

ANO VI • N. 4 • JANEIRO | JUNHO 2014

ISSN 2176-8935

# Revista Acadêmica

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA ESCOLA DE MAGISTRADOS DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª. REGIÃO



A *Revista Acadêmica da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª. Região* é publicação destinada à difusão do conhecimento jurídico, afeto, preferencialmente, a temas de competência da jurisdição federal. Veicula artigos doutrinários e científicos, estudos de caso, comentários a decisões judiciais, ensaios jurídicos e palestras.

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e crítica. As opiniões e os conceitos aqui expressos são de exclusiva responsabilidade de seus autores e, ainda que submetidos ao crivo do Conselho Editorial, não necessariamente refletem o pensamento da Escola de Magistrados, de seu corpo diretivo ou de seus funcionários.

© EMAG, 2014. São permitidas a citação e a reprodução fidedignas dos textos publicados, bem como sua distribuição, a título gratuito, ressalvados a indicação da fonte, a integridade dos escritos e os demais direitos morais dos autores. Todos os demais direitos reservados.

Esta Revista não é comercializada.

## **Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª. Região**

*Diretoria*

Desembargador Federal MAIRAN MAIA

*Diretor da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª. Região*

Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS

Desembargadora Federal CECILIA MELLO

Desembargador Federal PAULO FONTES

Vanessa Moreira Martins

*Assessora da Diretoria da EMAG*

Humberto Heitor Rossitti Filho

*Diretor da Subsecretaria da EMAG*

Tatiani de Castro Limeira Maluli Mendes

*Diretora da Divisão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados*

Valquíria Rodrigues Costa

*Diretora da Divisão de Relações Públicas e Publicações Acadêmicas*

Avenida Paulista, 1912, 3º. andar, Edifício Funcef Center

CEP 01310-924 – São Paulo - SP

☎ (11) 3012-1785 e 3012-2050; fax: (11) 3012-2050

[www.trf3.jus.br/emag/revistaacademica](http://www.trf3.jus.br/emag/revistaacademica)

✉ [emag@trf3.jus.br](mailto:emag@trf3.jus.br)

# Revista Acadêmica

Publicação oficial da  
Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª. Região

*Ano VI • número 4*

*janeiro a junho de 2014*



EMAG  
São Paulo



# Revista Acadêmica

Publicação oficial da  
Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª. Região

(Portaria EMAG n.º 7, de 7 de março de 2013,  
e-DJF3R n.º 45/2013, de 11/03/2013)

*Ano VI • número 4*  
*janeiro a junho de 2014*

## Sumário

CONCURSO DE EXEQUENTES: aspectos gerais <i>Luciano Pedrotti Coradini</i> .....	13
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NAS CAUSAS DE NACIONALIDADE <i>Ana Aguiar dos Santos Neves</i> .....	49
A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA APLICAÇÃO ÀS CONDUTAS ÍMPROBAS PRATICADAS POR DIRIGENTES DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FEDERAIS <i>Francisco de Assis Basílio de Moraes</i> .....	99
MÉTODOS DE VALORAÇÃO AMBIENTAL: uma breve discussão <i>Monique Marchioli Leite</i> .....	133
A COMPETÊNCIA TERRITORIAL DA JUSTIÇA FEDERAL PARA AS DEMANDAS EM QUE É PARTE AUTARQUIA FEDERAL: análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal <i>Antonio César Bochenek, Vinicius Dalazoana</i> .....	153
VIOLÊNCIA E MEDIAÇÃO: impressões jusfilosóficas <i>Guilherme Roman Borges</i> .....	197

A PROIBIÇÃO JUDICIAL DE DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS E A LIBERDADE DE IMPRENSA <i>Pedro Luis Piedade Novaes</i> .....	231
FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL: uma visão crítica <i>Raphael José de Oliveira Silva</i> .....	263
A TUTELA DAS CRIAÇÕES INTELECTUAIS E A EXISTÊNCIA DO DIREITO DE AUTOR NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA <i>Leonardo Estevam de Assis Zanini</i> .....	289
A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS E CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA <i>Marcelo Lelis de Aguiar</i> .....	311
JUROS REMUNERATÓRIOS EM CONTRATOS BANCÁRIOS: comentários ao acórdão do Recurso Especial nº 1.061.530/RS (Rel <sup>a</sup> . Min <sup>a</sup> . Nancy Andrighi, julg. 22 out. 2008, DJe 10 mar. 2009) <i>Emerson José do Couto</i> .....	341
POR UM ESTUDO DAS CAUSAS DA COMPETÊNCIA DELEGADA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA: as histórias ocultas pelos índices <i>Newton De Lucca, Marisa Ferreira dos Santos, Daldice Maria Santana de Almeida, Paulo Cesar Conrado, Renato Toniasso, Leila Paiva Morrison, Bruno Takahashi, Cynthia Almeida Rosa Galib</i> .....	353

# Revista Acadêmica

da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª. Região

## *Conselho editorial*

Desembargador Federal Mairan Maia (*Editor-chefe*)

Desembargador Federal Nelton dos Santos

Desembargadora Federal Cecilia Mello

Desembargador Federal Paulo Fontes

Desembargador Federal Márcio Moraes

Desembargadora Federal Consuelo Yoshida

Desembargador Federal José Lunardelli

Desembargadora Federal Daldice Santana

Juiz Federal Carlos Eduardo Delgado

Juiz Federal Clécio Braschi

Desembargador Federal José Amilcar Machado

*Diretor da Escola de Magistratura Federal da 1ª. Região (ESMAF)*

Desembargador Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama

*Diretor da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª. Região (EMARF)*

Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

*Diretor da Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região (EMAGIS)*

Desembargador Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas

*Diretor da Escola de Magistratura Federal da 5ª. Região (ESMAFE)*

## *Equipe de revisão e editoração*

Humberto Heitor Rossitti Filho (*Editor-executivo*)

Ariane Maria Gonçalves de Brito da Rocha

Clarice Michielan

João Rodrigues de Jesus

Nilton Tadeu de Queiroz Alonso

Valquíria Rodrigues Costa

Vera Lucia Emidio



# Tribunal Regional Federal da 3ª. Região

## *Desembargadores Federais*

FÁBIO PRIETO de Souza (*Presidente*)

CECÍLIA Maria Piedra MARCONDES (*Vice-Presidente*)

Maria SALETTE Camargo NASCIMENTO (*Corregedora-Regional*)

MÁRCIO José de MORAES

DIVA Prestes Marcondes MALERBI

Paulo Octavio BAPTISTA PEREIRA

ANDRÉ NABARRETE Neto

MARLI Marques FERREIRA

NEWTON DE LUCCA

Otavio PEIXOTO JUNIOR

THEREZINHA Astolphi CAZERTA

MAIRAN Gonçalves MAIA Júnior

NERY da Costa JÚNIOR

ALDA Maria BASTO Caminha Ansaldi

Luís CARLOS Hiroki MUTA

CONSUELO Yatsuda Moromizato YOSHIDA

MARISA Ferreira dos SANTOS

Luís Antonio JOHONSOM DI SALVO

NELTON Agnaldo Moraes DOS SANTOS

SÉRGIO do NASCIMENTO

ANDRÉ Custódio NEKATSCHALOW

NELSON BERNARDES de Souza

WALTER DO AMARAL

LUIZ de Lima STEFANINI

Luís Paulo COTRIM GUIMARÃES

Maria CECILIA Pereira de MELLO

ANTONIO Carlos CEDENHO

Maria LUCIA Lencastre URSAIA

JOSÉ Marcos LUNARDELLI

DALDICE Maria SANTANA de Almeida

FAUSTO Martin DE SANCTIS

PAULO Gustavo Guedes FONTES

NINO Oliveira TOLDO

MÔNICA Autran Machado NOBRE

TORU YAMAMOTO

MARCELO Mesquita SARAIVA

TÂNIA Regina MARANGONI

Luiz Alberto de SOUZA RIBEIRO

DAVID Diniz DANTAS



## Nota

Apresentamos, neste quarto número da *Revista Acadêmica*, uma publicação reformulada com vistas a alcançar o padrão de excelência dos bons periódicos jurídicos.

Constituiu etapa dessa reestruturação a criação de Conselho Editorial, com a incumbência de apreciar e recomendar a publicação de trabalhos, em sistema de avaliação cega por pares (*blind peer review*). Sua composição merece nota, por nele se congregarem magistrados provenientes desta e das demais regiões do país, de formação acadêmica e atuação jurisdicional meritórias, nas diversas áreas de competência da Justiça Federal. A par disso, promoveu-se a adequação das normas editoriais a critérios amplamente empregados no meio acadêmico, em consonância com as orientações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes).

Esperamos, com esse trabalho, que a *Revista Acadêmica*, além de trazer a lume a produção intelectual desta Escola, sirva de fomento à pesquisa e seja veículo da expressão técnico-científica de magistrados e demais juristas que se dedicam ao estudo do Direito afeto ao âmbito da Justiça Federal.



Desembargador Federal Mairan Maia  
Diretor da Escola de Magistrados  
da Justiça Federal da 3ª Região



---

CONCURSO DE EXEQUENTES:\*  
aspectos gerais

*Luciano Pedrotti Coradini*  
Juiz Federal Substituto (3ª Região)

---

\* Artigo apresentado à Escola de Magistrados para avaliação de aproveitamento do Curso de Formação Inicial dos magistrados ingressos pelo XV Concurso Público para provimento de cargos de Juiz Federal Substituto da 3ª Região (jun.-out. 2011; eixo temático: procedimentos diversos).



## CONCURSO DE EXEQUENTES: aspectos gerais

*Luciano Pedrotti Coradini*

Resumo: O concurso de credores, incidente processual na execução de quantia certa contra devedor solvente, previsto nos arts. 711 a 713 do Código de Processo Civil, é objeto das reflexões expostas neste estudo. O interesse pelo tema é justificado diante da comum situação forense envolvendo execuções movidas por múltiplos credores em face do mesmo devedor, presumivelmente solvente, e múltiplas penhoras a recair sobre o mesmo bem do executado. Tanto o Código de Processo Civil vigente quanto o projeto do novo CPC não regulam suficientemente o intrincado incidente concursal, e omissões tendem a ser supridas pela jurisprudência e pela doutrina. Em conclusão, são apresentadas sugestões procedimentais em resposta a questões subjacentes ao incidente concursal.

Palavras-chave: Execução. Concurso de exequentes. Solvência do devedor. Penhora. Incidente processual.

*Abstract: This paper analyses the concurrence of creditors, which is a procedural issue that can occur in judicial enforcements of credit against solvent debtors (Code of Civil Procedure, Articles 711-713). The study is justified by the common situation in Courts involving multiple enforcement actions filed by creditors against the same presumably solvent debtor, and multiple attachments of the same good. Both the current Code of Civil Procedure and the Bill of the new Code do not sufficiently regulate this knotty concurrence, therefore omissions tend to be supplied by case law and legal doctrine. In conclusion, procedural suggestions are presented in response to issues related to the concurrence of creditors.*

*Keywords: Enforcement of credit. Concurrence of creditors. Solvency of the debtor. Attachment of assets. Procedural issue.*

### 1 INTRODUÇÃO

A execução específica de crédito implica entrega de dinheiro ao credor. O Código de Processo Civil e os correntes

estudos a respeito cuidam, em geral, da hipótese mais simples dessa execução, qual seja, a execução movida por único credor – a execução singular. Porém, não é raro o caso de o mesmo devedor responder perante mais de um credor. Surge, então, a questão do pagamento desses credores.

O presente trabalho não tem como premissa que o devedor de vários credores seja insolvente, isto é, que não tenha patrimônio suficiente a responder por todos os créditos. Estes casos em que o devedor está em desequilíbrio patrimonial são próprios da falência e da execução de quantia certa contra devedor insolvente – execuções coletivas.

O estudo se justifica pela comum situação forense envolvendo execuções movidas por múltiplos credores em face do mesmo devedor, presumivelmente solvente. Tal fato estabelece conexão entre as execuções e a penhora sobre o mesmo bem do devedor comum.

O Código, no entanto, não oferece regulação suficiente para o intrincado incidente concursal. Tampouco o projeto do novo Código de Processo Civil é generoso no tratamento do assunto: dispensa-lhe dois dispositivos (arts. 924 e 925),<sup>1</sup> com abordagem semelhante à do código atual.

A falta de legislação dá azo à criação jurisprudencial e doutrinária, pois os problemas práticos não são passivos à mora legislativa. Aspiramos contribuir para a elucidação de alguns problemas havidos durante o incidente concursal, de ordem prática, sem negligenciar a base teórica a sustentar o raciocínio jurídico.

Por fim, a abordagem deste estudo de caso será, em verdade, prospectiva. A partir da análise de situação corriqueira, procurou-se desenvolver o âmbito das questões

subjacentes ao incidente concursal e apresentar algumas sugestões procedimentais, sinteticamente indicadas nas conclusões.

## 2 OS FUNDAMENTOS DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE EXECUÇÃO EM CONCURSO

A tutela padrão para a execução de quantia certa é dimensionada para o credor único. Regra geral, ao não solver a obrigação de dar dinheiro, sujeita-se o patrimônio do devedor ao pagamento, pela força do Estado, que substitui a vontade daquele. Em outros termos, o Estado-juiz intromete-se no patrimônio do devedor e, expropriando-o, paga o credor exequente. A expropriação assume seu primeiro aspecto, qual seja, privar o devedor responsável de determinado bem. O bem expropriado, quando dinheiro, servirá diretamente à satisfação do credor de quantia certa – exatamente o tipo de obrigação, de cuja execução forçada é objeto dessas linhas. Quando o devedor responsável não dispuser de dinheiro expropriável, mas de qualquer outro bem penhorável, a expropriação toma seu segundo aspecto, isto é, os atos executórios tendem à realização do bem em dinheiro, a ser finalmente entregue ao credor. Ao credor de quantia certa não interessa receber o bem expropriado, senão dinheiro.<sup>2</sup>

O direito brasileiro contemporâneo tem regramentos diferentes quanto às diversas pretensões executivas a recair sobre o devedor comum. A sistemática varia pelo estado patrimonial do devedor. Em outras palavras, as técnicas de tutela executiva – no caso de diversos credores do mesmo devedor – são adaptadas à possibilidade (ao menos presumida) de o devedor solver todos os créditos que lhe são exigidos. Se há patrimônio suficiente aos pagamentos, a técnica é uma; se

insuficiente, outra. Daí ser questão prévia saber se o devedor é solvente ou insolvente.

É pressuposta a solvência do devedor executado: a insolvência depende de reconhecimento judicial, desfazendo a presunção. A solvência significa o balanço patrimonial positivo, isto é, considerado o patrimônio como o conjunto de direitos e deveres com expressão pecuniária, é solvente a pessoa que tiver mais direitos do que deveres. O conceito é especialmente relevante para o Direito, pois a responsabilidade pelas dívidas é sempre patrimonial, nunca corpórea. Em outros termos, a cobertura da dívida é feita pelos direitos que o devedor detém.

A insolvência implica situação adversa: há menos direitos a cobrir as obrigações do devedor; assim, não haverá como honrá-las todas, ao menos no momento em que se faz referido balanço.

Não se confunde a insolvência com a impontualidade. Esta é o mero inadimplemento das obrigações de cunho patrimonial no prazo estabelecido e não redundando, necessariamente, em insolvência. O insolvente é impontual, mas o impontual não é sempre insolvente.

No caso de o devedor ser solvente, a sistemática da tutela executiva obedece à noção liberal de *vigilantibus iura*. Da premissa se desdobra outra (*prior in tempore potior in iure*), a indicar que o credor de primeira iniciativa é pago com antecedência. Não há razão em se coordenar os pagamentos, pois sendo solvente, há bens bastantes ao pagamento das dívidas.

O estado de insolvência frustra a possibilidade de os credores serem todos pagos e gera grave crise na liquidação do débito. Apenas por argumentação, se sob insolvência

vigesse a sistemática do *prior tempore*, somente os credores mais afoitos seriam pagos. Ocorre que a insolvência contribui para a premissa de que os credores não serão todos pagos – essencialmente. Cabe ao Direito, então, modular a tutela para que o menor dano possível seja causado aos diversos credores. A sistemática adotada no Brasil, em tais casos, é a da *par conditio creditorum*: os credores são pagos proporcionalmente dentro de sua classe de preferência.

Situação peculiar é a do executado solvente, sobre cujo bem recaem diversas penhoras. Os exequentes assegurados por tal penhora comum não são pagos proporcionalmente, mas na ordem de suas preferências (Código de Processo Civil, art. 613). A preferência, por sua vez, pode ser de índole material ou processual, como se verá.

### 3 BREVE CONCEITUAÇÃO DO CONCURSO DE EXEQUENTES

O concurso ora tratado não é qualquer disputa entre credores. Trata-se de peculiar modo de satisfação de credores que ocorrem ao patrimônio do devedor. Como se entrevê da introdução, o concurso de credores objeto destas reflexões é o previsto nos arts. 711 a 713 do Código de Processo Civil. Pressupõe a existência de múltiplas penhoras, oriundas de diversos processos de execução, sobre o mesmo bem do devedor, bem como sua solvência.

A solvência do devedor implica a suficiência de bens para pagamento de sua dívida, sejam quantos forem os credores. Sendo assim, não é preciso o rateio da massa realizada do devedor. Não há vencimento antecipado das dívidas e não há arrecadação dos bens do executado.

O incidente põe-se a resolver restrita questão: como será partilhado o dinheiro obtido em arrematação do bem penhorado?

Se o bem executado produzir dinheiro suficiente ao pagamento de todos os créditos executados assegurados por penhora, o incidente concursal apenas organizará a ordem dos alvarás do levantamento do dinheiro (MOREIRA, 2007, p. 266). Todos serão pagos. Não é incomum, contudo, que da arrematação se obtenha dinheiro insuficiente à quitação de todos os créditos executados com penhora constituída. Daí, em que pese ao concorrente se deferir determinada classificação de seu crédito, não haverá pagamento, pois o dinheiro foi absorvido pelos credores com melhor preferência. No entanto, essa corriqueira circunstância não importa transformar automaticamente a execução singular em coletiva: o credor insatisfeito poderá: (a) requerer a declaração de insolvência ou falência do executado; ou (b) procurar outro bem do executado a penhorar. Trata-se de delicada estratégia do credor.

#### 4 NATUREZA JURÍDICA DO CONCURSO DE EXEQUENTES

O concurso de exequentes é incidente processual na execução de quantia certa contra devedor solvente. Embora haja autores que considerem o concurso como fase da execução (ARAGÃO, 2004, p. 86), frisa-se que suposta fase não é obrigatória. Em outros termos, o procedimento da execução não comporta sempre o concurso de exequentes. As fases do processo, componentes do procedimento, são etapas previstas em lei, passos a serem dados rumo à prestação da tutela jurisdicional sob o devido processo legal. Importa dizer que

a fase do processo é parte obrigatória do procedimento, cujo curso é previsto em lei e é cumprido por impulso oficial. Tal não ocorre com o concurso de exequentes. Ao menos sob a regulação legal, não é obrigatório que se instaure o concurso em toda execução. Em que pese, como se verá, caber ao juízo tomar providências para não tornar fortuito o processamento do incidente, de todo modo, o concurso de exequentes é estabelecido por provocação de alguma das partes ou de terceiro. Assim, tem-se que o concurso é incidente no curso da própria execução, sem o condão, diga-se, de suspendê-la.

Embora haja precedente do Superior Tribunal de Justiça a afirmar, em *obiter dictum*, que o concurso de credores será processado em apartado,<sup>3</sup> há óbice operacional para tanto. Não consta na tabela de classes e assuntos processuais qualquer referência a essa espécie de incidente; portanto, sob o ângulo prático da distribuição, juntada e processamento, o concurso de exequentes se dá nos próprios autos da execução. Ademais, não se condena em honorários quaisquer das partes em concurso, já que à execução são inerentes seus próprios honorários: despiendo cobrá-los em duplicidade. Ainda, o provimento judicial que decide o incidente é decisão interlocutória, como veio a esclarecer a modificação do art. 713, por força da Lei nº 11.382/2006, que extirpou do dispositivo a dicção “sentença”, para agora se referir à mera decisão do juízo.<sup>4</sup> Por não ser definitiva a decisão, tampouco julgar mérito da pretensão executiva – não envolvendo, assim, qualquer situação dos arts. 267 e 269 (art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil) –, referida decisão admite agravo de instrumento.

## 5 CONCURSO DE EXEQUENTES – ESPÉCIE PRÓPRIA CONCURSAL

Refere-se ao concurso de exequentes o concurso especial previsto nos arts. 711 a 713 do Código de Processo Civil. Embora alguns o chamem de concurso de credores, é preferível referir-se a exequentes, se bem que secundário o nome, no que toca à realidade jurídica regulada por aqueles dispositivos.

Com efeito, os poucos dispositivos legais a respeito não são suficientes para regular o incidente concursal, mas lançam, ao menos, traços de identificação do instituto. Passa-se a tratar, tanto quanto possível no espaço destas linhas, dos aspectos práticos, processuais e materiais do incidente.

### 5.1 *Pressupostos processuais específicos do incidente*

O concurso é estabelecido entre as pessoas que tenham penhora sobre o mesmo bem arrematado, portanto, pressupõe credores em execução de seus créditos. É inadmissível, no incidente, a presença de credor que não ajuizou execução. Não é suficiente, ainda, o aforamento de execução: é de rigor que haja penhora. Por isso se criticou a nomenclatura do instituto “concurso de credores”, pois não basta ser credor – o exequente deve ter penhora sobre o bem.<sup>5</sup> Ao cabo, no incidente será discutida a preferência a que aduz o art. 613 do Código de Processo Civil.

A espécie é inconfundível com a execução de quantia certa contra devedor insolvente e com a falência, ambas, é certo, execuções concursais. Estas pressupõem insolvência. O concurso de exequentes, não.

Em suma, são pressupostos para a instauração do incidente a concorrência de vários exequentes, aparelhados

em suas execuções com penhoras sobre o mesmo bem do devedor comum solvente.

De toda forma, o coexequente que não acorrer ao concurso não é prejudicado em sua execução singular, tampouco em seu direito material. Deverá, no entanto, procurar outro bem a penhorar (ASSIS, 2003, p. 256).

## 5.2 *Competência*

À falta de dispositivo legal, controverte-se acerca da competência para o processamento e o julgamento do incidente concursal.

Respeitável corrente diz estabelecida a competência pelo juízo da primeira penhora, por ocorrer prevenção. A primeira penhora previne o juízo, adaptando-se o processo executivo às disposições concernentes à prevenção no processo de conhecimento. Afirma-se que as múltiplas penhoras a propiciar o concurso de exequentes ficam atadas pelo liame da conexão instrumental.<sup>6</sup>

Outra corrente entende ser competente o juízo em que houve a arrematação do bem penhorado (GIANNICO, 2012, p. 311). A ausência de preceito a fixar a competência não desautoriza a interpretação sistemática topológica: o art. 712 reza que os credores formularão suas pretensões, estabelecendo-se o contraditório entre eles; o artigo seguinte determina que o juiz decidirá o incidente. Ambos os artigos estão sob a rubrica “Da entrega do dinheiro” (Subseção II). O juízo a determinar o levantamento do dinheiro é aquele que o detém sob custódia, qual seja, o juízo em que se ultimou a arrematação. Há utilidade neste entendimento.

A finalidade do incidente concursal – a repartição do dinheiro obtido na arrematação – aconselha que o concurso seja instaurado somente quando ultimada a alienação judicial. Antes desse momento, o concurso não será estabelecido, pois não há pressuposto para a repartição do dinheiro: não se sabe quanto repartir. Acrescente-se que o juízo que promove a arrematação se acautela, para eficácia da arrematação, de cientificar partes e terceiros no processo sobre a data e o local do leilão, bem como sobre a efetivação do leilão. Razões de ordem prática estimulam a competência do juízo arrematante.

