Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva

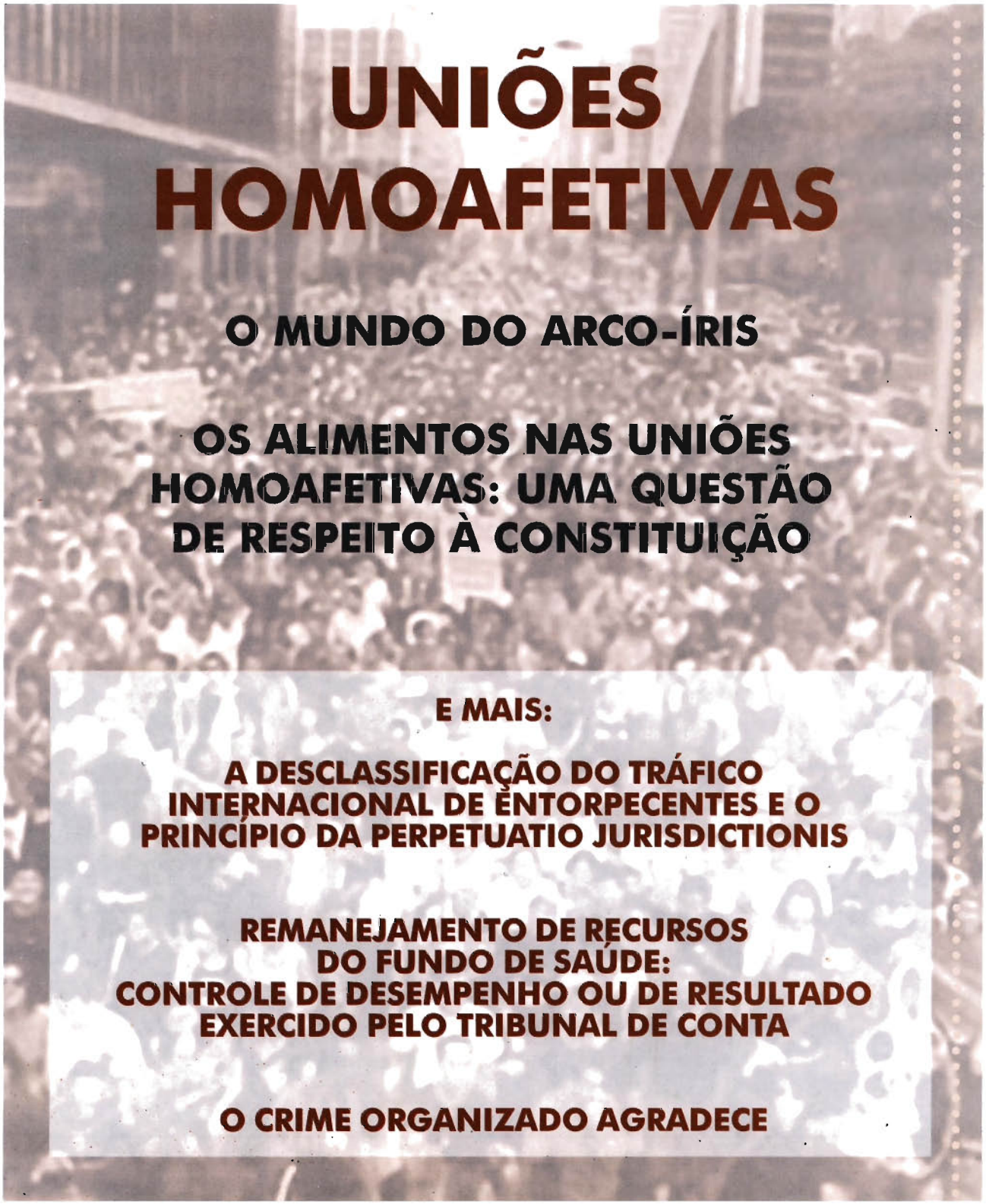
BOLETIM DOS

ANPR
Associação Nacional dos Procuradores da República

PROCURADORES DA REPÚBLICA

ISSN Nº 1519-3802

ANO V - Nº 61 - MAIO - 2003



UNIÕES HOMOAFETIVAS

O MUNDO DO ARCO-ÍRIS

OS ALIMENTOS NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: UMA QUESTÃO DE RESPEITO À CONSTITUIÇÃO

E MAIS:

A DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E O PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS

REMANEJAMENTO DE RECURSOS DO FUNDO DE SAÚDE: CONTROLE DE DESEMPENHO OU DE RESULTADO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTA

O CRIME ORGANIZADO AGRADECE

BOLETIM DOS
PROCURADORES DA REPÚBLICA
ANO V - Nº 61 - MAIO 2003

Conselho Editorial: Aloísio Firmo, Elizabeth Kablukow Bonora Peinado, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, Maria Helena Nogueira de Paula, Paula Bajer Fernandes Martins da Costa, Odim Brandão Ferreira e Rosângela Pofahl Batista.

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva:
Conselho Curador: Marco Antonio da Silva Costa, Márcia Noll Barbosa, Carlos Eduardo Oliveira Vasconcelos, Inês Virgínia Prado Soares, Adriana Zawada Melo e Humberto Jacques de Medeiros.
Diretoria Executiva: Antonio Fonseca, Denise Vinci Túlio, Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho e José Adonis Callou de Araújo Sá.

ANPR - Associação Nacional dos Procuradores da República:
Presidente: Nicolao Dino de Castro e Costa Neto
Vice-Presidente: Flávio Paixão de Moura Junior
Diretores: Alessander Wilckson C. Sales, João Carlos de Carvalho Rocha, José Leovegildo O. Morais, José Manoel V. de Castro Jr., Luiz Fernando B. Viana, Luíza Cristina F. Frischeisen, Márcio Domene Cabrini, Samantha C. Dobrowoski, Ubiratan Cazetta, Zani Cajueiro Tobias de Souza

Revisão: Adriana Zawada Melo

Diagramação, Impressão e Distribuição:
Artchip Editora Multimídia Ltda ME.: (11) 5514-2859
www.artchip.com.br - artchip2003@terra.com.br

Capa: Fábio Lyrio

Tiragem: 2.700 - Distribuição gratuita

Os artigos são de inteira responsabilidade de seus autores.

Na Internet:
www.anpr.org.br

Sumário

FUNDAÇÃO PROCURADOR PEDRO JORGE DE MELO E SILVA
COLUNA DEDICADA AO PROJETO MPF NAS ESCOLAS 3

O MUNDO DO ARCO-ÍRIS
Antônio Fonseca
Procurador Reginal da República - 1ª Região 5

OS ALIMENTOS NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: UMA QUESTÃO DE RESPEITO À CONSTITUIÇÃO
Cristiano Chaves de Farias
Promotor de Justiça na Bahia 16

A DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E O PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS
Douglas Fischer
Procurador da República em Porto Alegre/RS 18

REMANEJAMENTO DE RECURSOS DO FUNDO DE SAÚDE: CONTROLE DE DESEMPENHO OU DE RESULTADO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTA
Márcia Farias
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do DF 26

O CRIME ORGANIZADO AGRADECE
Marcus Vinícius Viveiros Dias
Procurador da República em São João do Meriti 31

ERRATA: O texto "Dignidade e Trabalho" da Coluna Projeto MPF nas Escolas, publicado no Boletim 60, foi editado de forma imcompleta, estando disponível na íntegra no site: www.anpr.org.br, no link "boletim" e no site: www.pedrojorge.org.br, em publicações/artigos.

BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA
ISSN Nº 1519-3802

O código ISSN (International Standard Serial Number) é um número que identifica o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo. Possibilita um método eficaz e simples na identificação rápida da publicação, organização de acervos, serviço de idexação e resumos, serviços de aquisição bibliográfica etc.

PROJETO "MPF NAS ESCOLAS"

FOME E POBREZA

Pobreza é um conceito relativo. Pobreza é uma antítese da riqueza, mas isso não diz muita coisa. Quem é pobre carece de recursos ou bens socialmente valorizados. Mas não é fácil nem definitiva a determinação da quantidade e da qualidade dessa carência. Uma coisa é certa: a carência é uma conseqüência da falta de trabalho ou de capacidade de trabalho para se prover a própria subsistência. A carência cria uma situação de dependência, que pode ser da misericórdia alheia, num sentido mais profundo de desvalido, ou da assistência do Estado. Mais do que uma tristeza, a pobreza absoluta é uma indignidade. Nesse ponto, suscita-se uma questão de justa distribuição dos bens.

Na prática, pobreza é isto: falta de moradia, de escola, de médico e medicamentos, água potável, esgoto, coleta de lixo, energia elétrica, dignidade, liberdade e de alimentos. No Brasil, são mais de 51 milhões de pessoas que vivem na miséria ou em situação de risco de subsistência: 20% estão nas áreas metropolitanas, 50% nas áreas não metropolitanas e 30% nas áreas rurais. A pobreza é acentuada no campo, mas aumenta nas cidades. De todos os problemas, o pior é a fome.

A escassez de alimentos afeta um grande número de pessoas em todas as partes do mundo, no passado e atualmente, levando-as à morte. Na Índia, milhões de pessoas morreram no início do século XX. Na China, a fome dizimou cerca de 30 milhões de chineses de 1959 a 1961. Mais de um milhão de biafrenses morreram no período 1967-1970. Em 1974, a fome matou cerca de 300 mil africanos subsarianos e 2 milhões entre 1984 e 1985. No Sudão, foram 600 mil em 1993. As ondas de fome atingiram, também, a Coréia do Norte e a Indonésia entre 1995 e 1997, tendo sido noticiados casos de canibalismo e alimentação de raízes, folhas e frutos selvagem. Os relatórios da ONU confirmam que a extrema pobreza é a maior assassina do mundo e a maior causa das doenças e sofrimento.

Nos Estados Unidos, em 1994, mais de 600 mil pessoas dormiam ao relento, e 25% das crianças menores de 12 anos (13,6 milhões) passavam forme ou corriam o risco de passar fome. Na Europa, a pobreza atinge 15% da população. Na Alemanha, eram 850 mil desabrigados em 1995. Entre 1994 e 1995, a estimativa de "sem-teto" na Inglaterra chegava a 2 milhões e na França 800 mil pessoas. Estima-se que

em 1997 a pobreza na Rússia atingia cerca de 80% da população, sendo 14 milhões constituídos de mendigos e prostitutas. Em todo o mundo, são mais de 1 bilhão de pessoas passando fome, e cerca de 20 milhões falecem por ano, das quais 12 milhões são crianças que morrem antes dos seus 5 anos de vida.

As causas são várias: naturais e humanas. Respondem pela fome o clima, seca, inundações, terremotos e pragas de insetos e enfermidades das plantas. Entre as causas humanas figuram instabilidade política, má administração dos recursos naturais, guerras e conflitos civis, planejamento agrícola deficiente, má distribuição da terra e de renda e até o crescimento exagerado da população.

Em termos globais, não há uma resposta pronta sobre o combate à pobreza. Dados da ONU mostram que os alimentos produzidos no mundo poderiam alimentar a população mundial, mas somente quem pode pagar por eles se alimenta adequadamente. Grandes quantidades de alimentos excedentes são destruídas todo o ano. Então, qual a maior causa da fome? A falta de solidariedade. Uma resposta é o Banco Alimentar contra a Fome, uma instituição particular de solidariedade social que tem por objeto o recolhimento, armazenamento e distribuição de alimentos. São 300 nos Estados Unidos, 66 na França e tantos outros na Bélgica, Inglaterra, Espanha, Irlanda, Itália e Portugal.

No Brasil, o Projeto Fome Zero é a mais nova resposta em nível de governo, porém ainda tímida diante do ambicioso objetivo fundamental da República de *erradicar a pobreza e a marginalização*. A generosidade da ação solidária vai além das fronteiras política, cultural ou credo religioso. A beleza de fazer o bem ou gerar as condições para a redução do sofrimento alheio é oferecida a quem pode dar um pouco do que tem; mas infelizmente nem todos ainda a descobriram.

Antonio Fonseca - Diretor - Geral
Dr. José Adonis Callou de Araújo Sá - Diretor de Ensino e Projetos
Ana Cláudia Castro - Comunicação Social

Esta coluna é dedicada ao Projeto "MPF nas Escolas", coordenação nacional de Denise Vinci Tulio.
As escolas de segundo grau que desejam aderir ao Projeto devem preencher o formulário próprio que se encontra no site www.pedrojorge.org.br

Visite o Site da FPJ
www.pedrojorge.org.br

No website você encontra: Histórico da instituição; Agenda de atividades, Notícias, além de se manter informado sobre Cursos, Seminários, Simpósios e outros eventos apoiados e/ou realizados pela FPJ, atividades essas que, em sua maioria, têm como público- alvo os membros do MP. Aceitam-se textos e sugestões para esta coluna.
E-mails: fpj@prr1.mpf.gov.br ou fundacao@pedrojorge.org.br

O MUNDO DO ARCO-ÍRIS

Antônio Fonseca
Procurador Reginal da República - 1ª Região

INTRODUÇÃO

A proteção do interesse decorrente do convívio homoafetivo: este poderia ser um título alternativo para a presente matéria. O assunto está *sub judice*[1], em que se discute o direito de estrangeiro a visto permanente, na condição de dependente econômico e parceiro de cidadão brasileiro. O texto discute a igualdade das pessoas ao bem-comum sem preconceito de sexo, a discriminação entre homem e mulher como partícipes do casamento ou união estável e outros temas afins, à luz do direito e da jurisprudência.[2]

A igualdade que decorre da cláusula da promoção do bem de todos sem preconceito de sexo não é absoluta. A isonomia de direitos e obrigações de homem e mulher é reconhecida "nos termos" limitados da Constituição, que ao chancelar a união de homem e mulher como base da entidade familiar não abriga a união de pessoas do mesmo sexo.

A síntese da união dos princípios masculino e feminino (Leonardo Boff), fruto do instituto do casamento, exprime um projeto orgânico e transcendental que outorga à família a missão de santificar o mundo. Essa visão do direito canônico de certo modo influenciou a construção jurídica do mesmo instituto pelo Estado. Uma sociedade baseada na união homossexual, negada pela tradição jurídico-cristã, estaria condenada à estagnação.

Aquela síntese bipolar e ideal tolera a proteção, no domínio da materialidade, dos interesses gerados no convívio de duas pessoas do mesmo sexo. Somente um fundamentalismo excludente poderia negar a necessidade de amparo material e espiritual movimentados no interior dessa co-habitação, na contramão da *dimensão libertária* do respeito para com o próximo que os diversos credos abrigam (Leonardo Boff). Os valores da igualdade, dignidade e liberdade, como instrumentos em prol do bem-estar de todos, inclusive em face de gênero, inspiram práticas novas e conferem sentido às lutas e aos sacrifícios para aperfeiçoar a sociedade, na dimensão totalizadora da convivência na diversidade, pois *os seres humanos contam pelo que são como pessoas, com todas as suas diferenças* (Leonardo Boff).

A concessão de visto permanente a companheiro ou companheira funda-se na dependência econômica e vinculação afetiva qualificada. Essas duas condições estão presentes no convívio de duas pessoas, sejam ou não elas do mesmo sexo. Legítimo o emprego, no caso, da analogia por extensão para assegurar ao estrangeiro, companheiro de cidadão brasileiro, o benefício do visto permanente, solução que prestigia a tolerância do Direito nacional para evitar injusta discriminação a uma minoria que carece do respeito do Estado.

A sentença e o recurso

A sentença julgou procedente o pedido dos autores, na ação ordinária processada em segredo de justiça proposta pelos recorridos, AA e MKS, no sentindo de reconhecer, em favor deles *"a união estável entre os autores, exclusivamente no que tange à declaração do direito de permanência do estrangeiro MKS no Brasil, enquanto perdurar a situação fática enfocada, ficando a concessão do vínculo permanente vinculada à apresentação dos documentos elencados pelo art. 27 do Decreto nº 86.715, de 10 dezembro de 1981."*

A autoridade judicial argumentou, quanto ao essencial, que *"a orientação sexual do indivíduo não pode ensejar tratamento diferenciado daquele dispensado à generalidade dos cidadãos. Caso contrário, estar-se-ia admitindo a violação do princípio da igualdade ao se conferir tratamento diferenciado em situações equiparáveis, que são a união entre pessoas de sexo diverso e a união entre pessoas do mesmo sexo, ambas desprovidas do vínculo jurídico do casamento civil, mas esteadas, fundamentalmente, em relação de afeto, companheirismo e mútua dependência. Cumpre-me registrar que não se pretende aqui igualar o relacionamento existente entre os autores ao instituto do casamento, regulamentado pelo Código Civil Brasileiro, mas sim de proteger e regularizar a situação de fato vivida por eles."*

A União, preliminarmente, argúi na apelação que a Justiça Federal é incompetente para reconhecer a existência de união estável entre dois homens, razão pela qual deve ser declarada a nulidade absoluta da sentença. Afirma a recorrente, ainda, que o pedido inicial é juridicamente impossível, tendo em vista que *"no Brasil o casamento e a união estável pressupõem a diferença de sexos, não sendo, pois, reconhecida a união homossexual"*.

