como se o nome da coisa alterasse a própria coisa, a contratação de pessoal é agora “regulação de mão-de-obra”.

5. pessoalidade na administração tributária, seja através da co-optação ideológica dos conselhos de contribuintes, seja através da mudança radical de “espírito” da administração fiscal, operada hoje mediante a Portaria 1.265, de 22/11/99, que atropelando o Código Tributário Nacional, modifica essencialmente o conceito de “autoridade administrativa”, com alterações que não são apenas nominais, tratando também como “mão de obra” agentes outrora investidos de poder fiscalizador (entra em cena aqui o princípio da conveniência numa atividade que deveria ser estritamente

vinculada, mais sobre esse aspecto abordo em texto em separado).

O que se não privatiza, de direito, privatiza-se de fato em espírito, e as mudanças de “nomes” são sugestivas. As novas “agências reguladoras” são esses híbridos com que todo administrador venal sonha: pedem de empréstimo ao Estado o que interessa (os meios legítimos de exercitar a violência) e livram-se daquilo que jamais interessou ao administrador de “amigos/inimigos” (licitações, concursos públicos, impessoalidade, etc.).

A COORDENAÇÃO TOTALITÁRIA

O projeto de co-optação ideológica de amigos e eliminação física de inimigos denominou-se no totalitarismo nazista “coordenação”.

O Poder Executivo Federal e o Parlamento, já harmoniosamente coordenados, reclamam por estender a mesma lógica a todos as instituições do Estado. Como fazê-lo? Primeiramente, pela violação às funções constitucionais.

Ao Parlamento é resguardada – violando-se a normalidade constitucional, função meramente negativa, de denunciar e apurar escândalos. O processo legislativo é totalizado na via do decreto, mesmo quando se trata formalmente de lei (ambos obedecem ao princípio da “vontade” do chefe do Estado). Alguns parlamentares chegam a denominar algumas táticas do Executivo de “pirataria legislativa”: o Estado legisla antes do Parlamento, contrário ao Parlamento, sobre matéria já rejeitada pelo Parlamento, etc.

Ao Judiciário é resguardado papel de sustentação da legalidade inconstitucional, por absoluta impossibilidade jurídica de se proceder ao controle do que se tornou normal, e não exceção. Se toda a legislação tem alguma mácula em sua constitucionalidade, o que será podado pelo STF, senão apenas o que seja gritante, urgente? Quanto à atribuição do Ministério Público como fiscal da Constituição, não há pessoa física que possa ler todo o Diário Oficial, redigir e fundamentar todos os requerimentos de ação direta de inconstitucionalidade que seriam necessários.

Para a coordenação de instituições políticas em sentido amplo, como estamos qualificando o Poder Judiciário e o Ministério Público, o Poder vale-se de diversos golpes estratégicos. O primeiro deles é o arrocho salarial. Todos os membros do Judiciário, como os do Ministério Público, são assalariados, e não podem praticar outras fontes de rendimentos, além do magistério, que não é fonte de renda para ninguém). O poder concede reajustes, mas pede em troca o vício de origem: são vencimentos “meio-inconstitucionais” (que alguns magistrados mais graduados rejeitam sobre a base de argumentos morais).

Além dos vencimentos, que assumem um aspecto de “imoralidade” para a opinião pública, há uma aberta campanha de difamação, inclusive intelectual, dos integrantes das carreiras do Estado não “coordenadas” pelo *Führer*: assim é que funcionário de segundo ou terceiro escalão é designado para “examinar” o trabalho do Ministério Público como titular da ação penal, deturpando, na imprensa, o trabalho como equívoco, ou orientado politicamente, ou qualquer outra linha de difamação típica da linguagem “amigo-inimigo” do Poder Executivo.

É feita, paralelamente, uma campanha de “desinstitucionalização”, fazendo o Governo o possível

para que os demais poderes e instituições políticas adotem a sua mesma tática: assim é que são estimulados, no seio das instituições judiciais e do Ministério Público, os excessos, que nada mais são do que excessos “verbais” e que provêm, no mais das vezes, do próprio desânimo das instituições com a sua perda de poder, desencanto com sua própria impotência para conter a corrupção generalizada (a via da ação direta tem dentro das instituições políticas em sentido amplo lugar nesses denominados excessos, quando alguns de seus agentes não se conformam ao papel de guardião da “ordem constitucional”, para imaginar que impõem à sociedade e ao Estado princípios materiais de democracia ou liberdade). Essa postura de “ação direta” suscita no seio dessas instituições a semente necessária à implantação da lógica do amigo-inimigo. Quando os membros do Judiciário e do Ministério Público estiverem se auto-flagelando, tanto melhor, porque o resto já foi feito: 1º) a perda de poder (jamais se viu tanta “desobediência” que não é civil, mas sim do próprio Estado, a decisões judiciais); 2º) a campanha junto à opinião pública de diminuição moral dos agentes políticos do Judiciário e do Ministério Público.

O primeiro e mais importante é o golpe retórico, através da imprensa, que de “liberal” por aqui nunca teve nada. Através desse poder aliado, procede-se à eliminação conceitual do inimigo. Perde-se poder, espaço, legitimidade, justa ou injustamente, principalmente pelos meios difamatórios insuflados pelo autodenominado 4º poder.

À medida que aumenta a radicalidade do “amigo-inimigo” diminui a racionalidade das instituições judiciais, assaltada por “razões de Estado” contra os inimigos. Surgem aqui teorias pseudojurídicas, que legitimam decisões sobre a base de princípios novos, normalmente em torno a conceitos-mito, tais como o da necessidade econômica urgente (esse é o mais recorrente na história) ou da eficiência, da falência do Estado e da globalização (mitos novos que substituem a fé antiga no mercado livre e auto-regulado, algo que jamais existiu, como bem demonstrou Karl Polanyi (A Grande Transformação)).

A imprensa joga um papel essencial no projeto de “coordenação política” por mais que se autodenomine guardiã das liberdades públicas. A imprensa não é uma instituição. A imprensa brasileira, salvo honrosas exceções, não tem uma tradição crítica e liberal. Num híbrido de interesses privados e políticos, serve ao momento - até por sensacionalismo. Seus donos não têm compromisso com a guarda da ordem democrático-constitucional. A imprensa é um poder, mas não é uma instituição, e ainda menos uma instituição política de feição constitucional. Enquanto poder, ela vive em ambígua relação com os demais poderes econômico-políticos que lhe dão sustentação: ela mantém uma relação de amigo e inimigo com o Estado.