Não é convincente o argumento de que a primeira penhora é critério para exercer *vis attractiva* de outros processos executivos, para fins de concurso. A prioridade da penhora tem efeitos para se decidir acerca da ordem de recebimento dos créditos, à falta de outro privilégio legal. Desatrelar a custódia do dinheiro, produto da arrematação, da decisão sobre a ordem de pagamentos é instituir cisão de competência acerca de questões prejudiciais. O *quantum* obtido interfere na ordem de preferências, na medida em que alguns exequentes preferirão desistir da penhora que tinham, para requerer outra.

Os exequentes em outros processos, sabendo da arrematação, poderão protestar suas preferências. Seja qual for a qualidade do crédito em execução ou a pessoa que o executa, não incidem, para fins do concurso de exequentes, os critérios fixadores de competência em razão da matéria ou da pessoa. Assim, ainda que arrematado o bem no juízo estadual, o protesto de preferência da Fazenda Nacional não faz deslocar à Justiça Federal a competência para o incidente (verbete nº 270 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça). Justifica-se o posicionamento pelo limitado objeto do processo: a cognição

acerca da ordem das preferências. Não se discutirá sobre a razão ou sem razão do crédito em execução, tampouco a legalidade ou a ilegalidade das penhoras de outros processos, daí o incidente não constituir “causa” ou “ação”. Os critérios de fixação de competência usualmente se referem ao ajuizamento de causas (*v.g.* Constituição da República, art. 109, para fixação da competência da Justiça Federal), ou de ações (arts. 94 e seguintes do Código de Processo Civil), isto é, processos que veiculam a pretensão de tutela correspondente à pretensão de direito material. No caso das execuções, a pretensão já foi exercida pelo aforamento de cada uma delas, não sendo o incidente concursal a oportunidade para discutir o mérito das execuções. Não que o incidente não suscite seu próprio objeto; há, mas é inconfundível com o mérito da execução, sem compor “causa” ou “ação”.

Questão interessante é a da verificação da instauração do concurso em processo em que houve arrematação posterior à havida noutro processo de execução. Entende-se que a arrematação, ou melhor, a lavratura do auto de arrematação é ato judicial que gera preclusão. Não importa o juízo em que se deu a arrematação de um bem, uma vez arrematado, isto é, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário ou leiloeiro, a arrematação é considerada perfeita, acabada e irretratável (Código de Processo Civil, art. 604, *caput*). Gera graves consequências jurídicas ignorar esse ato jurídico perfeito exarado pelo Poder Judiciário, uno. A unidade do Judiciário, a par das Justiças especializadas, informa a preclusão da arrematação. Contudo, é possível preservar a segunda arrematação, se o produto arrecadado for mais vantajoso do que o da arrematação anteriormente havida; funda-se essa posição

no caráter licitatório da expropriação por leilão: intenta-se o melhor preço.

A competência é funcional, em razão da prejudicialidade acima referida, portanto, absoluta. Se juízo diverso daquele em que arrematado o bem penhorado receber e processar o incidente, nula é a decisão a respeito da ordem de preferência (art. 113 do Código de Processo Civil).

### 5.3 *Momento de instauração do incidente*

Ultimada a arrematação, com subscrição do auto, até a entrega efetiva do dinheiro, pode ser instaurado o incidente concursal.<sup>7</sup> A finalidade de repartir o dinheiro entre os exequentes que penhoraram o bem excutido instiga que o incidente seja instaurado única vez. Não se permite que os exequentes habilitáveis venham, em momentos diferentes, requerer sua prelação, pois o juízo tem o dever de decidir pontualmente a ordem em que será recebido o dinheiro. Embora o incidente tenha lugar em qualquer momento entre a arrematação e o pagamento ao exequente do processo principal, isso não significa que sejam permitidos exequentes retardatários. A sistemática é diversa das execuções coletivas (contra devedor insolvente e falência). Como a solvência é pressuposto desta espécie concursal, o não recebimento de pagamento por algum exequente retardatário não impede que o receba a partir de outra penhora; ocorre que não receberá pagamento proporcionado pelo produto da arrematação do bem penhorado, objeto do concurso. Nota-se que cabe aos exequentes diligenciar para apresentarem suas prelações.

Não é admissível a instauração de ofício do incidente. Como já ventilado, o incidente é ocasional, e não compõe

etapa obrigatória da execução; portanto, sua instauração não está entre as providências de impulso oficial (Código de Processo Civil, art. 262).<sup>8</sup> Não obstante, o juízo cuidará da regularidade processual, a serviço da adequada tutela jurisdicional. O atendimento da pretensão do exequente que moveu o processo é aspecto secundário, em relação ao escopo primacial da atividade jurisdicional, qual seja, a atuação do Direito. Sendo de direito a possibilidade do concurso, zelará o juízo por sua viabilidade, comunicando os demais exequentes sobre a repartição do dinheiro. O juízo não está a serviço do exequente, mas da aplicação do Direito. Por fim, a execução é exercício da disponibilidade do credor sob inúmeros aspectos (Código de Processo Civil, art. 569),<sup>9</sup> entre os quais, a utilidade em se ativar em concurso (pode preferir procurar outro bem a penhorar). A dificuldade está em terem ciência da ultimação da arrematação.

### 5.3.1 Valia de algumas comunicações no curso da execução

A dificuldade mencionada pode ser mitigada, se algumas cautelas forem tomadas, de início, pelo próprio juízo.

No caso de o bem penhorado ser imóvel, as penhoras são registradas no Registro de Imóveis. Constam, portanto, da matrícula do imóvel. O art. 698 do Código de Processo Civil impede a alienação (e a adjudicação) do bem, se não foram comunicados, a respeito da ocasião do leilão, o credor com garantia real e os terceiros – que não fazem parte do processo – com penhora sobre o bem.

De início, poder-se-ia pensar que o dispositivo é útil para tais pessoas, científicas do leilão pela notificação, apenas para a chance de adjudicarem o bem. No entanto, o

preceito é valioso para o tema ventilado: a comunicação de data e local do leilão científica-os de que uma possível arrematação é iminente. Haverá dinheiro a ser partilhado, se habilitados em concurso. Não incrementa o expediente, despropositadamente, o juízo em que se deu a arrematação renovar intimação assim que o auto de arrematação for assinado. Os outros juízos em que houve penhora sobre o bem arrematado ficam desobrigados a proceder ao próprio leilão, e os exequentes deverão diligenciar para que participem do concurso.

A sorte da execução em que houve arrematação não deve ser entregue à iniciativa dos exequentes de outros processos. É cabível ao juízo arrematante, ao comunicar os juízos que haviam penhorado o bem arrematado, assinalar prazo para que os exequentes venham apresentar suas preferências. Tudo para que o processo tenha andamento sob o contraditório, mas com os devidos mecanismos de preclusão, para impedir contramarchas.

Esse procedimento evita que outros juízos procedam a arrematações sucessivas, criando problemas em cascata. Se tantos juízos quanto penhoras havidas sobre o mesmo bem fizerem suas próprias arrematações, haverá múltiplas cartas de arrematação passíveis de registro. A colidência entre as cartas a registrar cassa a credibilidade que os arrematantes poderiam ter em seus títulos, situação que enfraquece o sucesso de outros leilões. Daí a imprescindibilidade de que os juízos sejam comunicados da ocorrência do leilão do bem com múltiplas penhoras.

Forçosa a comunicação aos outros credores com penhora sobre o bem arrematado. Surge então a questão de como comunicá-los do ato processual.

Tomando como base a arrematação de bem imóvel, é possível saber, pela certidão do registro de imóveis, quantas penhoras existem, pois constam de registro ou averbação. Pelo registro das penhoras sabe-se o processo, o juízo e o exequente respectivo. A primeira opção seria o juízo arrematante expedir notificação a cada exequente, por seu advogado. Contudo, essa via científica apenas a parte, mas não o juízo que determinou a penhora. Como mencionado anteriormente, é útil ao juízo saber que há arrematação, pois assim não prosseguirá no que tendia fazer. Por isso, mais adequado é oficiar a cada um dos juízos constituintes de penhoras, comunicando a arrematação e solicitando: (a) a intimação dos exequentes, para que protestem suas preferências em dado prazo; e (b) que o juízo oficiado comunique ao oficiante quando se ultimou a intimação mencionada em “a”.

Não se trata de carta precatória, mas de mero ofício, com serventia principal de comunicar ao juízo constituinte de penhora que houve arrematação. Contudo, a necessidade de intimar os exequentes serve para concentrar a fase de apresentação das preferências.

A descoberta de outras penhoras sobre o bem a arrematar, quando este é móvel e não se submete a qualquer sistema de registro público, é, em princípio, dificultada. Em geral, contudo, a penhora de bem móvel efetiva-se com a entrega do bem ao depositário (Código de Processo Civil, art. 664). Assim, as penhoras sucessivas serão feitas sobre o bem já penhorado, em mãos do depositário. Conclui-se que o múnus do depositário de conservar – juridicamente, inclusive – o bem (Código de Processo Civil, art. 148) abrange o dever de prestar informações ao juízo acerca do estado do bem.

Informação valiosa, para o caso presente, é a superposição de penhoras havidas sobre o bem penhorado e depositado. Como o depositário detém o bem móvel a título de penhora, e sendo descabida a nomeação de diferentes depositários para o único bem penhorado mais de uma vez, ele poderá informar quantos exequentes pretendem executar o bem (ASSIS, 2003, p. 236).

A informação a respeito das penhoras concorrentes sobre bem móvel é exigível do executado. É certo que o executado não pode se opor artificialmente à execução (art. 600, II, do Código de Processo Civil), a pretexto de ver executado seu bem penhorado para a satisfação de um exequente apenas e, assim, perceber o que sobrou do pagamento (art. 710 do Código de Processo Civil). Havendo várias penhoras sobre o bem a arrematar, não poderá o executado se valer do citado art. 710, a menos que ainda lhe reste dinheiro após o pagamento de todos os exequentes em concurso. A boa-fé processual impõe ao executado que informe ao juízo, se assim determinado, quais os exequentes com penhora sobre o bem a arrematar, para viabilizar o concurso, sob pena de atentar à dignidade da Justiça ou mesmo incorrer na litigância de má-fé.

Razões de ordem prática requerem seja o procedimento incidental de concurso de exequentes instaurado concentradamente. Não se abre a oportunidade do incidente a qualquer momento, mas em ocasião hábil a prestar a tutela jurisdicional condigna.

Reputa-se cumprido o devido processo legal substancial ao se aguardar momento propício para instauração do incidente. A título de argumentação, imagine-se a situação adiante.

Em duas execuções, propostas por credores diversos em face do devedor comum, ambos se asseguram com penhora sobre o mesmo bem. Sem vislumbrar a iminência da arrematação, ambos protestam prontamente sua preferência, instaurando-se o concurso. Decide o juízo que “A” será pago primeiro que “B”, pois fora o primeiro exequente a penhorar o bem a excutir. Sem que “B” recorra, preclui a decisão. Mais tarde, outro credor move execução em face daquele devedor. Assegura-se com penhora sobre o mesmo bem. Indaga-se: terá perdido a oportunidade de protestar sua preferência? Outro concurso será instaurado? Note-se que, se o terceiro exequente (chame-se de “C”) gozar de preferência apenas de ordem processual (ordem da penhora), não haverá prejuízo no aditamento<sup>10</sup> da decisão, para deferir-lhe o pagamento em terceiro lugar. Dificulta-se o caso se sua preferência for de espécie substancial, ocasião em que terá melhor preferência, em que pese ser a última das penhoras realizadas. Percebe-se que aquela decisão deverá ser totalmente reformada. Supondo reformada a decisão, rearranjando a ordem de preferência dos credores, imagine-se um quarto exequente obtendo penhora sobre o mesmo bem. Vê-se que a problemática prossegue.

Evita a situação acima a salutar espera pelo melhor momento para instaurar o concurso. Entende-se que o momento adequado para o concurso é a fase da entrega do dinheiro, isto é, após a arrematação do bem.

#### 5.4 *Primeiro juízo de admissibilidade do incidente concursal*

Arrematado o bem, após as comunicações já aludidas, estas devem ser renovadas, a fim de dar aos interessados oportunidade para protestar suas preferências. Caberá ao

juízo controlar a admissibilidade do coexequente no concurso. Contudo, o primeiro controle é provisório: a admissão inicial não implica preclusão para o juízo: este pode rever a decisão de admissibilidade – de ofício ou a requerimento, em exercício do contraditório –, sob cognição exauriente, então se operando a preclusão.

Para ser admitido no concurso, o interessado deve comprovar ter ajuizado execução contra o mesmo devedor demandado no processo em que houve a arrematação do bem. Não é só: deve comprovar que, na execução em que moveu, foi efetivada penhora sobre o bem arrematado. Como mencionado, a execução em curso e a penhora sobre o mesmo bem do devedor comum são pressupostos para o incidente. Será excluído do concurso de exequentes (ou melhor, nele não admitido) o interessado que não provar tais pressupostos.

Poder-se-ia imaginar a admissão, no concurso, do credor com direito real sobre o bem, instituído antes das penhoras, independentemente de mover execução ou ter constituído penhora em seu favor. É o que dá a entender o art. 709, II, do Código de Processo Civil, ao atrelar a entrega do dinheiro (produto da arrematação) ao credor apenas se não houver, sobre os bens alienados, outro crédito assegurado com melhor privilégio ou preferência (ASSIS, 2003, p. 239). Entretanto, esse não é o melhor entendimento, pois é inadmissível que qualquer credor seja pago judicialmente, sem ter procurado a tutela jurisdicional executiva, sob o devido processo legal. Noutros termos, não participará do concurso de exequentes o credor sem execução ou penhora, ainda que seu crédito tenha maior preferência. Se o bem arrematado assegura o crédito deste peculiar credor – com direito real de

garantia -, o produto do dinheiro não lhe será entregue, mas poderá tornar sem efeito a arrematação (Código de Processo Civil, art. 694, § 1º, VI), se não foi comunicado da execução (art. 698).

O melhor privilégio deferido ao crédito assegurado por direito real não deve interferir no devido processo legal. Como amplamente aduzido, o concurso de exequentes pressupõe a solvência do executado, sendo incabível falar de vencimento antecipado da dívida (Código Civil, art. 1.425, e Código de Processo Civil, art. 751, I). Repise-se: não se trata o presente concurso de execução coletiva (universal). Se o credor com direito real (hipotecário, por exemplo) desejar cobrar o crédito judicialmente (execução singular), não prescindirá da execução, tampouco da penhora, que recairá, preferentemente, sobre o bem dado em garantia (Código de Processo Civil, art. 655, § 1º). São inconfundíveis o melhor título de privilégio com o pressuposto para o concurso, qual seja, o gozo de penhora (RODRIGUES, 2006, p. 260).

Situação similar – e comum no foro – é o protesto do município para receber o crédito de IPTU referente ao imóvel arrematado, arguindo o art. 130, *caput* e parágrafo único, do Código Tributário Nacional.<sup>11</sup> Geralmente, a Fazenda municipal pretende a sub-rogação no preço da arrematação independentemente de ter movido execução ou de ter penhora sobre o bem arrematado. Com efeito, sem penhora, o município não poderá participar do concurso, a menos que se queira deferir-lhe esse privilégio processual, em desrespeito ao devido processo legal. Contudo, a sub-rogação prossegue no preço apurado. Se o dinheiro foi repartido entre exequentes em concurso com créditos de menor privilégio que o da

Fazenda municipal, caberá a esta, em via ordinária, comprovar o preterimento.<sup>12</sup>

Somente o exequente cujo crédito esteja assegurado por penhora será admitido no concurso. Acentua-se, ainda, o dever de alegar a espécie de privilégio de que goza.<sup>13</sup>

### 5.5 *Instalação do contraditório*

Apenas os executados admitidos no concurso, após a verificação dos pressupostos, participarão do contraditório. Ao lado da garantia constitucional ao contraditório (Constituição da República, art. 5º, LV), o art. 712, 2ª parte, do Código de Processo Civil, menciona a disputa (*ipsis litteris*) entre os coexecutados em concurso. Natural que se lhes dê a oportunidade de influenciar o juízo. Embora os artigos do Código de Processo Civil não organizem o contraditório, cabe ao juízo, adaptando o procedimento, dar prazo para que os coexecutados impugnem os créditos uns dos outros. Intimam-se os advogados dos coexequentes para impugnarem os créditos protestados, em cinco dias.<sup>14</sup>

### 5.6 *Necessidade de intimação do executado*

Deve-se, outrossim, assegurar o contraditório ao executado: embora as impugnações versem estritamente sobre a classificação da preferência e a anterioridade da penhora (Código de Processo Civil, art. 712), é impensável excluir dos pontos impugnáveis a verificação dos pressupostos à participação do concurso.<sup>15</sup> Sendo assim, há interesse jurídico do executado em preservar seu patrimônio, ao reduzir o número de exequentes que partilharão o produto da excussão, já que permanecerá titular do dinheiro que sobrar (Código de Processo Civil, art. 710).

### 5.7 *Objeto de decisão do incidente*

As execuções possuem mérito, embora o mérito executivo tenha sua apreciação deslocada para processos autônomos, como os embargos à execução e a impugnação ao cumprimento de sentença (DINAMARCO, 2010, p. 330-1). Ainda assim, o objeto<sup>16</sup> do incidente concursal não se confunde com o mérito da execução. Embora nesta predominem atos judiciais executivos, é elementar que durante o trâmite da execução o juízo tenha de decidir questões que a influenciem.<sup>17</sup> A repartição do dinheiro arrecadado entre os exequentes em concurso suscita decisão do juiz, para que a execução tenha termo. Eis o objeto do incidente: definir a ordem das preferências entre os exequentes, para que se proceda à entrega do dinheiro.

#### 5.7.1 *A preferência como questão do incidente*

A definição da ordem das preferências entre os exequentes admitidos ao concurso especial não se dá sob ampla litigância. Em outras palavras, a amplitude do objeto de discussão é diminuída pela lei. Os coexequentes em concurso não poderão aduzir todos os argumentos imagináveis para ataque recíproco. Diz o art. 712, 2ª parte, do Código de Processo Civil, que a disputa versará apenas sobre o direito de preferência<sup>18</sup> e a anterioridade da penhora.

Sem descaracterizar a cognição parcial, cabe saber se os limites do preceito podem ser dilargados.

Os coexequentes poderão arguir a ausência de pressupostos concursais em relação a alguns deles: apresentando-se ao concurso sem ter penhora, o coexequente não pode ser admitido; se o juízo o admitiu quando do pedido de protesto, é certo que não se observa ainda a preclusão para o julgador,

pois a admissão é provisória, como sói ocorrer no primeiro juízo de admissibilidade da demanda. Pode-se, portanto, arguir e provar que ao coexequente não é lícito concorrer. Semelhante raciocínio se dá em todos os casos em que o coexequente não pode perceber o pagamento do crédito executado. Por exemplo, a par da execução pendente e com penhora constituída sobre o bem arrematado, a oposição de embargos com efeito suspensivo (contra a execução singular que movera) impede o pagamento. É inolvidável que o concurso de exequentes, apesar de ser incidente cognitivo – por definir a ordem de pagamentos –, tem curso no bojo do processo (ou fase) de execução, de viés eminentemente prático. Perturba a tutela satisfativa, típica da execução, condicionar o pagamento de uns ao sucesso da execução de outros. Deve-se ter em vista que o concurso de exequentes pressupõe a solvência e resolve pontual problema prático: o destino do dinheiro produto do bem arrematado, ou seja, a ordem de pagamento dos exequentes. A solvência, no entanto, não afasta a possibilidade de o bem arrematado não dar conta das várias execuções em que houve sua penhora. Sendo assim, há interesse jurídico do coexequente em assegurar a eficácia da penhora, ao excluir outro coexequente.<sup>19</sup>

À possibilidade de impugnar a ultimação das respectivas execuções singulares, como aludido no parágrafo anterior, não segue permissão aos executados para impugnarem a existência, em si, dos créditos em execução. Em outros termos, nos estritos limites da cognição parcial que caracteriza o concurso de exequentes, não se podem alegar as matérias constantes no Código Civil, art. 956, no Código de Processo Civil, art. 768, *caput, fine*, e na Lei nº 11.101/2005, art. 164, § 3º.

Isto é, veda-se aos coexequentes alegar nulidade ou fraude dos créditos uns dos outros.<sup>20</sup> Os artigos citados tecem a sistemática de execução universal, sob o pressuposto da insolvência. A execução universal envolve questões mais caras e complexas ao deslinde do problema do pagamento das dívidas, e por tal motivo abarca a fase de verificação dos créditos, quando se opera a certificação judicial da existência ou não do crédito habilitado (ASSIS, 2003, p. 249-53).

De resto, o objeto principal do incidente é a ordem dos créditos a serem pagos. Item específico é dedicado a isso.

### 5.8 *A ordem de pagamento dos créditos segundo a preferência*

O concurso de exequentes estabelecido em virtude da pluralidade de execuções singulares ajuizadas em face do devedor exequente segue a sistemática do pagamento segundo o melhor direito. É o que estabelece a regra o art. 613 do Código de Processo Civil: tudo deve seguir o título de preferência. Em verdade, as preferências não se mostram claramente. Normalmente, a questão da classificação das preferências é levantada nas execuções universais; assim, o estabelecimento das preferências atende aos reclamos da condição da insolvência. Contudo, o incidente concursal pressupõe solvência: a classificação das preferências tem outra sistemática. Por exemplo, os pagamentos não são feitos *pro rata*, mas pela ordem cronológica das penhoras; ainda, é indevido o deslocamento das multas tributárias – tão típico nas falências – para a classe dos subquirografários (Lei nº 11.101/2005, art. 83, VII), pois é elementar a solvência do executado no incidente concursal.

Em linhas gerais, a preferência segue critérios de direito material e processual. No tocante ao direito material,

estabelece-se a preferência, em virtude do crédito de natureza real e de privilégios (Código Civil, art. 958). Os privilégios, nesta ordem de ideias, tocam créditos de natureza pessoal e comportam divisão: há privilégios especiais e gerais, estes sucumbindo àqueles. Não havendo privilégio, diz-se ser quirografário o crédito. Por fim, há o grupo dos subquirografários, agraciados por último com o pagamento.

Outro dispositivo ainda trata da ordem de preferências, qual seja, o art. 186 do Código Tributário Nacional:

Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. [Redação dada pela Lei Complementar nº 118/2005.]

Parágrafo único. Na falência:

I – o crédito tributário não prefere aos créditos extracursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;

II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e

III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados. [Parágrafo único e incisos incluídos pela Lei Complementar nº 118/2005.]

É necessário atentar para a sistemática do Código Tributário Nacional, devidamente modificado pela Lei Complementar nº 118/2005, em virtude das adaptações necessárias à lei de quebras, também de 2005. O estatuído no *caput* e no parágrafo único dá preferência, apenas na falência, aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem, em detrimento dos créditos tributários.<sup>21</sup> Não se tratando de falência, os créditos tributários são preteridos apenas pelos

créditos trabalhistas (MOSCON, 2006, p. 47). Como a solvência é pressuposto para a espécie concursal objeto destas linhas, não é adequado tomar as disposições falimentares para casos diferentes da insolvência do devedor.<sup>22</sup>

Em atenção aos dispositivos legais e aos escopos diversos das execuções universais e do incidente concursal,<sup>23</sup> adota-se a seguinte classificação dos créditos:<sup>24</sup>

1. Créditos trabalhistas, incluídos os oriundos de acidente de trabalho e os relativos ao FGTS (Código Tributário Nacional, art. 186, *caput*, e Lei nº 8.844/1994, art. 2º, § 3º);
2. Créditos tributários ou não tributários, inscritos em dívida ativa, principais ou acessórios (Código Tributário Nacional, art. 186, *caput*, combinado com o art. 29, parágrafo único, e com o art. 4º, §4º, ambos da Lei nº 6.830/1980);
3. Créditos com garantia real (Código Civil, art. 961);
4. Créditos com privilégio especial (Código Civil, arts. 961 e 964, e Lei nº 11.101/2005, art. 83, IV);
5. Créditos com privilégio geral (Código Civil, art. 961 e 965, e Lei nº 11.101/2005, art. 83, V).
6. Créditos quirografários (Lei nº 11.101/2005, art. 83, VI, “a”); e
7. Créditos subordinados (Lei nº 11.101/2005, art. 83, VIII).