Sustenta-se, no desdobramento do mérito: ainda que houvesse autorização legal para se reconhecer o relacionamento entre homossexuais, faltaria aos Autores o lapso temporal necessário para caracterizar a existência de união estável entre eles. Por fim, alega-se que a concessão de visto permanente no país é ato de soberania do Poder Executivo não passível de revisão pelo Poder Judiciário, sob pena de transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Outras razões de política migratória foram expostas para reforçar o provimento do recurso, a fim de se extinguir o feito sem julgamento de mérito ou julgar improcedente o pedido.

Nas contra-razões alegam os recorridos que *"a prestação jurisdicional insculpida na sentença de 1º grau foi tecnicamente perfeita ao delimitar o reconhecimento da união estável dos autores apenas para fins de concessão do visto permanente – escopo primordial da demanda que importa em interesse da União"*. Afirmam, ainda, que o estrangeiro faz jus ao direito de permanecer em território nacional porque sua situação enquadra-se nos casos especiais e omissos a que faz referência a Resolução Normativa nº. 27 do Conselho Nacional de Imigração.

Informam que recentemente esse mesmo órgão concedeu visto permanente a uma francesa que mantém união homossexual com uma brasileira, considerando, assim, que tal decisão serve de precedente para o caso em apreço.

O pedido e o direito questionado em 1º grau

MKS, quando já era namorado de AA, foi beneficiado com visto temporário em 13 de abril de 2000, que se expirou um ano depois. Antes desse interstício, os dois ingressaram, em 30 de agosto de 2000, com pedido de visto permanente negado sob a alegação de "absoluta falta de amparo legal".

O pedido administrativo se fundou na Resolução Administrativa nº 02, de 28 de setembro de 1999, do Conselho Nacional de Imigração. A Resolução 02 trata do visto a companheiro ou companheira, e remete o assunto às Resoluções 27 de 1988 e 36 de 1999, que regem os casos especiais e de reunião familiar, respectivamente. Em particular, a Resolução nº 2 elege (a) o concubinato, (b) a relação de dependência e (c) a relação de convivência há mais de 5 anos como condições, dentre outras, para o visto temporário ou permanente a companheiro ou companheira, em obséquio ao art. 3º do Decreto nº 86.715/81[3] que regulamenta a Lei 6.815/80 (Lei do Estrangeiro):

O art. 5º do referido decreto reproduz as mesmas vedações do art.7º da Lei do Estrangeiro, as quais não vêm ao caso. A Lei contempla o dependente como sujeito ao visto dentro de condições[4] previstas em regulamento. Quanto ao tempo de convivência de 5 anos do dependente, previsto no regulamento, cumpre observar que para naturalização esse prazo poderá ser reduzido, nos termos da Lei.[5]

Delimitando a controvérsia jurídica

Dentro dessas condições do direito infra-constitucional situa-se o pedido dos autores, que desejam ver processado o requerimento de visto permanente em favor do litisconsorte estrangeiro. Em primeira instância o aspecto constitucional da questão também se viu debatido, conforme retomado adiante.

A questão travada no juízo *a quo* e devolvida à segunda instância é saber se o requerimento de visto permanente pode ser processado e concedido em favor do estrangeiro que ostenta a condição de companheiro do litisconsorte brasileiro.

A experiência de vida íntima de AA (brasileiro) e MKS (indiano).

O relato a seguir é uma cópia, o mais fiel possível, da exposição dos autores.

Os dois, AA e MKS, se conheceram em dezembro de 1997, na visita do primeiro à Índia, para onde viajou interessado em aprofundar seus conhecimentos em técnicas terapêuticas de Yoga e Massoterapia indiana. AA é revisor de textos numa imprensa universitária e professor de Shiva Yoga na diretoria de extensão de uma universidade federal brasileira. Massoterapia também é especialidade de MKS, primeiro ponto em comum entre os dois, solteiros, que ao se conhecerem logo se apaixonaram. A experiência está descrita em relatos separados produzidos por ambos, com emoção, esperança de planos de vida e elevação de espírito.

Após seus estudos, AA retornou ao Brasil. Aí tem início um período de sofrimento. Depois de muita insistência, a autoridade consular concedeu a MKS visto de

turista que, nesta condição, chegou ao Brasil em 25 de junho de 1998. A estada foi além dos três meses. Por isso MKS foi denunciado e deportado para Índia em 7 de setembro de 1999. Sobreveio uma seqüência de angústia e súplicas a autoridades e políticos para deixar MKS voltar. Nas suas palavras, AA nunca perdera a esperança. Tudo está revelado nos papéis juntaram aos autos.

A "luta solitária" de AA não fora em vão. Uma autoridade universitária ofereceu bolsa de estudo a MKS, dando-lhe condições para adquirir visto temporário por um ano. O visto foi deferido em 13 de abril de 2000. Logo, AA e MKS trataram de requerer visto permanente.

Desde aquela data os "consortes" residem no mesmo endereço. AA tem garantido casa e alimentação a MKS, conforme documento público de compromisso de manutenção. Parte da vida deles está contada, também, nas fotos de AA com a família de MKS, os dois em restaurantes, ou com amigos brasileiros e, ainda, em apresentação pública de seção de Yoga.

Esses fatos não foram desautorizados pela contestação que, no particular, se limitou a recusar aos autores a qualificação de cônjuges ou companheiros. A União também indicou a ausência de norma legal que amparasse o convívio de pessoas do mesmo sexo. Para a respondente, a Universidade se meteu em relações pessoais e, assim, concorreu para uma situação constrangedora. A sentença abonou, claramente, a existência das circunstâncias caracterizadoras de um "relacionamento estável" e de "dependência econômica" entre os autores.

Paradigma jurisprudencial

Vários precedentes judiciais têm reconhecido os efeitos da convivência estável entre pessoas do mesmo sexo. Esses efeitos são considerados em face de direitos a pensão e partilha de bens por morte ou separação. Os debates jurídicos consideram o direito fundamental de igualdade das pessoas, que não podem ser tratadas de modo diferente em razão do sexo. No plano do direito privado, os tribunais discorrem sobre a sociedade de fato, deixando de lado a magia do convívio *more uxorio*, até o ponto de estabelecer, objetivamente, as condições necessárias à qualificação da estabilidade da união.

A densidade da jurisprudência[6] descaracteriza a questão como nova; mas não deixa de ser estranha aos espíritos mais conservadores. No Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre, os efeitos do relacionamento estável entre pessoas do mesmo sexo foram reconhecidos para fins de atribuição de pensão por morte ao co-habitante sobrevivente. Ao conforto de uma interpretação sistemática, e em obséquio aos princípios fundamentais da igualdade e dignidade humana, a pensão foi concedida à vista da norma que garante pensão ao *companheiro ou companheira designada que comprove união estável, como entidade familiar.*[7] Nos precedentes daquele Tribunal, deu-se ao relacionamento entre pessoas do mesmo sexo tratamento equivalente ao de pessoas de sexos opostos.

Num dos precedentes citados, o fim visado foi inclusão de uma pessoa em plano de saúde como dependente do outro co-habitante do mesmo sexo. A Corte reconheceu que a recusa da dependência implicava discriminação de pessoas em face da preferência sexual. O preconceito, segundo o Tribunal, seria um estorvo à cláusula constitucional do bem-estar de todos, caracterizada como um dos objetivos fundamentais da República brasileira.[8] Convivência de pessoas do mesmo sexo foi equiparada, por analogia, aos conceitos de união estável e sociedade de fato entre heterossexuais, como projeção evolutiva de um direito ditado pela transformação social.

Essa orientação jurisprudencial se viu, também, acompanhada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, de prática sabidamente mais conservadora. O caso foi de pensão estatutária por morte de companheiro, servidor público. Comprovada a dependência econômica pelo projeto de vida em comum, o Tribunal nordestino operou a integração entre o direito e a realidade. A analogia foi o instrumento pelo qual se preencheu a lacuna da legislação.

Mais recentemente, a Segunda Turma do TRF1 manteve antecipação de tutela para conceder pensão por morte de servidor público federal, em favor do parceiro sobrevivente. Esses casos, oportunamente, passarão pelo crivo do controle constitucional do Supremo Tribunal Federal. Este, em juízo cautelar, de certo modo abonou a provisão judicial inferior. É o caso da decisão monocrática da presidência do STF, na Petição 1984/RS, em que se destaca:

> *"Constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Vale dizer, impossível é interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se*

a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. O tema foi bem explorado na sentença (folha 351 à 423), ressaltando o Juízo a inviabilidade de adotar-se interpretação isolada em relação ao artigo 226, § 3º, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar. Considerou-se, mais, a impossibilidade de, à luz do artigo 5º da Lei Máxima, distinguir-se ante a opção sexual. Levou-se em conta o fato de o sistema da Previdência Social ser contributivo, prevendo a Constituição o direito à pensão por morte do segurado, homem ou mulher, não só ao cônjuge, como também ao companheiro, sem distinção quanto ao sexo, e dependentes – inciso V do artigo 201. Ora, diante desse quadro, não surge excepcionalidade maior a direcionar a queima de etapas. A sentença, na delicada análise efetuada, dispôs sobre a obrigação de o Instituto, dado o regime geral de previdência social, ter o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial. Tudo recomenda que se aguarde a tramitação do processo, atendendo-se às fases recursais próprias, com o exame aprofundado da matéria. Sob o ângulo da tutela, em si, da eficácia imediata da sentença, sopesaram-se valores, priorizando-se a própria subsistência do beneficiário do direito reconhecido".

O Superior Tribunal de Justiça registra o caso de partilha de bens fundada na convivência de pessoas do mesmo sexo.[9] No precedente, os ministros não tiveram dificuldade em estender os efeitos patrimoniais da sociedade de fato ao parceiro sobrevivente, nestes termos: *O parceiro tem o direito de receber a metade do patrimônio adquirido pelo esforço comum, reconhecida a existência de sociedade de fato com os requisitos previstos no art. 1.363 do CCivil.*

A sociedade de fato é uma figura prevista na súmula 380 do STF: *Comprovda a existência de sociedade de fato entre concubinos* (concubina e amante)*, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.* O Supremo Tribunal Federal estabeleceu este princípio para proteger os efeitos patrimoniais da sociedade entre homem e mulher, ao fundamento legal de que: *Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns.*[10]

No precedente, os ministros do STJ se esforçaram em esclarecer que, reproduzindo entendimentos do STF, é a sociedade de fato, não a convivência *more uxorio* que legitima a partilha de bens. A sociedade de fato, de caráter puramente obrigacional, representa mútua obrigação de combinar esforços para lograr fim comum. O relacionamento *more uxorio*, ao contrário, tem repercussão familiar. Essa distinção levou Moreira Alves, então ministro do STF, a escrever: *o trabalho doméstico da concubina, por si só, não implica, nem exclui a sociedade de fato. Implica, na hipótese de, graças a ele, o concubino ter podido aumentar seu patrimônio; exclui, quando, apesar dele, isso não ocorre, embora a concubina administre o lar, é ela, em certos casos, fator que acarreta o empobrecimento do concubino.*[11]

Não obstante a sociedade de fato excluir o convívio *more uxorio*, o STJ, nas palavras do ministro Ruy Rosado, reconheceu a proteção jurídica aos efeitos da conduta de afeto ou sentimental. Embora o direito não o regule, o afeto, como expressão das relações intersubjetivas, *pode representar como fonte de direitos e deveres, criadores de relações jurídicas previstas nos diversos ramos do ordenamento, algumas ingressando no Direito de Família, como o matrimônio e, hoje, a união estável, outras ficando à margem dele, contempladas no Direito das Obrigações, das Coisas, das Sucessões, mesmo no Direito Penal, quando a crise da relação chega ao paroxismo do crime, e assim por diante.*[12]

O conteúdo do antigo art. 1.363 do revogado Código Civil de 1916 deu lugar ao art. 981 do Código de 2002, atribuindo à sociedade de pessoas um *exercício de atividade econômica*. Em outras palavras, a combinação de esforços entre duas pessoas, não importando o sexo delas, para lograr fins comuns, fora da atividade econômica, somente pode ser tratada no nível da união estável, identificada com a questão familiar, sobretudo a partir da atual Constituição. A atividade econômica a que alude o art. 981 do novo Código Civil tem a ver com mercado, que não é o lugar certo para se buscar compaixão, solidariedade, assistência mútua ou amor. Nesta perspectiva, parece não fazer sentido distinguir, modernamente, entre efeito patrimonial da sociedade de fato, de caráter obrigacional, e a proteção do sentimento associado ao convívio *more uxorio* (vida de casados, que leva um homem e uma mulher).

A dimensão social e jurídica do casamento e figuras afins

O primeiro instituto que se invoca para fins de comparação é o casamento católico, ou matrimônio cristão, elevado à categoria de sacramento, que o Código de Direito Canônico[13] assim o define:

> "A aliança matrimonial pela qual o homem e mulher constituem entre si uma comunhão de vida toda, é ordenada por sua índole natural ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, e foi elevada, entre os batizados, à dignidade de sacramento."

A unidade e a indissolubilidade são as únicas características essenciais desse pacto, considerado como a sociedade ideal para o bem do homem, da mulher e dos filhos. A prole, todavia, não é incluída pelo cânone 1056 entre as suas propriedades essenciais; mas isso não a diminui como o centro do projeto de desenvolvimento orgânico da vida, segundo a Lei Divina: *Sede fecundos e prolíficos, enchei a terra e dominai-a.*[14] Para isso *...o homem deixa seu pai e sua mãe para ligar-se à sua mulher, e se tornam uma só carne.*[15]

Não é outro, também, o motivo por que a dogmática canônica[16] atribui aos cônjuges "o gravíssimo dever e o direito primário de cuidar da educação tanto física, social e cultural, como moral e religiosa da prole" na primazia do amor, da doação humana. A potencialidade de procriar é uma perspectiva que marca o casamento. O sacramento é o sinal da espiritualidade que fortalece a aliança na missão de santificar o mundo, fazendo da família uma célula da Igreja e corpo místico de Cristo; uma vivência na fé de um homem com sua mulher como sinal da aliança de Deus com seu povo. O gravíssimo comprometimento da Igreja a esse projeto em parte explica a sua posição quanto à homossexualidade.

A sociedade civil, em contraposição à sociedade comercial ou econômica, de duas pessoas do mesmo sexo, num dado contexto histórico, não é, necessariamente, inferior, comparada com uma sociedade de homem e mulher. A união de duas pessoas do mesmo sexo apenas representa uma deliberada renúncia à construção total, à potencialidade histórica e utópica do Ser humano.

O casamento civil é disciplinado pelo Estado. São duas ordens: a canônica e a estatal, que se reconhecem e respeitam. Quanto a isso, é preciso registrar dois dados importantes: as influências mútuas do Direito Canônico e do Direito Civil, e a reiterada defesa pela Igreja da soberania do Estado.[17]

No quadro da ordem jurídica brasileira, o casamento é uma instituição formada por um casal: homem e mulher. Esta composição é refratária a casamento de dois homens ou de duas mulheres. Esta é uma discriminação tolerável quanto ao gênero. A limitação da igualdade de gêneros é prevista no art. 5º, inciso I: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição". Quanto à formação do consórcio civil por homem e mulher, e não por dois homens ou por duas mulheres, a discriminação decorre da compreensão do conjunto das normas do caput e seus §§ 3º, 4º, 5º e 7º do art. 226 da Constituição Federal.

O casamento é o *nomen iuris* da sociedade formada por homem e mulher, que dá início a uma família. Os "pais", isto é, pai e mãe, são os protagonistas da família; cada um e respectivos descendentes constituem uma entidade familiar distinta. Na sociedade conjugal, os direitos e deveres de homem e mulher são exercidos igualmente. Mas o planejamento familiar depende da livre decisão do casal. É o Código Civil[18] que define: o casamento é a comunhão plena de vida do homem e a mulher, que formam uma sociedade no interesse próprio e dos filhos.[19]

O Estado reconhece a simples união estável, também de homem e mulher, estabelecida sem a solenidade do casamento.[20] Ao tratar da mesma figura jurídica, o novo Código Civil assim dispõe:

> **Art. 1723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.**

Para caracterização da união estável, é preciso que concorram os seguintes elementos: a) heterogeneidade de sexo; b) convívio *more uxorio*; c) prazo razoável de convivência comum; d) finalidade da convivência; e) estabilidade da convivência; f) unicidade do vínculo; g) notoriedade do vínculo; h) continuidade da convivência; i) informalidade do vínculo. A doutrina discute esses elementos[21], sendo desnecessário descrevê-lo. Para caracterização da união estável é preciso que não haja impedimentos. Havendo impedimentos, o relacionamento contínuo de homem e mulher configura concubinato.[22]

Sociedade de fato, concubinato e convívio de pessoas do mesmo sexo são figuras que continuam numa

zona cinzenta do direito moderno. A construção pretoriana em torno da primeira figura, expressa no verbete nº 380 da jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal, se funda no esforço comum de duas pessoas, do mesmo sexo ou não, para a construção de um patrimônio. O fundamento legal era o art. 1.363 do Cód. Civil de 1916, substituído pelo art. 981 do atual Código. Não havendo um exercício de atividade econômica, não há como caracterizar a sociedade de fato.