Por ambíguo que seja, é do liberalismo que a imprensa sobrevive, mas não é ela, imprensa, quem luta por ele em primeiro lugar, e sim as instituições políticas em sentido amplo (o Ministério Público e o Judiciário).

A imprensa livre só existe numa ordem política mais ou menos liberal e democrática, mas isso não significa que ela preze tal ordem a ponto de manter-se isenta, crítica, democrática (falo principalmente do chamado “jornalismo de opinião”, de editoriais e âncoras, que sempre funcionou entre nós como “porta-voz” do Executivo). A admissão de uma marginalidade crítica em seu interior é

tida como trunfo, para o caso de a situação mudar. Num país de instabilidade institucional, a imprensa passa de um lado para outro com a rapidez própria da mídia. A idéia de que o 4º e o 5º poderes seriam “aliados naturais” é de uma ingenuidade impressionante.

MINISTÉRIO PÚBLICO—INSTITUIÇÃO PERMANENTE

O Ministério Público não é uma ordem de cavalaria, não é uma milícia, não luta contra as trevas. Seu objeto e sua missão são bem mais prosaicos e assim devem ser, para o bem da democracia.

O Ministério Público é uma instituição política em sentido amplo. Compreende-se no termo “amplo” a vedação do que é estritamente político: discutir e aplicar pautas distributivas de justiça.

Deve-se compreender bem a limitação “formal” de suas atribuições como guardião das liberdades como parte essencial do regime democrático, inclusive porque a legitimidade do Ministério Público não tem base eleitoral. O Ministério Público é depositário de “virtudes cívicas” por mandamento constitucional: porque é o guardião da Constituição, do regime democrático, dos interesses sociais indisponíveis, da cidadania (palavra tão abusada hoje). Não se confunda essa missão com qualquer espécie de “moralismo” em política, sempre suspeita de fundamentalismo. Ser depositário de virtudes cívicas não equivale a ser, prescritivamente, defensor de éticas de classe (seja de classe média, ou qualquer outra, como se tem dito na imprensa, a propósito dos novos “tenentes”), mas apenas de ser guardião daquilo que era tido por abstrato na teoria de Kelsen: da legalidade, da ordem constitucional. Não se confunda a defesa da legalidade com a defesa da ordem “costumeiramente-inconstitucional” em que vivemos desde que o artigo da Constituição que fala de medidas provisórias foi o único visível para a Administração (assim como o fora o famoso § 48 da Constituição de Weimar na ascensão do Terceiro Reich).

O Ministério Público é uma instituição da democracia. Como tal só tem sobrevivência (guardando-se o espírito da Constituição) enquanto tiver vigência um mínimo liberal. Fora das liberdades públicas, entendidas formalmente, pouco lhe resta a dizer sem arriscar a confundir-se com o “político em sentido estrito”, e adotar um tom fundamentalista, anti-liberal e suicida (porque o anti-liberalismo arruína a instituição). Quem impuser à instituição que aja conforme os demais poderes (Executivo e Parlamento), segundo a lógica do amigo-inimigo, tirará do Ministério Público o único solo onde pode e deve pisar com relativa segurança, que é o solo democrático-liberal, oposto ao fundamentalismo de toda e qualquer ordem, seja ele religioso ou messiânico (como o discurso religioso secularizado das políticas radicais, à ultra-direita e à ultra-esquerda). A grande oposição política dos nossos dias dá-se entre fundamentalismo e liberalismo-democrático. Além disso nada de novo surgirá no horizonte. Entre um e outro, preferir-se-á aquele que permite buscar a “harmonização das diferenças” com respeito às liberdades formais. Qualquer justificação para fugir a isso é politicamente equívoca e moralmente suspeita.

Não admira que a repulsa ao fundamentalismo, em questões de tática, reúna as maiores divergências, porque “o perigo comum une os maiores inimigos”, já observara Aristóteles (*Política*, 1304 b 23).

Taticamente, em momentos de ascensão totalitária as instituições que vivem graças ao liberalismo político só podem acautelar-se, fazer profissão de fé no ideário (e praticá-lo) das liberdades formais, e trabalhar sem ruído, *como se tudo que fizerem fosse a maior das normalidades, fosse o óbvio. Preservar a democracia, por vezes, requer que se aposte na "normalização" democrática.*

Quem pretender "aproveitar a ocasião" para revolucionar moral ou politicamente o país, passará atestado de imaturidade política, por não conhecer bem o "momento" (faltando-lhe a fortuna, porque o momento seria de cautela) e agir de modo imprudente, possibilitando que os adversários contra-ataquem e atinjam finalidade oposta (falta de 'virtù', porque a ingenuidade, mãe da imprudência, em política é uma falta grave). É justo porém que se reconheça que é um mal menor, e escusável, ainda mais quando o agente assim a reconhece, e se retrata, mudando de conduta.

Não foi difícil ao Governo valer-se da "radicalidade" dos jovens como argumento para benefício da normalidade inconstitucional, em que hoje vivemos.

Em política há momentos de preservação e outros de expansão. Os atores da política – agora tanto em sentido amplo como restrito – deverão ter lucidez para saber em que situação se encontram, sob pena de chegar a fins que não conseguiam vislumbrar. Os da política em sentido estrito sempre viveram em simbiose parasitária com a Administração pública e sempre buscarão diminuir a expansão democrática e constitucional. Num momento em que defender a ordem constitucional já é expansivo, nada mais pode ser feito. Diga-se de passagem para evitar mal-entendidos que o liberalismo político tem uma tradição diversa daquilo que em economia se convencionou denominar "liberalismo" (do tipo *laissez-faire*). O liberalismo político não é avesso à intervenção do Estado como uma espécie de "moderador" entre os poderes sociais em conflito, aliás, ao contrário, tem por utopia essa possível "harmonização". O liberalismo político é solo viável de sobrevivência política das forças políticas que poderiam alavancar um processo de 'harmonização'. É requisito existencial das forças políticas que desde a Revolução Francesa se denominam de "esquerda" que haja uma pluralidade política assegurada constitucionalmente, que haja princípios jurídicos em vigor e com aplicação consistente e continuada.

Hoje a imprensa voltou-se contra o Ministério Público, principalmente no caso de divulgação ideológica dos "heróis da decência". O "heroísmo" cantado pelo 4º poder, antes do ataque, equivale, em termos conceituais, à prática da ação direta dentro de uma instituição política constitucional, que age, por essência e natureza, de forma "mediata" através da ordem legal e constitucional, das demais instituições estatais (do Judiciário). É verdade que a "ação direta" não tem espaço dentro da prática da instituição, porque não se faz nada além do que o "processo legal" o permita. Ainda assim, um discurso de "ação direta" produz efeitos retóricos convenientes à coordenação totalitária.