Adicionalmente, os créditos tributários mencionados na segunda posição têm subdivisão interna, nos termos do art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, combinado com o art. 29, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980: primeiro recebe a União, depois as autarquias federais; após, Estado-membro e autarquias estaduais, conjuntamente; então, Município e autarquias municipais, conjuntamente.<sup>25</sup>

Como já acentuado, referida classificação de preferência é de ordem material. Quanto à preferência de cunho

processual, sua valia se faz sentir quando disputam mais de um exequente sob idêntica preferência de ordem material. Entre eles não se faz pagamento proporcional, que homenageia a regra da *par conditio creditorum*, pela singela razão de que não há insolvência. Como o concurso se dá em face de executado solvente, ainda organiza os pagamentos a regra *prior in tempore, potior in iure*: receberá o coexecutado com primeira penhora constituída. Em seguida, vem o coexequirente de idêntica classificação, com penhora posterior.<sup>26</sup> Assim, a preferência de cunho processual (ordem cronológica das penhoras) é útil para a organização das preferências da mesma classe de preferência material (GIANNICO, 2012, p. 316-7).

#### 5.8.1 Marco cronológico das penhoras

Para a resolução do concurso de exequentes, imprescindível ater-se à ordem das penhoras sobre o bem arrematado.

Efetiva-se a penhora por termo ou por auto (Código de Processo Civil, art. 659, § 4º). No comum dos casos, precedido de mandado de penhora, o auto consubstancia o cumprimento, por oficial de justiça, da constrição. A penhora por termo é viável se o exequente junta certidão da matrícula do imóvel, nos termos do art. 659, § 5º, do Código de Processo Civil. Em qualquer dos casos, sobretudo quando se penhoram bens móveis, o depositário deve constar do auto ou do termo de penhora (Código de Processo Civil, art. 659, § 5º, e art. 665, IV).

Em princípio, perfectibiliza-se a penhora pelo cumprimento do mandado – escriturando-se o auto –, ou pela simples lavratura de termo. No tocante aos bens sujeitos a sistema público de registro (em especial os bens imóveis), discute-se sobre a necessidade do registro da penhora.

A antiga redação do art. 659, § 4º do Código de Processo Civil, dada pela Lei nº 8.953/1994, antes das Leis nºs 10.444/2002 e 11.382/2006, indicava claramente que o registro era elemento da própria penhora de bens imóveis (BECKER, 2008, p. 19): “a penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro”. As leis posteriores retiraram a parte que atrelava a realização da penhora ao registro; fizeram, contudo, constar o registro (Lei nº 10.444/2002) ou a averbação (Lei nº 11.382/2006) como condição para a oponibilidade *erga omnes*. Resta saber que relevância tem o registro<sup>27</sup> da penhora, para fins do concurso de exequentes.

Assume-se a premissa de que não é necessária a averbação da penhora do bem imóvel para considerá-la perfeita. O efeito precípua da averbação é tornar conhecida de terceiros (presunção absoluta) a penhora efetuada (Código de Processo Civil, art. 659, § 4º). Deduz-se comumente o efeito *erga omnes*, para fins de fraude à execução. No tocante ao incidente recursal, entende-se que a penhora averbada é condição para participação do coexequirente.<sup>28</sup> Não é o entendimento comum, entretanto.

Dispensa-se a averbação da penhora para a participação no incidente, mas o coexequirente a quem cabia providenciá-la não será intimado na forma do art. 698 do Código de Processo Civil (GIANNICO, 2012, p. 298). Em que pese ser solução aceitável, entende-se que pode conduzir a situações injustas.

Não se respeita o devido processo legal substancial se se permite surpreender o coexequirente diligente (que averbou sua penhora) com a participação, no concurso, de outro

coexequente, titular de crédito melhor classificado materialmente, com penhora de imóvel não averbada. Note-se que o exequente pode pedir a substituição da penhora se o bem constrito já tiver o gravame de outra (Código de Processo Civil, art. 656, IV). Sabedor de outras penhoras – justamente o objetivo da averbação, *verbis*: “para presunção absoluta de conhecimento por terceiros” –, o exequente evitará para si o inconveniente de propulsionar a execução fadada à inutilidade. É viável admitir em concurso apenas os exequentes com penhora averbada, nos casos de penhora sobre bens imóveis. Além de tornar factível a intimação mencionada no art. 698 do Código de Processo Civil, a averbação, pelos efeitos que lhe são próprios, torna substancialmente adequado o processo (*substantive due process of law*). Os coexequentes disputarão o produto da arrematação em condições transparentes, se souberem exatamente quais serão os outros exequentes aptos a receber; a partir dessa informação, poderão pleitear, se preferirem, a substituição do bem penhorado. Cumpre realçar que os coexequentes são terceiros entre si, calhando-lhes o disposto a respeito da presunção absoluta de conhecimento da penhora alheia. Cabe ao juízo prevenir ato contrário à dignidade da Justiça (Código de Processo Civil, art. 125, III); por mais vago e ambíguo que seja o objetivo dessa prevenção, é certo que não anda bem a Justiça que permite ao exequente envolver-se em execução que não atingirá seu fim: a satisfação do crédito.

Não obstante a importante função da averbação para alguns casos, sua data não afeta a data da penhora efetuada, sempre por auto ou termo: é a data destes o marco temporal da penhora para aferição da anterioridade (ASSIS, 2003, p. 211-2).

Retroage à ocasião da pré-penhora (Código de Processo Civil, art. 653, embora diga sobre arresto), se convertida em penhora, nos termos do art. 654 do Código de Processo Civil.

## 6 CONCLUSÕES

I – O concurso de exequentes é incidente processual em que se organizam os credores de diversas execuções singulares.

II – Três são os pressupostos processuais específicos do concurso de exequentes: (a) execuções pendentes em face de devedor comum; (b) diversas penhoras sobre o mesmo bem do devedor comum; e (c) arrematação do referido bem.

III – Compete ao juízo da arrematação processar o incidente concursal.

IV – A oportunidade de instauração do concurso se dá pela comunicação do juízo arrematante da ocasião da praça e de sua efetivação a todos os credores com penhoras sobre o bem arrematado, bem como àqueles com direitos reais sobre a coisa alheia arrematada.

V – As comunicações aos coexequentes se fazem pelo rol de penhoras registradas na matrícula do bem imóvel. Semelhante proceder se adota em quaisquer casos em que o bem penhorado se submeter a sistema público de registro.

VI – No caso de o bem arrematado ser móvel, sem submissão a sistema público de registro, intimam-se o depositário e o devedor, para que informem quais outros eventuais exequentes detêm penhora sobre o bem a arrematar.

VII – Apresentadas as preferências pelos exequentes interessados – sem que haja litisconsórcio necessário –,

intimam-se todos, bem como o executado, para impugnar as preferências.

VIII – Podem as partes produzir provas para defesa de sua preferência, em audiência inclusive.

IX – A ordem será julgada por decisão interlocutória, a desafiar agravo de instrumento.

X – A ordem das preferências observa critérios materiais e processuais. Por critério material ou substancial entende-se a posição relativa em que o Direito aloca a espécie de crédito. Forma-se hierarquia entre classes de créditos, sob o ângulo da ordem de pagamentos.

XI – Havendo vários créditos pertencentes à mesma classe, a ordem de pagamentos segue o critério processual, isto é, a ordem das penhoras.

### *Referências bibliográficas*

ARAGÃO, Volnir Cardoso. Concurso especial de credores. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 117, set.-out. 2004.

ASSIS, Araken. *Concurso especial de credores no Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BECKER, Bruno. Concurso de credores: a preferência instituída pelo registro da penhora. *Revista de Direito e Jurisprudência*, n. 109, out. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos de processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos de processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 2.

GIANNICO, Maurício. *Expropriação executiva*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. Direitos de preferências e privilégios no concurso de credores na execução. *Revista de processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 131, jan. 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Concurso de exequentes (credores). In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

---

1 Projeto do novo Código de Processo Civil, em trâmite na Câmara dos Deputados (apensado ao Projeto de Lei nº 6.025/2005): “Art. 924. Havendo pluralidade de credores ou exequentes, o dinheiro lhes será distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas preferências. § 1º No caso de adjudicação ou alienação, os créditos que recaem sobre o bem, inclusive os de natureza propter rem, sub-rogam-se sobre o respectivo preço, observada a ordem de preferência. § 2º Não havendo título legal à preferência, o dinheiro será distribuído entre os concorrentes, observando-se a anterioridade de cada penhora. Art. 925. Os exequentes formularão as suas pretensões, que versarão unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora. Apresentadas as razões, o juiz decidirá. Parágrafo único. A decisão é impugnável por agravo de instrumento”.

2 Excepciona a execução específica de obrigação de quantia certa a possibilidade de o credor se satisfazer mediante adjudicação, nos termos dos arts. 685-A e seguintes do Código de Processo Civil. São regras, em que pese encontradas em lei processual, que regulam o exercício de aspecto substancial do objeto do pagamento da obrigação (Código Civil, art. 313).

3 REsp 976.522/SP, Terceira Turma, Relª. Ministra Nancy Andriighi, julg. 2 fev. 2010, DJe 25 fev. 2010.

4 Mais claro é o projeto do novo Código de Processo Civil, cujo art. 925, parágrafo único, prevê seja o incidente apreciado “em decisão impugnável por agravo de instrumento” (vide nota nº 1).

5 No caso de bens imóveis (ou outro bem sob sistema público de registro), é necessária a averbação da penhora – não por razões de efetivação ou perfeição da penhora, mas por eficácia. Mais amplamente, dedica-se tópico particular à reflexão, adiante.

6 Apresenta a corrente Araken de Assis (2003, p. 216), em monografia sobre o tema do concurso de exequentes (*Concurso especial de credores no Código de Processo Civil*). Alude adotá-la Paulo Furtado, Amílcar de Castro, Celso Agrícola Barbi, bem como Pontes de Miranda, em comentários sobre o Código de Processo Civil de 1939. O entendimento se baseia na conexão instrumental entre as execuções com diversas penhoras sobre o mesmo bem, isto é, no liame finalístico entre as execuções: a arrecadação de dinheiro a partir da excussão do bem para pagamento dos créditos. Não se trata do conceito de conexão encontrada no art. 103 do Código de Processo Civil, como adverte Araken de Assis (2003, p. 181), mas de concepção dilargada da conexão, tal como empregada pelo art. 315 do Código.

7 Argutamente, Dinamarco (2010, p. 1.446) pontua que o concurso de exequentes não é sobre o bem penhorado, mas sobre o dinheiro produto da excussão. Assim, a instauração do incidente depende da existência de dinheiro a repartir, o que se observa somente com a arrematação.

8 A favor da instauração de ofício, Araken de Assis (2003, p. 238).

9 Podendo desistir da execução, pode desistir de outras medidas mais brandas, como da penhora sobre determinado bem.

10 A solução, em si, é heterodoxa. A situação não se subsume a quaisquer dos casos do art. 463 do Código de Processo Civil; portanto, é preferível não se cogitar de aditamento da decisão.

11 Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.

12 De toda forma, o arrematante receberá o bem livre do ônus fiscal *propter rem*, sem prejuízo da sub-rogação no preço. Trata-se de interessante caso em que o crédito fiscal não foi solvido, sem ser impediendo do registro da carta de arrematação. Cabe ao juízo da arrematação, diante da recusa do oficial de registro de imóveis, determinar o registro da carta, independentemente da solução do crédito tributário. É certo que a hipótese traz tortuosos problemas, mas não se pode admitir o pagamento forçado do crédito tributário sem o ajuizamento da execução.

13 Por pretender fazer valer o privilégio de seu crédito, o coexequente tem o ônus de alegar e demonstrar a preferência pretendida. Sobre o ônus de afirmar como componente da inteireza da causa de pedir, veja-se Dinamarco, 2010, p. 542.

14 É a sugestão de Marcelo Abelha Rodrigues (2006, p. 262) que se acata. À míngua de regulação específica, o autor adverte que o prazo de cinco dias tem o apoio do prazo subsidiário do art. 185 do Código de Processo Civil, se bem que o dispositivo somente faz sentido justamente no caso de o juízo determinar o cometimento de algum ato processual, sem marcar-lhe prazo. Acrescentam-se à sugestão alguns pontos: (a) vislumbrando a dificuldade de se impugnar o número grande de créditos apresentados em concurso, o juízo pode marcar prazo maior do que o singelo quinquídio; (b) justifica-se a intimação do coexecutado pelo advogado, pois o incidente não instaura nova relação processual; (c) a circunstância de o concurso de dar entre vários coexequentes não faz incidir o art. 191 do Código de Processo Civil, pois não agem em litisconsórcio, embora plausível aplicar o preceito se diferentes advogados assistirem os coexecutados (entre os quais há genuíno litisconsórcio).

15 Por exemplo, será excluído do concurso o exequente que não tiver penhora sobre o bem arrematado. Igualmente, exclui-se o credor que sequer aforou execução. Ainda, reputa-se inviável a participação do credor hipotecário intimado da execução (Código de Processo Civil, art. 698) e que apresenta sua preferência (Código Civil, art. 961 e Lei nº 11.101/2005, art. 83, II), sem ter movido execução em face do devedor comum.

16 Cada um dos exequentes apresenta seu crédito em concurso, alegando sua qualidade de preferência, isto é, formulam seus argumentos (pontos). No cotejo entre os exequentes, tais pontos são postos em dúvida, a fim de verificar se, juridicamente, cada crédito está corretamente qualificado. Tais pontos postos em dúvida formam a questão a ser resolvida pelo juízo: dados os créditos habilitados, qual sua ordem de pagamento? A questão a ser resolvida não se confunde com o mérito da execução. O mérito compõe a pretensão a ser solucionada pelo Judiciário; no caso da execução, trata-se de dispensar ao exequente os meios estatais hábeis à satisfação do crédito, fazendo atuar o Direito (Dinamarco, 2010, p. 328-32).

17 Por exemplo, o redirecionamento da execução fiscal ao sócio-administrador somente é possível se alegada e comprovada sua atuação sob excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou aos estatutos (Código Tributário Nacional, art. 135, III), o que demanda do juízo decidir se há responsabilidade do administrador; incidentalmente, instala-se cognição a respeito, sem necessidade de processo apartado.

18 Bem entendido, a classificação do direito de preferência, pois há privilégios melhores que outros, à vista do art. 961 do Código Civil, por exemplo.

19 Este aspecto do concurso faz repensar a questão do excesso de penhora. O executado costuma alegar que o crédito executado é de valor muito menor ao do bem penhorado, com o que pretende livrá-lo da constrição. Sob o ângulo exclusivo da execução singular, o argumento faz sentido, em especial sob a contemporização do art. 620 do Código de Processo Civil. Entretanto, perde força o argumento se se atentar às inúmeras penhoras constituídas: o valor do bem penhorado pode ser desproporcional ao de cada execução singular, mas não ao somatório em concurso de exequentes.

20 Veda-se essa discussão no concurso de exequentes. Não está vedada a discussão (Constituição da República, art. 5º, XXXV) na via ordinária: sentindo-se preterido, poderá o coexequente buscar tutela em face do exequente beneficiado com a entrega do dinheiro, sob o fundamento de nulidade ou fraude do crédito solvido.

21 O art. 83 da Lei nº 11.101/2005 estabelece a ordem de preferências na falência. Sendo seu pressuposto a insolvência, não se aplica a ordem, sem adaptações, ao incidente concursal.

22 Justificou-se – não sem críticas – o tratamento preferencial dos créditos com garantia real, quando do advento da Lei nº 11.101/2005, com argumento *ad terrorem*: as instituições financeiras frequentemente se asseguram com garantia real; seu preterimento arriscaria a solvabilidade dos próprios bancos e, conseqüentemente, o sistema financeiro nacional.

23 Deve-se ter em linha que o incidente concursal propicia a reunião das execuções pela conexão instrumental, caracterizada pela arrematação do bem penhorado em todas elas. Concentra-se em único juízo etapa da entrega do dinheiro. Conseqüentemente, tudo se passa como se procederia nas execuções originais: o credor trabalhista não tem sua execução limitada a 150 salários mínimos e a multa tributária é crédito tributário a fundamentar a execução fiscal. Estes são alguns exemplos a demonstrar a inadequação da adoção integral da ordem de preferência da lei de quebras.

24 A classificação sugerida não é infensa a críticas. Ademais, cada classe suscita questões peculiares a respeito da correta classificação do crédito apresentado, a exemplo da nota seguinte.

25 Algumas observações. Primeiro, os créditos tributários do Distrito Federal acedem à espécie da competência tributária exercida (Constituição da República, art. 155, *caput*, e art. 147, *fine*). Assim, se o crédito executado pelo Distrito Federal for oriundo de típico tributo municipal, receberá em concurso na ordem deferida aos municípios. Segundo, embora o art.

29, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980 diga que Estados e suas autarquias, bem como municípios e suas autarquias recebam conjuntamente e *pro rata*, não de deve perder de vista que o incidente concursal pressupõe a solvência do executado. Logo, “conjuntamente” quer significar “na mesma classe de preferência” e a designação de pagamento *pro rata* não tem aplicação neste incidente concursal: recebem de acordo com a ordem cronológica de suas penhoras (art. 711, *fine*, do Código de Processo Civil).

26 Deve-se forrar o juízo de cometer enganos. A ordem das penhoras é observada dentro da mesma classificação de preferência. Assim, a preferência de ordem material não sucumbe à processual (ordem das penhoras), mas dela se vale para organizar o crédito dentro da classe. Assim, se os credores A e B têm privilégio especial e os credores C e D têm créditos quirografários, e se suas penhoras foram constituídas, respectivamente, em 2012, 2011, 2010 e 2009, admitidos no concurso em revista, a ordem de pagamentos será a dos créditos de B, A, D e C.

27 É preferível “registro” da penhora à “averbação”? Deixou de empregar aquele termo, ao menos no código, a modificação introduzida pela Lei nº 11.382/2006. A Lei de Registros Públicos, contudo, preceitua a penhora como objeto de registro (Lei nº 6.015, art. 167, I, n. 5). O contexto da hesitação entre os termos é devido à função da formalização da penhora no Ofício de Imóveis: se entendido que a penhora do bem imóvel depende da formalização, é próprio falar em “registro”; se a formalização é apenas *plus* de que não depende a perfeição da penhora, bastaria exigir “averbação”, por se tratar de informação a respeito da situação do imóvel. A modificação introduzida pela lei citada no início desta nota viabiliza a interpretação

de que a penhora não é criada com o registro, pois não fala em penhora registrável; di-la objeto de averbação. No interior do serviço registral, porém, tudo se passa como registro, por causa da dicção de sua lei específica. Neste trabalho, exceção feita à consideração presente, “registro” e “averbação” são tidos por equivalentes.

28 Havia-se estatuído, *retro*, a penhora como pressuposto para participação do incidente. Neste plano, acrescentasse que, nalguns casos, o pressuposto é sensivelmente modificado: não basta a penhora, há de ser averbada.

---

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NAS  
CAUSAS DE NACIONALIDADE\*

*Ana Aguiar dos Santos Neves*  
Juíza Federal Substituta (3ª Região)

---

\* Artigo apresentado à Escola de Magistrados para avaliação de aproveitamento de curso (Curso de Vitaliciamento dos Juízes Federais Substitutos, 11-15 jun. 2012).



## COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NAS CAUSAS DE NACIONALIDADE

*Ana Aguiar dos Santos Neves*

Resumo: O artigo versa sobre a competência da Justiça Federal nas causas de nacionalidade (cf. art. 109, X, *in fine*, da Constituição Federal). As modalidades de aquisição e de perda da nacionalidade são expostas com enfoque didático e analítico, investigando-se, para cada hipótese, a competência constitucional ou legalmente prevista. Seu escopo é constatar quais são os casos a ensejarem a competência da Justiça Federal, discernindo as questões que envolvem diretamente a soberania do Estado daquelas que envolvem matéria registral, e que ensejam a concomitância de outras competências (como político-administrativas e da Justiça Estadual) sobre os temas relacionados à nacionalidade.

Palavras-chave: Aquisição e perda da nacionalidade. Justiça Federal. Competência. Registros públicos.

*Abstract: This paper deals with the jurisdiction of federal courts for cases regarding nationality (according to Article 109, X, in fine of the Brazilian Constitution). The modalities for acquisition and loss of nationality are didactically and analytically exposed; for each scenario, there is an investigation of the rules of jurisdiction set by the Constitution or ordinary law. The purpose of this work is to state which cases concern the federal jurisdiction, distinguishing the issues that directly involve state sovereignty from those that involve civil registration (and therefore are related to the state courts or executive departments).*

*Keywords: Acquisition and loss of nationality. Federal Courts. Jurisdiction. Civil registration.*

### 1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, será abordada a competência da Justiça Federal nas causas de nacionalidade, o que importa

análise detida do inciso X do art. 109 da Constituição Federal, em sua parte final.

Para melhor compreensão do tema, será feita exposição didática e analítica das modalidades de aquisição e perda da nacionalidade, verificando-se, para cada hipótese, a competência constitucional ou legalmente prevista. O objetivo final é constatar quais são os casos a ensejarem a competência da Justiça Federal. Tal se faz necessário porque, ao contrário do que parece, há estreita relação entre a definição do que sejam causas de nacionalidade para delimitação da competência da Justiça Federal com outras questões e competências, já que se trata de questões que envolvem diretamente a soberania do Estado. Essa discussão envolve, ainda, conceitos de matéria registral, o que leva à concomitância de outras competências (como político-administrativas e da Justiça Estadual) sobre os temas relacionados à nacionalidade. Portanto, a necessidade de análise criteriosa e detida é fundamental para reconhecer cada hipótese e o correlato órgão competente.

Não é demais lembrar que, apesar de se tratar de artigo com enfoque nas questões de competência, incursões no direito material (tais como conceituação dos institutos), ainda que breves, não serão dispensadas, quando estritamente necessárias para a exata compreensão da competência quanto à matéria em análise.

## 2 CONCEITOS INICIAIS

A competência constitucional da Justiça Federal, no que se refere às causas de nacionalidade, encontra previsão no art. 109, X, *in fine*, da Constituição Federal, que assim versa:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:  
[...]

X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “exequatur”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; [...] [sem destaques no original]

Em uma primeira leitura, a competência federal parece delinear-se facilmente, abrangendo as causas referentes à nacionalidade e à naturalização, bem como quanto à opção de nacionalidade.

No entanto, a partir do momento em que são destrinchados analiticamente os conceitos, verifica-se que a análise da competência da Justiça Federal nas causas de nacionalidade requer um maior aprofundamento.

Diante disso, iniciaremos nosso estudo pela conceituação básica da expressão nacionalidade, pois se trata de instituto-chave para a definição da competência em tela.

Alexandre de Moraes (2012, p. 217) assinala que nacionalidade “é o vínculo jurídico que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos”.

Por sua vez, a nacionalidade é atribuída a determinado indivíduo de acordo com a legislação de cada Estado soberano, em normas de natureza constitucional. Segundo José Afonso da Silva (2000, p. 320), “[c]ada Estado diz livremente quais são os seus nacionais” e “os fundamentos sobre a aquisição da nacionalidade é matéria constitucional”.

Destarte, por questão de lógica, é possível: (a) adquirir uma nacionalidade, segundo as leis estatais, bem como (b) perder essa mesma nacionalidade. É por isso que se fala em aquisição e perda da nacionalidade.