Muitas vezes uma pessoa contribui com o seu afeto e serviços domésticos, dando à outra pessoa equilíbrio emocional indispensável ao desenvolvimento humano e profissional. Na hipótese, há um convívio *more uxorio*. Pelo direito da sociedade de fato, o relacionamento *more uxorio* não legitima partilha de bens. Por outro lado, o concubinato não forma união estável. Também não se formará a união estável na situação de dois homens ou de duas mulheres, ainda que não haja impedimentos entre eles ou entre elas. A rigor, o fato de se tratar de pessoas do mesmo sexo, a união estável é juridicamente inexistente à míngua de elemento essencial: diversidade de sexo.

Considere-se, agora, a hipótese de ausência da contribuição recíproca para o exercício de atividade econômica, existência de convívio *more uxorio* e de impedimento para constituição de união estável – inclusive por se tratar de pessoas de mesmo sexo - e existência de relação de dependência econômica. O desafio social se coloca quanto ao direito de herança, ao direito à pensão ou prestação alimentar e ao direito a visto permanente que é o caso dos autos. A discussão da dependência econômica combinada com a qualificação do vínculo é desdobrada abaixo para efeito de endereçar a solução analógica do caso em apreço.

Dependência econômica e qualificação de vínculo: a função da analogia

O Direito não regula o afeto ou coisas do amor, mas apenas os efeitos da relação afetiva. A discussão até agora desenvolvida prova isto. Prova, também, que a regulação dos efeitos da relação afetiva se dá na base da materialidade. Isto é, a sociedade reconhece, por via do Direito, os efeitos das relações de afeto admitindo a transferência patrimonial no seio da entidade familiar. A regulação da sucessão hereditária é uma prova positiva da assertiva e o caso da relação de concubinato, repugnada pela sociedade, é uma prova negativa. Esta última referência é tomada apenas para reforçar o argumento.

Segundo o Código Civil[23], a concubina não pode ser nomeada herdeira nem legatária. É anulável a doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice.[24] A concubina sequer pode ser instituída como beneficiária de seguro.[25] O concubinato do credor desobriga até o cônjuge inocente de prestar alimentos.[26] Estas regras demonstram como quão forte é a proteção da entidade familiar baseada no reconhecimento da união de homem e mulher, proscrevendo-se com veemência tudo aquilo que se passa fora desse modelo de entidade.

Os filhos havidos fora da família são um caso à parte, que hoje conquistaram o reconhecimento do direito. Essa evolução é um sinal ardente da tendência evolutiva do direito brasileiro.

A regulação dos efeitos materiais das relações de afeto é ampla, no que toca ao reconhecimento de direitos, podendo envolver a discussão quanto a:

- sucessão hereditária por ordem legal, doação ou testamentária;
- participação na partilha do patrimônio comum;
- composição de renda para financiamento da casa própria;
- prestação de alimentos;
- pensão previdenciária;
- instituição de beneficiário de seguro;
- outras vantagens fundadas na dependência econômica, a exemplo do visto de entrada no país.

Por uma questão de eqüidade e proteção jurídica contra o enriquecimento sem causa, os tribunais, a fim de resgatar um certo sentido de justiça, têm recorrido à analogia para admitir a transferência patrimonial nas situações não defesas por normas legais. Excluída a hipótese de direito próprio, a exemplo da partilha de patrimônio pela contribuição comum no exercício de atividade econômica, a transferência patrimonial se funda na dependência econômica, expressiva de solidariedade humana. Mas a dependência econômica capaz de gerar transferência patrimonial, no âmbito das relações privadas, é aquela que está associada a um vínculo juridicamente significativo. A prestação patrimonial fundada em causa humanitária, por exemplo, por mais que revele uma situação de dependência econômica, não gera vínculo entre o beneficiário e o filantropo em caso de interrupção da prestação.

Entre cônjuges, ou companheiros na união estável, a dependência econômica é de ordinário presumida. Na sociedade de fato há um vínculo societário legalmente reconhecido. No simples concubinato e no convívio de duas pessoas do mesmo sexo, afastada a

superposição de outra relação jurídica, a consideração da dependência econômica para certos fins precisa ser examinada à luz da analogia. O direito estrito nega à concubina o gozo de certas vantagens, mas nada dispõe quanto à "parceria homossexual". Por isso as duas figuras não servem como termos de comparação.

Como paradigma útil resta a união estável. É preciso emprestar a esta e ao convívio de duas pessoas do mesmo sexo sentido jurídico analógico. O objetivo é assegurar à dependência econômica, neles originada, conteúdo jurídico limitado. A primeira condição para legitimar esse processo interpretativo é a ausência de proibição legal. A segunda condição legitimadora é a tendência do direito brasileiro, a exemplo da proteção da sociedade de fato e dos filhos nascidos fora do casamento. A proteção destes últimos está hoje cristalizada no direito estrito.

De ordinário, o que não está na norma legal expressa ou implicitamente pode ser nela incluído, desde que seja possível identificar alguma relação de inclusão (por identidade) ou relação de pertinência (por afinidade) de elementos comuns de dois conjuntos ou paradigmas normativos.

Não cabe aqui discutir o conceito de semelhança ou analogia legal, matéria jurídica deveras escorregadia. A doutrina a respeito não trata esses conceitos com segurança, mas costuma distinguir analogia por extensão da analogia por compreensão. Na analogia por extensão parte-se de um texto de lei, estendendo os efeitos dela a uma situação semelhante. Na analogia por compreensão incluem-se num texto de lei as situações nele logicamente compreendidas, embora não referidas explicitamente. O Supremo Tribunal Federal tem adotado esse recurso em vários precedentes em que se discutiu a lista de serviços do DL 834/69.[27] Aqui não se trata de analogia por compreensão, pois não é o caso de revelar um conceito por compreensão lógica de um conjunto de signos lingüísticos. Sim, é de analogia por extensão.

Retomando os paradigmas eleitos: união estável (UE) e parceria homossexual (PH). Na UE, estão presentes os seguintes fatores: dependência econômica (*de*), *hetero*, *prolis*, informalidade (*inf*), *affectio* e continuidade (*cont*). Na PH, estão presentes os fatores *de*, *homo*, *inf*, *affectio* e *cont*. Daí são construídos dois paradigmas legais:

UE (*de, hetero, prolis, inf, affectio, cont*)

PH (*de, homo, inf, affectio, cont*)

No caso concreto, o direito discutido é a concessão de visto permanente a cônjuge ou companheiro. Duas condições essenciais do regulamento são: dependência econômica e vínculo familiar (*affectio*). Os fatores *de* e afecctio são comuns aos conjuntos UE e PH. Logo a analogia por extensão é legítima. Há uma relação de afinidade entre os dois conceitos: união estável e parceria homossexual.

A operação de subsunção conclui ser o fator *affectio* congruente ou proporcional em PH e em UE, e revela um juízo de valor que reconhece uma equivalência jurídica ditada pelo senso comum. Considerem-se os dois exemplos seguintes: a) pé de mesa e pé de animal; b) sentença justa. No primeiro exemplo, associa-se a uma coisa um atributo próprio de ser animado. No segundo exemplo, atribui-se a uma peça jurídica um sentimento de justiça que é próprio do homem (ser racional). Por isso a analogia por extensão também é chamada analogia por atribuição. Um crítico poderá dizer que a parceria homossexual é uma união estável tanto quanto o apoio de uma mesa é um pé. A crítica não diminui a força do senso comum, que usa do recurso da atribuição para comunicar algo espontaneamente assimilado pelo comum da coletividade.

Embora seja discutível tomar a relação de afinidade entre parceria homossexual e união estável para qualquer fim, para o objetivo do caso em apreço a analogia não agride a ética jurídica. A integração do direito às manifestações sociais recebe o abono da teoria e dos filósofos, legitimando a jurisprudência. Por isso Kelsen[28] atesta: "assim como para uma concepção de vida objetiva, o conceito ético das pessoas é a humanidade, assim o conceito de Direito é para uma Teoria do Direito objetivo idêntico ao Direito do povo, e justamente por causa disso, concomitantemente um conceito ético".

Homem e mulher e o preconceito ao convívio homossexual

A união familiar de homem e mulher é a célula da sociedade capaz de maximizar suas necessidades e utopias. A crença nessa união ideal é a base de todo preconceito do masculino sobre o feminino, abrindo espaço a uma guerra de sexos. Homem e mulher continuam se atraindo, segundo as leis naturais. Se essa bipolarização desaparecer, gerando uma sociedade de homossexuais, a perpetuação da humanidade estará em risco. Nesse prisma, as uniões de pessoas do mesmo sexo se despontariam um grave desvio, porque representaria a interrupção do ciclo vital da humanidade. Isso é mero exer-

cício de especulação, visto que o estoque de convívios de pessoas do mesmo sexo é minoria, por isso mesmo é um desvio tolerável.

As minorias tendem a ser vítimas de preconceito. Mas nas sociedades civilizadas devem merecer proteção. A humanidade não é perfeita mesmo. As imperfeições existem para evocar a generosidade de cada um. Enfim, a grandiosidade do Ser humano se realiza na relação com o outro e com a suprema divindade. Relacionar-se com o outro, no plano da dignidade, é respeitar as diferenças, as preferências, as minorias, as desigualdades reais em busca da totalidade cosmológica do belo, do justo e do bem. Tudo isso parece ser utópico num mundo de guerras e violências de toda ordem.

A tensão entre a utopia e a realidade concreta perpassa as sociedades e as pessoas humanas, num processo de aperfeiçoamento do ser para o dever-ser. A dimensão histórica dá segurança pela conservação dos bens culturais e bem-estar dos cidadãos. Mas essa instância é limitadora, pois a humanidade caminha para além das fronteiras conquistadas, sempre expandindo uma generosidade criativa. Por isso, Leonardo Boff[29] escreve: *para manter-se e continuar a desenvolver-se, a sociedade precisa de um projeto histórico e de um horizonte utópico que incluam todas estas dimensões. Sem uma utopia e sem um sonho coletivo, uma sociedade estagna sobre os louros de suas conquistas. Ou regride ou se deixa dominar pelos padrões de outras mais fortes.*

A utopia é inerente aos humanos. Graças a isso, homem e mulher podem sonhar e ousar. Leonardo Boff[30] escreve mais uma vez:

> "A utopia é aquele conjunto de projeções, de imagens, de valores e de grandes motivações que inspiram sempre práticas novas e conferem sentido às lutas e aos sacrifícios para aperfeiçoar a sociedade. Pela utopia se procura sempre ver para além da realidade dada. A realidade dada nunca é dada porque é, na verdade, sempre feita. E é feita a partir das potencialidades e virtualidades presentes na história. Por isso a utopia não se opõe à realidade. Ela pertence à realidade, ao seu caráter virtual. A prática humana procura transformar o virtual em real, quer dizer, tenta alcançar a utopia. Mas nunca o consegue. A utopia está sempre um passo à frente. A montanha aponta para outra montanha, para outra e sempre para outra... A utopia mostra para frente e para cima com uma dupla função:
>
> Em primeiro lugar, a utopia funciona como crítica das realizações do presente; elas não são a perfeição acabada; sempre podem ser melhoradas; portanto, a utopia relativiza, desfataliza e desabsolutiza as melhores realizações históricas. Elas podem ser sempre aperfeiçoadas.
>
> Em segundo lugar, a utopia serve de provocação para mantermos a história sempre aberta e permanentemente buscando aproximações da utopia. Se não buscarmos o impossível, acabamos por não realizar o possível. A utopia representa a dimensão-águia que sempre de novo ganha altura e alarga os horizontes."

As polarizações homem-mulher do ser humano são abordadas com bastante lucidez pelo, mais uma vez citado, Leonardo Boff.[31] Para ele, homem e mulher "biologicamente são quase iguais":

> "Ambos possuem no núcleo celular 23 pares de cromossomos. Um dos 23 pares, o responsável pela determinação do sexo, é formado, na mulher, por 2 cromossomos X (XX), enquanto no homem é formado por um X e um Y (XY). Sobre essa pequeníssima diferença se constroem as demais que se dão no nível hormonal, psicológico e cultural.
>
> Entretanto, sexo não é algo que os seres humanos apenas têm – sexo genético-celular, genital-gonodal e hormonal – mas é algo que os seres humanos são. Tudo o que o homem e a mulher fazem, fazem-no enquanto homem e mulher. A sexualidade entra, portanto, na definição essencial do ser humano. É a assim chamada sexualidade antropológica. Ela se expressa pelo masculino e pelo feminino.
>
> Feminino e masculino são da ordem do ser. Estão presentes em cada ser humano homem e mulher. Não são coisas (ter) mas princípios e dimensões (ser) do mesmo e único ser humano. Quer dizer: no homem existe a dimensão masculina e feminina; na mulher existe a dimensão feminina e masculina. Na mulher o feminino se adensa mais que o masculino, por isso a mulher é mulher e não homem. No homem o masculino se adensa mais que o feminino, por isso o homem é homem e não mulher. Os psicólogos falam que o animus (masculinidade) e a anima (feminilidade) são determinações de cada ser humano.
>
> Este fato nos leva a considerar três pontos fundamentais: primeiro, que o homem e mulher são sem-

pre diferentes e completos em si mesmos; segundo, que são sempre recíprocos, quer dizer, abertos um ao outro; terceiro, que são complementares; um ajuda o outro a realizar sua própria humanidade plena e juntos mostram a humanidade total. Somente compreendendo o ser humano enquanto masculino e feminino e enquanto homem e mulher, compreendemos algo essencial dele. Se isolarmos homem de mulher e mulher de homem, nos perdemos. Fazemos injustiça a ambos. Abrimos o espaço para a guerra dos sexos com a eventual dominação de um sobre o outro, ora dominando o homem pelo patriarcalismo, ora dominando a mulher pelo matriarcalismo. Foi o que ocorreu historicamente.

Hoje, conscientemente, a humanidade procura superar esta guerra histórica e desenvolver relações de eqüidade entre os sexos. Acolhendo a diferença, incentivando a reciprocidade e valorizando a complementaridade. Os seres humanos contam pelo que são como pessoas, com todas as diferenças. Não apenas pelo sexo biológico de que são portadoras.

Que é enfim, o feminino e o masculino?

O feminino na mulher e no homem é o esprit de finesse que já comentamos. É a capacidade de inteireza, de percepção de totalidades orgânicas, de unicidade do processo vital em suas mais diversas manifestações; é subjetividade, ternura, cuidado, acolhida, nutrição, conservação, cooperação, sensibilidade, intuição, experiência do caráter sagrado e misterioso da vida e do mundo.

O masculino no homem e na mulher é o esprit de géometrie, de objetividade, de análise, de trabalho, de competição, de auto-afirmação, de racionalidade, de capacidade de abrir caminhos, de superar obstáculos e de concretizar com determinação um projeto.

Não devemos monopolizar o masculino somente no homem e o feminino somente na mulher. Tal é o equívoco da cultura dualista ocidental e de outras culturas patriarcalistas. Olvidou-se que o homem e mulher têm dentro de si a totalidade masculina e feminina. Cada qual deve realizar a síntese a partir de sua situação concreta ou de homem ou de mulher.

Ambos os princípios, masculino e feminino, devem conviver, interagir, complementar-se e construir cada ser humano, com ternura e vigor, com subjetividade fecunda e com objetividade segura."

A síntese gerada pela união dos princípios masculino e feminino cientificamente não é a mesma síntese gerada pela união de dois princípios masculinos ou dois princípios femininos. Homem e mulher são princípios complementares. Esta complementaridade bipolar não se reproduz na união homem e homem ou mulher e mulher. Negar esse dado antropológico é desconhecer o dom da ordem social que a bipolaridade do gênero humano oferece e o direito tradicional assimilou com sabedoria. Para além da racionalidade científica, está a fé dos crentes que nem todos os espíritos humanos abrigam. Para quem uma nada comunica à outra, resta a discussão das tendências de tratamento da homossexualidade.