AÇÃO DIRETA

O dilema político desde o fim da guerra fria, e para o próximo século, será de confronto entre democracia liberal e fundamentalismos de toda ordem, não apenas os de feição religioso (como o islâmico), mas também os religiosos secularizados, como o discurso (e prática) da ultra-esquerda que adota a linha da ação direta.

A ultra-esquerda sempre municiou a ultra-direita com elementos hábeis à avalanche do terror e de medidas de força anti-liberais e inconstitucionais. A esquerda parlamentar brasileira, diga-se de passagem, há algum tempo que não cai na armadilha que o "radicalismo de direita" impõe ao debate político. A esquerda brasileira tem sido responsável e lúcida, e até abandonou a auto-imagem infeliz da "reserva moral da nação". Isso não impede que alguns atores, fora do processo parlamentar, adotem a ação direta como estratégia de ação.

Importa dizer que a "ação direta" jamais é "opcional". Ela é mera resposta da sociedade à institucionalização da lógica do amigo-inimigo, resposta que reage no mesmo teor anti-liberal e anti-parlamentar. Com o enfraquecimento da fé nas instituições, só resta à massa de deserdados o consolo da "via direta" (hoje representado pelo MST, que tem semelhança essencial aos "chiapas" no caso mexicano). As políticas de ação direta não surgem tão espontaneamente quanto se pensa (assim como a violência de sangue tem uma ligação íntima e essencial com a violência de fraude, embora as instituições judiciais nem sempre percebam a ligação), elas são fruto de uma política de governo mais radical, que radicaliza o embate com as instituições políticas de feição constitucional, fazendo delas observadores de sua atuação política e não co-partícipes.

Perdendo a sociedade a fé na institucionalização da política, o que é estimulado pela "dessacralização" do público, promovida pela política do amigo-inimigo, abre-se o único espaço de ação que é o da ação direta (violenta), e não através da "classe discutidora" parlamentar.

HERÓIS DA DECÊNCIA

Nesse contexto não é anormal que surjam "heróis da decência".

Agnes Heller, discípula do filósofo marxista Lukács, e que experimentou os totalitarismos de Hitler e de Stálin, sentencia com propriedade que o "o herói da decência é personagem típico de sociedades totalitárias ou em vias de tornarem-se mais totalitárias e menos liberais".

Convém estimular tais figuras? Não.

Como se criaram os heróis? A história se parecerá com o dilema do ovo e da galinha: foi a mídia que, num projeto genial, insuflou determinados candidatos potenciais ao radicalismo para que falassem o que pensavam em cadeia nacional, para depois aproveitar-se disso, fazendo coro de apoio aos projetos reacionários (diversos) que diminuem a dignidade política do Ministério Público, ou foram os radicais que num arroubo de ingenuidade acharam que o "momento político" era favorável a uma "revolução moralizadora"?

A resposta é irrelevante, mas parece que, do lado de quem tem interesse na "coordenação" do Ministério Público, não haja tanta ingenuidade a ponto de ser tudo "espontâneo".

Interessa, agora, é que se deve traçar alguma conduta hábil para a preservação da instituição em meio ao temporal totalitário.

Uma primeira medida é de ordem conceitual, e cada um de nós pode adotá-la, porque não prejudica ninguém: apostar na "normalização" da vida político-jurídica.

Uma democracia normal dispensaria o "herói da decência", porque todos estariam cumprindo com seu dever legal, funcional e constitucional, e aqueles que, excepcionalmente, assim não agissem, sofreriam as san-

ções que dentro da normalidade acompanham o comportamento desviante.

O herói da decência aparece em sociedades anti-liberais (isto é, com maiores tendências totalitárias) em que vige com absoluta eficácia a lógica do amigo-inimigo, na maior parte das vezes acompanhada de irracionalismo, inconsistência e injustiça formal (as modalidades sutis em que a lógica do amigo-inimigo aparece no Judiciário, porque o Judiciário por natureza é obrigado a deixar “vestígios” do que decide, ao contrário da informalidade que possibilita aos administradores serem pessoais).

Num quadro político como o nosso, em que, insuflados pela imprensa, alguns tornam-se arautos da moralidade, como “cruzados” contra as trevas, a criação de heróis da decência cai como uma luva aos propósitos de “coordenação política totalitária”. O próximo passo evidentemente é criticar os excessos, os afoitos, etc. que não respeitariam as liberdades públicas. Inverte-se, então, o papel da imprensa, que passa a ser a guardiã do liberalismo político, coisa que com sinceridade jamais foi, contra o radicalismo do Ministério Público.

Perguntarão como esses “jacobinos” puderam ter ingresso na instituição, e pedirão à instituição que controle “melhor” a co-optação de seus membros, uma vez que a “objetividade” da seleção por concurso público é que será, no raciocínio dos pseudoliberais, a responsável pelos erros. Vai-se então pedir que a instituição aprimore as restrições ideológicas ao acesso de procuradores à carreira, e assim veremos o retorno da guerrilha psicológica. Pois o mecanismo seletivo adequado ao Poder é assemelhado àquele que ele mesmo pratica: que se dêem facilidades aos amigos, que se permita que pessoas entrem pelo caminho “subjetivo”, porque serão mais fiéis, mais confiáveis. E aí poderão ser distribuídas as prebendas entre todos. Enfim, “locupletemo-nos todos”.

OS HERÓIS DA DECÊNCIA SÃO JOVENS

A bem da verdade, parte da ideologia do “amigo-inimigo” adentrou na instituição nos últimos anos, com a radicalização da dicotomia “novo-velho”.

A imprensa joga retoricamente com o conceito “jovem”, e os próprios integrantes do Ministério Público valeram-se do conceito como algo mais do que a simples idade, como algo substantivo, sacro, com uma aura de moralidade superior.

Max Weber certa vez comentou que jamais considerou como “título” a certidão de nascimento, e provavelmente tinha razão.

Hoje insufla-se o conceito de “jovem” como se o maduro ou mesmo o velho fosse “naturalmente” herança da ditadura. O que é não só falso mas também injusto. Não havia nada de “ontologicamente” imoral em exercer, até mesmo simultaneamente, a defesa da Sociedade e a defesa da União. Até porque a advocacia de Estado, em tese, deve ser feita de modo leal, atentando-se para a indisponibilidade da coisa pública. Hoje vê-se que – mais do que o interesse do Ministério Público de livrar-se da advocacia de Estado, quem mais queria, por ser mais interessante e conveniente a seus propósitos, a advocacia de Estado, em carreira por ela organizada e comandada, era a própria Administração Federal (o trem da alegria da Advocacia Geral da União faz parte disso).