Quanto às formas de aquisição de nacionalidade, existem a originária e a derivada, distinguidas, pela doutrina, dentre outros aspectos, pelo fato de que “é involuntária a aquisição da nacionalidade primária, e decorre da ligação do fato natural do nascimento com um critério estabelecido pelo Estado, enquanto é voluntária a aquisição de nacionalidade secundária” (SILVA, 2000, p. 321).

As formas de aquisição de nacionalidade encontram-se previstas nos incisos e alíneas do *caput* do art. 12 da Constituição Federal:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
- c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007]

II – naturalizados:

- a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
- b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que

requeiram a nacionalidade brasileira. [Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994]

Por sua vez, as hipóteses de perda da nacionalidade encontram previsão no § 4º do mesmo artigo:

Art. 12. [...]

§ 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I – tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II – adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos: [Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994]

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira; [Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994]

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis. [Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994]

Desse modo, analiticamente, temos as seguintes causas diretamente afetadas à nacionalidade:

I – Aquisição de nacionalidade:

a) Originária:

– Nascidos no Brasil;

– Nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiro que esteja a serviço do país;

– Os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

b) Derivada:

– Ordinária;

– Extraordinária.

II – Perda de nacionalidade:

a) Cancelamento da naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

b) Aquisição de outra nacionalidade.

Diante disso, vemos, inicialmente, que a naturalização e a opção de nacionalidade fazem parte do mesmo conceito geral “causas de nacionalidade”, de modo que sequer precisariam estar destacadas no texto constitucional. Esse realce, portanto, consistiu em cautela do constituinte, para deixar exposto que tais questões, dentro da nacionalidade, inequivocamente seriam de competência do juiz federal.

Além disso, também diante do rol das hipóteses citado acima, em um primeiro momento, poderíamos entender que todos os questionamentos referentes a essas matérias seriam de competência da Justiça Federal – afinal, todas são “causas referentes à nacionalidade”. No entanto, é necessário atentar que algumas delas prescindem de atos jurisdicionais para sua efetivação, sendo atribuídas a órgãos administrativos/políticos. Ademais, algumas hipóteses correlacionadas a estas trazem controvérsias sobre qual a Justiça competente, por se tratarem de situações referentes, também, a questões afetas à Justiça Estadual, notadamente nos casos em que esta atua como Corregedora Permanente dos Cartórios Extrajudiciais.

Diante disso, analisaremos detidamente cada uma das hipóteses de causas de nacionalidade mencionadas.

### 3 NACIONALIDADE ORIGINÁRIA

Com relação à nacionalidade originária, inicialmente, a situação prevista na alínea “a” do inciso I do art. 12 da Constituição Federal<sup>1</sup> não traz maiores dúvidas quanto à competência jurisdicional. De fato, para a aquisição dessa nacionalidade, é prescindível qualquer procedimento judicial, bastando o comparecimento do declarante no registro público competente, a teor do art. 50 da Lei nº 6.015/1973:

Art. 50. Todo nascimento que ocorrer no território nacional deverá ser dado a registro, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

Deve ser assinalado que mesmo os casos de registro tardio atualmente prescindem de participação jurisdicional, conforme art. 46 da Lei nº 6.015/1973, com redação dada pela Lei nº 11.790/2008 (LOUREIRO, 2012, p. 63).

Por sua vez, com relação à alínea “b” do inciso I do art. 12 da Constituição Federal,<sup>2</sup> malgrado haja a necessidade de comprovação de que os pais se encontravam no estrangeiro a serviço do país, é certo que essa prova será feita no próprio ofício de registro público em que a criança for registrada no Brasil, caso não tenha sido registrada em repartição consular (na qual haverá a menção ao art. 12, I, “b”, da Constituição Federal). Com efeito, apesar de não haver disposição expressa sobre o tema na Lei nº 6.015/1973, essa é a orientação, em geral, das Corregedorias de Justiça, a exemplo do teor do art. 1.022 do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Espírito Santo:

Art. 1.022. O registro de nascimento – não a mera transladação – de pessoa nascida em país estrangeiro, filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer um deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil, far-se-á no Livro “A”, sem a ressalva de opção à nacionalidade brasileira, comprovando o interessado:

I – a existência do nascimento;

II – o efetivo serviço do pai ou da mãe em prol da República Federativa do Brasil, no momento do nascimento do registrando.

Também é essa a solução indicada por Yussef Said Cahali (2010, p. 42-43):

O assento de nascimento do brasileiro assim nascido em país estrangeiro – desfrutando ele da condição de brasileiro nato *ope legis* – será considerado autêntico, nos termos da lei do lugar em que se realizar, legalizadas as certidões pelos cônsules ou, quando por estes tomadas, nos termos do regulamento consular. Referido assento, porém, será trasladado no Cartório do 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, quando tiver de produzir efeitos no Brasil; ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores (art. 32 e §1º da Lei de Registros Públicos – Lei n. 6.015, de 1973).

A mesma simplicidade não ocorre, porém, com relação à alínea “c” do citado artigo. Com efeito, como sua redação, desde Constituições anteriores, sempre provocou controvérsia, tal dispositivo já teve, na vigência da Constituição Federal, três versões diferentes, resultantes de alterações provocadas, no texto original, pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3/1994 e pela Emenda Constitucional nº 54/2007.

Com efeito, a redação original do dispositivo era a seguinte:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos: [...]

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira;

Com a alteração pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3/1994, o mesmo dispositivo passou a assim regular:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos: [...]

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira;

Por fim, a redação atual, dada pela Emenda Constitucional nº 54/2007, assim prevê:

Art. 12. São brasileiros:

I – natos: [...]

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

Inicialmente, abstraída a série de alterações ocorridas, tem-se que a Constituição previu, de maneira geral, duas modalidades de aquisição de nacionalidade do nascido no

estrangeiro de pai e/ou mãe brasileira que não esteja a serviço do país. Isso é o que se verifica na alínea “c” do inciso I do art. 12: o registro em repartição brasileira competente (entendido como consulado ou repartição diplomática) e a residência no país, conjugada com a opção de nacionalidade. Vejamos cada uma delas.

### 3.1 *Art. 12, I, “c”, primeira parte, da Constituição Federal: registro em repartição brasileira competente no exterior*

No caso dessa modalidade de aquisição de nacionalidade, dispõe o art. 12, I, “c”, primeira parte, da Constituição Federal: “São brasileiros: I – natos: [...] c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente [...]”.

Note-se, portanto, que, nesse caso, não há a exigência de opção de nacionalidade, reclamada apenas para a hipótese da segunda parte do artigo: “ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira” (destacamos). Desse modo, a aquisição da nacionalidade advém, no caso, da conjugação dos seguintes fatores: nascimento no estrangeiro; pai ou mãe brasileira; e registro em repartição brasileira competente, sendo despicienda a prática de qualquer outro ato, a exemplo da opção de nacionalidade. Sobre o tema, leciona Alexandre de Moraes (2012, p. 225):

Assim, voltou a ser adotado o critério do *ius sanguinis* somado a um requisito específico (*registro*), qual seja, a necessidade de registro em repartição brasileira competente (Embaixada ou Consulado), independentemente de qualquer outro procedimento subsequente, além do registro, para confirmar a nacionalidade. O assento

de nascimento lavrado no exterior por agente consular possui a mesma eficácia jurídica daqueles que eram formalizados no Brasil por oficiais do registro civil das pessoas naturais, não havendo necessidade de qualquer opção, nesta hipótese.

Também nesse sentido, Yussef Said Cahali (2010, p. 44) e Walter Ceneviva (apud PAIVA; ÁLVARES, 2009):

Esclarece Walter Ceneviva, nesse particular, que a interpretação dessa regra constitucional já se havia firmado através de precedente do STF (RTJ 66/284), ainda na vigência da Constituição anterior, reconhecendo que a necessidade de opção pela nacionalidade brasileira (a aquisição da denominada nacionalidade potestativa) só se aplica a filho de brasileiro(a) nascido no exterior que não tenha sido registrado perante a repartição brasileira competente (Consulado ou Embaixada), posicionamento, aliás, que contava com o qualificado aval de Pontes de Miranda.

No entanto, malgrado a desnecessidade de opção de nacionalidade, para que o ato lavrado no exterior produza efeitos no Brasil, é preciso que seja transcrito em ofício de registro no país, requisito exigido pela Lei de Registros Públicos (LRP, Lei nº 6.015/1973) para que os atos registrados no exterior produzam efeitos internos. Nesse sentido:

Não raro, os fatos importantes da vida civil, como o nascimento, o casamento e o óbito de brasileiro, podem ocorrer no exterior e lá serem registrados. Para que tais registros produzam efeitos no Brasil, devem ser transcritos ou trasladados para o RCPN do 1º Distrito da comarca onde for domiciliada a parte, ou do Distrito Federal, quando não tiver domicílio no Brasil. (LOUREIRO, 2012, p. 122).

Acerca da referida transcrição, no caso em apreço, dispõe o art. 32 da LRP:

Art. 32. Os assentos de nascimento, óbito e de casamento de brasileiros em país estrangeiro serão considerados autênticos, nos termos da lei do lugar em que forem feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules ou quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular.

§ 1º Os assentos de que trata este artigo serão, porém, trasladados nos cartórios de 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, em falta de domicílio conhecido, quando tiverem de produzir efeito no País, ou, antes, por meio de segunda via que os cônsules serão obrigados a remeter por intermédio do Ministério das Relações Exteriores.

§ 2º O filho de brasileiro ou brasileira, nascido no estrangeiro, e cujos pais não estejam ali a serviço do Brasil, desde que registrado em consulado brasileiro ou não registrado, venha a residir no território nacional antes de atingir a maioridade, poderá requerer, no juízo de seu domicílio, se registre, no livro “E” do 1º Ofício do Registro Civil, o termo de nascimento. [...]

Ademais, como advertem João Pedro Lamana Paiva e Pércio Brasil Álvares (2009), essa transladação não diz respeito à necessidade de legalização ou referendo dos dados ali constantes pelo oficial de registro público. Trata-se, na verdade, de simples depósito, em local certo, dos referidos instrumentos, para melhor exercício dos direitos nele constantes, bem como verificação de suas informações:

Nesses termos, a importância do procedimento de transladação do documento lavrado por autoridade brasileira no exterior (Embaixada ou Consulado), nos termos do que prevê o art. 32 da LRP, não está em legalizar o documento no território nacional porque em relação a ele não há o que ser referendado para valer no Brasil, já que ato praticado por autoridade brasileira plenamente

competente (alínea “f” do art. 50 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, aprovada pelo Decreto nº 61.078, de 27.7.1967).

A importância dessa trasladação está ligada à necessidade de ter-se o documento depositado, em lugar certo, no território nacional, para que possam ser exercidos os controles administrativos sobre a evolução da situação civil (efeitos dos demais atos referidos no art. 29 da LRP) desses cidadãos que retornam ao país, para garantia da adequada publicidade aos atos subsequentes e o acesso à plena informação a tantos quantos dela necessitem para fins de prova (ver, nesse sentido, o que dispõem o art. 19, § 5º e o art. 21 da LRP).

Nada mais lógico que estejam disponíveis, tais registros, no local que, segundo presume a lei, constituirá o centro das atividades sociais desses cidadãos reintegrados ao território nacional – seu domicílio – inserindo-os no livro “E” do primeiro (ou único) Ofício de Registro desse domicílio, para referência de origem de sua situação civil e da afirmação de sua nacionalidade (ainda que sujeita à confirmação personalíssima posterior), já que representa uma excepcionalidade em termos de depósito de seu assento de nascimento no país (pois que a regra geral dos nacionais é tê-lo lavrado no Livro “A” de Ofício de Registro no território nacional).

Destarte, não sendo exigível a opção de nacionalidade nesse caso, mas apenas a transcrição do registro de nascimento no cartório de registro civil da comarca do domicílio do interessado, torna-se dispensável a intervenção judicial nessas circunstâncias.<sup>3</sup>

Nesse mesmo sentido dispôs o Conselho Nacional de Justiça, ao regulamentar o tema, na recente Resolução nº 155/2012:

Art. 1º O traslado de assentos de nascimento, casamento e óbito de brasileiros em país estrangeiro, tomados por autoridade consular brasileira, nos termos do regulamento consular, ou por autoridade estrangeira competente, a que se refere o caput do art. 32 da Lei

nº 6.015/1973, será efetuado no Livro “E” do 1º Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca do domicílio do interessado ou do 1º Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais do Distrito Federal, sem a necessidade de autorização judicial. [destacamos.]

A mencionada disposição vem sendo repetida nas normas de Corregedorias-Gerais de Justiça de diversos estados, a exemplo das de São Paulo (item 9)<sup>4</sup> e Espírito Santo (arts. 1.017 e 1.018).<sup>5</sup>

Portanto, dispensada a intervenção judicial nesse caso, não há sequer falar em competência jurisdicional, não havendo em princípio, portanto, competência de qualquer Justiça – seja federal ou estadual.

Entretanto, caso haja dúvidas do oficial da serventia quanto ao preenchimento de determinados requisitos registrares, ou caso haja o indeferimento da transcrição por motivos que o interessado entenda ilegais, naturalmente haverá a necessidade de intervenção jurisdicional, seja pelo procedimento de dúvida, previsto no art. 198 da LRP, seja pela inafastabilidade da apreciação jurisdicional garantida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Nesses casos, cabe a indagação sobre a competência para o esclarecimento dessas questões: se da Justiça Estadual, por atuar como corregedora permanente dos cartórios extrajudiciais, ou da Justiça Federal, responsável por causas de nacionalidade.

Em regra, a doutrina e a jurisprudência não tratam especificamente sobre esse tema, não havendo, pois, resposta conclusiva sobre a questão. Em nosso entender, contudo, a solução passa pela análise de qual o conteúdo do questionamento levado a Juízo, nesses casos.

Inicialmente, parece claro que, em se tratando do procedimento de dúvida registral, a questão envolverá a análise de normas da Corregedoria Permanente de Cartórios Extrajudiciais, emitidas pelo Tribunal de Justiça correspondente. Trata-se, desse modo, de questão administrativa e não judicial (porque relativa à referida Corregedoria Permanente). Assim, como é a Justiça Estadual que atua como corregedora permanente de tais cartórios, o procedimento de dúvida deverá ser levado à sua apreciação.

Exceção é feita nos casos em que a dúvida ocorra, especificamente, quanto à autenticidade das assinaturas dos cônsules e vice-cônsules do Brasil nos documentos apresentados pelo interessado. Nesses casos, por força da Instrução nº 20/2002, Ministério das Relações Exteriores – Divisão de Assistência Consular (DAC) – Anexo I, a dúvida será dirigida ao referido Ministério, o qual, decerto, possui melhor capacidade para essa verificação, razão pela qual lhe foi atribuída tal competência. Nesse sentido, houve expressa previsão nas normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Espírito Santo:

Art. 1.019. Entende-se por traslado a reprodução integral no referido livro, dos termos em que se lançou o assento original.

§ 1º No pedido de traslado o interessado juntará certidão na qual conste a assinatura da autoridade consular brasileira.

§ 2º Ocorrendo dúvida, pelo registrador, quanto à autenticidade das assinaturas dos cônsules e vice-cônsules do Brasil na via original das certidões de nascimentos e nas legalizações efetuadas pelas repartições consulares, esta deverá ser dirigida ao Ministério das Relações Exteriores, órgão responsável pela verificação. [Ref.] *Instrução nº 20/02, Ministério das Relações Exteriores – Divisão de Assistência Consular (DAC) – Anexo I.*

Por outro lado, tratando-se, por exemplo, de ação judicial proposta pelo interessado contra recusa do oficial de registro em proceder à transcrição do registro de nascimento, sob o argumento de ilegalidade dessa conduta, tratar-se-á de hipótese de questionamento judicial propriamente dito.

Nessa situação, a insurgência, muito provavelmente, não se dará quanto ao cumprimento das normas da Corregedoria (hipótese em que o questionamento seria administrativo e dirigido à Corregedoria dos Cartórios Extrajudiciais), mas, sim, quanto a aspectos substanciais do registro, como a efetiva existência do registro em Consulado ou a efetiva nacionalidade brasileira de um dos genitores do requerente. Nesses casos, por se tratar de questão diretamente afeta à nacionalidade, entendemos que a competência deverá ser atribuída à Justiça Federal, por força do mandamento constitucional do art. 109, X, da Constituição Federal.

Além disso, outra questão importante, atinente ao tema da nacionalidade adquirida com o registro do nascido no estrangeiro em repartição brasileira competente, é o fato de que essa modalidade de aquisição, prevista na redação original da Constituição, foi suprimida com o advento da Emenda Constitucional de Revisão nº 3/1994 e, posteriormente, reinsertada no texto constitucional com a Emenda Constitucional nº 54/2007. Assim, se, quanto aos nascidos antes da ECR nº 3/1994 ou depois da ECR nº 54/2007, é clara a aquisição de nacionalidade pelo só fato do registro em repartição brasileira competente, para os nascidos durante a vigência da ECR, a situação foi abrangida por duas normas a respeito.

Inicialmente, durante a vigência da ECR nº 3/1994 e antes do advento da EC nº 54/2007, era impossível para os

nascidos no estrangeiro de pai ou mãe brasileira conquistarem a nacionalidade brasileira pelo só fato do registro, já que houve a supressão de tal possibilidade do texto constitucional. No entanto, com o advento da EC nº 54/2007, houve a extensão dos efeitos da reinserção dessa possibilidade de aquisição de nacionalidade originária também ao período de vigência da ECR nº 3/1994, conforme expressa dicção do art. 95 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 95. Os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil.

Assim, para aqueles que haviam sido ou forem registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente, aplicam-se as mesmas regras mencionadas anteriormente, bastando o traslado do respectivo assento em ofício de registro no país. Entretanto, quanto ao segundo caso previsto no dispositivo transitório (registro diretamente em ofício de registro no Brasil), ainda não há consenso sobre sua aplicação.

Com efeito, a segunda parte do dispositivo dispõe que os indivíduos ali especificados poderão ser registrados em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil.

Sem a compreensão acerca do contexto de tal determinação, ficaria esta vazia de conteúdo, pois, pelo art. 12, I, “c”, da Constituição Federal, em todas as suas redações, sempre foi possível o registro do nascido no estrangeiro, filho de

pai e/ou mãe brasileiro(a), que viesse a residir no país, em ofício de registro (a teor do art. 32 da LRP), ainda que não registrado em repartição consular, sendo exigida, porém, a opção de nacionalidade para confirmação da nacionalidade brasileira.

Assim, atribuir à regra de transição apenas o sentido de mera repetição dessa possibilidade a destituiria de qualquer aplicabilidade prática.

Na verdade, deve-se atentar que tal regra veio para equilibrar a situação dos brasileiros que, nascidos no interregno de vigência da ECR nº 3/1994, sequer puderam realizar o registro na repartição competente no exterior, visto que muitas destas passaram a recusá-lo, ante a supressão da modalidade de aquisição de nacionalidade pelo simples registro nessas seções públicas. Destarte, quando da reinserção dessa possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira, com efeitos *ex tunc* à data do advento da referida ECR, o constituinte veio a permitir que o registro fosse feito *a posteriori* pelos nascidos no interregno da ECR. Desse modo, no caso de indivíduos ainda residentes no exterior, estes poderiam adquirir a nacionalidade brasileira pelo tão só registro no Consulado ou Embaixada brasileira naquele país.

Contudo, quanto aos indivíduos que já houvessem retornado para o Brasil, esse registro no Consulado não seria possível, trazendo, portanto, regra discriminatória entre estes e os que permaneceram no exterior. Tal situação não seria razoável, sobretudo porque os primeiros teriam demonstrado maiores laços com a pátria brasileira do que os segundos.

Assim, pensando nos filhos de brasileiros que houvessem retornado para o Brasil, o constituinte trouxe regra excepcional e transitória, permitindo o registro diretamente

no ofício de registro no Brasil, sem necessidade de opção de nacionalidade. Isso porque o fato de terem vindo residir no país não poderia ensejar situação pior do que para aqueles que permaneceram residindo no exterior. Nesse sentido:

Como podemos perceber, a referida disposição constitucional é regra de transição vinculada ao modo originário de aquisição da nacionalidade contemplado pela alínea “c” do inciso I do art. 12 da Constituição, destinando-se a restabelecer, àqueles filhos de brasileiros nascidos no exterior entre 07.06.1994 e 20.09.2007 (período de vigência da redação introduzida pela Emenda Constitucional de Revisão nº 03/1994), a condição de brasileiros natos, desde que registrados em Embaixada ou Consulado brasileiro do lugar de nascimento ou em ofício de registro civil do lugar de nascimento no exterior, desde que venham a fixar residência no território nacional, não lhes sendo exigida opção pela nacionalidade brasileira.

É nesse sentido a lição de Alexandre de Moraes esclarecendo que essa é uma hipótese excepcional e temporária, diferente da nacionalidade potestativa, por não exigir opção (a ser manifestada em juízo, em processo de jurisdição voluntária e sujeita à homologação por sentença) reclamando, tão-somente, o atendimento dos seguintes requisitos:

- a) nascimento no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira (*ius sanguinis*);
- b) pai brasileiro ou mãe brasileira que não estavam a serviço do Brasil;
- c) nascimento ocorrido entre 07.06.1994 e 20.09.2007;
- d) fixação de residência no Brasil, a qualquer tempo;
- e) existência de registro em ofício de registro, não havendo necessidade de opção pela nacionalidade brasileira. (PAIVA; ÁLVARES, 2009).

Malgrado haver opiniões pela inconstitucionalidade dessa previsão,<sup>6</sup> tal exceção é razoável, fundando-se nos motivos citados, os quais foram também observados por João Pedro Lamana Paiva e Pécio Brasil Álvares (2009):

Sabe-se que essa solução de natureza constitucional decorreu das práticas adotadas depois da vigência da ECR n° 03/94, que fez com que algumas repartições diplomáticas e consulares no exterior deixassem de operar o registro dos brasileiros nascidos fora do território nacional, já que o simples registro nessas repartições não mais conferia o privilégio da nacionalidade originária. Veio, posteriormente, a EC n° 54/2007, a reparar essa situação, conferindo a tantos quantos nasceram no período de vigência daquela Emenda de Revisão o privilégio de aquisição da nacionalidade originária pelo simples registro de nascimento em repartição brasileira no exterior (Embaixada ou Consulado), como fazia o texto original da Constituição de 1988, sem necessidade de opção pela nacionalidade brasileira, igualando, ao introduzir o art. 95 no ADCT, tanto os registrados em repartição brasileira quanto os registrados em Ofícios de Registro (possuidores de registro em repartição estrangeira).

Portanto, nesses casos, basta a simples transcrição do registro de nascimento, da mesma forma que ocorreria caso o indivíduo tivesse sido registrado em repartição brasileira competente no exterior, sendo desnecessária a opção de nacionalidade e, em consequência, a intervenção judicial.

### *3.2 Art. 12, I, “c”, segunda parte, da Constituição Federal: residência no Brasil mais opção de nacionalidade*

Por sua vez, a segunda parte da alínea “c” do inciso I do art. 12 da Constituição Federal exige, para a aquisição da nacionalidade brasileira, além do nascimento de pai ou mãe brasileira, que o indivíduo venha a residir no Brasil e faça a opção pela nacionalidade brasileira.

Esse dispositivo também traz algumas questões relevantes, especialmente por ter sofrido alterações significativas, desde o texto anterior à atual Constituição, até a redação hoje vigente.

Comparando-se as redações do art. 145, I, “c”, da Emenda Constitucional nº 1/1969, do art. 12, I, “c”, originário da Constituição Federal de 1988 e de suas alterações pela ECR nº 3/1994 e pela EC nº 54/2007, veem-se as seguintes mudanças quanto às exigências nesse tópico:

– Art. 145, I, “c” da Emenda Constitucional nº 1/1969:<sup>7</sup> residência antes da maioria e opção depois da maioria e até quatro anos depois desta;

– Art. 12, I, “c”, originário da Constituição Federal de 1988, redação originária:<sup>8</sup> residência antes da maioria e opção;

– Art. 12, I, “c”, originário da Constituição Federal de 1988, redação dada pela ECR nº 3/1994:<sup>9</sup> residência e opção;

– Art. 12, I, “c”, originário da Constituição Federal de 1988, redação dada pela EC nº 54/2007:<sup>10</sup> residência e opção após a maioria.