A idéia de homossexualidade como doença parece não mais contar com o abono da Medicina. Defende-se que homossexualidade é uma manifestação do ser humano, diferente do modo de ser da maioria. Os homossexuais correspondem a um contingente de 10% da população brasileira.[32] A proteção do modo de ser dessa parcela populacional levaria a reconhecer o direito pessoal a uma preferência ou orientação sexual conata a toda pessoa (direito personalíssimo), contra a tradição cristã.

No direito comparado essa proteção é realidade, com variações segundo o pendor cultural de cada jurisdição. São exemplos de países que legalizaram a parceria homossexual a Dinamarca, a Noruega e Suécia.

Saber se a homossexualidade é algo adquirido ou congênito não é nada pacífico. Para a Psicologia, trata-se de um "distúrbio de identidade" ou "fruto de um determinismo primitivo". Mas não é doença, nem é hereditário.[33] A moral católica tradicional repugna categoricamente a homossexualidade, tratando-a como uma negação da natureza e uma provação para aquele ou aquela que ostenta essa condição. Mas a Igreja não autoriza qualquer sinal de discriminação injusta contra essas pessoas.[34] Pelo contrário, a Igreja, por natureza misericordiosa, sugere seja assegurado ao homossexual um acolhimento respeitoso, um obséquio da compaixão humana. O Estado, que deve perseguir o bem de todos, não precisa aprovar ou desaprovar os atos de homossexualidade. Mas longe de corromper a lei divina, a prestação do Estado pode endereçar o uso dos bens ou recursos materiais baseado no convívio homossexual. *Quanto mais vamos aos fundamentos do cristianismo, do judaísmo e do islamismo,* – diz Leonardo Boff – *mais encontramos a dimensão libertária, o cuidado para com os pobres, o respeito para com todas as pessoas e a veneração para a natureza*[35].

Os pontos *sub judice* revisitados

A primeira questão trazida com a apelação é a alegação de incompetência do juiz federal para reconhecer união estável. Esta é, de fato, matéria de direito de família. Mas isso não significa que o juiz federal não possa apreciar os efeitos de união estável, como questão prejudicial sem feitio de coisa julgada.[36]

O pedido inicial foi para que os autores fossem "declarados companheiros, reconhecida a união estável existente, para todos os efeitos legais", inclusive para efeito de visto permanente. Ocorre que a sentença não julgou procedente o pedido em toda a sua extensão. Segundo os termos da decisão, o pedido foi apenas para reconhecer o processamento do visto de permanência. Logo, a sentença, no particular, ficou no plano da questão prejudicial sem efeito de coisa julgada. Somente a declaração incidental exigiria a competência especializada.[37]

A segunda questão é a impossibilidade jurídica do pedido, por suposto status de clandestinidade, diferença de sexos, lapso temporal inferior a 5 anos de convívio e oposição de ato de soberania. Essa questão em parte está associada ao mérito, discutido em espécie mais abaixo. No âmbito preliminar, a alegação não procede.

O ato de indeferimento contra o qual se insurgiram os autores não alegou qualquer circunstância de o estrangeiro, MKS, estar em situação irregular ou clandestina no País. Nesse pormenor, vale lembrar que a sentença foi clara, ao esclarecer que o visto de permanência dependeria da observância do disposto no art. 27 do Dec. 86.715/81. Quanto ao lapso de tempo inferior a 5 anos, é preciso considerar que isso não é óbice à concessão do visto. O prazo poderá ser reduzido a um ano, conforme se esclareceu acima, no tópico da definição do direito questionado em primeiro grau.

É bem de ver que o visto de entrada situa-se no plano da soberania estatal. Mas ao estabelecer os requisitos para o exercício dessa soberania, em texto legal específico, a questão passa a se sujeitar ao exame do Poder Judiciário, à luz da cláusula constitucional da apreciação judicial de lesão ou ameaça de direito[38], descendo ao plano dos direitos individuais cuja proteção é garantida até aos estrangeiros residentes no País.[39]

No Reino Unido, onde a soberania é bastante apreciada em relação ao assunto, o controle judicial das questões de imigração é por natureza discricionária. Nem por isso as decisões administrativas sobre o assunto deixam de ser objetos de revisão judicial. Naquele país, a política de imigração sempre gera controvérsia. Por essa razão as cortes judiciais aceitam a revisão judicial como algo pacífico, movimentada para reparar eventual exercício impróprio do poder discricionário, quebra do dever da autoridade de imigração ou abuso de poder.[40] A soberania expressa na discricionariedade não exclui a observância dos direitos individuais reconhecidos pelas leis do país. É assim no Reino Unido e no Brasil.

A questão da diferença de sexos se confunde com o mérito. Neste particular, toda discussão útil é desenvolvida sob o fundamento de que o parceiro homossexual estrangeiro não se equipara a "cônjuge de cidadão brasileiro" para efeito de concessão de visto permanente, nos termos do art. 2º da Res. nº 36/99.

Duas condições são necessárias à concessão do visto de permanência: dependência econômica ou psicológica e vínculo familiar. A dependência econômica é matéria de fato e ficou comprovada. O vínculo familiar é admitido por analogia. Por questão de solidariedade humana e eqüidade, a analogia extensiva ou por atribuição, para o estrito fim vindicado pelos autores, está conforme a tendência do direito brasileiro, prestigiando o sentido social da jurisprudência que assimila a realidade emergente.

O conteúdo da sentença, que deve ser mantida, é de tolerância da parceria homossexual e não da sua legalização, na certeza de que o Estado deve respeito aos homossexuais como a todos os cidadãos, "evitando qualquer atitude de injusta discriminação" como lembram as recentes mensagens da Igreja Católica.[41] Mensagem mais elevada não teria a deusa Juno, a viajante do arco-íris, para aqueles que adotam uma preferência sexual particular e diversa da maioria dos seres humanos.

Bibliografia

Boff, Leonardo. O Despertar da Águia – O dia-bólico e o sim-bólico na construção da realidade, 14ª ed., Petrópolis: Vozes, 2000.

————————. Fundamentalismo - A Globalização e o Futuro da Humanidade, p. 50, Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

Cifuentes, Rafael Llano. Curso de Direito Canônico, pp. 15 e 41, São Paulo: Saraiva, 1971.

Correia, Jadson Dias. União civil entre pessoas do mesmo sexo, www.jus.com.br/doutrina/ acesso em 04/09/2003.

Dias, Maria Berenice. União Homossexual – Aspectos Sociais e Jurídicos, em www.gontijo-familia.adv.br/escritoriio/, acesso em 04/09/2003.

KELSEN, Estúdio critico de la teoría pura Del Derecho

y Del Estado de la Escuela de Viena", Luis Legaz y Lacambra, Barcelona: Libreria Bosch, 1933.
Santa Sé, "Considerações" da Congregação para a Doutrina da Fé, aprovadas pelo Sumo Pontífice em 28 de março de 2003 (www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaiths/documents, acesso em 4 de setembro de 2003.
Wade, E. C. S. e Bradley, A. W., Constitutional Law and Administrative Law, 10ª ed., Londres: Longman, 1988

[1]Apelação Cível nº. 2001.38.00.006074-7, em que figura a União (apelante) e AA e MKS (recorridos).

[2] A discussão considera a Constituição Federal, artigos 3º, IV; 5º, I; e 226, §§ 3º a 5º e 7º; Cód. Civil, artigos 981, 1.511, 1.514, 1.567 e 1.723; Código de Direito Canônico, cânones 1.055, § 1, e 1.056; Súmula 380-STF; Lei nº 6.815/80, artigos 4º, parágrafo único, 5º e 17; Decreto nº 86.715/81, art. 3º; Resoluções Administrativas nºs 02/99, 27/88 e 36/99 do Conselho Nacional de Imigração.

[3] Art. 3º - A concessão de visto poderá estender-se a dependente legal do estrangeiro, satisfeitas as exigências do artigo 5º e comprovada a dependência. Parágrafo único - A comprovação de dependência far-se-á através da certidão oficial respectiva ou, na impossibilidade de sua apresentação, por documento idôneo, a critério da autoridade consular.

[4] Art. 4º - (...) Parágrafo único. O visto é individual e sua concessão poderá estender-se a dependentes legais, observado o disposto no artigo 7º. Art. 5º Serão fixados em regulamento os requisitos para a obtenção dos vistos de entrada previstos nesta Lei. Art. 17. Para obter visto permanente o estrangeiro deverá satisfazer, além dos requisitos referidos no artigo 5º, as exigências de caráter especial previstas nas normas de seleção de imigrantes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração.

[5] Art. 112. São condições para a concessão da naturalização: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81) (...) III - residência contínua no território nacional, pelo prazo mínimo de quatro anos, imediatamente anteriores ao pedido de naturalização; (...) Art. 113. O prazo de residência fixado no artigo 112, item III, poderá ser reduzido se o naturalizando preencher quaisquer das seguintes condições: (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81) I - ter filho ou cônjuge brasileiro; (...) Parágrafo único. A residência será, no mínimo, de um ano, nos casos dos itens I a III; de dois anos, no do item IV; e de três anos, no do item V.

[6] Sem pretender ser exaustivo, vale citar: TRF – 1ª Região: Al n. 2003.01.00.000697-0/MG, Rel. Des. Tourinho Neto, julgamento 29/04/2003, acórdão não publicado. TRF – 4ª Região: Ap. Cível n.º 2000.71.00.038274-0/RS, Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, Julgado em 22/04/2003; Ap. Cível n.º 288.429, Rel. Juiz Valdemar Capeletti, DJU 23/08/00; Ap. Cível n.º 412.151, Rel. Juiz Edgard A. Lippmann Júnior, DJU 20/11/2002; Ap. Cível n.º 2001.04.01.027372-8/RS, Rel. Juiz Edgard A. Lippmann Júnior, Julgado em 17/10/2002; Ap. Cível n.º 349.785, Rel. Juiz Nylson Paim de Abreu, DJU 10/01/2001; Ap. Cível n.º 170.491, Rel. Juíza Marga Inge Barth Tessler, DJU 24/11/1998. TRF – 5ª Região: Ap. Cível n.º 238.842, Rel. Des. Federal Margarida Cantarelli, DJ 13/03/2002. STF: Petição n.º 1.984, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20.02.2003; RE n.º 81.099/MG, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Julgado em 16/09/75, RTJ n.º 79, p. 229; RE n.º 84.969/RJ, Rel. Min. Cordeiro Guerra, Julgado em 29/10/76, RTJ n.º 80, p. 261. STJ: AG n.º 307.978/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 17/10/2000; RESP n.º 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, RSTJ nº 10 (110):313-324. TJ/RS: Ap. Cível n.º 70003839305, Rel. Des. Lúcia de Castro Boller, Julgado em 02/10/2002; Ap. Cível n. 7000188982, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, decisão de 14/03/2001.

[7] Lei 8.112/90, art. 217, alínea I, letra c.

[8] CF, art. 3º, IV.

[9] Resp 148.997-MG.

[10] Código Civil de 1916, art. 1.363.

[11] RTJ 79, pág. 235.

[12] RSTJ 10(110), p. 319.

[13] Cânone 1055, § 1.

[14] Gn, 1.28.

[15] Gn, 2,24.

[16] Cânone 1136.

[17] Rafael Llano Cifuentes, Curso de Direito Canônico, pp. 15 e 41, São Paulo: Saraiva, 1971.

[18] Artigos 1.511 e 1.514.

[19] Art. 1.567.

[20] CF, art. 226 § 3º.

[21] Ap. Cível 70003839305, Segunda Câmara Especial Cível de Porto Alegre, Rel. Des. Lúcia de Castro Boller.

[22] Cód. Civil art. 1.727.

[23] Art. 1.801-III.

[24] Artigos 550 e 1642-V.

[25] Art. 793.

[26] Artigos 1.702 e 1.708.

[27] RTJ 89/281, RTJ 97/357.

[28] O texto é uma passagem em alemão da obra "Souveränität", p. 319, de Hans Kelsen, transcrito em rodapé da pág. 188 da obra "*KELSEN, Estúdio critico de la teoría pura Del Derecho y Del Estado de la Escuela de Viena*", Luis Legaz y Lacambra, Barcelona: Libreria Bosch, 1933.

[29] O despertar da águia – O dia-bólico e o sim-bólico na construção da realidade, 14ª ed., pp. 97/98, Petrópolis: Vozes, 2000.

[30] Op. Cit, p. 98.

[31] O despertar da águia, pp. 143/144.

[32] Cf. dados anexos ao PL nº 1.151-A, de 1995, relatado pela Deputada Marta Suplicy.

[33] Cf. Jadson Dias Correia, *União civil entre pessoas do mesmo sexo*, www.jus.com.br/doutrina/ acesso em 04/09/2003, e Maria Berenice Dias, *União Homossexual – Aspectos Sociais e Jurídicos*, em www.gontijo-familia.adv.br/escritoriio/, acesso em 04/09/2003.

[34] Excertos da posição da Igreja podem ser encontrados no Catecismo da Igreja Católica n. 2358; Carta da Congregação para a Doutrina da Fé sobre a cura pastoral das pessoas homossexuais, de 1º de outubro de 1986, n. 10.

[35] Leonardo Boff, Fundamentalismo – A Globalização e o Futuro da Humanidade, p. 50, Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

[36] CPC, art. 469, III.

[37] CPC, art. 470.

[38] CF, art. 5º, XXXV.

[39] CF, art. 5º, *caput*.

[40] Cf. Wade, E. C. S. e Bradley, A. W., *Constitutional Law and Administrative Law*, 10ª ed., pp. 458-460, Londres: Longman, 1988.

[41] "Considerações" da Congregação para a Doutrina da Fé, aprovadas pelo Sumo Pontífice em 28 de março de 2003 (www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaiths/documents).

OS ALIMENTOS NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: UMA QUESTÃO DE RESPEITO À CONSTITUIÇÃO

Cristiano Chaves de Farias
Promotor de Justiça na Bahia

É certo e incontroverso que o Direito de Família da pós-modernidade (e o Direito Civil como um todo) não pode distanciar-se da legalidade constitucional, impondo uma estrita obediência às premissas postas na *Magna Charta*, que irradia os valores fundamentais da ordem jurídica brasileira.

Nesse desenho, foi talhado o nosso mais precioso valor jurídico, estatuído como princípio fundamental da República (art. 1º, III): a *dignidade da pessoa humana*, elevando o ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico. O princípio da *dignidade humana*, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dele decorrendo o necessário *respeito* à sua *integridade física e psíquica e às condições básicas de igualdade e liberdade*, além da afirmação da garantia de *pressupostos materiais mínimos para que se possa viver.*

Assim, aportado na (necessária) ótica civil-constitucional, a família, fundamento da sociedade (LEVY-STRAUSS), tem de ser compreendida a partir de um novo tecido normativo, permeada por valores mais éticos e afinados com a realidade que lhe incumbe regular. É a família do afeto, realçando os valores existenciais do homem, sobrepujando o caráter patrimonial, até então prevalecente. Nesta linha de raciocínio, fácil notar que as relações familiares, compreendidas na legalidade constitucional, deram origem "a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de um história em comum", na feliz percepção de LUIZ EDSON FACHIN (*Elementos críticos de Direito de Família*, Rio: Renovar, 1999, p.97).

Por isso, ao regular a matéria, o Texto Magno reservou "especial proteção do Estado" (art. 226) ao núcleo familiar, deixando antever que o pano de fundo da tutela que lhe foi emprestada é a própria afirmação da dignidade da pessoa humana. Significa dizer: a proteção à família somente se justifica para que se implemente a tutela avançada da pessoa humana, efetivando no plano concreto, real, a dignidade afirmada abstratamente. É a família servindo como instrumento para o desenvolvimento da personalidade humana e para a realização plena de seus membros.

Ora, a afirmação da fundamentalidade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe uma nova postura aos civilistas pós-modernos, que devem, na interpretação e aplicação de normas e conceitos jurídicos, prosseguir na luta incansável contra tudo que ameace a completa integridade humana, como ressaltou GABRIEL MARCEL, em seu "Brado de Alerta".

É nesta exuberante arquitetura civil-constitucional, construída para a proteção da pessoa humana, que sobreleva afirmar a possibilidade de alimentos nas uniões homoafetivas. E não são poucos os motivos que, emanando da Lei Maior, justificam tal assertiva.

Primus, embora a *Lex Fundamentallis* não tenha, expressamente, contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica conduz, com tranqüilidade, a esta conclusão, especialmente quando considerados os princípios basilares da dignidade humana, da igualdade substancial, da não discriminação (inclusive por opção sexual) e do *pluralismo familiar*, consagrando diferentes modelos de entidade familiar (não se pense, todavia, que a família homoafetiva se confunde com a família casamentária – fundada no casamento, união formal entre pessoas de sexos diferentes – ou com a família convivencial – fundada na união estável, como laço informal entre pessoas de sexos diferentes. Trata-se de modelo familiar autônomo, como a comunidade entre irmãos, tios e sobrinhos e avós e netos, merecedor de especial proteção do Estado).