O maniqueísmo novo-velho tem algo do totalitarismo de todo maniqueísmo político, e também infiltra no Ministério Público a lógica de amigo inimigo. O vocabulário intolerante da “rede” não deixa muita margem a duvidar-se que parte do radicalismo vem da instituição: fala-se em “indesejáveis”, comprometidos com a advocacia da União (como se ter advogado para a UF fosse um vício de origem que contaminasse), fala-se em “direito à divergência”, como pedido de que sua opinião seja recebida e não bombardeada como “politicamente suspeita”, porque a opinião “politicamente correta”, que sempre foi e sempre será totalitária, já foi dada antes do diálogo, estabelecido sobre premissas insinceras (isto é, não se estabelece o diálogo para ouvir o outro, mas apenas para falar, e depois contar os votos).

Numa instituição democraticamente saudável o direito à divergência seria algo por demais “óbvio”, agora, porém, em situações de quase-totalitarismo, há o perigo de dizer algo, ou manifestar dúvida, e ficar marcado na instituição como pertencente à direita ou à esquerda, ao novo ou ao velho, enfim, estamos espontaneamente procedendo como a política radical de ultra-direita que vigora entre nós desde a posse do Governo Collor sempre quis: que fôssemos iguais a todos os outros. Aperfeiçoarão o projeto de coordenação quando um de nós for “corrupto”, e com certeza ofertas vão aparecer, e tentadoras.

Enfim, presta-se solidariedade, independentemente da “justiça” da causa, mas apenas porque tal ato partiu da pessoa x ou do grupo de pessoas y (a solidariedade que não se baseia em juízos de justiça intrínsecos à causa será ideológica, e não deve ser prestada, ou dizendo-o de modo positivo, só se deve prestar solidariedade à causa justa). Fala-se, enfim, em uniformizar o “perfil” do Ministério Público, tudo e algo mais do que os ideólogos dos Atos Institucionais tinham em mente quando imaginaram e puseram em vigor a “guerra de guerrilhas” contra o inimigo interno.

É importante deixar claro que o Ministério Público é das instituições que sobrevivem, em termos de legitimidade, de sua “autoridade”. Autoridade não é poder. Aliás, o Ministério Público nunca teve tão pouco poder. Hoje qualquer funcionário de 4º ou 5º escalão sente-se autorizado a desobedecer a requisição legal de documentos e informações. Autoridade é aquela qualidade que se adquire por obediência voluntária dos outros, por uma espécie de reverência, e só é cultivada se os agentes do Ministério Público e Judiciário adotarem uma postura consistente, juridicamente técnica, isenta e imparcial, e de costumeira obediência aos princípios constitucionais e tradicionais do Direito.

O Ministério Público – segundo esperamos, sobreviverá. Porque a instituição já tem uma tradição de “seleção” de seus membros que dificilmente poderá ser alterada, a não ser com a opinião contrária de todos os seus integrantes, ingressos na carreira por rigoroso e objetivo critério. O concurso público, além da impessoalidade e da acessibilidade a todos, tem uma vantagem lateral que é a de seleção também de “idoneidades”. Ninguém que passou por concurso vai admitir abrir mão dele para selecionar novos candidatos à carreira. Essa a nossa garantia. Com certeza tentarão mexer nisso. O jogo da imprensa ao criticar os “afoitos” vai chegar aí.

Já a Administração Pública talvez não sobreviva à privatização de seus espíritos.

Por ora, contudo, só nos resta preservar a instituição, que passa por um momento de crise, e sofre inusitada difamação.

Sem prejuízo de que sejam tomadas as medidas legais (porque a difamação de uma instituição do Estado democrático é crime e abuso do direito de imprensa), o mais importante é que adotemos posturas de “virtude cívica”, próprias ao liberalismo sincero (na tradição dos clássicos até o final do século 19), fazendo profissão de fé no resguardo das garantias e liberdades públicas e de *tolerância* radical (todos esses conceitos pedem explanação e desenvolvimento, mas não se pode abarcar tudo isso num único texto).

Mais importante de tudo é tomar cuidado.

CUIDADO

Cuidado é uma palavra que define a postura de todos quantos tenham compromisso sincero com a democracia, seja qual for o conceito que façam desse regime. Por ser o mais frágil dos sistemas políticos, é a democracia o que mais precisa de cuidado. Consistente e continuado. Cuidar não exige de nós que façamos voto de pobreza, ou transformemos a profissão em “sacerdócio”.

Mais uma vez Agnes Heller tem a palavra apropriada quando afirma que foi o nosso século totalitário que criou uma preferência, no discurso moral, pelos extremos do santo e herói, de um lado, e do corrupto e da escória humana, de outro. Ser bom e honesto deve, contudo, ser algo bem mais prosaico. Não precisa de voto de pobreza nem de assumir riscos desnecessários. Aqui não vai nenhuma crítica a quem escolhe esta ou aquela forma de vida. No mundo moderno todos podemos ser honestos do nosso próprio jeito.

Todos devemos fazer a nossa parte na defesa da democracia. Porém, de nós que temos por missão “profissional” a guarda do regime democrático e da Constituição, talvez se possa exigir um pouco mais, mesmo que esse algo mais também seja modesto. Não se pode adotar responsabilidade pelo que não podemos fazer. *Ultra posse nemo obligatur*. Pretender salvar o mundo do caos é adotar postura de histeria moral, que não é a prática normal das pessoas boas, *simplesmente* honestas.

Cuidar da democracia, em momentos de ascensão totalitária, requer mais lucidez do que em tempos de normalidade. Requer que deixemos por ora o trabalho e o lazer para “*escrevermos longas petições que em nada irão somar ao nosso currículo acadêmico*”.

Por tudo isso, peço aos colegas que meditem sobre os argumentos aqui expostos, que podem ser provisoriamente sintetizados da seguinte forma.