Não obstante, apesar da modificação de alguns requisitos, vemos que, como essência, tal modalidade de aquisição de nacionalidade originária sempre requereu a residência no país e a opção de nacionalidade, formulada pelo interessado.

A opção de nacionalidade, por sua vez, por expresso mandamento constitucional, inclusive no atual ordenamento da Carta de 1988, é de competência da Justiça Federal.

No entanto, algumas situações específicas devem ser consideradas quanto a esse tema. Inicialmente, apesar de o texto constitucional de 1988 e sua alteração pela ECR nº 3/1994 terem suprimido que a opção seria feita após a maioria, isso não modificou a jurisprudência que havia se

firmado anteriormente, de acordo com a qual a opção, por se tratar de direito personalíssimo, só poderia ser formulada pelo maior de idade. Nesse sentido, acórdãos proferidos na vigência da ECR nº 3/1994, dentre os quais o seguinte:

São brasileiros natos os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira. A opção pode ser feita a qualquer tempo, desde que venha o filho de pai brasileiro ou de mãe brasileira, nascido no estrangeiro, a residir no Brasil. Essa opção somente pode ser manifestada depois de alcançada a maioridade. É que a opção, por decorrer da vontade, tem caráter personalíssimo. Exige-se, então, que o optante tenha capacidade plena para manifestar a sua vontade, capacidade que se adquire com a maioridade. [...] [ST], Recurso Especial nº 418.096, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. em 22 mar. 2005, DJ 22 abr. 2005.]

Essa posição, porém, trouxe uma polêmica de difícil resolução pela jurisprudência, relativa à situação jurídica (quanto à nacionalidade) do indivíduo nascido no estrangeiro, de pai e/ou mãe brasileira, que venha a residir no país quando ainda seja menor de idade. Com efeito, para adquirir a nacionalidade brasileira, seria necessária, além da residência no país, a opção pela nacionalidade brasileira; contudo, sendo ainda incapaz e tratando-se a opção de direito personalíssimo, o menor ficaria impossibilitado de exercer essa opção e, assim, de tornar-se brasileiro nato de forma efetiva.

Antes de adentrarmos propriamente nesse tema, consideramos necessário expor a posição da doutrina e da jurisprudência sobre a natureza jurídica do ato de opção de nacionalidade, a qual se modificou substancialmente com o advento da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, como na redação da Emenda Constitucional nº 1/1969 havia prazo para o exercício da opção de nacionalidade (quatro anos após a maioridade), firmou-se o posicionamento de que tal escolha seria ato conservativo da nacionalidade. Assim, findo o prazo sem seu exercício, operar-se-ia a resolução da nacionalidade de que o indivíduo era portador. A ausência de opção, após o decurso do prazo, portanto, era vista como condição resolutiva da nacionalidade, que se adquiria com a residência no país (HERANI, 2011).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, entretanto, foi retirada a necessidade de prazo para o exercício da opção; desse modo, a ausência de opção não poderia mais ser vista como condição resolutiva, sob pena de nunca ocorrer tal fato resolutivo da nacionalidade, tornando-o inócuo.

Portanto, passou-se a adotar o entendimento de que, na nova ordem constitucional, a não opção do maior seria condição suspensiva da nacionalidade adquirida com a residência: caso não exercida a opção após a maioridade, a nacionalidade brasileira ficaria suspensa até posterior eventual exercício da opção (MORAES, 2011, p. 481). Nesse sentido, é didática a lição do eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

Nacionalidade brasileira de quem, nascido no estrangeiro, é filho de pai ou mãe brasileiros, que não estivesse a serviço do Brasil: evolução constitucional e situação vigente. Na Constituição de 1946, até o termo final do prazo de opção – de quatro anos, contados da maioridade –, o indivíduo, na hipótese considerada, se considerava, para todos os efeitos, brasileiro nato sob a condição resolutiva de que não optasse a tempo pela nacionalidade pátria. Sob a Constituição de 1988, que passou a admitir a opção “em qualquer tempo” – antes e depois da EC de revisão 3/1994, que suprimiu também a exigência de que a residência no País fosse fixada

antes da maioridade, altera-se o *status* do indivíduo entre a maioridade e a opção: essa, a opção – liberada do termo final ao qual anteriormente subordinada –, deixa de ter a eficácia resolutiva que, antes, se lhe emprestava, para ganhar – desde que a maioridade a faça possível – a eficácia de condição suspensiva da nacionalidade brasileira, sem prejuízo – como é próprio das condições suspensivas –, de gerar efeitos *ex tunc*, uma vez realizada. A opção pela nacionalidade, embora potestativa, não é de forma livre: há de fazer-se em juízo, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela. Antes que se complete o processo de opção, não há, pois, como considerá-lo brasileiro nato. [...] Pendente a nacionalidade brasileira do extraditando da homologação judicial *ex tunc* da opção já manifestada, suspende-se o processo extradicional (CPC art. 265, IV, a). [STF, Questão de ordem na ação cautelar nº 70-QO, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 25 set. 2003, DJ 12 mar. 2004.]

Por sua vez, em desenvolvimento desse raciocínio, partindo-se da premissa de que a opção caracteriza condição suspensiva para os maiores de idade que ainda não a exerceram,<sup>11</sup> e que os menores de idade não têm como exercer essa opção (por se tratar de direito personalíssimo, como visto), a conclusão a que chegou a jurisprudência, com relação aos menores, é a de que, com a residência no Brasil, passam a ser considerados brasileiros natos; no entanto, com o advento da maioridade, e não exercida a opção, sua condição de brasileiro nato é suspensa até que aquela seja exercida. Nesse sentido:

[...] até a maioridade será brasileiro sem restrição alguma. Entretanto, porque a norma constitucional não mais impõe prazo para a opção, permitindo que esta se faça “a qualquer tempo”, alcançada a maioridade, referida pessoa passa a ser brasileira, sob condição

suspensiva. Assim, depois da maioridade e até que faça a opção pela nacionalidade brasileira, sua situação de brasileiro nato ficará suspensa. (GUIMARÃES, 2002).

No mesmo sentido, mais um didático precedente do Ministro Sepúlveda Pertence:

Opção de nacionalidade brasileira (CF, art. 12, I, c): menor residente no País, nascido no estrangeiro e filho de mãe brasileira, que não estava a serviço do Brasil: viabilidade do registro provisório (L. Reg. Públicos, art. 32, § 2º), não o da opção definitiva. 1. A partir da maioridade, que a torna possível, a nacionalidade do filho brasileiro, nascido no estrangeiro, mas residente no País, fica sujeita à condição suspensiva da homologação judicial da opção. 2. Esse condicionamento suspensivo só vigora a partir da maioridade; antes, desde que residente no País, o menor - mediante o registro provisório previsto no art. 32, § 2º, da Lei dos Registros Públicos - se considera brasileiro nato, para todos os efeitos. 3. Precedentes (RE 418.096, 2ª T., 23.2.05, Velloso; AC 70-QO, Plenário, 25.9.03, Pertence, DJ 12.3.04). [STF, Recurso extraordinário nº 415.957, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 23 ago. 2005, DJ 16 set. 2005, p. 26, sem destaques no original.]

Diante desse quadro, cabe indagar como seriam operacionalizados os efeitos da nacionalidade brasileira “provisória” do menor de idade, visto que, não se tratando de opção definitiva, não haveria, em princípio, como fazer a anotação daquela, no registro público, da mesma forma que a desta.

Nesse sentido, criou-se, ainda na jurisprudência, a figura da “opção provisória de nacionalidade”, a ser aplicada justamente aos casos de menores de idade, filhos de pai e/ou mãe brasileira, que venham a residir no Brasil. Não podendo exercer a opção de nacionalidade “definitiva”, poderiam, por

seus pais ou responsáveis, fazer a “opção provisória de nacionalidade” para exercer seus direitos decorrentes da condição de brasileiro nato.

Tal procedimento (opção provisória de nacionalidade), porém, apenas teria o efeito de transcrever o registro de nascimento do menor no ofício de registro civil de seu domicílio no Brasil, com a ressalva de que, após a maioridade, a condição da nacionalidade brasileira dependerá do exercício de opção pela nacionalidade brasileira, a qualquer tempo, perante a Justiça Federal. Sobre o tema:

O pedido de registro provisório para o caso de nascidos de pais brasileiros não registrados no exterior não consubstancia o exercício de opção definitiva da nacionalidade, mas mera transcrição do termo de nascimento. Esse pedido se limita a fazer constar do registro do 1º Ofício do domicílio do registrado ou no 1º Ofício do Distrito Federal em falta de domicílio conhecido, o termo de nascimento do requerente, ocorrido em país estrangeiro com o propósito de produzir documento hábil para gerar efeitos no Brasil. (HERANI, 2011).

Nesse sentido, a jurisprudência passou a admitir os referidos pedidos de opção provisória de nacionalidade, simplesmente, para efetuar a referida transcrição no registro civil, com as ressalvas pertinentes.

Nesse contexto, houve dúvida acerca de que Justiça seria competente para tal pedido de opção provisória: a Estadual, por se tratar de questão de registros públicos, com relação aos quais aquela exerce a função de corregedoria permanente; ou a Federal, por se tratar de questão afeta à nacionalidade, nos termos do art. 109, X, da Constituição Federal.

Em favor da primeira tese, tem-se como grande defensor, na doutrina, o emérito jurista Yussef Said Cahali (2010, p. 56, 59), que delinea fortes argumentos no sentido da competência da Justiça Estadual:

Deve ser esclarecido, porém, que o que é da competência da Justiça Federal é o pedido de opção da nacionalidade formulado nos termos do art. 12, I, c, da CF, não o pedido de registro, no livro “E” do 1º Ofício do Registro Civil, do termo de nascimento do filho menor nascido no estrangeiro, a que se refere o art. 32, §2º, da Lei 6.015/73 [...]. Cuida-se, no caso, de competência residual da Justiça dos Estados. [...]

Com efeito, nem sempre se atentou para a finalidade meramente registrária do requerimento a que se referia o art. 32, § 2º, da Lei 6.015/73: o filho de brasileiro, nascido no estrangeiro, que vem residir no território nacional antes de atingir a maioridade, considera-se brasileiro nato sob condição de oportuna opção, visto que atende aos pressupostos constitucionais; o registro provisório não provoca uma pretensão de mudança de nacionalidade, nem é necessário ou pressuposto de validade da opção futura. Acórdão do TJSP ressaltava alguns pontos fundamentais incontroversos: “A redação do art. 32, §§ 2º e 4º, da Lei 6.015/73 não deixa dúvida quanto à diversidade de situações: para o registro provisório, até que o interessado atinja a maioridade, competente é o juízo do domicílio, ou seja, a autoridade judiciária competente de acordo com a Lei de Organização Judiciária da Justiça comum. Somente para o exercício da opção, facultada ao interessado pelo art. 141, I, c, da CF, é que o pedido deverá ser formulado no juízo federal. E isso pela simples razão de competirem aos juízes federais ‘as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização’ (art. 125, X, da EC 1/1969). Não fosse pela discriminação feita de forma clara e indiscutível no art. 32 da Lei de Registros Públicos (§§ 2º e 4º), haver-se-ia de atentar à diferença de situações: para a determinação do registro o magistrado terá apenas de verificar a observância das formalidades extrínsecas do ato. Já na apreciação do pedido de opção, terá de considerar a manifestação de vontade do

interessado (quando atingida a maioridade), relativamente à nacionalidade que pretende adotar. E, para tanto, ao juiz federal reservou a Constituição competência”.

Em sentido contrário, podemos citar os argumentos da Juíza Federal Vera Lúcia Feil Ponciano (2011, p. 305):

A competência para a Ação de Opção de Nacionalidade é da Justiça Federal, por força do disposto no art. 109, inc. X, da CF. Também no caso da opção provisória, relativa à transcrição de termo de nascimento de menor nascido no estrangeiro, a competência é da Justiça Federal.

Não merece guarida o entendimento de que o pedido de transcrição acima aludido não guarda relação com a opção de nacionalidade, motivo que fixaria a competência da Justiça Estadual. Tal pedido de transcrição é entendido, conforme já exposto acima, como opção de nacionalidade provisória, a ser posteriormente ratificada, quando da maioridade do interessado. Assim, a competência é da Justiça Federal.

Em definição da questão, o Colendo Superior Tribunal de Justiça confirmou a competência da Justiça Federal, conforme os seguintes precedentes:

Registro de nascimento. Inclusão do patronímico materno. Competência da Justiça Federal. Precedente da Segunda Seção.

1. Na linha de precedente da Segunda Seção, a Justiça Federal é competente para apreciar “pedido de transcrição do termo de nascimento de menor nascida no estrangeiro, filha de mãe brasileira que não estava a serviço do Brasil, por consubstanciar opção provisória de nacionalidade a ser ratificada após alcançada a maioridade (artigos 12, I, “c” e 109, X, da Constituição)”.

2. Recurso especial conhecido e provido.

[Recurso especial nº 235.492/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. em 11 nov. 2003, DJ 16 fev. 2004, p. 241.]

COMPETÊNCIA. TRANSCRIÇÃO DO TERMO DE NASCIMENTO OCORRIDO NO ESTRANGEIRO. MÃE BRASILEIRA QUE NÃO ESTAVA A SERVIÇO DA PÁTRIA. MENOR RESIDENTE NO BRASIL. OPÇÃO PROVISÓRIA. ARTIGO 12, I, “c”, CONSTITUIÇÃO.

Compete à Justiça Federal a apreciação de pedido de transcrição do termo de nascimento de menor nascida no estrangeiro, filha de mãe brasileira que não estava a serviço do Brasil, por consubstanciar opção provisória de nacionalidade a ser ratificada após alcançada a maioridade (artigos 12, I, “c” e 109, X, da Constituição).

[Conflito de competência nº 18.074/DF, Segunda Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julg. em 10 set. 1997, DJ 17 nov. 1997, p. 59.399)

Os tribunais, de uma forma geral, vêm seguindo esse entendimento.

Quanto ao nosso posicionamento, é necessário destacar, inicialmente, que, ao contrário da hipótese anteriormente tratada (transcrição de registro de nascimento efetuado em consulado), entendemos que a transcrição do registro de nascimento do menor nascido de pai e/ou mãe brasileira que venha a residir no Brasil, necessariamente, deve ser precedida da mencionada “opção provisória de nacionalidade”, exercida perante o Juízo Federal.

Com efeito, no caso anterior, a aquisição da nacionalidade brasileira advém da conjugação dos requisitos já conhecidos (nascido no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira) com o fato do registro em embaixada/consulado. Ocorridos esses atos – os quais, inclusive, são documentados na própria embaixada/consulado, que já anota, no registro de nascimento, a condição de brasileiro nato do indivíduo –, caberá ao oficial do registro civil no Brasil, apenas, dar-lhes publicidade, como já mencionado. Não há qualquer juízo de valor do oficial acerca dos requisitos do art. 12, I, “c”, da

Constituição Federal, apenas a observância das formalidades necessárias para a transcrição do título apresentado.

O mesmo não se pode dizer, porém, quanto à hipótese ora tratada. A transcrição do registro de nascimento do menor nascido no estrangeiro de pai ou mãe brasileira, e que veio a residir no país, não é mera publicidade de ato anteriormente ocorrido: o título advindo do exterior, a ser transcrito (registro de nascimento no estrangeiro), não atribui a nacionalidade brasileira ao indivíduo, nem traz qualquer informação sobre sua posterior residência firmada no Brasil. Muitas vezes, sequer traz indicação da nacionalidade dos genitores. Logo, todos esses requisitos constitucionais (nacionalidade dos pais e residência no país) teriam que ser objeto de análise pelo oficial do registro civil no Brasil. A nacionalidade brasileira do interessado, portanto, ainda que provisória, estaria sendo declarada pelo próprio oficial de registros públicos, ao emitir juízo de valor sobre o preenchimento ou não dos requisitos constitucionais mencionados.

Com efeito, a jurisprudência e a doutrina dominantes passam a entender que a nacionalidade provisória do menor nascido no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira, adquire-se com a residência no país (MORAES, 2011, p. 480), ficando sujeita a posterior opção. Conclui-se, a partir disso, que da própria verificação dessa residência em território nacional, conjugada aos demais requisitos, é que decorreria a aquisição da nacionalidade brasileira provisória. Assim, tal nacionalidade derivará do registro provisório, que certifica o preenchimento dos requisitos constitucionais.

O voto-vista do eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no julgamento do já mencionado Conflito de

Competência nº 18.074, bem demonstra essa circunstância, ao afirmar que “[...] o art. 32 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73), em seu parágrafo 3º, atribui ao registro, no Brasil, do assento do nascimento lavrado no exterior o efeito de valor como prova da nacionalidade brasileira até a opção [...]” [sem destaques no original].

Diante disso, não nos parece correto que esse registro provisório possa ser feito diretamente pelos oficiais de registro civil, sem necessidade de autorização judicial, pois lhes falece competência para tanto, visto tratar-se de atribuição que a eles não é conferida pela lei – atribuição de nacionalidade brasileira mediante verificação de preenchimento ou não dos requisitos constitucionais.

Tanto assim é, que a própria jurisprudência, de maneira geral, entende que tal transcrição possui natureza de opção de nacionalidade, ainda que provisória, de modo a exigir – assim como a opção de nacionalidade propriamente dita – a emissão de um provimento jurisdicional, declarando o preenchimento dos requisitos constitucionais para a atribuição da nacionalidade brasileira, ainda que provisória.

Em suma, em nosso entender, a transcrição do registro de nascimento do menor nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, que venha a residir no Brasil, para que possa ser realizada nos termos do art. 32 da Lei de Registros Públicos, atribuindo ao menor a nacionalidade brasileira condicionada à posterior opção após a maioridade, necessariamente, deve ser precedida de ação judicial. Como tal demanda se refere a questões de nacionalidade, deverá ser proposta perante o Juízo Federal, nos termos do art. 109, X, da Constituição Federal.

Advertimos, entretanto, que o Conselho Nacional de Justiça adotou solução diversa para a questão, posicionando-se no sentido da desnecessidade de autorização judicial, tanto para a transcrição relativa ao assento de nascimento tomado por autoridade consular brasileira, quanto para aquele tomado por autoridade estrangeira competente, nos termos do art. 1º da Resolução CNJ nº 155/2012:

Art. 1º O traslado de assentos de nascimento, casamento e óbito de brasileiros em país estrangeiro, tomados por autoridade consular brasileira, nos termos do regulamento consular, ou por autoridade estrangeira competente, a que se refere o *caput* do art. 32 da Lei nº 6.015/1973, será efetuado no Livro “E” do 1º Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais da Comarca do domicílio do interessado ou do 1º Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais do Distrito Federal, sem a necessidade de autorização judicial. [...]

Art. 8º O traslado de assento estrangeiro de nascimento de brasileiro, que não tenha sido previamente registrado em repartição consular brasileira, deverá ser efetuado mediante a apresentação dos seguintes documentos:

- a) certidão do assento estrangeiro de nascimento, legalizada por autoridade consular brasileira e traduzida por tradutor público juramentado;
- b) declaração de domicílio do registrando na Comarca ou comprovante de residência/domicílio, a critério do interessado. Na falta de domicílio no Brasil, o traslado deverá ser efetuado no 1º Ofício do Distrito Federal;
- c) requerimento assinado pelo registrado, por um dos seus genitores, pelo responsável legal ou por procurador; e
- d) documento que comprove a nacionalidade brasileira de um dos genitores.

§ 1º Deverá constar do assento e da respectiva certidão do traslado a seguinte observação: “Nos termos do artigo 12, inciso I, alínea ‘c’, in fine, da Constituição Federal, a confirmação da nacionalidade brasileira depende de residência no Brasil e de opção, depois de atingida a maioridade, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira, perante a Justiça Federal”.

Em nosso entender, *data venia*, o Conselho Nacional de Justiça confunde as duas situações previstas no art. 12, I, “c”, da Constituição Federal, às quais não se pode dar idêntico tratamento, como já mencionado. Se isso ocorresse, na transcrição do termo de nascimento lavrado no estrangeiro, estaria sendo outorgada ao oficial de registro civil competência para a atribuição de nacionalidade brasileira.<sup>12</sup>

A confusão é muito clara, aliás, quando se observa a redação do art. 8º, “b”, segunda parte, da referida Resolução, segundo a qual “na falta de domicílio no Brasil, o traslado deverá ser efetuado no 1º Ofício do Distrito Federal”. Ora, não tendo domicílio no Brasil, o menor sequer poderia ser considerado brasileiro nato provisoriamente, nos termos do entendimento jurisprudencial citado. Assim sendo, ainda que possível a transcrição de seu registro de nascimento para produção de efeitos no Brasil, não caberia, para este caso, a anotação prevista no § 1º do mesmo artigo citado.<sup>13</sup>

Dessarte, malgrado seja louvável a edição de resolução sobre o tema – o qual, em razão da falta de legislação específica, após as alterações constitucionais, carece de maior uniformização e compreensão –, entendemos que ao tema deveria ter sido dispensado maior estudo e cuidado, a fim de evitar as incongruências ora registradas.

Assim, com base na fundamentação já expendida, discordamos da solução do Conselho Nacional de Justiça quanto a esse ponto, entendendo ser necessária a intervenção judicial para a transcrição do assento de nascimento do menor lavrado pela autoridade estrangeira – opção provisória de nacionalidade.

#### 4 NACIONALIDADE DERIVADA

Com relação à nacionalidade derivada, seja na forma da alínea “a” ou “b” do inciso II do art. 12, o procedimento é o mesmo, havendo modificações apenas com relação aos requisitos que devem ser preenchidos pelo requerente.

Quanto ao procedimento – que é o que nos interessa no presente artigo –, é de cunho predominantemente político-administrativo, feito no âmbito do Executivo, pelo Ministro da Justiça.

Com efeito, de acordo com o art. 111 da Lei nº 6.815/1980 (que ainda se reporta ao dispositivo da Constituição anterior):

Art. 111. A concessão da naturalização nos casos previstos no artigo 145, item II, alínea b, da Constituição, é faculdade exclusiva do Poder Executivo e far-se-á mediante portaria do Ministro da Justiça.

Por sua vez, a participação do Poder Judiciário dá-se apenas no momento de entrega do certificado de naturalização. Nesse ponto, a competência será da Primeira Vara da Justiça Federal do domicílio do naturalizando, salvo se não houver Justiça Federal nessa localidade, caso em que será feito pela Justiça Estadual, conforme dicção do art. 119 da mesma Lei:

Art. 119. Publicada no Diário Oficial a portaria de naturalização, será ela arquivada no órgão competente do Ministério da Justiça, que emitirá certificado relativo a cada naturalizando, o qual será solenemente entregue, na forma fixada em Regulamento, pelo juiz federal da cidade onde tenha domicílio o interessado.

§ 1º Onde houver mais de um juiz federal, a entrega será feita pelo da Primeira Vara.

§ 2º Quando não houver juiz federal na cidade em que

tiverem domicílio os interessados, a entrega será feita através do juiz ordinário da comarca e, na sua falta, pelo da comarca mais próxima.

Assinale-se que a Lei nº 6.815/80 é regulamentada pelo Decreto nº 86.715/81, que dispõe sobre o tema nos arts. 119 a 134.