Secundus, importa realçar que a família mo-

derna tem o seu ponto de referência no *afeto*, evidenciado como verdadeiro *direito à liberdade* de autodeterminação emocional, que encontra-se garantida constitucionalmente.

Tertius, a justificativa básica da obrigação alimentar é o princípio constitucional da *solidariedade social* (art. 3º), tornando evidente que a *ratio essendi* dos alimentos é a busca da afirmação, no plano concreto, da própria dignidade humana.

Assim, mesmo não contemplados no art. 1.694 do novo (?) Código Civil – que prevê sua possibilidade apenas entre parentes, cônjuges ou companheiros – os alimentos são devidos na união homoafetiva, eis que decorrem, logicamente, de princípios constitucionais, especialmente do *dever de solidariedade social* e da afirmação da *dignidade humana*, que, repita-se à exaustão, não pode ser vislumbrado como valor abstrato, desprovido de concretude. Ora, se a relação homoafetiva, como qualquer outro relacionamento heterossexual, lastreia-se no *afeto* e na *solidariedade*, não há motivo para deixar de reconhecer o direito a alimentos, em favor daquele que necessita de proteção material.

Não fosse bastante a regra constitucional, vale lembrar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, assegura que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos", obstando discriminação de qualquer espécie. Aliás, a vedação à discriminação em razão de orientação sexual impede que o preconceito e a intolerância prevaleçam sobre o direito fundamental à *igualdade substancial*, que serve de âncora para um convívio social democrático, respeitada a *dignidade* de cada homem.

Deste modo, com espeque nos primordiais e inafastáveis valores constitucionais e tendo em mira que é objetivo fundamental da República construir uma sociedade solidária, justa e igualitária, visando a promoção do bem-estar de todos, indistintamente, sem preconceitos, não se pode negar a possibilidade de alimentos nas uniões homoafetivas, sempre que um dos parceiros deles necessitar, como forma de manter sua integridade, tal como sói ocorrer em qualquer outra união familiar. Já são encontrados, aliás, na literatura jurídica, relevantes escritos admitindo a tese ora esposada, como na avançada literatura argentina (Graciela Medina), além de referências em escritos oriundos do Rio Grande do Sul (Belmiro Pedro Welter) e de Santa Catarina (Marco Aurélio Gastaldi Buzzi).

É que a proclamada *dignidade humana* torna cada pessoa merecedora de respeito e proteção autônomos, concretos, voltados para as suas prementes necessidades básicas vitais, assegurada sua integridade física e psíquica contra todo ato que possa violar suas condições existenciais mínimas.

E, como ponderou o eminente jurista português JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra editora, 2000, p.188), "enquanto houver uma pessoa que não veja reconhecida a sua dignidade, ninguém pode considerar-se satisfeito com a dignidade adquirida".

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva
BOLETIM DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA
ANPR Associação Nacional dos Procuradores da República

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

Adriana Zawada Melo (SP) - **amelo@prsp.mpf.gov.br**

A DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES E O PRINCÍPIO DA *PERPETUATIO JURISDICTIONIS*

Douglas Fischer
Procurador da República em Porto Alegre/RS

SUMÁRIO: 1. O tema abordado. 2. O Princípio da *Perpetuatio Jurisdictionis* nas legislações processuais civil e penal à luz da doutrina. 3. O entendimento jurisprudencial do TRF/4ª Região sobre o tema. 4. Regras de conexão e continência e interpretação do disposto no art. 81 do CPP. Análise dos precedentes e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. 5. Conclusões.

1. O tema abordado.

São inúmeros, atualmente unânimes, os precedentes do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região no sentido de que, em havendo eventual desclassificação do delito de tráfico internacional de entorpecentes para o delito interno, permaneceria afeto ao Juízo Federal, de primeiro ou segundo grau, a prolação da decisão de mérito por força de aplicação analógica do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, previsto no art. 81, CPP.

2. O Princípio da *Perpetuatio Jurisdictionis* nas legislações processuais civil e penal à luz da doutrina.

A respeito do princípio citado e da norma a que a ele se tem vinculado, importantes as considerações de Fernando de Almeida Pedroso [1]:

> *"Exato é que inexiste regra explícita no Código de Processo Penal pertinente à* perpetuatio jurisdictionis, *mas pode ser invocada e transplantada para a sua seara a norma do artigo da codificação processual civil, com fulcro e lastro na analogia, expressamente aceita em sede processual penal (art. 3º, CPP)."*

No mesmo sentido, comentando o princípio da *perpetuatio jurisdictionis,* o ensinamento de Carlos Frederico Coelho Nogueira [2]:

> *"Essa regra encontra-se expressa no art. 87 do Código de Processo Civil [3], inexistindo preceito semelhante no CPP... Encontramos emanações do dito princípio no* caput *do art. 81 do CPP e no § 2º de seu art. 74..."*

Hélio Tornaghi [4] bem pontuou problema não muito explorado pela doutrina e também pela jurisprudência. Sua lição é no seguinte sentido:

> *"O art. 81 do Código de Processo Penal não regulou devidamente essa matéria. Diz esse dispositivo:*
> 'Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos'.
>
> *Teria sido melhor dizer:* 'continuará competente em relação às demais infrações'. *O processo é único.*
>
> *O dispositivo prevê duas hipóteses:*
> *1ª. O juiz tomou conhecimento de infração, ou infrações, cujo processo lhe compete, e de outra, ou outras, que passaram à sua competência por estarem ligadas à primeira. Ao chegar à sentença ele absolve o réu das acusações relativas à infração de sua competência originária; continua competente para julgar as* demais infrações. *Até aí, perfeito.*
> *2ª. O juiz desclassifica a infração que lhe competia julgar, para outra que não entra na sua competência. De acordo com o art. 81 ele continua competente para julgar as demais que lhe são conexas. E a desclassificada? Devia continuar competente também em relação a ela. Se houvesse obstáculo legal intransponível*

(por exemplo, a infração foi desclassificada de lesões para tentativa de homicídio e a competência é obrigatoriamente do júri), então todos os crimes conexos deveriam ser julgados pelo juízo competente para conhecer da infração desclassificada, sem quebra de unidade do processo.

No parágrafo único foi adotada uma orientação mais acertada:

"Reconhecida inicialmente ao júri a competência por conexão ou continência, o juiz, se vier a desclassificar a infração ou impronunciar ou absolver o acusado, de maneira que exclua a competência do júri, remeterá o processo ao juízo competente."

3. O entendimento jurisprudencial do TRF/4ª Região sobre o tema.

Vejamos, agora, os precedentes reiterados da Corte Regional na senda do raciocínio exordialmente citado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COMPETÊNCIA. PERPETUATIO JURISDICTIONES. MATERIALIDADE. AUTORIA. .... MAJORANTE. ART. 18, III, DA LEI Nº 6.368/76.

A competência se fixa no momento do recebimento da denúncia. Ainda que haja posterior desclassificação, no caso de tráfico internacional para tráfico interno, deve ser preservada a competência da Justiça Federal, princípio da perpetuatio jurisdictiones, *pela aplicação* analógica *do art. 81, caput, do CPP. ..."* [5]

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ... COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTERNACIONALIDADE. ...

2. No caso, o tráfico deve ser desclassificado de internacional para interno, por não possuir caráter forâneo. Nada obstante, a Justiça Federal também é competente para julgar os delitos de tráfico interno quando, na denúncia, formulada pelo Ministério Público Federal, o fato típico era descrito como tráfico internacional de drogas, como na espécie. Aplicação analógica *do art. 81,* caput, *do CPP, que consagra o Princípio da "perpetuatio jurisdictiones". Precedentes deste tribunal. Em conseqüência, deixa de incidir a majorante fixada no art. 18, III, da Lei nº 6.368/76."* [6]

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ... INTERNACIONALIDADE. ...

1. A competência da Justiça Federal para julgar crime de tráfico internacional de entorpecentes é fixada no momento do oferecimento da denúncia e por aplicação analógica *do art. 81 do CPP a competência se prorroga, ainda que na decisão final haja desclassificação para tráfico interno. ..."* [7]

"PENAL. CRIME DE TÓXICO.

A importação do Paraguai, transporte e comercialização no Brasil de maconha e haxixe, comprovados, constitui crime previsto na Lei nº 6.368, não configurada na espécie a modalidade de tráfico internacional porque inocorrentes as circunstâncias de cooperação internacional ou de comércio internacional que a jurisprudência construiu.

PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA.

Inobstante a inocorrência de tráfico, que a Corte assentou por maioria, remanesce a competência recursal em face da imputação (CC. 1.179/MS, STJ, 3ª Seção, RSTJ nº 10/83)." [8]

" ... 3. PROCESSO PENAL. ENTORPECENTES. TRÁFICO INTERNACIONAL. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDO GRAU. COMPETÊNCIA DO TRF. ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Embora a absolvição pelo tráfico internacional, por insuficiência de provas quanto a um dos réus e porque nem a denúncia ligou o outro a essa atividade, continua competente o Tribunal Regional Federal para o julgamento da causa, porque é a imputação que define a competência (Revista do STJ, 2(10):83, jun. 1990). A perpetuatio jurisdictionis *(C.Processo Penal, art. 81) e a circunstância de tratar-se a internacionalidade da majorante, de exame incindível com respeito ao tipo simples, prestigiam sem dúvida a solução. ..."* [9]

"ENTORPECENTES. COMPETÊNCIA. COCAÍNA. Mesmo incomprovada a ocorrência de tráfico internacional prevalece a competência da Justiça Federal fixada pela imputação ini-

cial. Voto vencido pela anulação da sentença e remessa à Justiça Estadual. Verificada a existência da substância, oculta no interior do veículo de propriedade da ré e caracterizado o crime na modalidade de porte, é procedente a acusação. Condenação reduzida apenas pela exclusão da majorante do art. 18, I, da Lei nº 6.368." [10]

4. Regras de conexão e continência e interpretação do disposto no art. 81 do CPP.

Máxima vênia, mormente de seus subscritores, temos por equivocado o entendimento consubstanciado nos precedentes referidos.

E por qual razão assim afirmamos?

Dispõe o art. 81 do CPP:

"Art. 81. Verificada a reunião dos processos por conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará competente em relação aos demais processos."

Atente-se, pois, que para se cogitar de aplicação – mesmo que de forma analógica (sic) – da regra supracitada, fundamental a presença inicial de elementos que caracterizem ou a conexão ou a continência.

E mais: a conexão e a continência não são critérios fixadores de competência, mas de modificação de competência [11] [12] [13] [14] [15].

Dá-se a conexão quando há pluralidade de condutas (seja por um ou mais agentes), e continência quando há unidade de condutas. A conexão (art. 76,CPP) pode ser intersubjetiva (inciso I – sob as formas ocasional, concursal ou por reciprocidade); objetiva (inciso II), também denominada de conexão material; e, por fim, a conexão instrumental (inciso III), muitas vezes reportada como sendo a conexão probatória. A continência divide-se em subjetiva (art. 77, inciso I, CPP), onde há dois ou mais agentes e uma única conduta; e objetiva (art. 77, inciso II, CPP), mediante uma só conduta com pluralidade de resultados (situações previstas nos arts. 70, 73 e 74, todos do CPP – respectivamente, concurso formal, erro na execução e resultado diverso do pretendido) [16].

Não nos restam dúvidas, também, da vigência e aplicabilidade da Súmula 122, STJ (na esteira do que já assentara a Súmula 52 do extinto TFR):

"Compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, 'a', do Código de Processo Penal."

Em outras palavras, havendo dois delitos conexos e um deles sendo da competência federal, irrelevante a gravidade da pena do outro da esfera da competência estadual: o juízo federal processará ambos os crimes, à luz da regra do art. 78, III, CPP, eis que considerada, a Justiça Federal, de maior graduação, e também porque sua competência está explicitamente prevista na Constituição [17]. E, sob a perspectiva da continência, idêntico tratamento deve ser adotado.

Mas não há como se aplicar analogicamente a regra do artigo 81 do CPP (que, no âmbito processual penal, mais se aproxima do princípio da *perpetuatio jurisdictionis*) se a situação em exame é completamente diversa daquelas previstas na legislação.

Torhaghi [18] é enfático ao dizer que *"o método analógico é comparativo. O aplicador confronta, coteja o caso previsto com o não previsto e, verificada a semelhança entre os dois, usa a norma do primeiro para a solução do outro."*Ou seja, para se recorrer à analogia se deve ter presente a concorrência dos seguintes requisitos: a) que o fato considerado pelo aplicador da lei não tenha sido regulado pelo legislador; b) que o legislador tenha regulado situação que oferece relação de identidade com o caso não-regulado; c) que o ponto comum às duas situações constitui o ponto determinante na implantação do princípio referente à situação considerada pelo julgador [19] (destaque nosso).

Relevante deixar bem claro – se assim já não está – que, em todos os precedentes do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região em que se tem aplicado o disposto no art. 81 do CPP de forma analógica, o delito em apreço era único: tráfico internacional desclassificado para delito de tráfico interno. Então, se o delito é único, não há pluralidade de condutas, e não se está cogitando de continência – como de fato não se está - , inviável se pensar em aplicação do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* de "forma analógica".

Parece-nos evidente que, em se tratando de delito único, não sendo hipótese de continência e não havendo mais o elemento que justifique a competência federal (a internacionalidade), só resta uma alternativa ao juízo federal (seja ele de primeiro, seja de segundo grau): declinar de sua competência, determinando a remessa dos autos ao Juízo Estadual. Temos por incongruente sustentar que o juízo federal continuaria competente porque vinculado ao que estampado na denúncia origi-

nariamente. Na verdade, verificada, pela prova carreada aos autos (portanto, pós-denúncia), a ausência do tráfico forâneo, não pode o juízo federal continuar com a jurisdição sobre o feito para a análise do mérito, salvo, posteriormente, se sua decisão vier a ser reformada, neste ponto, por decisão de instância recursal. Está explícito no art. 109 do CPP que se, em qualquer fase do processo, o juiz reconhecer motivo que o torne incompetente deverá declará-lo, havendo ou não alegação da parte. Em suma, refoge da competência constitucional e legal do juízo federal a análise do "mérito" do tráfico interno, salvo se este delito estiver conexo com outro delito de competência federal.

É fundamental se compreender a lógica do disposto no art. 81, CPP, que se vincula, obrigatoriamente, às situações de conexão e continência, a partir dos pressupostos destes elementos de prorrogação de competência [20].

Imaginemos a situação de um delito de tráfico interno conexo com um delito de moeda falsa, sendo este de competência do juízo federal, e ambos perante ele denunciados. Denúncia recebida, feito processado, alegações apresentadas, por ocasião da sentença conclui o magistrado federal que as provas existentes nos autos não são suficientes para a condenação pelo delito de moeda falsa. Deverá ele cindir o julgamento, remetendo os autos no que tange ao delito de tráfico interno ao juízo estadual (que não era de sua competência, originariamente) e proferir sentença absolutória no que pertine ao delito de moeda falsa (art. 289, CP) ? Evidente que a resposta é uma só: NÃO ! [21] [22] E por qual motivo ? Porque aqui, sim, evidente se faz a aplicação do disposto no art. 81, CPP: a) havia reunião de processos pelo elemento conectivo; b) o juiz absolveu o réu do delito (analisou o mérito, portanto) que atraía ambos os fatos para a seara federal; c) esse delito, o tráfico, não mais seria de sua competência, mas o de moeda falsa persistiria, malgrado a sentença absolutória. Ou seja, *"o juiz continuará competente em relação às infrações que haviam sido atraídas para a sua competência pela conexão ou continência, embora absolva o réu da infração ou infrações que lhe deram a* vis attractiva *para o processo e julgamento. O mesmo ocorre se, ao invés de absolvição, o juiz desclassificar o delito, ou seja, der ou reconhecer a possibilidade de se dar nova definição jurídica ao fato (arts. 383 e 384 do CPP)".* [23]

Num segundo exemplo: tráfico internacional de entorpecentes conexo com delito de moeda falsa. Entendendo o juízo federal que não há a internacionalidade do tráfico (mantido o delito de moeda falsa) ou então que (mantido o tráfico internacional) o crime de moeda falsa, na verdade, caracteriza-se como estelionato, art. 171, CP [24], perderá a competência em relação ao delito remanescente ? Evidente que não. A conexão faz com que a competência se prorrogue para o julgamento de ambos os delitos, mesmo que um deles, em princípio, não mais esteja sobre sua competência.