1. O momento é de instabilidade. Não está fora de cogitação uma solução à Fujimori. Também não está fora de cogitação que se valham os poderes estabelecidos de força política e física para impor mais do que mordada, mas reformulações de essência na estrutura do Estado (inclusive do Ministério Público), que são

sempre irreversíveis a médio prazo (duas ou três gerações);

2. Em momentos como este, até a crítica a atos “judiciais” exige cautela, porque pode criar ou aprofundar “inimizades” com esse Poder, que é mais suscetível de “coordenação” do que o Ministério Público. Há que estar alerta para os limites da legalidade e da racionalidade num mundo que se tornará a cada dia menos racional.
3. Agir em defesa da democracia em momentos de ascensão totalitária exige que se “preserve”, na teoria e na prática, o que é tradicionalmente jurídico, alertando sempre que a quebra do Estado nos deixará à mercê de “bandos de salteadores”.
4. Para possibilitar a nossa existência como “instituição” é preciso que tentemos o máximo possível para “harmonizar” entre nós as diferenças, adotando-se postura de “tolerância radical”, e cultivando as liberdades formalmente asseguradas em relação aos outros, mesmo aos piores bandidos (como o resguardo da parcela não desonrada da imagem...), senão por justiça, pelo menos por habilidade.
5. Junto a essa nova postura, com certeza, uma nova “urbanidade” virá melhorar o relacionamento entre os membros do Ministério Público, fortalecer a unidade da instituição (contra os que apostam que “divindo-se, impera-se”) e com certeza talvez até se possa imaginar algum modo de pacificar conflitos (inclusive judiciais) que já existem entre nós. Tolerância radical é mais do que deixar passar, não se importar. É tolerância ativa, que se importa com cada gesto de injustiça, seja contra quem for praticado, seja para que finalidade for. A tolerância radical só não tolera atos de “*mera força e dominação por violência*”.
6. É preciso resistir ativamente ao projeto de coordenação.
7. Mais importante que tudo é seguir cada um de nós cumprindo com o seu dever, sem maior alarde. Ao contrário do que foi escrito na rede, não publicar não é sinônimo de não existir e não fazer. Pode ser sinônimo de cautela.
8. Apostar na “normalização institucional”, não cedendo à tentação de imaginar que se vive um período excepcionalmente renovador (o que é falso), mas continuar denunciando aqui e lá as tentativas de aniquilação da ordem jurídica, sempre buscando eliminar a lógica do amigo-inimigo, tanto da argumentação forense como na argumentação extrajudicial (eliminando, via de consequência, as avaliações “morais” sobre as pessoas que tenham opiniões diversas, que são inválidas do ponto de vista da “democracia comunicativa”, por terem fundamento em argumentos que ferem o autor da opinião e não a opinião em si mesma).

Isenção de IPI na Aquisição de Veículos por Pessoas Portadoras de Deficiência

Marlon Alberto Weichert
PR/SP

O estudo que segue é parte de ação civil pública que propusemos em junho último, em conjunto com a Dra. Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, com o objetivo de garantir a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na aquisição de veículos automotores movidos a gasolina para pessoas portadoras de deficiência. Suprimi os itens relativos a questões processuais, de modo a tornar a leitura mais leve.

De notar que a antecipação de tutela requerida como medida liminar foi concedida integralmente pelo Juiz Federal da 18ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, Dr. José Eduardo dos Santos Neves, em decisão de 19 laudas, ricamente fundamentada, tanto no aspecto da legitimidade ativa do Ministério Público Federal, como na parte de mérito.

1. DOS FATOS

Em 24 de fevereiro de 1995 foi editada a Lei nº 8.989 que conferia **isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI na aquisição de automóveis de passageiros de até 127 HP para taxistas e pessoas portadoras de deficiências física que não podiam dirigir veículos comuns (não-adaptados)**. Relativamente às **pessoas portadoras de deficiência**, dispunha o seu artigo 1º, inciso IV:

“Art. 1º - Ficam isentos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) os automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE), quando adquiridos por:

...

IV – pessoas que, em razão de serem portadoras de deficiência física, não possam dirigir automóveis comuns.”

O art. 9º da Lei nº 8.989 estipulava que essa isenção vigoraria apenas até 31 de dezembro de 1995. Esse prazo, porém, foi sucessivamente prorrogado para 31 de dezembro de 1996 e 1997, através das Leis nº 9.144/95 (art. 1º) e 9.317/96 (art. 28).

Entre 31 de dezembro de 1997 e 27 de fevereiro de 1998 teria a mencionada isenção sido eliminada, pois esgotado o prazo previsto na Lei nº 9.317, somente nessa data (27.2.98) foi editada a Medida Provisória nº 1.640, que “restaurou” a vigência da Lei nº 8.989 até 31 de dezembro de 1998.

Iniciava-se, então, a sina das reedições de Medidas Provisórias, modificações de redações e, até mesmo, fusão de textos.

Com efeito, estávamos em fevereiro de 1998, com a Medida Provisória 1640. Reeditada nove vezes, até novembro de 1998, foi revogada pela Medida Provisória nº 1743, de 14.12.98. A MP 1743, por sua vez, prorrogou a **isenção até 31 de dezembro de 1999**.

Na edição de 6 de maio de 1999, o texto da MP 1743 sofreu alteração. Com efeito, até então os veículos vendidos com os incentivos fiscais da Lei nº 8.989/95 não se sujeitavam à **obrigação imposta pela Lei nº 9.660/98, no sentido de que deveriam ser movidos a combustível renovável (álcool)**. Isso porque o artigo 2º da MP ressaltava esses casos. A MP 1743-15, porém, limitou essa exclusão apenas aos veículos adquiridos por pessoas portadoras de deficiências.

Para resumir, estava assim a redação do artigo 1º da MP 1743-15 (edição de maio de 1999):

“Art. 1º - É restaurada a vigência da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, que, com as alterações determinadas pelo art. 29 da Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, passa a vigorar até 31 de dezembro de 1999.

§ 1º - A partir de 1º de outubro de 1999, a vigência da Lei nº 8.989, de 1995, observará as prescrições contidas no art. 2º da Lei nº 9.660, de 16 de junho de 1998.

§ 2º - **É mantida a isenção fiscal aos portadores de deficiência física na forma do art. 1º, inciso IV, da Lei nº 8.989, de 1995, tanto na aquisição de veículos movidos à gasolina como a combustíveis de origem renovável.**” (grifamos)

Retornando à saga das MPs¹, a última reedição da MP 1.743 ocorreu em 2 de junho de 1999. Em 29 de junho ela ganha novo número, mas mantém o mesmo conteúdo. Trata-se, agora, da MP 1845.

A edição da MP 1845-22 de 18 de novembro de 1999 veio repleta de novidades. Na parte em que interessa a esta Ação (a) prorrogou a isenção da Lei nº 8.989/95 para 31 de dezembro de 2003; (b) **limitou a isenção na aquisição de veículos a gasolina por pessoas portadoras de deficiência física até 31 de dezembro de 1999**, e (c) por outro lado, estendeu a isenção para es-

sas pessoas adquirirem, também, veículos acima de 127 HP.