Paulo Henrique Gonçalves Portela (2009, p. 246) ainda discorre sobre a matéria:

A naturalização será requerida pelo interessado por meio de petição dirigida ao Ministro da Justiça, apresentada no órgão competente do Ministério da Justiça nos Estados, no caso o Departamento de Polícia Federal, que procederá à sindicância sobre a vida progressa do naturalizando e opinará quanto à conveniência da naturalização. [...] Ao final, o Ministro da Justiça é competente para emitir a portaria que concede a nacionalidade brasileira ao estrangeiro [...]. A portaria de naturalização gerará a emissão, pelo Ministério da Justiça, de certificado de naturalização, o qual será solenemente entregue pelo Juiz Federal da cidade onde tenha domicílio o interessado. Havendo várias Varas da Justiça Federal, será competente para a entrega do certificado o Juiz da 1ª Vara. Não havendo nenhum Juiz Federal, o certificado será entregue pelo juiz da comarca e, na sua falta, pelo da comarca mais próxima.

Portanto, quanto a essa matéria não há maiores controvérsias sobre a existência e extensão da competência federal, sendo precisa e clara a regulamentação legal.

## 5 PERDA DA NACIONALIDADE — CANCELAMENTO DA NATURALIZAÇÃO

Por se tratar de perda derivada de cancelamento da naturalização, por óbvio essa hipótese não se aplica aos brasileiros natos, mas, apenas, aos naturalizados. Por sua vez, pela

própria dicção do art. 12, § 4º, I, da Constituição Federal, esse cancelamento dependerá de sentença judicial.

Com efeito, nesse caso, sequer se trata de procedimento de jurisdição voluntária, como nos demais, mas, sim, de verdadeira lide ajuizada pelo Ministério Público Federal em face de pessoa a quem se imputa a prática de atividade nociva ao interesse nacional. Assim, ao réu nessa ação deverá ser dada a oportunidade de contraditório e ampla defesa, visto que poderá ser afetado em seus interesses, perdendo a nacionalidade brasileira derivada.

Por sua vez, inequivocamente, a Justiça competente para a apreciação e o julgamento desse feito será a Federal, nos termos do art. 109, X, *in fine*, da Constituição Federal, por se tratar de causa afeta à naturalização.

É esse o teor, aliás, da Lei nº 818/1949, segundo a qual “o processo para cancelamento da naturalização será da atribuição do Juiz de Direito competente para os feitos da União, do domicílio do naturalizado”. Apesar da nomenclatura Juiz de Direito, torna-se claro que se trata, atualmente, do juiz federal, pois este é o competente para os feitos da União (art. 109, I, da Constituição Federal).

Nessa mesma linha, afirma Raquel Fernandez Perrini (2011, p. 239) que, “em regra, a ação de cancelamento de naturalização é ajuizada perante a Justiça Federal comum”. Também menciona Paulo Henrique Gonçalves Portela (2009, p. 248):

É competente para promover ação visando ao cancelamento de naturalização o Ministério Público Federal (LC n. 75, de 20/05/1993, art. 6º, IX), em processo julgado pela Justiça Federal (CF, art. 109, X), com eventual

recurso para o Tribunal Regional Federal competente (CF, art. 108, II).

No entanto, conforme adverte José Afonso da Silva (2000, p. 334, rodapé), “o cancelamento pode ser objeto também de pena acessória, no caso de condenação por crime contra o interesse nacional”. Nesse caso, apesar de não se tratar de uma ação de cancelamento de naturalização (isto é, não tem especificamente esse objeto), a competência ainda será da Justiça Federal, porém com fundamento no art. 109, IV, da Constituição Federal. Isso porque a ação terá por objeto a aferição da prática de crime contra o interesse nacional, ou seja, praticado em detrimento da União.

Por fim, a perda da nacionalidade por efeito correlato ao de cancelamento da naturalização pode também ocorrer nos casos de nulidade do ato de naturalização, prevista no art. 35 da Lei nº 818/1949. Nesse caso, como a declaração da nulidade se faz por meio de ação judicial e com o mesmo rito da ação de cancelamento de naturalização (§ 1º do mencionado art. 35), resta inequívoca a competência da Justiça Federal para a análise do tema, com base nos mesmos fundamentos expostos para a referida ação de cancelamento.

Dessarte, não vislumbramos qualquer hipótese em que o cancelamento da naturalização, nos casos narrados, possa se dar por competência de outra Justiça ou por outro órgão administrativo ou Poder.

## 6 PERDA DA NACIONALIDADE – AQUISIÇÃO DE OUTRA NACIONALIDADE

Se na hipótese de perda da nacionalidade por cancelamento de naturalização, a competência é total do Poder

Judiciário Federal, nessa segunda hipótese (em razão da aquisição de outra nacionalidade), a situação é totalmente inversa.

Com efeito, de acordo com a Lei nº 818/49 (art. 23), a perda da nacionalidade, nesses casos, será decretada pelo Presidente da República:

Art. 23. A perda da nacionalidade, nos casos do art. 22, I e II, será decretada pelo Presidente da República, apuradas as causas em processo que, iniciado de ofício, ou mediante representação fundamentada, correrá no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, ouvido sempre o interessado.<sup>14</sup>

Entretanto, por força do Decreto nº 3.453/2000, a competência para declarar a perda da nacionalidade nos casos em apreço (bem como eventual requalificação da nacionalidade) foi delegada do Presidente da República para o Ministro da Justiça. O teor da norma é o seguinte:

Art. 1º. Fica delegada competência ao Ministro de Estado da Justiça, vedada a subdelegação, para declarar a perda e a requalificação da nacionalidade brasileira nos casos previstos nos arts. 12, § 4º, inciso II, da Constituição, e 22, incisos I e II, e 36 da Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949.

Logo, com relação a essa hipótese de perda da nacionalidade, não há intervenção judicial, nem, em consequência, competência da Justiça Federal, conforme leciona Alexandre de Moraes (2012, p. 236):

Diferentemente da previsão anterior [perda da nacionalidade por ação de cancelamento de naturalização], nesta hipótese não haverá necessidade de processo judicial, pois a perda da nacionalidade será decretada por meio de processo administrativo e oficializada mediante Decreto do Presidente da República, garantida a ampla defesa.

Corroborando a delegação mencionada, discorre Paulo Henrique Gonçalves Portela (2009, p. 250) que “a perda de nacionalidade decorre de Decreto do Presidente da República ou, por delegação, do Ministro da Justiça”.

Não obstante, caso haja questionamento judicial com relação aos trâmites de cancelamento de naturalização por conta de aquisição de outra nacionalidade, tal ação judicial deverá ser ajuizada e processada perante a Justiça Federal, por força do art. 109, X, *in fine*, da Constituição Federal, devendo ser lembrado que, no caso de mandado de segurança, por força da qualidade das autoridades coatoras, deverá ser observado o disposto nos arts. 102, I, “d”, ou 105, I, “b”, da Constituição Federal, conforme o caso.

## 7 QUESTÕES PONTUAIS

Por fim, cabe assinalar algumas questões pontuais sobre o tema, já desenvolvidas pela jurisprudência.

Em primeiro lugar, conforme adverte Fredie Didier Júnior (2007, p. 149), “estão excluídas da competência da Justiça Federal, por exemplo, causas sobre adição de patronímico por brasileira naturalizada – referem-se a direito de família e registro público (vide Súmula 51 TFR)”. A súmula referida pelo autor tem o seguinte teor: “Compete à Justiça Estadual decidir pedido de brasileira naturalizada para adicionar patronímico de companheiro brasileiro nato”.

Ainda, segundo o mesmo autor (*loc. cit.*), “também estão afastadas causas de modificação de registro de brasileiro naturalizado”.

Segundo o mesmo raciocínio, afirma Renato Gugliani Herani (2011) que “[c]ontudo, se o pedido judicial

não for para a opção da nacionalidade, mas apenas se restringir à correção de grafia ou acréscimo de alcunha em registro já transcrito, não configura exercício de opção de nacionalidade, razão por que a competência passa a ser da Justiça Estadual”.

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu sobre o tema, conforme o demonstra o seguinte precedente:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL DE BRASILEIRO NATURALIZADO. ACRÉSCIMO DE ALCUNHA.

Compete à Justiça Estadual a apreciação de pedido de modificação de registro de brasileiro naturalizado para inclusão de alcunha, pretensão que não diz com a questão da nacionalidade.

[Conflito de competência nº 18.251/SP, Segunda Seção, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julg. em 22 out. 1997, DJ 16 mar. 1998, p. 7.]

Em suma, tratando-se de questões em que a controvérsia central reside em aspectos relativos a brasileiros natos ou naturalizados, mas não circunscritos à sua nacionalidade (aquisição/perda), afasta-se a competência da Justiça Federal.

## 8 CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto, verificamos a necessidade de análise criteriosa do conteúdo da expressão “causas de nacionalidade”, bem como da exata compreensão de cada uma dessas causas (aquisição originária e derivada, perda de nacionalidade etc.) para compreender, de forma completa, a competência da Justiça Federal nessas hipóteses.

Feita tal análise, podemos constatar que, em muitas dessas hipóteses, não há intervenção judicial, o que determina, por óbvio, a ausência de competência da Justiça Federal

para o tema; de igual maneira, em algumas outras situações, o que aparentemente trata de exame da nacionalidade é apenas questão de publicidade registral, determinando a competência da Justiça Estadual para o tema.

Assim, nos casos de aquisição de nacionalidade originária, vimos que as modalidades constantes das alíneas “a”, “b” e “c”, primeira parte, do inciso I do art. 12 da Constituição Federal prescindem de intervenção judicial, mas necessitam da prática de atos registrares para que possam surtir efeitos públicos. Além disso, em princípio, qualquer controvérsia relativa ao registro (notadamente quanto à observância das normas da Corregedoria dos Cartórios Extrajudiciais) é de natureza administrativa e de competência da Justiça Estadual, na qualidade de Corregedora Permanente dos Cartórios Extrajudiciais.

Quanto à hipótese prevista na segunda parte da alínea “c” do inciso I do art. 12 da Constituição Federal, defendemos a necessidade de intervenção judicial necessária tanto para a opção “provisória” de nacionalidade quanto para a definitiva, bem como que, em ambas, a competência para sua apreciação deva ser da Justiça Federal, nos exatos termos do art. 109, X, *in fine*, da Constituição Federal.

Com relação às hipóteses de aquisição derivada de nacionalidade, bem como da perda de nacionalidade, vimos também que, por força de uma regulamentação normativa clara e precisa, não trazem maiores controvérsias quanto à competência para sua efetivação. Com efeito, a naturalização sempre caberá ao Ministro da Justiça, sendo atribuição do Juiz Federal apenas a entrega do certificado de naturalização. Por sua vez, a perda de nacionalidade por cancelamento da

naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional, dependerá de intervenção judicial, sendo de competência da Justiça Federal. E, por fim, a perda de nacionalidade por aquisição de outra nacionalidade é de competência privativa do Presidente da República, delegada ao Ministro da Justiça, de modo que a competência da Justiça Federal ocorrerá, nesses casos, apenas na hipótese de questionamento judicial, ressalvado o disposto nos arts. 102, I, “d”, e 105, I, “b”, da Constituição Federal.

Finalmente, por conta de observações da jurisprudência, observamos que a competência será da Justiça Estadual, caso se trate de questões em que a controvérsia central reside em aspectos relativos a brasileiros natos ou naturalizados, mas não circunscritos à sua nacionalidade (aquisição/perda), a exemplo da adição de patronímico, da correção de grafia ou do acréscimo de alcunha em registro já transcrito.

Por fim, diante das celeumas encontradas na análise da competência, especialmente no que tange ao art. 12, I, “c”, da atual Carta Federal, fica registrada a necessidade premente de tratamento legislativo mais claro e preciso da questão, já que a legislação que atualmente regula, mesmo que parcialmente, o tema, foi elaborada ainda na vigência da Constituição Federal de 1967/1969.

### *Referências bibliográficas*

AZEVEDO, Wanderson Bezerra de. O brasileiro nato provisoriamente e a Emenda Constitucional nº 54/2007. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1859, 3 ago. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11564>>. Acesso em: 3 out. 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 115, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre traslado de certidões de registro civil de pessoas naturais emitidas no exterior. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/resol\\_gp\\_155\\_2012.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/resol_gp_155_2012.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de 1981. Regulamenta a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Antigos/D86715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D86715.htm)>.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 3.453, de 9 de maio de 2000. Delega competência ao Ministro de Estado da Justiça para declarar a perda e a re aquisição da nacionalidade brasileira, na forma dos arts. 12, § 4º, inciso II, da Constituição, e 22, incisos I e II, e 36 da Lei nº 818, de 18 de setembro de 1949. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3453.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3453.htm)>.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei n. 818, de 18 de setembro de 1949. Regula a aquisição, a perda e a re aquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0818.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0818.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho

Nacional de Imigração. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm)>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência n. 18.074/DF, Segunda Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 10 set. 1997. LEXSTJ, v. 103, p. 36. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 nov. 1997, p. 59.399. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199600514500&dt\\_publicacao=17-11-1997&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199600514500&dt_publicacao=17-11-1997&cod_tipo_documento=>)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência n. 18.251/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 22 out. 1997. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 mar. 1998, p. 7. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num\\_registro=199600593566&dt\\_publicacao=16-03-1998&cod\\_tipo\\_documento=>](https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/ita/abreDocumento.jsp?num_registro=199600593566&dt_publicacao=16-03-1998&cod_tipo_documento=>)>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 235.492/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 11 nov. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 fev. 2004, p. 241. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sSeq=441580&sReg=199900958403&sData=20040216&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=441580&sReg=199900958403&sData=20040216&formato=PDF)>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem em ação cautelar n. 70/RS, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 25 set. 2003. *Diário da Justiça*, Brasília, 12 mar. 2004, p. 35. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=352685>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 418.096/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 22 mar. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 abr. 2005, p. 15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368429>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 415.957/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 23 ago. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, 16 set. 2005, p. 26. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368424>>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação cível n. 0006317-96.2009.4.04.7001, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, julgado em 14 mar. 2012. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região*, n. 66/2012, p. 220, 21 mar. 2012. Disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=4831625&hash=c6fbcaf5ae871447732a31dc5de541af](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4831625&hash=c6fbcaf5ae871447732a31dc5de541af)>.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 1.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Corregedoria Geral da Justiça. *Normas de Serviço: Cartórios Extrajudiciais (Tomo II)*. Atualizadas até 19 dez. 2013. São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/NormasExtrajudiciais/NSCGJTomoIITachado.pdf>>.

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral da Justiça. *Código de Normas*. Atualizado até o Provimento n. 61/2013. Vitória, dez. 2013. Disponível em: <<http://www.cgi.es.gov.br/arquivos/normasinternas/CODIGODENORMAS.pdf>>.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Nacionalidade: aquisição, perda e re aquisição*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HERANI, Renato Gugliani. Nacionalidade potestativa após a Emenda Constitucional n. 54/07. *Videre*, Dourados/MS, ano 3, n. 5, p. 129-156, jan./jun. 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PAIVA, João Pedro Lamana; ÁLVARES, Pércio Brasil. *Brasileiros nascidos no exterior: efeitos jurídicos da Emenda Constitucional nº 54/2007 no procedimento do registro civil de pessoas naturais*. Sapucaia do Sul, dez. 2009 Disponível em: <[http://www.lamanapaiva.com.br/banco\\_arquivos/brasileiros\\_nascidos\\_no\\_exterior.pdf](http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/brasileiros_nascidos_no_exterior.pdf)>. Acesso em: 2 nov. 2012.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competência da Justiça Federal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. *Manual de processo civil para a 1ª instância*. 3. ed., 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. Salvador: JusPodivm, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

---

1 “Art. 12. São brasileiros: I – natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país.”

2 “Art. 12. São brasileiros: I – natos: [...] b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil.”

3 Assim já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “CONSTITUCIONAL. REGISTRO DE NASCIMENTO EM CONSULADO BRASILEIRO NO ESTRANGEIRO. REGISTRO CIVIL. ASSENTAMENTO. DIREITO ADQUIRIDO. BRASILEIRO NATO. 1. O requerente (filho de pais brasileiros) nasceu em 07 de outubro de 1991, em Aichi-ken, no Japão, sendo devidamente registrado perante Embaixada da República Federativa do Brasil em Tóquio (fl. 09), preenchendo, assim, todos os requisitos exigidos pela redação originária do artigo 12, I, ‘c’, da Constituição Federal (vigente à época). 2. É certo que a Emenda Constitucional de Revisão n.º 03/1994 alterou a redação do dispositivo referido, afastando a possibilidade de o simples registro em Consulado brasileiro no exterior conferir nacionalidade originária a pessoas nascidas no estrangeiro (a redação originária foi restabelecida pela EC n.º 54/2007). Contudo, os nascidos anteriormente à

referida Emenda Constitucional, desde que preenchidos os requisitos à época necessários, têm direito adquirido à nacionalidade originária, prescindindo de qualquer manifestação de opção perante o Judiciário pátrio. 3. O recorrente inclusive já promoveu a transcrição do Registro de Nascimento junto ao Cartório de Registro Civil da Comarca de Rolândia/PR, não havendo que se falar em exercício de opção pela nacionalidade brasileira. 4. Apelação improvida” [AC 0006317-96.2009.4.04.7001, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, D.E. 21 mar. 2012, sem destaques no original].

4 “9. O filho de brasileiro ou brasileira nascido no estrangeiro quando nenhum destes lá estiver a serviço do Brasil, desde que venha residir no território nacional, poderá ter registrado o respectivo termo de nascimento, mediante requerimento ao Juízo da Corregedoria Permanente de seu domicílio, no Livro “E” do 1º Subdistrito da Comarca. 9.1. O registrado em repartição diplomática ou consular brasileira competente é brasileiro nato, independentemente de qualquer ato ou condição, competindo ao Oficial, ao lavrar o termo, a transcrição do assento de nascimento” [sem destaques no original].

5 “Art. 1.017. Os assentos de nascimentos, casamentos e óbitos lavrados em países estrangeiros, tomados pelo próprio cônsul brasileiro nesses países, serão trasladados no Livro “E” do 1º Ofício do Registro Civil de Pessoas Naturais do domicílio do registrando ou no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir, independentemente de intervenção judicial.” “Art. 1.018. Os nascimentos ocorridos no estrangeiro a partir de 21/09/2007 e registrados em repartição oficial brasileira (embaixada ou consulado), de filhos de pai ou de mãe brasileiros, serão transcritos diretamente no Livro “E” do 1º Ofício do domicílio do registrado, sem qualquer referência à necessidade de opção de nacionalidade.”

6 Segundo Renato Gugliani Herani (2011), “[e]ssa interpretação conduz a uma flagrante inconstitucionalidade, pois fere o princípio da igualdade (art. 5º caput da CF/88). Isso porque cria uma distinção sem justificativa constitucional, à medida que trata desigualmente pessoas em mesma situação jurídica. Os que nasceram no período da ECR n. 3/94, para adquirir a nacionalidade brasileira, vieram a residir no Brasil e, aqui, exerceram a opção, como também todos os que nasceram na vigência da EC n. 54/07 deverão, se não pela via do registro consular, proceder da mesma forma. Não poderia, sem incorrer em violação à igualdade, facultar aos que nasceram na vigência da Emenda de Revisão e não adquiriram a nacionalidade brasileira, agora, a partir de 2007, adquiri[-]la de forma privilegiada”.

7 “Art. 145. São brasileiros: I - natos: [...] e) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, embora não estejam estes a serviço do Brasil, desde que [...] venham a residir no território nacional de atingir a maioridade; neste caso, alcançada esta, deverão, dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira.”

8 “Art. 12. São brasileiros: I - natos: [...] e) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que [...] venham a residir na República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira; [...]”

9 “Art. 12. São brasileiros: I - natos: [...] e) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira; [...]”

10 “Art. 12. São brasileiros: I - natos: [...] c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que [...] ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; [...]”

11 Nesse ponto, frisamos que o presente artigo não visa discutir o acerto da posição do Supremo Tribunal Federal e da doutrina majoritária sobre o tema, pois isso fugiria ao objetivo principal deste estudo.

12 Yussef Said Cahali – malgrado possua posição diversa que a aqui defendida sobre essa questão –, em seu *Estatuto do Estrangeiro* (2010), já advertia sobre essa confusão na Lei nº 6.015/1973, que também tratou das duas situações como semelhantes fosse, o que não ocorre, como visto acima: “[n]os §§ 2º e 3º do art. 32, a Lei [nº 6.015/1973] confundia o registrado em repartição consular, que, pelo texto constitucional então em vigor, desfrutava em definitivo da condição de brasileiro nato, sem, portanto, necessidade de opção, e o não

registrado no consulado que viesse a morar no Brasil, este sujeito à opção quando atingida a maioridade”. Assim, cuida-se de confusão comum a de tratar os dois institutos como se se sujeitassem aos mesmos requisitos e procedimentos, quando na verdade isso não ocorre.

13 Nesse ponto, calha transcrever ponderação feita pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, conforme citada por Wanderson Bezerra de Azevedo (2008): “[a] reflexão desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes referidos, quanto ao filho de brasileiro que venha a residir no Brasil, estimula indagar se não seria de se desenvolver raciocínio semelhante para o menor, filho de brasileiro, que, nascido no exterior, lá continua a residir [...] a legitimidade de registro provisório na repartição consular de que trata a Lei de Registros Públicos (art. 32, § 2º, primeira parte), também no caso de filho de pai brasileiro ou mãe brasileira, nascido no exterior, ainda que o beneficiário continue a residir no exterior”. Destaque-se que, assim como o autor do texto em que consta a referida citação, discordamos de tal posicionamento, aproveitando-nos das mesmas ponderações expostas no texto em análise: “[a]s assertivas do ilustre Ministro não nos demovem de nosso entendimento. O caráter protetivo da norma não exclui o seu caráter restritivo, na verdade a preponderância é deste sobre aquele ou então seríamos obrigados a admitir que a força desse apelo protetivo fizesse como se não escritas fossem na Constituição, até a maioridade, as condições suspensivas de residência no Brasil e opção”.

14 Os incisos I e II do art. 22 da Lei nº 818/1949 assim dispõem: “art. 22. Perde a nacionalidade o brasileiro: I – que, por naturalização voluntária, adquirir outra nacionalidade; II – que, sem licença do Presidente da República, aceitar, de govêrno estrangeiro, comissão, emprêgo ou pensão”. Por não constar da redação do art. 12, § 4º, da Constituição Federal, entendemos que o inciso II do mencionado artigo não foi recepcionado pela atual ordem constitucional. Nesse mesmo sentido, posiciona-se Paulo Henrique Gonçalves Portela (2009, p. 250), para quem “[e]m vista das determinações constitucionais, foi derogada a possibilidade, constante do art. 22, II, da Lei 818, de 18/09/1949, que previa a perda da nacionalidade do brasileiro que ‘sem licença do Presidente da República, aceitar, de govêrno estrangeiro, comissão, emprêgo ou pensão’”.

---

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE  
ADMINISTRATIVA E SUA APLICAÇÃO ÀS  
CONDUTAS ÍMPROBAS PRATICADAS POR  
DIRIGENTES DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA  
MISTA FEDERAIS

*Francisco de Assis Basilio de Moraes*

Juiz Federal (2ª Região). Professor de Direito Comercial  
da Universidade Vila Velha/ES.



## A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUA APLICAÇÃO ÀS CONDUTAS ÍMPROBAS PRATICADAS POR DIRIGENTES DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FEDERAIS

*Francisco de Assis Basílio de Moraes*

Resumo: Neste ensaio, analisa-se a aplicação combinada da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992), com as consequências respectivas, aos atos ímprobos praticados por dirigentes de sociedades de economia mista, no âmbito da Administração Pública Federal, tendo em vista as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que rege as sociedades anônimas, marco no mercado de capitais.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Ação civil pública. Sociedade de economia mista. Dirigentes.