Num terceiro exemplo: Juiz Federal ou Procurador da República, juntamente com um particular, praticam delito de lesões corporais em alguém. A hipótese é de continência subjetiva. Haverá um só processo, perante o Egrégio Tribunal Regional Federal (art. 108, I, 'a', CF/88). Se o Tribunal vier a absolver o funcionário que tem prerrogativa de foro, nem por isso deixara de ser competente para julgar o co-réu particular (que não tinha originariamente o foro privilegiado): há se aplicar o disposto no art. 81, CPP [25].

Por fim, um quarto exemplo: Juiz Federal ou Procurador da República, juntamente com um particular, praticam delito de tráfico internacional de entorpecentes. A hipótese, novamente, é de continência subjetiva, havendo, também aqui, um só processo perante o Egrégio Tribunal Regional Federal respectivo (art. 108, I, 'a', CF/88). Se a Corte Regional desclassificar o delito de tráfico internacional para tráfico interno, perderá, nesta situação, a competência para o julgamento ? Não ! A competência persiste, pela *perpetuatio*, para o julgamento de ambos, não mais em razão do tráfico internacional (crime único, desclassificado), mas sim em face da circunstância de um dos autores servidores públicos ter a prerrogativa de foro na Corte Regional, pois a competência do TRF é constitucional para todos os "crimes comuns" [26], ressalvada tão-somente a competência da Justiça Eleitoral.

Esta, em nossa compreensão, a *mens legis* do artigo 81 do CPP.

Malgrado algumas decisões já sinalizassem neste sentido, a solidificação do referido entendimento acerca da *perpetuatio jurisdictionis* iniciou sobretudo no julgamento, pelo TRF/4ª Região, da Apelação Criminal nº 95.04.24678-8-RS.

Em nosso entendimento, correto estava, conquanto vencido na preliminar, o relator do feito, Des. Federal Volkmer de Castilho, ao sustentar:

> *" ... deveria o julgador, apreciando o tema, recusar a competência e remeter os autos ao juiz estadual, porque não é competência federal a relativa ao processo e julgamento do crime de entorpecente. ...*
> *Deduz-se daí que, se não se demonstrar situação de tráfico internacional, a competência é*

absoluta, da Justiça Estadual, não havendo espaço para perpetuatio jurisdictionis ... *tanto porque não se perpetua jurisdição não prorrogável, como não sendo caso de delegação não se pode deferir jurisdição federal a quem a lei não confere. A objeção que se fez na Acr 91.04.10621-0-RS ... de que o E. STJ aceitou a tese da* perpetuatio jurisdictionis *no CC 1.179/MS (RSTJ 10/83) não é também correta. Ali só se decidiu, e só, que é a imputação que define se o juiz de direito sentenciou no exercício da sua competência originária ou da que lhe é delegada pelo art. 27 da Lei nº 6.368, pouco importando a desclassificação, e então resolver o conflito que aconteceu entre o Tribunal de Justiça do MS e o TRF da 3ª Região. Não decidiu o aresto que era caso de prorrogação de jurisdição, como resulta claro.*

Na hipótese em exame, é possível, conhecendo da apelação e verificando a inocorrência de tráfico, e assim expungindo o art. 18, I, concluir pela incompetência absoluta da Justiça Federal e anular a sentença, que foi exarada nesse pressuposto, para remeter os autos à Justiça Estadual ..."(grifos e destaques nossos)

O voto que prevaleceu acerca da preliminar foi expedido pelo também percuciente Des. Federal Vladimir Passos de Freitas, mas temos que sua premissa de raciocínio foi baseada em precedente diverso e que não se aplicaria ao caso. Disse o emérito julgador, à época:

> *"... O crime de tráfico de entorpecentes talvez seja o que mais tem crescido no Brasil. O caráter internacional por vezes é facilmente perceptível. Por exemplo, o agente é surpreendido em um vôo que se dirige ao exterior. Mas, em outras ocasiões, difícil se torna uma conclusão a respeito. Na dúvida, como é de boa lógica, as ações penais se processam na Justiça Federal, competente no caso. A jurisprudência, em casos que tais, orienta-se no sentido de que mesmo afastada a causa de aumento de pena pelo caráter internacional (Lei nº 6.368/76, art. 18, I), compete à Justiça Federal decidir a ação penal.*
>
> Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 1.179, MS, julgado em 17.05.90, Relator Ministro Costa Leite, em Revista do Superior Tribunal de Justiça nº 10, ano 2, pg. 83:
>
> "Processo penal. Competência recursal. Tóxicos. Denúncia por tráfico internacional, art. 12 c/c art. 18, I. Desclassificação para o art. 16.
>
> A imputação é que define se o juiz sentenciou no exercício da sua competência originária ou da que lhe é delegada pelo art. 27, da Lei nº 6.368/76, caso em que o recurso é para o Tribunal Regional Federal, pouco importando a desclassificação da infração. Conflito conhecido, declarando-se a competência do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para o processo e julgamento da apelação."
>
> ...
>
> A competência era inegavelmente do Juiz Federal. Cabe ao Tribunal Regional Federal julgar recursos de apelação contra sentenças de juízes federais. Logo, seria incogitável declinar-se da competência para a Justiça Estadual.
>
> Em suma, a acusação é que define a competência do Juízo. Se ela é feita pelo Ministério Público Federal, atribuindo caráter internacional ao tráfico de entorpecentes, só a Justiça Federal poderá julgar..."

Em nosso entendimento, o desvio principal de premissa do voto prevalente nesta preliminar foi em considerar o julgado do E. STJ no CC. nº 1.179 como aplicável ao caso então sob exame pela Corte Regional.

Ocorre que, naquele feito que envolvia conflito de competências, o STJ tinha problema diverso que reclamava solução, que em nada se aplicava ou se identificava ao caso vertente apreciado pelo TRF/4ª de molde a justificar a aplicação analógica da regra do art. 81 do CPP. Na verdade, a Corte Superior buscava encontrar solução na controvérsia estabelecida entre o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul e o TRF da 3ª Região para o processo e julgamento da apelação interposta pelo Ministério Público (Estadual) contra a sentença exarada pelo Juiz de Direito da Comarca de Ponta Porá/MS, que, atuando por competência delegada por força do disposto no art. 27 da Lei 6.368/76 [27] [28] [29] e desclassificando a imputação originária de tráfico (e de natureza internacional), condenara o réu do feito por infração ao disposto no art. 16 da Lei 6.368/76. Mas como bem disse o relator Costa Leite no conflito de competência: "*a imputação é que define se o Juiz de Direito sentenciou no exercício de sua competência originária ou da que lhe é delegada pelo art. 27 da Lei 6.368, caso em que o recurso é para o Tribunal Regional Federal. ... Na*

espécie vertente, verifica-se não só que a denúncia imputou ao réu a prática do delito de tráfico, descrito no art. 12 da Lei de Tóxicos, com a inclusão da causa especial de aumento de pena do art. 18, I, atinente à internacionalidade do tráfico, porquanto a droga teria sido adquirida no Paraguai, mas que o Ministério Público insiste, em seu recurso, na condenação nos termos da denúncia, insurgindo-se contra a desclassificação operada. Assim, conheço do conflito, declarando a competência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região para processar e julgar a apelação."

Portanto, o que estava em discussão era saber quem julgaria o recurso do Ministério Público (Estadual) interposto contra a decisão do Juiz Estadual (*que inicialmente, como dito, sob a ótica a peça acusatória, atuava com competência delegada da Justiça Federal - art. 27 da Lei 6.368/76*), mas que desclassificara o fato para o delito do art. 16 da Lei de Tóxicos, sem o elemento da internacionalidade (então atuando com jurisdição estadual própria). A situação apreciada pelo STJ, vê-se hialinamente, é bem diversa daquela que o TRF/4ª Região julgou na Apelação Criminal nº 95.04.24678-8-RS, e que, subseqüentemente, vem sendo adotada, como paradigma, em todos os demais julgados da Corte Regional.

Evidente que a acusação define – inicialmente ! – a competência do Juízo, como sustentou o Des. Federal Vladimir Passos de Freitas. Se se tratar de tráfico internacional, caberá ao juiz federal (ou então ao juiz estadual, nas hipóteses do art. 27 da Lei 6.368, mas com competência delegada [30]) decidir. É fato: só o juiz federal ou juiz estadual por delegação pode julgar o delito de tráfico internacional. Mas se o juiz federal no exercício de jurisdição própria não reconhecer o tráfico internacional, obrigatoriamente perderá sua competência para examinar o mérito [31]. E tal decisão em hipótese alguma retirará do Ministério Público Federal a oportunidade de recorrer ao Tribunal Regional Federal respectivo pugnando pela reforma do *decisum* e pelo reconhecimento do tráfico internacional.

Tanto houve – como há – incongruência na jurisprudência ora criticada, que o tema, vinculado ao feito da Corte Regional nos autos da Apelação Criminal nº 95.04.24678-8-RS, chegou até a Corte Suprema, que assim se manifestou:

> *"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. TRÁFICO INTERNO. LEI Nº 6.368/76, ART. 12. COMPETÊNCIA. SÚMULA 522, STF.*
>
> *I – Tráfico interno de entorpecentes: competência da Justiça Comum Estadual.*
>
> *II – Hábeas corpus deferido."* [32]

Consta do voto-condutor:

"A paciente, presa em flagrante pela Polícia Federal, por tráfico de entorpecentes, veio a ser condenada pela Justiça Federal, Vara de Santana do Livramento – RS, como incursa no art. 12, caput, *c/c o art. 18,* caput, *e inciso I, da Lei 6.368, a 5 anos e 3 meses de reclusão e 200 dias-multa.*

Não se conformando com a condenação, apelou ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, pela sua Primeira Turma, rejeitou a preliminar de incompetência da Justiça Federal e, no mérito, deu parcial provimento à apelação para reduzir a pena privativa de liberdade a 3 anos e 6 meses de reclusão e pena pecuniária de 100 dias-multa.

Alega-se que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal porque, tendo a Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região afastado a agravante do inciso I do art. 18 da Lei 6.368, vale dizer, não se tratava de tráfico com o exterior, a competência para o julgamento do processo-crime passaria a ser da Justiça Estadual e não da Justiça Federal.

...

O Juiz Relator da Apelação Criminal votou no sentido do provimento do recurso para anular a sentença, reconhecida a 'inocorrência do tráfico internacional e a incompetência da Justiça Federal remetendo-se os autos à justiça Estadual em Santana do Livramento – RS, pondo-se a ré em liberdade'.

Prevaleceu, no entanto, o voto do Juiz Vladimir Freitas, que entendia que:

' ... a acusação é que define a competência do Juízo. Se ela é feita pelo Ministério Público Federal, atribuindo caráter internacional ao tráfico de entorpecentes, só a Justiça Federal poderá julgar. E se ela, ao final, conclui que a prova é insuficiente para a causa de aumento de pena do art. 18, inciso I, nada impede que, de pronto, julgue a questão. Se for na primeira instância, o Ministério Público poderá apelar ao Tribunal Federal buscando ver reconhecido o caráter internacional. Se for na segunda instância, o Tribunal , que é o compe-

tente, decidirá reconhecendo ou não tal aspecto.'

O writ é de ser concedido.

Esta Corte tem decidido que, quando se tratar de tráfico interno de entorpecentes, a competência para o julgamento é da Justiça Estadual.

...

Esse entendimento foi consubstanciado na Súmula 522-STF, a dizer:

'Salvo a ocorrência de tráfico para o exterior, quando, então, a competência será da Justiça Federal, compete à Justiça dos Estados o processo e julgamento dos crimes relativos a entorpecentes'.

No caso, com a exclusão da majorante do art. 18, I, da Lei 6.368/76, pelo acórdão questionado, reconhecida dessa maneira a ocorrência de tráfico interno a competência para conhecer e julgar o feito, na linha da jurisprudência desta Corte, é da Justiça Estadual."

(grifos e destaques nossos)

5. Conclusões.

Em nosso entendimento, lógica e evidente a conclusão da Corte Suprema, pois sendo único o delito em apreço (não se poderia cogitar de conexão, e não se estava frente à situação de continência), uma vez reconhecida não presente a circunstância da internacionalidade, tanto pelo juiz de primeiro grau quanto pelo Tribunal Regional, imperioso seria o reconhecimento, pelo juízo, de sua incompetência, com a conseqüente remessa dos autos ao Juízo Estadual, e não se estaria excluindo do *parquet* a possibilidade de, eventualmente, insistir na ocorrência do tráfico internacional, recorrendo à instância superior para ver analisada tão-só a questão da competência.

Atente-se, por fim, que também nos termos do art. 87 do CPC (eventualmente aplicável ao processo penal por força da regra do art. 3º do CPP) se viabiliza a prorrogação do foro, salvo quando houver a alteração da competência em razão da matéria. A *contrario sensu*, alterada a competência do juiz federal em razão da matéria não há como se aplicar sequer analogicamente a regra processual civil retromencionada.

Encerramos, portanto, assentando entendermos equivocada a aplicação analógica do disposto no art. 81 do CPP às situações em que os juízes federais desclassifiquem o delito – único- de tráfico internacional de entorpecentes para tráfico interno. Eventual insistência nesta senda de silogismo poderá acarretar decretação de nulidade de outros feitos pelas Cortes Superiores, em especial o STF, como no caso trazido a lume.

---

[1] "Competência Penal", Del Rey, pág. 102.

[2] "Comentários ao Código de Processo Penal", Edipro, vol. 1, edição de 2002, pág. 838.

[3] *"Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, **salvo quando** suprimirem o órgão judiciário ou **alterarem a competência em razão da matéria** ou da hierarquia".*

[4] "Curso de Processo Penal", Saraiva, vol. 1, 7ª ed., págs. 117/118.

[5] Apelação Criminal nº 2001.71.04.004023-6-RS, Rel. Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da silva, 7ª Turma, unânime, DJU. 24/02/2002, pág. 1160

[6] Apelação Criminal nº 1998.04.01.062154-7-RS, Rel. Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro, 2ª Turma (antiga organização do TRF), julgado em 19/08/1989, DJU. 15/09/1999, pág. 659.

[7] Apelação Criminal nº 1998.04.01.028932-2-RS, Des. Juiz Jardim de Camargo, 2ª Turma, unânime, julgado em 17/12/1998, DJU. 28/04/1999, pág. 924

[8] Apelação Criminal nº 91.04.10621-0-RS, Rel. Des. Silvio Dobrowolski, 3ª Turma, julgado em 26/11/1991.

[9] Apelação Criminal nº 91.04.10570-2-RS, Rel. Des. Sílvio Dobrowolski, 3ª Turma, julgado em 10/12/1991, DJU. 01/04/1992, pág. 7695

[10] Apelação Criminal nº 95.04.24678-8-RS, Rel. Des. Volkmer de Castilho, vencido na preliminar, 1ª Turma do TRF, julgado em 14/05/96)

[11] *"Não é, pois, a conexão (nem tampouco a continência) um título especial de competência, como pretendem alguns, e sim uma das causas da* prorrogatio fori, *no processo penal."* (Marques, José Frederico. "Elementos de Direito Processual Penal, Bookseller, vol. 1, 1997, pág. 244)

[12] Pedroso, Fernando de Almeida. ob. cit., pág. 107.

[13] Mirabete, Julio Fabbrini. "Processo Penal", Atlas, 2ª edição, pág. 173.

[14] Tourinho Filho, Fernando da Costa. "Processo Penal, Tomo II, Saraiva, pág. 163.

[15] HC. nº 69.325-3-GO, STF, Tribunal Pleno, DJU. 04/12/1992

[16] Pedroso, Fernando de Almeida, op. cit., págs. 108/117.

[17] Embora deste entendimento, dentre alguns doutrinadores, discorde Tourinho Filho, op. cit., pág. 171.

[18] Tornaghi, Hélio. "Instituições de Processo Penal", Saraiva, vol. 1, 2ª ed., págs. 157/158.

[19] Jesus, Damásio. "Direito Penal", vol. 1, Saraiva, 10ª edição, pág. 43.

[20] A jurisprudência tem aplicado por extensão a regra do art. 81 do CPP a diversas situações. Veja-se **decisão do STJ** no julgamento do RHC. 9.823-RO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, unânime, DJU. 06/11/2000, pág. 231: *"DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO. **ASSOCIAÇÃO NO TRÁFICO INTERNACIONAL, INSTALAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE COMUNICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. CONEXÃO.** SENTENÇA. ABSORÇÃO. **COMPETÊNCIA PRESERVADA DA JUSTIÇA FEDERAL.** 1. Recusada a cumulação objetiva na sentença, pelo reconhecimento da absorção do delito da competência da Justiça Federal, aplica-se, por chamamento extensivo, a regra do artigo 81 do Código de Processo Penal, persistindo perpetuada a competência prorrogada ao delito de competência da Justiça Estadual. 2. **Nos casos de conexão de delitos da competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual,***

ainda que quando delegatória de competência federal, prevalece, de forma absoluta, a competência da Justiça Federal, porque constitucionalmente estabelecida. 3. A competência federal delegada é materialmente improrrogável, por força de natureza. 4. Recurso improvido."