Em dezembro de 1999 a MP 1845-22 foi substituída pela Medida Provisória 1.939-23, editada no dia 9. Essa medida, relativamente à isenção em questão, vem sendo reeditada até hoje sem alteração. Está em vigor, nesta data, a versão MP 1.939-29, de 26 de maio de 2000, que garante isenção do IPI para pessoas portadoras de deficiência física na aquisição de veículos de fabricação nacional de qualquer potência, desde que movidos a combustível de origem renovável, ou seja, a álcool.

Ocorre que, paralelamente à isenção do IPI, as pessoas portadoras de deficiência fazem jus também à isenção do ICMS, nos termos do Convênio CONFAZ nº 93 de 9/12/99. A isenção do ICMS, porém, é concedida apenas para veículos de até 1600 cilindradas, de qualquer combustível.

A situação das pessoas portadoras de deficiência física hoje, quanto a essas isenções, é a seguinte:

- (a) IPI – veículos a álcool de qualquer potência;
- (b) ICMS – veículos de qualquer combustível, até 1600 cilindradas.

Dessa forma, para efetivamente conseguir adquirir veículo com benefício fiscal completo, a pessoa portadora de deficiência teria que comprar um **veículo a álcool de até 1600 cilindradas**.

Ocorre que um veículo para ser adaptado à pessoa portadora de deficiência necessita vir equipado com características especiais, conforme a Resolução nº 80 do CONTRAM. Em especial, o veículo precisa contar com **câmbio automático**.

No entanto, **inexistem disponíveis no mercado automobilístico brasileiro veículos que, movidos a álcool, e com potência até 1600 cilindradas, venham equipados com câmbio automático**.

É o que o Ministério Público Federal apurou através do procedimento nº 1.34.001.000406/2000-57 (original em anexo), mediante pesquisa junto a todas as montadoras instaladas no País (General Motors, Volkswagen, Ford, Fiat, Toyota, Peugeot, Renault, Honda, Asia Motors e Chrysler). A uníssona resposta foi de que **NÃO HÁ FABRICAÇÃO DE VEÍCULOS COM POTÊNCIA DE ATÉ 1600 CC., COM CÂMBIO AUTOMÁTICO E MOVIDO A ÁLCOOL**.²

Vale dizer, hoje os benefícios de ICMS e IPI não geram efeitos práticos ao consumidor pessoa portadora de deficiência, pois a previsão normativa não guarda relação com o mundo dos fatos. Isso apesar de anteriormente o quadro normativo já ter assegurado efetivamente o direito à isenção em moldes factíveis socialmente.

De observar que em decorrência das alterações legislativas que culminaram com a supressão do benefício fiscal às pessoas portadoras de deficiência, entidades de defesa desses cidadãos têm protestado e demonstrado o retrocesso subjacente ao comando legal, inclusi-

ve através de passeata pela Avenida Paulista no último dia sete de abril, que culminou com audiência pública na sede da Procuradoria da República (fls. 37).

Ainda, por ocasião do VII Encontro Nacional de Procuradores da Cidadania no último mês de abril, membros do Ministério Público Federal de todos os Estados da Federação solicitaram ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República que fosse revisto o retrocesso normativo imposto pela Medida Provisória 1939, já acusando sua inconstitucionalidade, através da missiva cuja cópia se encontra a fls. 84.

Não obstante, o quadro não se alterou.

Dessa forma, recorre o Ministério Público Federal ao Poder Judiciário para reverter essa inconstitucional alteração normativa, que, além de atentatória ao princípio da igualdade, viola também o princípio constitucional de vedação ao retrocesso social.

2. DO DIREITO

As pessoas portadoras de deficiência física ou mental têm dificuldades adicionais para a vida em sociedade, seja em função de dificuldade de locomoção (assim como os idosos), seja por potencialidades especiais, não corriqueiramente aceitas no mercado de trabalho ou no relacionamento social. Por esse motivo, são cidadãos carentes de ações positivas da sociedade e do Estado para o pleno exercício dos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 foi sensível a essa problemática, prescrevendo diversas normas para a promoção da inclusão desses cidadãos, notadamente mediante a previsão de conferência de **tratamento especial com fins ao alcance da isonomia material**.

Seja no âmbito de princípios e regras genéricas, seja através de normas específicas, a Constituição está plena de preceitos relativos à inclusão da pessoa portadora de deficiência. Por exemplo, dentre os princípios fundamentais (estruturantes) concebeu-se o Brasil como uma república fundada na *dignidade da pessoa humana* e constituída para a *redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação* (art. 1º, III e 3º, III e IV).

Por outro lado, como direito fundamental, consagrou-se o princípio da *isonomia material* (art. 5º, caput e inciso I), e como direito social a *proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência* (art. 7º, XXXI).

No campo da repartição de competências materiais, consagrou-se ser atribuição comum à União, Estados, Distrito Federal e Municípios a *proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência* (art. 23, II), bem como competência legislativa concorrente aos Estados e à União a edição de normas sobre *proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência* (art. 24, XIV).

Como manifesta ação afirmativa, o artigo 37, inciso VIII estipulou que *haverá reserva de cargos e empregos públicos às pessoas portadoras de deficiência*.

Tamanhas são as dificuldades das pessoas portadoras de deficiência no Brasil, que a *promoção de sua*

integração à vida comunitária consiste em um dos objetivos da Assistência Social (art. 203, IV). Ainda na área social, *determinou-se que lhes fosse prestado atendimento educacional inclusivo* – embora especializado –, e *instituídos programas de assistência integral de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos* (art. 227, § 1º, II).

Em acréscimo, o § 2º do artigo 227 determinou que *seriam editadas normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência*, e o artigo 244 registrou que a lei deveria cuidar também da acessibilidade aos edifícios e veículos de uso coletivo já então existentes.

Constata-se, portanto, um nítido vetor constitucional de promoção, pelo poder público e pela sociedade, de ações visando à plena integração social da pessoa portadora de deficiência.

Ocorre que, infelizmente, no plano dos fatos muito pouco tem sido feito. É o que se nota, por exemplo, na questão da eliminação de barreiras no acesso ao transporte coletivo e aos prédios de uso público.