*Abstract: This paper examines the combined application of the Public-interest Civil Action Law (No. 7.347/1985) and the Law on Misconduct in Public Office (No. 8.429/1992), and the consequences thereof, to acts of misconduct committed by managers of mixed private-public ownership companies<sup>1</sup> within the Federal Public Administration, considering the provisions of Corporate Law (No. 6.404/1976), a landmark in the Brazilian stock market.*

*Keywords: Misconduct in public office. Public-interest Civil Action Act. Mixed private-public ownership company. Managers.*

### 1 INTRODUÇÃO. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Carta Cidadã de 1988, documento balizador de todo o ordenamento jurídico pátrio, no que tange aos atos administrativos, estabelece que a Administração Pública, direta e indireta, e os atos praticados pelos seus agentes, em prol

desta, obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*), bem como que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (art. 37, § 4º, grifos nossos).

Malgrado opiniões minoritárias contrárias, quis o constituinte originário que os atos administrativos ímprobos fossem sancionados por intermédio de lei ordinária específica, a ser editada pelo legislador superveniente, não se confundindo tais sanções com as de caráter penal, como bem informa a parte final do § 4º do artigo em comento.

Tal preceito constitucional (art. 37, § 4º, da Constituição da República), de eficácia contida, com o advento da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências, veio adquirir plena eficácia, consoante Cármen Lúcia Antunes Rocha (2000, p. 105):

A Lei nº 8.429, promulgada em 1992, veio exatamente na seqüência do quanto disposto sobre a matéria pela Constituição de 88. Tendo-se por base exatamente o quanto posto como princípio naquele Diploma Maior, essa lei veio dar densidade e eficácia ao princípio da moralidade administrativa, a qual, em seu art. 4º, reitera a obrigação de todos os agentes públicos velarem pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos inerentes aos seus respectivos ofícios, o que já se contém, igualmente expresso, no art. 37 da Carta da República.

Tal entendimento, de fato, está consagrado na cita da lei:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. [...]

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Vê-se que a lei de improbidade administrativa, como é conhecida, estabeleceu definição própria para “agente público” e sanciona os agentes que pratiquem atos contrários à lei, em especial os atos que importem a não observância dos princípios basilares administrativo-constitucionais do art. 37 da lei maior. Essa sanção visa a atos comissivos ou omissivos, de natureza dolosa ou culposa. Com efeito, a aplicação da lei se estende, inclusive, aos atos ímprobos praticados por aqueles per-

tencentes, ainda que transitoriamente, aos quadros das entidades da Administração Pública indireta, tais como as sociedades de economia mista (art. 4º, inciso II, alínea “c”, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967), bem como aos atos de improbidade de funcionários dos quadros de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade para cuja criação ou custeio o Erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (parte final do art. 1º da Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Pois bem. Entre todas as situações de ofensa à Carta Política, ferem-na de morte as de não observância de um princípio constitucional pelo agente público, ofensa mais grave do que o não atendimento de qualquer outro tipo de comando normativo, porque, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello (1983, p. 230), o princípio é o

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Nesse sentido, ainda sobre a maculação de um princípio, vaticina Mello (1994, p. 451):

É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

É por essa razão que a Lei de Improbidade Administrativa impõe:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [NB: aqui, sem caráter taxativo] [...]

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [NB: aqui, sem caráter taxativo] [...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [NB: aqui, sem caráter taxativo]<sup>2</sup>

Observe que o art. 9º está diretamente ligado aos atos ou às condutas ímprobas que levam o agente público, incluindo os pertencentes aos quadros efetivos ou temporários das sociedades de economia mista, a um enriquecimento sem qualquer causa, ilicitamente, em prejuízo ou não da entidade a que pertence, porque a improbidade independe de efetivo prejuízo, bastando que o agente aufera qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, sem nexos causal, em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade. Os incisos que compõem o art. 9º da LIA são meramente exemplificativos, podendo outras condutas, não listadas no artigo, subsumirem-se ao comando normativo do *caput*.

Não se afastam dessa concepção os arts. 10 e 11 da LIA. Como se pode facilmente observar, o art. 10 da LIA visa

coibir atos de improbidade que atentem contra a *res* pública, ou seja, atos de improbidade que resultem em afronta aos princípios constitucionais republicanos, os quais devem ser severamente punidos, pois que não é dado a alguém o direito de usar a coisa pública como se fosse sua, em detrimento da coletividade. Destarte, a lei avaliza que tal conduta é agravada com o enriquecimento às expensas do bem coletivo.

O art. 11, por seu turno, exemplifica, em seus incisos, as condutas ímprobas que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. A ordem jurídica não aceita a desonestidade e a deslealdade daqueles que deveriam gerir o patrimônio público, em prol da coletividade, com o mesmo denodo que os seus bens. Ou seja, *recte rem publicam gerere* (a coisa pública deve ser gerida com retidão).

Nesse contexto, considerando que a União seja a entidade federada controladora de uma sociedade de economia mista, qualquer prejuízo que venha atingir esta refletirá no patrimônio da União. Destarte, a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas, LSA), aplicada às sociedades de economia mista, por força do seu art. 235, determina, no parágrafo único do art. 116, *in verbis*:

Art. 116. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Se o comando legal de respeitar a função social da propriedade, bem como os direitos dos demais acionistas, vale

para o acionista controlador de uma empresa privada, concretizando a Constituição Cidadã de 1988, o que devemos esperar, como cidadãos, de uma sociedade de economia mista, em que a União Federal é a acionista controladora?

Nessa linha de argumentação, a Lei das Sociedades Anônimas (art. 117) estabelece que o “acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder”.

Vê-se, portanto, que qualquer acionista minoritário, ou terceiro, poderá buscar ressarcimento em face do acionista controlador, que responderá pelos prejuízos que causar. Dentro dessa concepção, deve a União, como acionista controladora da sociedade de economia mista, atingida em sua esfera patrimonial, buscar ressarcir-se dos administradores e diretores da sociedade empresária estatal, se estes, como administradores da companhia e no exercício de suas funções, não empregaram o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios (v. art. 153, LSA), pois “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa” (art. 154, LSA).

Neste ponto, é de se observar o princípio fundamental da função social da empresa, plasmado no art. 170, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Quis o constituinte originário que os princípios regentes da economia do país também observassem os valores sociais. E, antes que se diga que são conceitos não conciliáveis, entendemos que os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder,

e que a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que regem aquele país. As Constituições escritas não têm valor nem são duráveis, a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social (LASSALE, 1933).

Assim, os atos de improbidade na gestão das sociedades de economia mista são uma violação grave, não só à garantia estampada no art. 170, inciso III, mas também ao direito à propriedade privada, previsto no art. 170, inciso II, e no art. 5º, inciso XXII, bem como aos princípios da legalidade e da moralidade, contidos no *caput* do art. 37, todos da Constituição. Por esta razão, as sanções da Lei nº 8.429/1992 (art. 12), compreensivamente, são pesadas.

Não se deve imaginar que condutas ímprobas subsumidas ao comando normativo do art. 11 da LIA são de difícil avaliação. Ora, um intérprete mais afoito diria que qualquer conduta, vista sob uma ótica mais restritiva, ofenderia qualquer princípio legal ou constitucional, e, portanto, tais condutas deveriam ser analisadas à luz do art. 11, *cum grano salis*.

É de clareza solar a percepção de que o agente público (incluindo os dirigentes das sociedades de economia mista) deve obediência irrestrita ao princípio da legalidade, segundo o qual a atividade administrativa encontra na lei seus fundamentos e seus limites. A lei é o norte de toda função administrativa. O Poder Público somente pode fazer o que a lei lhe ordena, conforme a parêmia *prohibita intelliguntur quod non permissum*. Ao contrário do que ocorre na administração particular, o administrador público não pode fazer tudo o que não está proibido, mas, sim, apenas o que a lei autoriza. O que não está permitido está vedado!

Esse princípio, na lição de Mello (1994, p. 24), “explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção esta que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração”.

A primazia da lei, segundo o escólio de Comparato (1997),

deve ser entendida como a incontrastabilidade do comando legal, em relação a qualquer outra norma do ordenamento jurídico e, em especial, a qualquer outra norma emanada pela própria Administração Pública. A vontade estatal, que por via da lei vem à luz, não pode absolutamente ser superada, alterada ou revogada, e, de outro lado, ela supera qualquer outra expressão da vontade estatal já existente, a qual, com outro conteúdo, a ela se oponha.

O tema, como não poderia deixar de ser, não escapou à argúcia de Meirelles (1990, p. 78):

A legalidade, como princípio de administração (Const. Rep., art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

É oportuno recorrer-se, novamente, aos ensinamentos de Mello (1994, p. 457):

Fora da lei, portanto, não há espaço para atuação regular da Administração. Donde, todos os agentes do Executivo, desde o que lhe ocupa a cúspide até o mais

modesto dos servidores que detenha algum poder decisorio, hão de ter perante a lei – para cumprirem corretamente seus misteres – a mesma humildade e a mesma obsequiosa reverência para com os desígnios normativos. É que todos exercem função administrativa, a dizer, função subalterna à lei, ancilar – que vem de ancília, serva, escrava.

Também, na mesma linha de raciocínio, é de fácil compreensão que o agente público praticante de atos administrativos desvinculados do princípio da moralidade (que, na conformidade do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo) ofende, hediondamente, a Carta Magna de 1988 e a Lei de Improbidade Administrativa.

Esse princípio assumiu foros de pauta jurídica, compreendendo-se em seu âmbito a lealdade e a boa-fé. Segundo estes cânones, a Administração haverá de proceder, em relação aos administrados, com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar e minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos, ou de forma a originar prejuízo ao patrimônio público.

No que é pertinente ao alcance desse princípio, Meirelles (1990, p. 79-80), citando lição de Maurice Hauriou, ressaltou que “não se trata de moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração”. Em complemento, pontificou: “o certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com sua legalidade e finalidade constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima”.

Com efeito, por se tratar de moral jurídica (nunca de moral comum), o princípio da moralidade administrativa impõe ao agente político que sua conduta interna respeite as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação, qual seja, o bem comum.

Oportuna a lição de Caetano (1970, p. 684), para quem

o administrador, [...] mais do que o homem comum, deve pautar seus negócios particulares e sua atividade administrativa por rigorosa observância de princípios morais que não permitam quaisquer dúvidas de que o interesse público está protegido. É que no conceito de moralidade administrativa vai ser auferida também a probidade de servidor, de que deve servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em benefício próprio ou de outrem a quem queira favorecer.

Frise-se, ainda, que por legalidade ou ilegalidade se entende não só a conformação do ato à lei, como à moral administrativa e ao interesse coletivo, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal ou ilegítimo o que desatende à lei, como o que viola a moral da instituição, ou se desvia do interesse público.<sup>3</sup>

## 2 A AÇÃO ORDINÁRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A ação de improbidade administrativa, se proposta consoante o art. 17, *caput*, da Lei nº 8.429/1992 (LIA), tramitará sob o rito ordinário. Aplicar-se-á o Código de Processo Civil, no que couber, quando a LIA for omissa (art. 17, § 6º, da LIA). Trata-se de ação ordinária, com a possibilidade de

ajuizamento de ação cautelar preparatória ou incidental, à vista de fundados indícios de responsabilidade do agente ímprobo, com a decretação do sequestro (arts. 822 a 825, CPC), ou da indisponibilidade dos bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilicitamente, ou causado dano ao patrimônio público (art. 7º, LIA). Além disso, a LIA expressamente informa que a autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (art. 20, parágrafo único, LIA).

Omissa a LIA, nada impede que o autor da ação ordinária de improbidade administrativa requeira a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, com base, por exemplo, no art. 461 do CPC, obrigando o réu a se abster de praticar algum ato, ou mesmo a praticar algum ato, conforme o caso. Outro exemplo é a entrega de coisa certa, com base no art. 461-A do CPC. A natureza da tutela de urgência dependerá da necessidade e da própria urgência em assegurar a futura pretensão.

O juízo da causa, no caso das sociedades de economia mista federais, é o juízo federal de 1ª instância, desde que a União demonstre interesse em compor a lide na qualidade de autora, assistente ou litisconsorte ativa. Como já mencionado alhures, no caso das sociedades de economia mista, é possível que a União venha a sofrer, na qualidade de ré, ações para ressarcir os demais acionistas ou terceiros prejudicados pelos atos ímprobos dos agentes pertencentes aos quadros permanentes ou provisórios da sociedade empresária estatal. Dessa forma, é de se esperar que o ente federado maior se interesse pelo desfecho da ação ordinária de improbidade administrativa.

Questão duvidosa surge em relação ao local para o processamento da ação ordinária de improbidade administrativa. Qual o foro? Como o CPC é aplicado subsidiariamente, a questão será decidida entre os arts. 94 e 100.

O art. 94 e seus parágrafos, do CPC, determinam que a ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu e, tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles; sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor; quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor; se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro, e por fim, havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

Por seu turno, o art. 100, inciso V, alínea “a”, do CPC, impõe que “é competente o foro do lugar do ato ou do fato para a ação de reparação do dano”. Ora, como dentre os pedidos há aquele que o réu seja condenado no pagamento de multa civil (o que se traduz em uma espécie de reparação do dano causado à entidade pela prática do ato ímprobo), tem-se que, na ação de improbidade administrativa, prevalecerá a competência do foro do lugar do ato.

Se a sociedade de economia mista federal assume a condição de ré, em litisconsórcio passivo, surge nova questão: é competente o foro do local onde está a sede da pessoa jurídica-ré, como informa a alínea “a”, inciso IV, do art. 100, ou o foro ditado pela alínea “a”, do inciso V, do art. 100 do CPC, conforme informado alhures?

Neste ponto, sendo especiais os dois dispositivos, e não havendo possibilidade de resolver o conflito das normas pelos critérios tradicionais, tendo em vista a lacuna, aplica-se a regra do art. 94, § 4º, do CPC: “havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor”.

Os legitimados ativos para a propositura da ação, como expressamente informa o *caput* do art. 17 da LIA, são o Ministério Público ou pessoa interessada; no caso das sociedades de economia mista federais, a propositura da ação ordinária de improbidade terá como autor o Ministério Público Federal (MPF), ou a União, ou a composição destes, em litisconsórcio ativo. No caso da propositura da ação ordinária de improbidade administrativa pela sociedade de economia mista federal, esta só tramitará na Justiça Federal se a União vier a compor a lide, na qualidade de ré, autora, assistente ou oponente, *ex vi* do art. 109, inciso I, da Constituição Federal.

Destaca-se aqui que não é o fato de a ação ordinária ter sido movida pelo MPF que determina a competência da Justiça Federal. Mais à frente, verificar-se-á que o MPF possui legitimidade ativa para propor ação civil pública de interesse federal, com base na Lei nº 8.492/1992.<sup>4</sup>

A Lei Complementar nº 75/1993, Lei Orgânica das Carreiras que compõem o Ministério Público da União, também dispõe que é função institucional do MPU a defesa do patrimônio público e social (art. 5º, inciso III, alínea “b”). E, em consonância com o que estabelece a Súmula nº 208 do STJ, compete à Justiça Federal o julgamento de ações que envolvam interesse federal, em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar.<sup>5</sup> Caso o MPF não intervenha no

processo como parte, seu membro atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade (art. 17, § 4º, LIA). Decerto, “o dia a dia vem revelando a atuação corajosa e aguerrida dos membros do Ministério Público, bem como a predominância do seu papel diante dos processos coletivos em tramitação no Brasil” (MENDES, 2012, p. 249).

Quanto aos legitimados passivos, no caso das sociedades de economia mista federais, a LIA informa que são parte ré, na ação ordinária de improbidade, os agentes públicos que praticarem ato de improbidade administrativa na forma da LIA, e que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas sociedades empresárias estatais da União (arts. 1º e 2º). Ou seja, qualquer funcionário ou dirigente da sociedade de economia mista responde por ato de improbidade, ainda que não tenha qualquer vínculo empregatício com a entidade (por exemplo, recebendo *pro labore*).

As disposições da LIA são aplicáveis, ainda, no que couber, àqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem, sob qualquer forma, direta ou indireta (art. 3º). É o caso, por exemplo, de empresas privadas e de seus sócios, administradores e controladores que participem da prática de atos de improbidade.

Também os sucessores daqueles que causarem lesão ao patrimônio público ou se enriquecerem ilícitamente estão sujeitos às cominações da lei de improbidade (art. 12), até o limite do valor da herança ou do quinhão sucessório (art. 8º).

Essa sucessão processual não passou despercebida por Garcia e Alves (2008, p. 641-642):

No art. 8º, prevê a Lei de Improbidade a responsabilidade do sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilícitamente, sujeitando-se à reparação do dano causado ou à perda do acréscimo patrimonial ilegal, isto é até o limite do valor da herança. O legislador, aqui, nada mais faz do que adaptar a regra geral contida no art. 1.796 do CC no sentido de que a herança responde pelo pagamento de dívidas do falecido, e mais especificamente, no art. 5º, XLV, da Constituição Federal, possibilitando, do prisma processual, o que se convencionou chamar de sucessão processual, devendo adotar-se, relativamente aos processos já em curso por ocasião do falecimento do agente, o procedimento previsto nos arts. 1.055 e 1.062 do CPC.

A sucessão também pode estar ligada a uma reorganização societária, no caso de pessoas jurídicas, já que estas podem ser réis em ação de improbidade administrativa. Portanto, no caso de transformação, fusão, incorporação ou cisão, total ou parcial, de acordo com a legislação societária (Código Civil ou Lei das S/A), nada obsta que o autor direcione a ação para o sucessor societário.

A ação ordinária de improbidade administrativa, conforme o art. 14 da LIA, poderá ter, como fundamento fático-jurídico, documentos e testemunhos obtidos em sindicância e/ou processo administrativo disciplinar, regularmente instalados para investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade do agente sob tal acusação.

Todavia, observe que, consoante o § 6º do art. 17 da LIA, a ação ordinária de improbidade administrativa deverá ser instruída com documentos ou justificação que contenham

indícios suficientes da existência do ato de improbidade, ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, com a observância da legislação vigente, inclusive as disposições dos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil, que versam sobre a responsabilidade das partes por dano processual. O que este dispositivo, introduzido pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, pretendeu foi inibir a propositura de ações sem qualquer fundamento fático-jurídico, evitando lides temerárias. Por essa razão, as peças iniciais das ações ordinárias, e se verá adiante, das ações civis públicas de improbidade administrativa, não podem vir desacompanhadas de um suporte fático-probatório, em termos de documentos e testemunhos, sob pena de inépcia da inicial.

A lei informa que qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, mas deve atentar para o seguinte fato: constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente, com pena de detenção, de seis a dez meses, e multa. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado (art. 19, parágrafo único, da LIA). No caso das sociedades de economia mista federais, a representação será efetivada para o dirigente máximo da entidade, ou, se este estiver envolvido, ao Ministro ou Secretário de Estado, ao qual está vinculada a sociedade empresária estatal. A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria, e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

Para apurar qualquer ilícito previsto na Lei de Improbidade Administrativa, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo (art. 22, LIA). Entre os instrumentos pré-processuais de que o MP dispõe, é importante frisar que o inquérito civil (IC) (art. 129, inciso III, da Carta da República, que se presta para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos) é aconselhável no caso de improbidade, haja vista que o *Parquet* poderá, em sede de IC, requisitar as informações pertinentes para servir de base para a propositura da ação de improbidade, necessárias e obrigatórias para tal mister, conforme determina o art. 17, § 6º, da LIA, com fulcro no art. 396 do CPC.

Questão tormentosa foi a do cabimento da vista dos autos do inquérito civil ao acusado e seus representantes legais, na fase investigatória (pré-processual). A Súmula Vinculante nº 14, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal em 2 de fevereiro de 2009, pôs fim à discussão, tanto no âmbito do inquérito policial, ou assemelhado, quanto no âmbito do inquérito civil:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos da prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, no caso das sociedades de economia mista federais, ocorrerá de acordo

com seu decreto de instituição, seu estatuto social e, se houver, seu regulamento. Caso a legislação seja omissa, aplica-se, no que couber, a Lei nº 8.112, de 9 de dezembro de 1990 (Regime Jurídico dos Servidores Federais).

A comissão processante, no caso das sociedades de economia mista federais, deverá dar conhecimento ao Ministério Público Federal e ao Tribunal de Contas da União (art. 70 da Constituição) da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade. A LIA informa que o Ministério Público ou o Tribunal de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo (art. 15, parágrafo único). Em nosso pensar, não se trata de uma faculdade da lei, mas de um comando imperativo.

Ainda nesta fase pré-processual, a lei informa que, havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão processante representará ao Ministério Público ou à procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou de terceiro que tenha enriquecido ilícitamente, ou causado dano ao patrimônio público. Como informado, o pedido de sequestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil, e, quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da legislação sobre o assunto e dos tratados internacionais.

A propositura da ação ordinária de improbidade administrativa prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa

de pedir ou o mesmo objeto (art. 17, § 5º, da LIA com combinação do art. 103, CPC). Por exemplo, no caso da sociedade de economia mista federal, se o MPF tiver proposto a ação ordinária de improbidade administrativa em face do dirigente máximo da estatal no juízo federal em Brasília, e a União posteriormente propuser idêntica ação na cidade do Rio de Janeiro, o juízo federal carioca deverá declinar para o juízo federal brasiliense, remetendo-lhe os autos.

Quantos aos pedidos, é cabível sua cumulação nesta ação ordinária de improbidade administrativa? Segue-se o disposto no art. 12 da LIA, que, ordinariamente, estabelece pretensões sancionatórias condenatórias (perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil), ou constitutivas negativas (proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário). Ainda que não especificado, são pedidos cumulados. Na omissão da LIA, e tendo em vista a aplicação subsidiária do CPC, nada obsta a aplicação do art. 292 e parágrafos, sendo permitida a cumulação, num único processo e contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. Todavia, os pedidos devem ser compatíveis entre si, o juízo da ação ordinária de improbidade deve ser competente para conhecê-los, e sendo o rito da ação o ordinário, este será o procedimento utilizado para o deferimento, ou não, de todos os pedidos. Por exemplo, é plenamente cabível a acumulação dos pedidos do art. 12 da LIA com a indenização, por danos exclusivamente morais, à pessoa jurídica (Súmula STJ nº 227).

### 3 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP) E A APLICAÇÃO DE SEU RITO EM COMBINAÇÃO COM A LEI Nº 8.429/1992

A primeira questão que desborda na aplicação da Lei nº 7.347/1985 nas ações da Lei nº 8.429/1992 é se a ação civil pública pode veicular o conteúdo da ação ordinária de improbidade administrativa.

A controvérsia cinge-se em três pontos:

(i) O rito da ACP não se coaduna com o rito ordinário da ação de improbidade administrativa;

(ii) As ACPs não podem veicular pedidos sancionatórios, conforme disposto no art. 12 da LIA;

(iii) As ACPs, tão somente, versam sobre interesses difusos, não sendo cabível a sua utilização na defesa de interesses individuais homogêneos disponíveis.

Há alguns equívocos nessas colocações. O primeiro deles é o de que a Lei nº 7.347/1985 em nenhum momento informa que o rito das ações civis públicas é especial. E mesmo se assim fosse, não há qualquer problema neste sentido: como o CPC é aplicado subsidiariamente, quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário (art. 292, § 2º, CPC), que é justamente o rito da LIA (art. 17, *caput*).

O segundo equívoco é o de que o art. 3º da Lei nº 7.347/1985 informa que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Ora, a ACP poderá, e não deverá, ter como pedido a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer. Portanto, não obsta que se veiculem os pedidos do art. 12 da LIA, que explicitam pedidos condenatórios e constitutivos negativos.

Por último equívoco, tem-se a afirmação de que as ações civis públicas versam sobre interesses difusos, e a aplicação destas em ações sobre improbidade administrativa é descabida, uma vez que os atos de improbidade se correlacionam aos interesses individuais homogêneos disponíveis de entes ou entidades que foram afetadas pelos atos ímprobos de seus agentes.