Na mesma senda, **precedente do E. STF**: *"HABEAS CORPUS. **COMPETÊNCIA, PERPETUATIO JURISDICTIONIS.** A conexão entre os crimes de roubo e quadrilha implica na unidade de processo e julgamento e determina a competência (arts. 76 e 79 do Código de Processo Penal), que, no concurso de jurisdições de diversas categorias, recai sobre a de maior categoria (art. 78, III, do mesmo código). Competência do Tribunal de Justiça para julgar a apelação, apesar da absolvição do crime de quadrilha, que exerce* vis atractiva *sobre o crime contra o patrimônio, em face do princípio da* perpetuatio jurisdictionis *(Art. 81 do mesmo Código). ..." (HC. 68.139-RS, Rel. Min. Paulo Brossard, 2ª Turma, unânime, DJU. 12/10/90, pág. 11046)*

[21] No julgamento do HC. 67.874-BA, Rel. Min. Célio Borja, Tribunal Pleno, DJU. 16/03/90, pág. 1.869, o E. STF assim assentou ..... (dizer do que se tratava, ver inteiro teor): *"HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. **Denunciado o réu por delitos sujeitos à jurisdição federal e estadual, a competência do magistrado da União não se exaure pela absolvição dos crimes que atraem a competência da Justiça Federal**. Incidência do disposto no art. 81 do CPP. Ordem denegada."*

[22] *"Uma vez **estabelecida a conexão**, em face do disposto nos arts. 76 e 78, IV, do CPP, a **absolvição quanto ao crime da competência da Justiça Federal não implica o deslocamento do processo para a Justiça comum**, considerado o crime, normalmente situado no campo de atuação desta, que subsistiu (art. 81 do CPP)"* (HC. nº 76.771-8-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, STF, DJU 12/06/1998)

[23] Mirabete, op. cit., pág. 177

[24] Falsificação grosseira da moeda, Súmula 73 do STJ.

[25] Tourinho Filho, op. cit., págs. 177/178.

[26] Aí compreendidos o tráfico internacional e o tráfico interno.

[27] No julgamento do HC. 70.627-4-CE, o E. STF assentou continuar em vigência a regra do art. 27 da Lei 6.368/76, *verbis*:" ... *Em se tratando de **tráfico internacional de entorpecentes, a jurisdição criminal é atribuída, em princípio, a juiz federal, em face do disposto nos incisos V e IX do art. 109 da Constituição Federal. Se o lugar em que tiver sido praticado o delito não seja sede de Vara da Justiça Federal, o processo e julgamento caberão à Justiça Estadual**, com recurso, hoje, para o Tribunal Regional Federal (v. art. 27 da Lei 6.368, de 21.10.1976, e art. 108, inciso II, da C.F.). A jurisdição prestada, nessa hipótese, por juiz estadual é, também, jurisdição federal, embora excepcional ..."*

[28] Também o TRF 4ª Região assim se manifestou:

*"HABEAS CORPUS. **DELITO DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. COMPETÊNCIA. ART. 109, § 3º, CF, E ART. 27 DA LEI Nº 6368/76. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA RELATIVA**. PRELCUSÃO. EXAME DE PROVAS. PROGRAMA FEDERAL DE ASSISTÊNCIA A VÍTIMAS E TESTEMUNHAS. ... COMPETÊNCIA DELEGADA. RÉUS ESTRANGEIROS. ART. 88, CPP. 1. O processo e julgamento dos delitos por tráfico internacional de entorpecentes e de associação para o tráfico internacional de drogas **são de competência da Justiça Federal, podendo ser processados e julgados na Justiça Estadual, sempre que a comarca não for sede de Vara do Juízo Federal, em razão do disposto no art. 109, § 3º, da Constituição Federal e do art. 27 da Lei nº 6.368/76**. 2. A jurisdição prestada pelo juiz estadual é com competência delegada, não excluindo absolutamente a do juiz federal com jurisdição no território e, pois, eventual nulidade seria relativa e não absoluta, razão pela qual, não argüida oportunamente, fica sanada pela preclusão. ... Denegação da ordem." (HC. Nº 2001.04.01.066372-5-SC, Rel. Desembargador Federal José Germano da Silva, 7ª Turma, unânime, julgado em 04/12/2001, DJU. 16/01/2002, pág. 1381)*

[29] Igualmente no HC. nº 80.730-5-MT, Relator Ministro Nelson Jobim, 2ª Turma, DJU. 14.12.2001, o STF assentou, explicitamente, que o art. 27 da Lei 6.368/76 foi recepcionado pelo § 3º do art. 109 da CF/88

[30] *"Art. 27. O processo e julgamento do crime de tráfico com o exterior caberão à justiça estadual com interveniência do Ministério Público respectivo, se o lugar em que tiver sido praticado for município que não seja sede de vara da Justiça Federal, com recurso para o Tribunal Federal de Recursos."*

[31] Entretanto, se se tartar de juiz estadual no exercício de jurisdição delegada da Justiça Federal e houver o afastamento da internacionalidade do tráfico, aí sim será aplicável o precedente do STJ no julgamento do CC. Nº 1.179-MS.

[32] HC.nº 79.479-6-RS, Rel. Min. Carlos Velloso, Autoridade Impetrada: TRF 4ª Região, 2ª Turma, STF, julgado em 13/12/1996, DJU. 28/02/97.

REMANEJAMENTO DE RECURSOS DO FUNDO DE SAÚDE: CONTROLE DE DESEMPENHO OU DE RESULTADO EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTA

Márcia Ferreira Cirilo Farias
Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do DF

Processo n.º 83/2003(Representação nº 11/2002-CF)
Relator: Conselheiro Jorge Caetano – TC/DF
Parecer n.º 791/03 - MF

Origina-se este Processo da Representação nº 11/2002-CF, de 10.10.2002, da lavra da ilustre Procuradora deste Ministério Público, Dra. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, que objetiva perquirir se e quais recursos do Fundo de Saúde podem ou não compor os limites previstos na Emenda Constitucional nº 29/2000, ou se podem ser remanejados para outros fins, como, por exemplo, a construção da Terceira Ponte.

2. Tendo em consideração que, na exordial, a representante enfatiza que a questão tem estreita correlação com a metodologia da cálculo atinente à Emenda Constitucional nº 29/2000, sugeriu-se o entranhamento da Representação ao Processo nº 2.308/2000, cujo objeto era, exatamente, discutir a metodologia a ser empregada para cumprimento das metas constitucionais.

3. Posteriormente, verificou-se que o Processo nº 1.295/2002 também tratava de operacionalização da Emenda Constitucional nº 29/2000. Tendo sido julgado aquele feito, com decisão de mérito, em 21.11.2002, em 22.11.2002 o Ministério Público solicitou o desentranhamento da Representação nº 11/2002-CF do Processo nº 2308/2000 e seu processamento em autos apartados (fl. 83) , "ou em outros que, se já formados, puderem melhor atender à solicitação ministerial".

4. Em 16.01.2003, ao ter notícia de que a mencionada Representação seria analisada no bojo do Processo nº 838/2002, e tendo em mente a premência do exame das questões lançadas, o Ministério Público, por meio do Ofício nº 004/2003-CF (fls. 111 e 112), reiterou solicitação para que a Representação fosse analisada em autos próprios, que constituem o processo ora em apreço.

II

5. A operosa Analista de Finanças e Controle Externo, Dra. Gisela Mendonça da Silva, produziu a Informação nº 03/2002 (fls. 124 a 137) que, em apertada síntese, conclui no sentido de que os recursos do Fundo de Saúde utilizados para a aquisição de cestas básicas, leite e pão, urbanização de lotes, obras de saneamento básico, construção de restaurantes e casas, e pagamentos de aposentados não são considerados no limite da gastos com ações e serviços públicos da saúde exigidos pela Emenda Constitucional nº 29/2000. Os repasses do Fundo ao ICS, contudo, por referirem-se ao Programa Saúde da Família, são considerados pelo Tribunal como aplicação em ações e serviços públicos, para efeito de aferição do percentual mínimo destinado à saúde pela Emenda Constitucional nº 29/2000.

6. Com relação ao remanejamento de recursos do Fundo de Saúde para a construção da Terceira Ponte, a ilustre Analista esclarece:

> "Cabe ressaltar que a previsão de gasto cancelada, apesar de alocada na função Saúde e na unidade orçamentária Fundo de Saúde, referia-se ao Programa Saneamento, e conforme descrição na LOA/2002, estava a cargo da Secretaria de Infra-Estrutura e Obras (10.301.3300.1101.0404 - Programa de Saneamento Básico - Projeto a cargo da Secretaria de Estado de Infra-Estrutura e Obras). Caso não houvesse tal remanejamento e a dotação orçamentária fosse efetivamente utilizada no Programa Saneamento, esse valor não seria computado nos gastos com saúde para fins de EC nº 29/00.
>
> "Destaca-se que o limite imposto pela EC nº 29/00 é verificado anualmente, na análise das Contas do Governo. A propósito, esse cálculo, relativo ao exercício de 2002, indicou que as despesas com saúde no Distrito Federal ficaram aquém do

limite legal estipulado em R$ 31 milhões, de acordo com o Processo nº 320/2003, em tramitação nesta Corte." (fl. 127).

7. Por fim, destaca-se da Informação retromencionada que "conforme elencadas a seguir, além do Programa de Saneamento Básico, algumas despesas previstas na LOA/2002 para serem executadas pelo Fundo de Saúde, continham descrição que estavam sob a responsabilidade de outras unidades orçamentárias. Nas LOA`s anteriores essas despesas estavam alocadas em rubricas próprias e nas unidades pertinentes.

- 10.301.3300.1101.0405 - Implantação de Urbanização em Novas Ocupações Habitacionais - Projeto a cargo da Secretaria de Estado de Infra-Estrutura e Obras
- 10.306.1500.2629.0001 - Cestas Básicas da Solidariedade - Atividade a cargo da Secretaria de Estado de Solidariedade
- 10.306.1500.2630.0001 - Leite da Solidariedade - Atividade a cargo da Secretaria de Estado de Solidariedade
- 10.306.1500.2631.0001 - Pão da Solidariedade - Atividade a cargo da Secretaria de Estado de Solidariedade
10.306.1500.2633.0001 - Distribuição de Pão e Leite para Entidades - Atividade a cargo da Secretaria de Estado de Solidariedade
- 10.306.1500.2639.0001 - Restaurante da Solidariedade - Atividade a cargo da Secretaria de Estado de Solidariedade
- 10.306.1500.3492.0001 - Construção de Restaurante da Solidariedade - Projeto a cargo da Secretaria de Estado de Solidariedade
- 10.512.4300.1001.0018 - Ampliação e Melhoramento dos Sistemas de Água Potável e de Esgotos do Distrito Federal - Projeto a Cargo da Secretaria de Infra-Estrutura e Obras.

"Tais gastos, assim como os relativos a saneamento, não integram as aplicações em ações e serviços públicos de saúde.

"O registro desses tipos de despesas no Fundo de Saúde leva a crer que visou aumentar a dotação orçamentária destinada à saúde para manifestar intenção em cumprir o limite mínimo da EC nº 29/00, bem como a regra de transição relativa ao § 1º do art. 77 do ADCT, que prevê elevação dos gastos em saúde até o exercício de 2004." (fls. 127 e 128).

8. O douto Inspetor da 5ª ICE, Dr. Luiz Genédio Mendes Jorge, concorda com as conclusões a que chegou a Senhora Analista, acrescentando, contudo, que, quanto à legalidade do remanejamento de recursos do Fundo de Saúde para a construção da Terceira Ponte, o assunto vem sendo tratado na Justiça Federal, motivo pelo qual considera inoportuna sua abordagem nestas autos.

9. Com espeque na legislação e em doutrina, ressalta o Senhor Inspetor:

"Além de não constituírem despesas computáveis para fins de apuração do cumprimento da EC-29, os dispêndios com saneamento básico, bem como os pertinentes aos demais fatores determinantes e condicionantes de saúde, a exemplo dos programas de caráter assistencial, não devem ser realizados à conta do orçamento do Fundo de Saúde do Distrito Federal, pois não estão compreendidos no âmbito do Sistema Único de Saúde e, por conseguinte, não são alcançados pelo que estabelecem os arts. 1º e 8º da Lei Complementar local nº 11/96, que criou o Fundo de Saúde." (fls. 146 e 147).

III

10. Os autos foram a julgamento em 27.05.2003, ocasião em que o preclaro Relator, Conselheiro Jorge Caetano, adiantou voto no sentido de informar ao Ministério Público a posição da C. Corte acerca da regularização da Emenda Constitucional nº 29/2000 (Processo nº 1295/2002 – Decisão nº 4620/2002), bem assim sobre a classificação dos recursos destinados a saneamento básico. Quanto à legalidade do remanejamento multireferido, considera Sua Excelência inoportuna abordagem neste feito e, a final, vota por seu arquivamento.

IV

11. Pedi vista dos autos na Sessão Ordinária nº 3749, buscando colaborar com os debates.

12. Inicialmente, cumpre registrar que a douta Procuradora Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira encaminhou à E. Presidência cópia integral do Processo nº 2002.34.00.024861-1, que tramita na Justiça Federal, por meio dos Ofícios nºs 4/2003-CF e 137/2003-CF. Nesse processo, os réus ofereceram agravo de instrumento, tendo os autores acostado réplica e contra-razões, cuja cópia anexo, para conhecimento. O processo cautelar está concluso para sentença e os autos do agravo de instrumento encontram-se no Ministério Público Federal para parecer. As peças ministeriais referidas demonstram a incorreção do remanejamento ocorrido, daí a importância de sua análise para estes autos.

V

13. Como bem ressalta o emérito Relator, Conselheiro Jorge Caetano, há outros processos no Tribunal de Contas que tratam de assuntos correlatos. Entendo complementarem-se as análises realizadas e as decisões proferidas nesses feitos. Não são inobstante, superpostas.

14. Assim:

• o Processo nº 1295/2002 trata de definir os critérios mediante os quais o Tribunal de Contas do Distrito Federal irá verificar o cumprimento do limite constitucional de gastos com ações e serviços públicos de saúde. É processo que diz respeito a matéria procedimental, de fiscalização. Não vincula a atividade da Administração, propriamente dita, ou seja, os gastos com ações e serviços públicos de saúde. Para esse fim, há a Resolução nº 316, de 4.4.2002, do Conselho Nacional de Saúde (cópia às fls. 70 a 75). Vincula o processo, sim, a atividade fiscalizadora da Corte de Contas;

• o Processo nº 1033/2002 diz respeito a Auditoria a ser realizada na Unidade de Cardiologia e Cirurgia Cardíaca do Hospital de Base;

• O PROCESSO Nº 3019/1999 VERSA SOBRE O PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA (PSF), INSTITUÍDO PELO DECRETO N.º 20.043, DE 23/02/99, QUE SUBSTITUIU O PROGRAMA SAÚDE EM CASA (PSC);

• o Processo nº 887/1999 diz respeito à Auditoria realizada pela Secretaria de Fazenda e Planejamento do Distrito Feder ', com a finalidade de emitir parecer quanto à situação econômica, financeira e patrimonial do Instituto Candango de Solidariedade – ICS, especialmente com referência ao Convênio nº 002/97, firmado com a Fundação Hospitalar do Distrito Federal para implementação do Programa Saúde em Casa, e ao acompanhamento e exame das respectivas prestações de contas;

• o Processo nº 747/2000 trata da Representação de 05.04.00, do Excelentíssimo Deputado Distrital Wasny de Roure, requerendo a adoção de providências desta Corte, em razão de possíveis irregularidades nos Contratos de Gestão pactuados entre o DMTU/DF, NOVACAP e CODEPLAN (fls. 01/07);

• o Processo nº 320/2003-06-20 cuida da verificação do cumprimento, no exercício de 2002, da Emenda Constitucional nº 29/00, que vinculou receita de impostos ao financiamento de ações e serviços públicos de saúde; e

• o Processo nº 3757/1997 examina o Convênio nº 02/97 celebrado entre a Fundação Hospitalar do Distrito Federal e o Instituto Candango de Solidariedade - ICS, tendo por objeto cooperação visando a contração, treinamento e gerenciamento de recursos humanos para o Programa Saúde em Casa.

15. Vê-se, portanto, que as deliberações do Tribunal em alguns desses processos têm interferência na compreensão da matéria tratada em outros. Os assuntos debatidos, contudo, podem ser julgados individualmente, evitantando-se, assim, decisões confusas e de difícil execução, bem como procedimentos longos e arrastados no tempo. Demais disso, como já ressaltei, alguns desses processos dizem respeito a matéria eminentemente de fato e, outros, a matéria de fiscalização, ou de orientação.