Não é necessário ser uma pessoa portadora de deficiência física para notar que a dificuldade no exercício do básico direito de ir e vir está em toda a parte (não obstante, cremos que seria uma ótima aula prática para todos – inclusive magistrados e membros do Ministério Público – passar um único dia que fosse como cadeirante, tentando ir e voltar ao trabalho em transporte público). Não há ônibus adaptados, os funcionários do transporte coletivo não são treinados, não há prédios acessíveis, as calçadas são esburacadas e, muitas vezes, com degraus...

Com efeito, conforme já tiveram oportunidade de registrar os Promotores de Justiça de São Paulo Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Julio Cesar Botelho:

“Como pode um usuário de cadeiras de rodas sair de casa e alcançar seu trabalho, se não consegue superar obstáculos aparentemente insignificantes, como a seqüência de guias de calçadas que deverá ultrapassar do trajeto de sua casa ao emprego? E como poderá aguardar um ônibus em uma parada obrigatória, se não consegue atingir o interior do coletivo, posto que os degraus são intransponíveis para os portadores de deficiência física? E como poderá sentar-se, se os assentos reservados, por Lei, aos portadores de deficiência, frequentemente estão ocupados por usuários mal esclarecidos e desinformados?”²³

É justamente em face dessas dificuldades que a concessão de isenção na aquisição de veículos privados assume não a conotação de privilégio, mas sim de ação positiva para **superação de desigualdades**.

Na medida em que o Poder Público falha na prestação dos serviços públicos ou na fiscalização da atuação particular no item acessibilidade à pessoa portadora de deficiência, a concessão do benefício da isenção tributária adquire relevância de política de implementação de direito social constitucionalmente previsto: inclusão da pessoa portadora de deficiência física.

No plano ideal, evidentemente, houvesse um sistema público de transporte acessível e um tratamento urbanístico de eliminação de barreiras arquitetônicas, o incentivo à aquisição de veículos particulares poderia soar como privilégio injustificado, máxime em face da desigualdade econômica que impera no País. No entanto, observada a específica realidade social desse seletivo segmento populacional, chega-se facilmente à conclusão da indispensabilidade da concessão do incentivo. O veículo minimiza a deficiência motora, permitindo que o cidadão portador de deficiência possa estudar, trabalhar, se tratar e gozar de lazer.

Dessa forma, a concessão do benefício fiscal insere-se em um pleno contexto de concretização do vetor constitucional de inclusão desses cidadãos.

E, conforme alerta Konrad Hesse, na interpretação constitucional ...

“El intérprete tiene que poner en relación con dicho problema [problema concreto a ser resuelto] la norma que pretende entender, si quiere determinar su contenido correcto aquí y ahora. Esta determinación, así como la ‘aplicación’ de la norma al caso concreto, constituyen un proceso único y no la aplicación sucesiva a un determinado supuesto de algo preexistente, general, en sí mismo comprensible. **No existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos.**”²⁴

Fixada essas premissas, fácil será perceber a inconstitucionalidade da limitação do benefício da isenção do IPI apenas aos carros movidos a álcool.

(a) DO RETROCESSO SOCIAL VEDADO CONSTITUCIONALMENTE

Como visto, a concessão da isenção do IPI reveste a natureza de concretização de direitos fundamentais e sociais consagrados na Constituição Federal.

Nesse contexto, trata-se de norma que não pode ser revogada ou substituída por outra que acarrete retrocesso na implementação do direito social.

Com efeito, embora as normas de eficácia limitada – como muitas vezes ocorre com aquelas de prescrição de direitos sociais, tidas como programáticas – não possibilitem a plena implementação do direito previsto, elas no mínimo produzem o efeito de vedar que sejam revogados comandos legais que regulamentavam o dispositivo constitucional.

É o que registra José Afonso da Silva na sua clássica obra “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”²⁵:

“... a discricionariedade do legislador diante das normas constitucionais de eficácia incompleta só se verifica quanto à iniciativa de lei integrativa; emitida esta (a preexistência a isso equivale), a questão passa a ser jurídico-constitucional, visto ter a lei aderido ao ditame da lei maior, com o quê sua revogação pura e simples abre um vazio que não mais é permitido constitucionalmente; sendo, no entanto, facultado ao legislador modificar a lei, desde que mantenha seus termos na conformidade do princípio ou esquema que lhe ditou o constituinte.”

Com esse sistema, impossibilita-se que haja retrocesso na implementação de direitos sociais. É o que a doutrina denomina de princípio da proibição ao retrocesso social, assim descrito por J.J. Gomes Canotilho:

“A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.”⁶ (p. 320)

Nesse contexto, a norma que suprima ou reduza direitos implementados será inconstitucional:

“O reconhecimento desta protecção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio desemprego ou pretenda alargar desproporcionalmente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (cfr. AC TC 39/84- *Caso do Serviço Nacional de Saúde* – e Ac 148/94, DR, I, 13/5/94 – *Caso das Propinas*). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis

devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança nacional”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.” (p. 320/321)

No caso concreto, como demonstrado, não se pugna que a isenção na aquisição do IPI seja a única e melhor forma de garantir a liberdade de movimentação às pessoas portadoras de deficiência. No entanto, enquanto o Estado não adota políticas públicas de implementação desse direito, **o benefício fiscal na aquisição do próprio veículo é o único paliativo posto à disposição da pessoa portadora de deficiência física para propiciar o seu básico direito de ir e vir.** Dessa forma, a sua supressão, limitação ou inviabilização por norma posterior implica em indistigável retrocesso social.

No entanto, não bastasse caracterizar retrocesso social, a limitação da isenção aos veículos movidos a álcool representou a própria aniquilação do benefício. Isso porque as montadoras de veículos comunicam que simplesmente não fabricam veículos que preencham os requisitos elegidos pela legislação tributária para a concessão da isenção. Não há, no mercado, veículos com câmbio automático movidos a álcool e que, ainda, tenham potência de até 1600 cilindradas.

Logo, mais do que mera redução do alcance do benefício, viram-se as pessoas portadoras de deficiência física impossibilitadas de adquirir quaisquer veículos com isenção do IPI e do ICMS.

(b) DA DISCRIMINAÇÃO INJUSTIFICADA

Além de implicar em retrocesso social, a limitação do benefício da isenção apenas aos veículos movidos a álcool (único combustível de origem renovável disponível) acarreta discriminação das pessoas portadoras de deficiência.

Isso porque o Estado ao conceder a isenção a esse expressivo grupo da sociedade (segundo a OMS cerca de 10% da população mundial é portadora de deficiência) está reconhecendo a sua situação de desigualdade no contexto social. De fato, não existisse fundamento constitucional para a isenção e teríamos um benefício verdadeiramente odioso e, em consequência, inconstitucional.

Lembre-se que a isonomia tributária é corolário do princípio da igualdade perante os encargos do Estado. Isso significa que todos devem igualmente contri-

buir com o Estado, seja financiando a sua atuação, seja suportando os ônus decorrentes das suas atividades.

Os tributos - enquanto fonte de receita derivada do Estado - devem, portanto, ser distribuídos isonomicamente entre os cidadãos, especialmente através da universalidade e da graduação conforme a capacidade econômica.

Essa tarefa foi inicialmente cumprida pelo próprio constituinte, na medida que distribuiu os impostos entre as várias bases impositivas que expressam capacidade econômica, notadamente as rendas, o patrimônio e o consumo. Mas, como fica ao legislador complementar e ordinário a definição das hipóteses de incidência de cada um dos tributos, opera o princípio da isonomia (via vedação de tratamento arbitrário do art. 150, II e via capacidade contributiva do art. 145, § 2º) como limitador e ao mesmo tempo orientador dessa atividade. Vale dizer, o legislador fica adstrito à igualdade-vedação de arbítrio e à igualdade-capacidade contributiva na definição das hipóteses de incidência e na instituição dos tributos.

Logo, o legislador não é livre para desigualar contribuintes com capacidades econômicas equivalentes ou igualar contribuintes com capacidades distintas, exceto quando a própria natureza do tributo não o permita (hipótese em que opera plenamente apenas a isonomia-vedação do arbítrio, mas não a isonomia-capacidade contributiva).

Ora, é justamente nesse contexto que são recebidas as isenções tributárias. A isenção, como se sabe - e indiferentemente da natureza jurídica que se lhe atribua -, implica em renúncia pelo Estado à receita de determinado tributo. Trata-se, pois, de uma exceção à regra da universalidade na tributação, corolário da igualdade.

Assim, se o benefício não encontrar sólido fundamento, que justifique adequadamente essa desigualação, o Estado estará discriminando todos os demais cidadãos.

A regra, portanto, é que a concessão de isenção só se sustenta se for fruto da ponderação de outros valores constitucionais. É o caso, por exemplo, da isenção concedida com o intuito de incentivar o desenvolvimento regional, ou, como na espécie, **para propiciar a inclusão da pessoa portadora de deficiência.**

Lapidar, nesse particular, a assertiva de Ricardo Lobo Torres:

“O Estado ofende a liberdade relativa do cidadão e o princípio da isonomia quando cria, na via legislativa, administrativa ou judicial, *desigualdades fiscais* infundadas, através dos *privilegios odiosos* ou das *discriminações*.”⁷

Na nossa hipótese, justifica-se a isenção, que encontra sólidos fundamentos constitucionais. Ocorre que reconhecida a necessidade da isenção - enquanto única política concreta existente para ampliação da possibilidade de locomoção das pessoas portadoras de deficiências -, não é dado ao legislador⁸ ficar manipulando-a para atender a outros interesses incompatíveis com o seu fundamento constitucional.

Na verdade, exigir da pessoa portadora de deficiência - e só dela - que alavanque a venda de veículos a álcool é discriminar o seu direito de escolha.

Se, por imperativo da igualdade material, propicia-se o benefício fiscal na aquisição de veículos, não se pode, por ato contínuo, discriminar o beneficiário da isenção para determinar-lhe que adquira veículos de apenas determinada espécie.

A desigualação das pessoas portadoras de deficiência e demais contribuintes é dada em função da indispensabilidade do veículo para sua movimentação - e não como um luxo -, não podendo, portanto, ser vinculada a um outro conceito que não guarda nenhuma pertinência lógica com a causa do tratamento desigual.

Note-se bem, a consideração de determinados limites⁹ de potência no veículo é até razoável, pois a pessoa portadora de deficiência precisa de um veículo, não de um carro de corrida. Há, nesse caso, pertinência lógica. No entanto, não se verifica qualquer pertinência entre a aquisição de veículos a álcool e a facilitação da locomoção das pessoas portadoras de deficiência.

Há, na verdade, lamentável e odiosa discriminação desses cidadãos, pois embora o Estado reconheça que necessitam de benefícios na aquisição de veículos para exercerem seu direito de locomoção, por outro lado exige que eles exerçam esse direito em situação de desigualdade com os demais cidadãos, que recebem o mesmo tratamento tributário na aquisição de veículos a gasolina ou a álcool.

¹ e aqui pedimos desculpa pela profusão de números e datas, mas tal vício é fruto não do exercício das funções constitucionais do Ministério Público ou do Judiciário, mas sim da sana legislativa do Executivo e da aparente apatia do Legislativo.

² Resposta da General Motors a fls. 42, da Volkswagen a fls. 88, Ford a fls. 91, Fiat a fls. 43, Toyota a fls. 34, Peugeot - Citroën a fls. 72, Renault a fls. 76, Honda a fls. 74, Asia Motors a fls. 47e Chrysler a fls. 48.

³ Ação civil pública nº 372/99, movida contra a municipalidade de São Paulo, visando o oferecimento de ônibus adaptados no transporte coletivo urbano dessa cidade.

⁴ *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1983, p. 44/45. Grifamos. Mantivemos o texto em espanhol, tendo em vista já tratar-se de tradução do alemão, sob pena de crescente prejuízo ao original.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 129/130.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

⁷ RICARDO LOBO TORRES, *Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 276.

⁸ *In casu* o Poder Executivo, pois tratam-se de medidas provisórias.

⁹ O que não é o caso de limitar o benefício a veículos de até 1000 cilindradas, como recentemente o CONFAZ chegou a fazer mas depois reconsiderou. Isso porque também nessa situação o benefício se inviabiliza, na medida em que inexistem veículos com câmbio automático nessa faixa de potência e que, ainda, comportem carregar cadeiras de rodas.



ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA

Data e local

28 de outubro a 2 de novembro de 2000

Hotel Jatiúca e Meliá Maceió

Maceió, AL

O Encontro reúne os procuradores da República de todo o País.

O tema geral do XVII ENPR é

“MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA A IMPUNIDADE”

Os trabalhos vão se desenvolver nos seguintes grupos temáticos:

- I) Crimes de colarinho branco;
- II) Improbidade Administrativa;
- III) Direitos Humanos, e;
- IV) Estrutura Institucional para o combate à impunidade.

Inscrições

As inscrições poderão ser efetuadas por meio do preenchimento da ficha e envio pelo endereço:

encontro@anpr.org.br

ou

pelo fax **(0xx61) 321-5414**

no período compreendido entre
os dias 24 de agosto a 2 de outubro de 2000.