VI

16. Nesse aspecto, a proposta do zeloso Inspetor da 5ª ICE, sufragada pelo preclaro Relator, de informar à douta Procuradora do Ministério Público a respeito do Processo nº 1295/2002 e da Decisão nº 4620/2002, nele contida, é despicienda: foi a própria representante do Ministério Público quem, por meio do Ofício nº 71/2002-CF, trouxe a estes autos o debate travado naquele feito e cópia da referida Decisão, o que demonstra que, em novembro de 2002, já tinha ciência do r. veredito.

17. O que pretende o Ministério Público, neste feito, é que o Egrégio Tribunal de Contas realize o controle de resultado, que é de sua competência constitucional. Controle formal, legalista, não é controle externo da Administração Pública, nos moldes concebidos pela Constituição Federal e praticados pelas instituições superiores de controle das Nações mais desenvolvidas nessa área.

18. Como explicou Michael BARZELAY, em palestra oferecida no Tribunal de Contas da União,

> "Os principais objetivos de um trabalho de revisão normalmente consistem em assegurar um nível satisfatório de funcionamento das organizações governamentais. O principal objetivo da auditoria tradicional é fazer com que unidades e indivíduos sigam determinados critérios ou normas aplicáveis para realizar transações e desempenhar tarefas - resumidamente, *accountability* de regularidade (*Light* 1993). A meta é impedir ou retificar procedimentos que representem desvios das normas legais, e.g., no controle financeiro ou na administração de ativos. Por outro lado, o principal objetivo das auditorias de desempenho pode ser expresso como '*accontaubility* de desempenho'. A idéia simples por trás desse argumento é que as organizações devem ser responsabilizadas pelos resultados de sua atuação mais do que pela sua forma de funcionamento. A idéia mais complexa é que, para alguns propósitos, é melhor focalizar a atenção da administração para a

otimização de processos produtivos e do desenho dos programas. Uma estratégia apropriada para esse enfoque seria a de responsabilizar indivíduos e organizações pelo atendimento de padrões razoáveis de economia, eficiência e efetividade (a operacionalização dessa estratégia pode incluir a formalização de acordos entre um órgão e seu respectivo ministério envolvendo a definição de várias metas). O objetivo da auditoria de desempenho, nesse sentido, é contribuir para a operacionalização de processos político-administrativos pelos quais a *accountability* de desempenho é estruturada, incentivada e controlada'" [1].

19. O controle de resultados passa pelo princípio constitucional da eficiência. Indaga-se se os remanejamentos aos quais alude a Representação denotavam eficiência na gestão da política pública para a saúde ou, se, a contrário, permitiram que o colapso do sistema, então já existente, se agravasse.

20. Antonio FONSECA[2], após discorrer sobre várias decisões do Tribunal de Contas da União em relação à eficiência da ação estatal, lembra:

> "Apesar de toda essa atividade de controle, pessoas continuam morrendo nas filas de hospitais públicos; o índice de analfabetismo ainda é socialmente aceitável; cidadãos de baixa renda enfrentam transportes públicos em condições que desafiam a dignidade humana; e tantas outras situações. Isso ocorre porque há uma escassez de recursos, é certo, inabilitando o Estado a levar o prometido bem-estar a todos os cidadãos. Mas esse bem-estar seria maximizado se o controle fosse mais eficaz e se as autoridades, na afetação dos recursos públicos, colocassem as preferências do Estado acima das suas preferências pessoais."

21. E, ao comentar o papel do Poder Judiciário e do Ministério Público no controle de qualidade de políticas públicas, sintetiza, com maestria:

> "O juiz e o membro do Ministério Público não são as pessoas mais indicadas para formular ou corrigir políticas públicas. Mas ambos estão conscientes de que a decisão judicial, se não representar a melhor opção, em termos de eficiência na alocação dos recursos públicos, atua como elemento catalisador, no sentido de oferecer às autoridades competentes a mensagem necessária à tomada da decisão administrativa mais acertada.'" [3]

22. Para o futuro, é crucial que os Tribunais de Contas do Brasil possam pautar-se, ao fazer controle de resultado, em norma como a Lei Orgânica francesa de 1º de agosto de 2001.

23. O Tribunal de Contas, especificamente, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, ainda carece de alguns instrumentos necessários à definição do controle de desempenho que realiza. Eventuais percalços, contudo, não obstam a que esse controle seja feito, sobretudo em situações como as descritas nos autos, em que a discricionariedade adminsitrativa veio a negar um dos direitos mais sublimes que nossa Constituição Federal garante a todos os que estiverem em solo nacional: o direito à saúde.

VII

24. Ressalta a instrução, à fl. 127, que, caso não houvesse sido feito remanejamento de R$ 40 milhões para construção da Terceira Ponte, e a dotação orçamentária fosse efetivamente utilizada no Programa Saneamento, esse valor não seria computado com gastos de saúde para fins da EC n 29/2000; mas isso não significa que não pudesse esse valor ser, efetivamente, gasto com saúde pública.

25. O douto corpo técnico, no Processo nº 1033/2002, ressaltou que, à época em que se encontravam paralisadas as cirurgias cardíacas pediátricas no Hospital de Base, e lá faltavam medicamentos e insumos, foram retirados recursos do Fundo de Saúde para a realização de obra pública:

> "44. (...) é preciso registrar que recursos alocados ao projeto poderiam ter contribuído de forma decisiva para minimizar os problemas enfrentados pelas unidades de saúde do DF.
> "45. Poder-se-iam remanejar créditos previstos programaticamente de saneamento básico para a compra de medicamentos, materiais médicos e equipamentos, decisão que teria sido pautada no interesse público e na urgência e relevância da continuidade de um serviço básico como o de saúde."

26. Entende o Ministério Público que não há como justificar o remanejamento ocorrido e, paradoxalmente, a previsão de valores no orçamento do Fundo de Saúde, a não ser que fosse para compor percentuais mínimos.

27. Entretanto, como demonstra o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal, na ação retromencionada, em um momento o Distrito Federal tenta defender que ações de saneamento seriam de saúde, para manter-se no cumprimento do percentual exigido pela EC nº 29/2000; e, em outro, que não são, e que, por isso, poderiam ser retirados do orçamento do Fundo de Saúde.

28. Diante do exposto, urge que o Tribunal posicione-se a respeito da inserção de ações que não são de saúde no Fundo de Saúde do Distrito Federal, bem assim sobre o remanejamento ocorrido para a obra da Terceira Ponte, sob a ótica da economicidade, legitimidade e moralidade, e tendo em consideração a eficiência da gestão pública e o resultado que dela se espera.

É o parecer.

Brasília, 20 de junho de 2003.

---

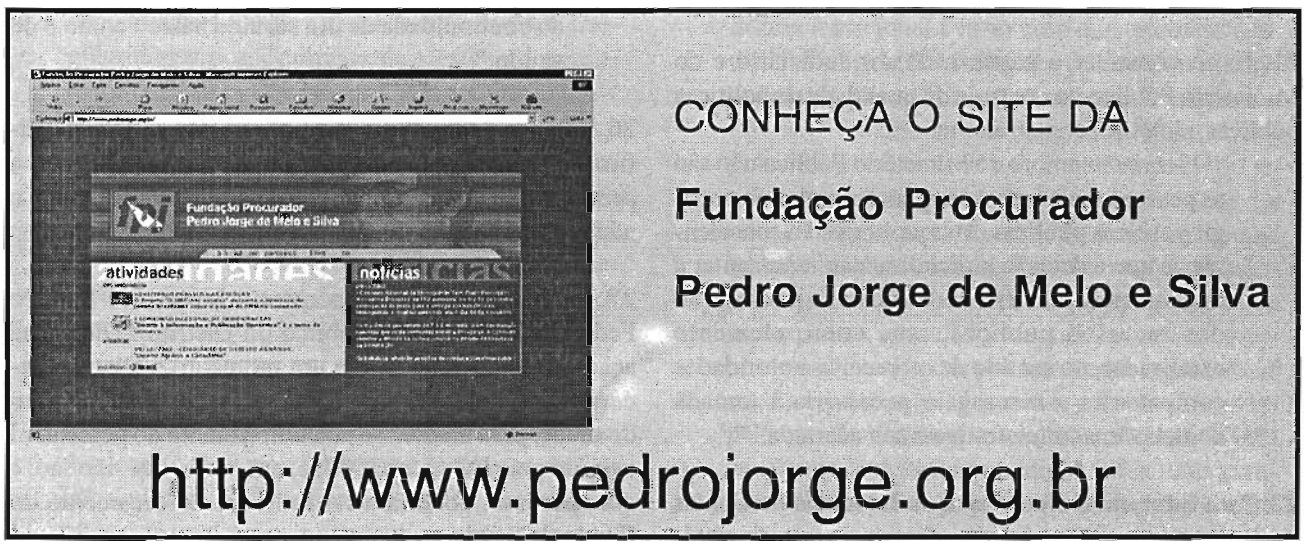
* "Algumas doutrinas de administração, incluindo a Qualidade Total, identificam a 'melhoria' do desempenho como o principal objetivo da auditoria de desempenho. Como as doutrinas adeptas dessa visão não são universalmente aceitas, parece mais conveniente considerar apenas o objetivo mais pacífico de aceitação, o de '*accountability* de desempenho'. Assim, a melhoria do desempenho como um objetivo é aqui considerada uma questão empírica e não conceitual."

[1] BARZELAY, Michael. Instituições Centrais de Auditoria e Auditoria de Desempenho: Uma análise comparativa das estratégias organizacionais na OCDE. *In* **O Controle Externo e a Nova Administração Pública: uma visão comparativa**. Brasília: TCU, 2002, p. 35 e 36.

[2] FONSECA, Antonio. "O Princípio da Eficiência: Impacto no Direito Público e Improbidade". *In* **Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei nº 8.429/92**. Org. José Adércio Leite Sampaio e outros. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002, p.35 a 66.

* "Vários exemplos poderiam ser citados quanto à intervenção judiciária na esfera do direito à saúde. Os resultados dessa intervenção têm sido considerados 'perversos' pelos críticos que se queixam de comprometimento do orçamento de órgãos públicos para pagamentos oriundos de ordens judiciais em níveis incompatíveis com os elementares princípios do planejamento administrativo; de convalidação de condutas médicas inadequadas; de dispensação de medicamentos não incluídos em protocolos oficiais de tratamento ou para os quais não existe deliberação do gestor competente; introdução no Brasil de medicamentos ainda não aprovados pela ANVISA. Tudo isso, afirma-se, leva à substituição do gestor administrativo pelo Poder Judiciário. É certo que o membro do MP e o juiz tendem a atuar segundo a 'eqüidade', premido pelo social, com pouca consideração à eficiência. Isso acontece diante de uma base jurídica mínima autorizadora e, às vezes, uma política administrativa ou legal pouco definida. A decisão judicial muitas vezes força a Administração Pública ou o Legislativo, que têm amplo acesso às informações, a regulamentar adequadamente o assunto. O resultado é mais segurança para os agentes privados, os beneficiários, os profissionais médicos e os órgãos de controle. Ao final, essa segurança – fator de eficiência – foi catalisada pela atuação judicial."

[3] FONSECA, Antonio. "O Princípio da Eficiência: Impacto no Direito Público e Improbidade". *In* **Improbidade Administrativa – 10 anos da Lei nº 8.429/92**. Org. José Adércio Leite Sampaio e outros. Belo Horizonte: Ed. Delrey, 2002, p.35 a 66.



O CRIME ORGANIZADO AGRADECE

Marcus Vinícius Viveiros Dias
Procurador da República em São João do Meriti

A famigerada reforma da previdência pode ensejar consequências graves e que com certeza não foram sopesadas pelo governo.

O grande lapso da reforma da previdência é que a mesma parte de uma premissa equivocada, qual seja: a de que o funcionalismo público é o grande causador do déficit da previdência. Tal premissa é tão falsa quanto a de que 1 + 1 são 3.

Os maiores fatores que levaram ao rombo da previdência são as fraudes que continuam sendo perpetradas contando com a participação de agentes públicos corruptos e os sonegadores, que são aqueles grandes empresários que devem milhões à Previdência e estão sempre contando com a boa vontade do governo, não raro sendo beneficiados por anistias, refis etc.

Nessa esteira impende a pergunta: Será mesmo o funcionário público o grande vilão ou foi conveniente escolhê-lo como tal ?

Aproveitaremos o ensejo para abordar o tema sob uma perspectiva mais profunda, isto é, analisaremos conseqüências desastrosas que a aludida reforma pode trazer.

Com certeza a reforma irá dizimar o funcionalismo público e haverá perda de interesse por parte de futuros pretendentes em ocupar cargos públicos. Os futuros agentes públicos sem aposentadoria integral e massacrados com o novo regime de previdência, possivelmente não terão o mesmo nível dos atuais e a sociedade mais uma vez pagará a conta, pois existirão pessoas menos capacitadas para prestar serviços de eminente relevância no âmbito do poder público.

Finalmente chegaremos a nossa maior preocupação, que é o fato de que a malfadada reforma previdenciária pode fortalecer em muito o crime organizado.

Como é cediço, a grande "alma" do crime organizado é a presença de agentes públicos infiltrados nas organizações criminosas.

Com isso o Estado sofre dois duros golpes: um de caráter omissivo (o agente público deixa de prestar o serviço público que deveria fazê-lo, muitas vezes um serviço essencial) e outro de caráter comissivo (o agente público passa a atuar ativamente em prol de quadrilhas criminosas).

Nunca tivemos dúvidas de que a idéia de se acabar com o crime organizado passa necessariamente pela noção de combate efetivo a corrupção, o que significa asseverar que enquanto houver corrupção o crime organizado estará firme e fortalecido.

Ora, a conclusão parece ser lógica, agentes públicos desmotivados e desvalorizados pelo governo serão certamente alvos mais fáceis para integrarem os quadros das organizações criminosas.

Dois fatores primordiais levam o agente público a se corromper: índole pessoal e o aspecto contingencial (circunstâncias de um determinado momento).

Quanto ao primeiro fator nada podemos fazer. Todavia, no tocante ao segundo fator fica claro que a reforma da previdência poderá funcionar como uma contingência para facilitar a corrupção de agentes públicos, e como já foi dito agente público corrupto é elemento essencial das modernas organizações criminosas.

O governo focando a sua linha de atuação em apenas aspectos econômicos, e sem discutir com a sociedade a reforma da previdência conforme prometera, acabou inadvertidamente (preferimos assim acreditar) dando um grande presente para o crime organizado.

Resumindo a ópera: O projeto de reforma da previdência da forma como foi apresentado e o combate ao crime organizado são metas do governo absolutamente paradoxais.

Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva
BOLETIM DOS
ANPR
Associação Nacional dos Procuradores da República
PROCURADORES DA REPÚBLICA

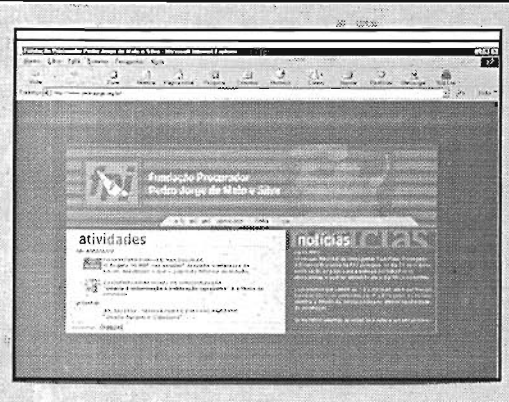
Solicitamos aos nossos colaboradores que enviem seus artigos no seguinte formato: em disquete, em programa Word for Windows, com no máximo 200 linhas, com espaçamento normal, corpo 11, fonte Times New Roman ou similar, com notas ao final do texto, para os seguinte endereço:

Adriana Zawada Melo (SP) - **amelo@prsp.mpf.gov.br**

ARTCHIP
MULTIMÍDIA

ProjetoProdução e Impressão de Livros, Revistas, Jornais, Boletins e Teses.
Produção de eventos, palestras e seminários, incluindo: Sonorização, Filmagem, Data-Show e Retro-projetor. Material de apoio, folders, folder on disk (para data-show ou internet), cartazes, banners, faixas, sinalização interna e externa, crachás comuns e eletrônicos.
Transcrição de fitas, tradução, copy-desk e revisão de textos jurídicos.
CD Rom interativo - E-Book (livro p/ internet e CD-Rom) - Criação e hospedagem de sites.
Captura e Arquivamento em CD ROM de Documentos e Processos (executamos no local).

(11) **5514-2859** - artchip@artchip.com.br - Site: www.artchip.com.br



CONHEÇA O SITE DA
Fundação Procurador
Pedro Jorge de Melo e Silva
NA INTERNET:
http://www.pedrojorge.org.br