Como é sabido, as ações civis públicas regem-se pelas disposições da Lei nº 7.347/1985, sem prejuízo da ação popular, e são utilizadas com o objetivo de apurar as responsabilidades, por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração à ordem econômica e à economia popular, com o intuito de condenar em ressarcimento pecuniário ou obrigações de fazer ou não fazer os responsáveis. Apesar de não veicular expressamente a apuração de responsabilidades em relação aos danos morais e aos danos materiais ocasionados pela prática de atos de improbidade administrativa, haja vista o malbarato do patrimônio público, não se pode perder de vista o disposto no art. 129, inciso III, da Constituição, de que a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, é feita por meio da ação civil pública.

Dessa forma, ainda que o legislador ordinário ou o próprio Poder Executivo, por meio das malfadadas medidas provisórias, tente eliminar a aplicação da ação civil pública na proteção do patrimônio público, tal proceder resultaria inócuo,

tendo em vista o disposto na Constituição da República de 1988. Como as ações de improbidade administrativa têm por base a salvaguarda do interesse e do patrimônio público, com a aplicação das condenações impostas pelo art. 12 da LIA, não há que se falar sobre a impossibilidade de veiculação de tais pedidos em ACP, com o objetivo de apurar as responsabilidades, por danos morais e patrimoniais causados por atos de improbidade administrativa, com o intuito de condenar os responsáveis em ressarcimento pecuniário ou em obrigações de fazer ou não fazer.

Na linha desse entendimento, argutas as observações de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2008, p. 602):

Se considerarmos que a Lei nº 8.429/92 compõe, ao lado de outros instrumentos constitucionais e infraconstitucionais, o amplo sistema de tutela do patrimônio público, interesse difuso, a possibilidade de manejo da ação civil pública na seara da improbidade, quer pelo Ministério Público, quer pelos demais co-legitimados, torna-se clara. Claríssima, *de lege lata*, em razão da regra contida no art. 129, III, e § 1º, da Constituição Federal, o que, a nosso juízo, torna até desimportante a discussão sob o enfoque puramente pragmático.

No sentido do disposto, pronunciou-se o STJ: “[...] o Ministério Público tem legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação civil pública objetivando o ressarcimento de prejuízos causados ao erário, por ato de improbidade administrativa” (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.038.103/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julg. 16 abr. 2009, DJe 4 mai. 2009). Por fim, a propositura da ACP será, por força do art. 2º da LACP, no local de ocorrência do dano.

#### 4 A APLICAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ÀS CONDUTAS ÍMPROBAS PRATICADAS PELOS DIRIGENTES DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA FEDERAIS

##### 4.1 *As sociedades de economia mista federais*

As sociedades de economia mista federais são entidades que compõem a Administração Pública Federal, conforme disposto no art. 4º, inciso II, alínea “c”, do Decreto-lei nº 200, de 25 de março de 1967. Este diploma legal designa sociedade de economia mista como “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta” (art. 5º, inciso III).

Por conta disso, determina o art. 235 da Lei nº 6.404/1976:

Art. 235. As sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta Lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal.

§ 1º As companhias abertas de economia mista estão também sujeitas às normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º As companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo.

As sociedades de economia mista e o acionista controlador, por intermédio de seus dirigentes e funcionários, devem, portanto, obedecer aos princípios e às regras da Lei das Sociedades Anônimas: a pessoa jurídica que controla a

companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (arts. 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação (art. 238), sendo certo que “os deveres e responsabilidades dos administradores das companhias de economia mista são os mesmos dos administradores das companhias abertas” (art. 239, parágrafo único, LSA), além de, por óbvio, obedecer aos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição. Portanto, atos de improbidade administrativa (já que estas sociedades compõem a Administração) constantes dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA devem ser apurados pela autoridade administrativa competente ou pelo Ministério Público.

#### *4.2 Conduitas e atos ímprobos praticados pelos dirigentes das sociedades de economia mista federais e as possíveis punições no âmbito da ação civil pública de improbidade administrativa*

Entre os funcionários das sociedades de economia mista federal, aqueles com maior probabilidade de praticarem atos de improbidade administrativa são os seus dirigentes. Isso não quer dizer que os demais funcionários pertencentes aos quadros efetivo ou temporário do ente federal em questão não possam praticar atos de improbidade. A razão é simples: os dirigentes têm maior acesso aos recursos da entidade, sejam materiais ou pessoais, e é justamente o uso indevido destes recursos que projeta as condutas ímprobos dos arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

Também certo é que o Tribunal de Contas da União (TCU) deve ser cientificado pela autoridade administrativa ou pela comissão processante, consoante o art. 15 da LIA, quando existirem indícios de prática de atos de improbidade

administrativa, por parte de funcionários do quadro efetivo ou temporário da sociedade de economia mista federal, para a aplicação de multas aos responsáveis que malversam o uso de verbas e de bens públicos. Será que os dirigentes de tais entidades, que praticaram atos ímprobos, realizarão tal comunicação à Corte de Contas? Receamos que não.

É por essa razão que o TCU deve, por intermédio de seus agentes, por força interpretativa do art. 71, inciso II, da Constituição, tendo em vista o art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (Lei Orgânica do TCU), realizar inspeções regulares nas entidades sob análise, e sancionar os seus dirigentes, em caso de contrariedade aos princípios constitucionais e legais da Administração Pública. Verifique que “qualquer pessoa [física ou jurídica, acrescentamos] poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade” (art. 14 da LIA). Então, o próprio analista de controle externo, servidor do TCU, ao identificar transgressões à LIA, em seu relatório, comunicará ao superior hierárquico, para que o TCU designe representante para acompanhar o procedimento administrativo, aberto para tal fim, devendo ainda o TCU apresentar representação ao Ministério Público Federal e ao Ministro de Estado ao qual está subordinado o dirigente ímprobo, encaminhando cópia do relatório de fiscalização, definindo autorias e individualizando condutas que contrariem os arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

Como já mencionado, o controle acionário das sociedades de economia mista federais pertence à União Federal. Portanto, sendo aquela sociedade anônima de capital aberto, como determina a Lei das Sociedades Anônimas, em últi-

ma análise, a União Federal responderá por qualquer prejuízo causado a terceiros (arts. 116 e 117 da LSA). Por essa razão, os administradores da mencionada sociedade empresária estatal, representantes da controladora (União Federal), “devem empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios” (art. 153 da LSA).

Ainda sobre a responsabilidade dos administradores, é certo que “o administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo” (art. 155, inciso I, da LSA).

Não agir nesse sentido fere de morte os comandos normativos da LSA, e, sob esta ótica fiscalizatória e sancionadora, é correta a atuação da Corte de Contas.

O Ministério Público Federal também poderá designar representante para acompanhar o procedimento administrativo mencionado. Caso a autoridade administrativa da sociedade de economia mista federal não dê o devido andamento ao procedimento administrativo, deverá o MPF proceder, de ofício, à instauração de inquérito civil público, nos termos do art. 22 da LIA combinado com o § 1º do art. 8º da LACP, conforme informado.

Se aferidas as autorias e as condutas ímprobas individualizadas no bojo do inquérito civil público, então será cabível a ação civil pública de improbidade administrativa, sendo legítimo o MPF, no âmbito da Justiça Federal. Podem compor o polo ativo a União Federal e a sociedade de economia mista

federal vilipendiada. Os pedidos seguirão o disposto no art. 12 da LIA, sendo cabível, como já exposto, sua cumulação, entre eles, o concernente ao dano moral difuso.

## 5 CONCLUSÕES

Como vimos, é cabível tanto a propositura da ação ordinária de improbidade administrativa quanto a da ação civil pública de improbidade administrativa (art. 1º da LACP).

O Ministério Público Federal é parte legítima para propor ação civil pública de improbidade administrativa, consoante o art. 5º, inciso I, da LACP e art. 17, § 4º, da LIA, e será proposta no foro do local onde ocorrer o dano, cujo Juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa, conforme o art. 2º da LACP.

No caso dos dirigentes de sociedade de economia mista federal, em caso de autorias identificadas, individualmente, de atos ímprobos tipificados nos arts. 9º e/ou 10 e/ou 11 da LIA, em procedimento administrativo (PA) (art. 15 da LIA), poderão o TCU e o MPF designar representantes para acompanhar o PA junto à comissão processante. Caso haja dúvidas sobre a rejeição da representação para abertura do PA, tendo em vista influências políticas externas ou internas, poderá o TCU realizar inspeções, com elaboração de relatórios (art. 15, parágrafo único, da LIA com combinação do art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.443/1992), ou mesmo o MPF poderá realizar inquérito civil público, nos dois casos, para a aferição da materialidade dos fatos que conduziram aos atos de improbidade, bem como para a identificação dos autores. O Ministro de Estado a que está subordinado suposto dirigente ímprobo, neste caso, deverá ser comunicado.

O MPF poderá, então, propor a ação civil pública de improbidade administrativa em face dos dirigentes de sociedade de economia mista federal, com a participação, no polo ativo, da União Federal e da própria sociedade de economia mista federal, haja vista ter a primeira a maioria das ações com direito a voto. Portanto, sendo uma sociedade anônima de capital aberto, como determina a Lei das Sociedades Anônimas, em última análise, a União Federal responderá por qualquer prejuízo causado a terceiros (arts. 116 e 117 da LSA).

*Referências bibliográficas*

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, t. II.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?* Trad. Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (RTCMG)*, Belo Horizonte, v. 37, n. 4, out.-dez. 2000. [Disponível em: <[http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/2000/04/-sumario?next=7](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2000/04/-sumario?next=7)>.]

---

1 V. Vivian Castro, Jan G. Janssens, *Mixed Private-Public Ownership Companies* “*Empresa Mixta*”, Public-Private Partnership in Infrastructure Resource Center for Contracts, Laws and Regulations (PPPIRC), The World Bank, June 2011: “*Empresa mixta* literally translates into ‘mixed company’ and is the popular term for joint ventures between the public and private sectors. [...] Experience has shown that the *empresa mixta* model can be a publicly more acceptable form of PPP since it allows the public sector to retain a certain level of control. An *empresa mixta* operates like a share corporation in terms of governance and autonomy. In an *empresa mixta*, the public partner (e.g. a municipality) will create a new company and can retain the majority share while a private operator with the capacity to optimize the processes and improve customer service, or multiple private investors joined with the operator, hold the minority share – and vice versa”. Examples of *sociedades de economia mista* in Brazil include Petrobras, Banco do Brasil and Eletrobras Centrais Elétricas Brasileiras S/A.

2 E a mesma Lei nº 8.429/1992 determina: “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

3 Esclarecendo, didaticamente, os aspectos que irradiam do conceito de moralidade administrativa, traz-se à baila um breve trecho da arguta decisão do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 27.141/DF (decisão de 22 fev. 2008, DJe nº 34, 26 fev. 2008): “Ninguém está acima da Constituição e das leis da República. Todos, sem exceção, são responsáveis perante a coletividade, notadamente quando se tratar da efetivação de gastos que envolvam e afetem a despesa pública. Esta é uma incontornável

exigência de caráter ético-jurídico imposta pelo postulado da moralidade administrativa. Sabemos todos que o cidadão tem o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, que desempenhem as suas funções com total respeito aos postulados ético-jurídicos que condicionam o exercício legítimo da atividade pública. O direito ao governo honesto – nunca é demasiado reconhecê-lo – traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania. [...] A submissão de todos à supremacia da Constituição e aos princípios que derivam da ética republicana representa o fator essencial de preservação da ordem democrática, por cuja integridade devemos todos velar, enquanto legisladores, enquanto magistrados ou enquanto membros do Poder Executivo. Não foi por outro motivo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a extensão do princípio da moralidade – que domina e abrange todas as instâncias de poder – proclamou que esse postulado, enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico condiciona a legitimidade e a validade de quaisquer atos estatais: “*A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais.*” (RTJ 182/525-526, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)” [grifos nossos].

4 V. STJ, REsp nº 291.747/SP, DJ 18 mar. 2002, p. 176, e REsp nº 199.478/MG, DJ 8 mai. 2000, p. 61, ambos da Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. A respeito, o STJ também se pronunciou no julgamento do REsp. nº 159.021/MA, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 3 ago. 1998, p. 106: “Ação civil pública. Proteção ao patrimônio público. Ministério Público. Legitimidade. O campo de atuação do Ministério Público foi ampliado pela CF/1988, conferindo-lhe legitimidade para propor ação civil pública, visando [...] proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos. [...]”.

5 V. STJ, REsp nº 440.002/SE, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 18 nov. 2004, DJ 6 dez. 2004, p. 195. Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. MEIO AMBIENTE. COMPETÊNCIA. REPARTIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DISTINÇÃO ENTRE COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA. CRITÉRIOS. 1. A ação civil pública, como as demais, submete-se, quanto à competência, à regra estabelecida no art. 109, I, da Constituição [...]. Assim, figurando como autor da ação o Ministério Público Federal, que é órgão da União, a competência para a causa é da Justiça Federal. 3. Não se confunde competência com legitimidade das partes. A questão competencial é logicamente antecedente e, eventualmente, prejudicial à da legitimidade. Fixada a competência, cumpre ao juiz apreciar a legitimação ativa do Ministério Público Federal para promover a demanda, consideradas as suas características, as suas finalidades e os bens jurídicos envolvidos. 4. À luz do sistema e dos princípios constitucionais, nomeadamente o princípio federativo, é atribuição do Ministério Público da União promover as ações civis públicas de interesse federal e ao Ministério Público Estadual as demais. Considera-se que há interesse federal nas ações civis públicas [...] (e) [n]as demais causas que envolvam interesses federais em razão da natureza dos bens e dos valores jurídicos que se visa tutelar. 6. No caso dos autos, a causa é da competência da Justiça Federal, porque nela figura como autor o Ministério Público Federal, órgão da União, que está legitimado a promovê-la, porque visa [...] tutelar bens e interesses nitidamente federais, e não estaduais [...]”.



---

MÉTODOS DE VALORAÇÃO AMBIENTAL:  
uma breve discussão

*Monique Marchioli Leite*  
Juíza Federal Substituta (3ª Região)



## MÉTODOS DE VALORAÇÃO AMBIENTAL: uma breve discussão

*Monique Marchioli Leite*

Resumo: Este trabalho destina-se a uma discussão acerca dos métodos a serem utilizados por analistas, técnicos, gestores e magistrados em processos de valoração econômica de bens e serviços ambientais, tendo em vista que essa é uma discussão pouco desenvolvida e de suma importância. A escolha de uma metodologia adequada permite uma análise de valor mais precisa e, conseqüentemente, o uso consciente de recursos que minimiza os impactos ambientais, não causa custos a terceiros e garante progresso social e desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Meio ambiente. Recursos. Método de valoração.

*Abstract: This work aims to discuss the methods that may be used by analysts, technicians, managers and judges in processes of economic valuation of environmental assets and services, considering this is an undeveloped and very important thread. The choice of an appropriate methodology allows for a more accurate valuation. Therefore, it leads to the conscious use of resources that minimizes environmental impacts, does not cause costs to third parties and ensures social progress and sustainable development.*

*Keywords: Environment. Resources. Method of valuation.*

### 1 INTRODUÇÃO

A proteção ao meio ambiente, revelada no princípio do desenvolvimento sustentável, estabelecido na atual Carta Magna, no artigo 225, determina a interação entre a ciência ambiental e a ciência econômica. Essa interação visa subsidiar as decisões dos agentes e gestores ambientais, assim como conferir eficácia às decisões judiciais reparatórias de danos causados ao meio ambiente.

A economia ambiental deve ser pautada pelo estudo da valoração dos recursos naturais e de seus métodos, pois, quando atividades econômicas são planejadas sem levar-se em consideração os custos da degradação ambiental, estes custos são suportados por terceiros que não deram causa à degradação. Desse modo, alguns indivíduos acabam beneficiando-se dos recursos naturais, sem a devida compensação àqueles que, embora não tenham se apropriado do capital natural, suportaram seus custos.

O valor econômico do recurso ambiental existe à medida que seu uso interfere no bem-estar social; portanto, gerações futuras herdarão os recursos naturais oriundos das decisões de gestores ambientais atuais.

No intuito de contribuir para decisões mais acertadas e danos ambientais menores, o presente estudo tem por objetivo apresentar, de forma breve, métodos que permitam aos analistas, técnicos, gestores e magistrados, diante de um caso concreto, valorar o recurso ambiental.

## 2 MÉTODOS DE VALORAÇÃO AMBIENTAL

O processo de valoração de um recurso ambiental consiste em utilizar métodos e técnicas com a finalidade de estimar o valor monetário do bem ou serviço ambiental. Segundo Ronaldo Serôa Motta (1997), autor do *Manual de Valoração Econômica do Ministério do Meio Ambiente*, o valor econômico do bem ambiental associa-se ao uso e ao não uso. O valor associado ao uso, por sua vez, decompõe-se em “valor de uso direto (VUD)”, “valor de uso indireto (VUI)” e “valor de opção (VO)”. E o valor de não uso representa o “valor de existência (VE)” do recurso ambiental.

Considera-se como “valor de uso” aquele atribuído diretamente ao ambiente pelos indivíduos que o utilizam ou usufruem de seus recursos naturais, como nos casos da caça, da pesca, da extração de látex, do consumo de água, entre outros.

O “valor de uso direto (VUD)” pode ser atribuído ao recurso natural quando o indivíduo o consome diretamente; por exemplo, alimentos. O “valor de uso indireto (VUI)” caracteriza-se quando o bem ambiental produz benefícios decorrentes de suas funções ecológicas, como o bem-estar proporcionado de forma indireta pelo recurso ambiental floresta (qualidade da água, ar puro, beleza cênica, etc.).

Já o “valor de opção (VO)” é atribuído ao recurso natural que, conquanto sem utilização na atualidade, pode vir a ter aproveitamento futuro, por si ou por seus herdeiros. Podem ser citadas como exemplos as plantas de florestas tropicais que futuramente poderão ser consumidas como fármacos, em razão de suas propriedades medicinais.

Por fim, o “valor de não uso” ou “de existência (VE)” representa um valor atribuído pelo simples fato de o meio ambiente ter certas qualidades naturais, mesmo que desprovidas de valor de uso atual e futuro. Esse valor decorre de

[...] posições morais, culturais e éticas quanto à existência das espécies não humanas ou preservação de outras riquezas naturais, mesmo que estas não representem uso atual ou futuro para o indivíduo. Uma expressão simples deste valor é a grande atração da opinião pública para salvamento de baleias ou sua preservação em regiões remotas do planeta, onde a maioria das pessoas nunca visitará ou terá qualquer benefício de uso. (MOTTA, 2004, p. 93).

Por conseguinte, o “valor do recurso ambiental (VERA)” pode ser representado pela fórmula:  $VERA = (VUD + VUI + VO) + VE$ .

O primeiro passo para a determinação do valor econômico do recurso ambiental (VERA) cinge-se em saber qual a classificação de uso do bem. Assim, identificada a categoria, inicia-se a apuração dos referidos valores por meio de métodos e critérios fundados na produtividade e na demanda do bem ambiental.

Muitos autores divergem quanto à classificação e ao agrupamento das metodologias desenvolvidas para a apuração do dano ambiental. As metodologias apresentadas a seguir baseiam-se na classificação desenvolvida por Motta (1997).

O renomado autor classifica os métodos de valoração ambiental em “métodos de função de produção” (produtividade marginal, de mercados de bens substitutos, reposição, gastos defensivos ou custos evitados e custos de controle) e “métodos de função de demanda” (preços hedônicos, custo de viagem e da valoração contingente).

Os “métodos de função de produção” referem-se à interferência da quantidade e da qualidade dos bens e serviços ambientais na produção ou no consumo de bem ou serviço privado.

Nestes métodos, a mudança na qualidade ambiental irá conduzir a mudanças na produção ou consumo. Como estes efeitos podem ser expressos em termos de mudanças na quantidade de bens comercializáveis, [os valores] destas mudanças – usando preços de mercado – podem ser [tomados] como medidas dos benefícios ou perdas decorrentes da mudança no recurso ambiental. (ELETROBRÁS-DEA, 2000, p.15).

Empregam-se os “métodos de função da produção” para valorações de recursos ambientais, cuja disponibilidade, por serem importantes insumos de produção, afeta o nível do produto da economia, gerando preços de mercado para a variação do produto do bem privado afetado. Duas variantes deste método são reconhecidas: “método da produtividade marginal” e “método dos bens substitutos”.

A “metodologia de produtividade marginal” (DENARDIN, p. 11) procura encontrar uma conexão entre mudança no provimento de um recurso ambiental e variação na produção de um bem ou serviço de mercado, aplicável quando o recurso ambiental analisado é fator de produção ou insumo na produção de algum bem ou serviço comercializado em mercado. Um exemplo disso refere-se aos custos e aos níveis de produção de alguns produtos agrícolas que podem ser afetados pela redução da qualidade do solo (propriedade física e química) causada pelo aumento da poluição atmosférica. Os efeitos da mudança nos custos e na quantidade produzida da *commodity* agrícola serão observados pelos indivíduos por meio do sistema de preços, provavelmente por meio da observação de preços mais altos no mercado de produtos agrícolas.

Ademar Ribeiro Romeiro e Daniel Caixeta Andrade (2009, p. 11) definem o método de produtividade marginal da seguinte maneira:

O método de produtividade marginal atribui um valor ao uso da biodiversidade relacionando a quantidade, ou qualidade, de um recurso ambiental diretamente à produção de outro produto com preço definido no mercado. O papel do recurso ambiental no processo produtivo será representado por uma função dose-resposta, que relaciona o nível de provisão do recurso ambiental

ao nível de produção respectivo do produto no mercado. Esta função irá mensurar o impacto no sistema produtivo da variação marginal na provisão do bem ou serviço ambiental e, a partir desta variação, estimar o valor econômico de uso do recurso ambiental. Como exemplo de função dose-resposta, pode ser citado o caso [...] da queda na produção pesqueira em resposta à dose de contaminação da água. Dose também pode ser a redução do número de predadores naturais das pragas agrícolas, tendo como resposta a diminuição da produtividade agrícola.

Nota-se que o “método de produtividade marginal” baseia-se na relação causa-efeito. Por outro lado, são difíceis de precisar as relações causais ambientais, eis que há uma imensidão de benefícios que podem ser adquiridos pela queda da qualidade ambiental. É preciso um conhecimento aprofundado acerca dos processos biológicos, das capacidades técnicas e suas relações com o efeito de produção de bem-estar social na comunidade. Esse método acaba avaliando apenas uma parcela dos serviços e bens ambientais e apresentando, consequentemente, valores econômicos ambientais subestimados.

A segunda variante do “método de função da produção”, o “método dos bens substitutos”, pauta-se pelo mercado de bens substitutos. O referido método é aplicado quando o preço de um produto atingido por uma alteração ambiental não pode ser calculado diretamente, mas, sim, por meio de estimativas de bens substitutos existentes no mercado.

Essas estimativas nem sempre condizem com o real valor do bem afetado, pois levam em consideração somente os valores de uso direto e indireto, e ignoram os valores de opção; além disso, não existem substitutos adequados para boa parte dos serviços e bens ambientais. A aplicação desse

método é viável quando a estimativa destina-se a garantir o uso sustentável de um recurso natural, ou para evitar políticas públicas de impactos ambientais.

Jerônimo Rodrigues da Silva (2003, p. 72) assim sintetiza esse método:

A metodologia de mercado de bens substitutos parte do princípio de que a perda de qualidade ou escassez do bem ou serviço ambiental irá aumentar a procura por substitutos na tentativa de manter o mesmo nível de bem-estar da população. Entretanto, é muito difícil encontrarmos na natureza um recurso que substitua com perfeição os benefícios gerados por outro recurso natural. As propriedades ambientais são demasiadamente complexas e suas funções no ambiente pouco conhecidas para creditarmos que possam ser substituídas de modo eficiente. As técnicas de custos evitados, custos de controle, custos de reposição e custos de oportunidades são derivadas do mercado de bens substitutos.

Como menciona Jerônimo Silva Rodrigues, derivam desse método várias técnicas para a valoração ambiental; entre elas, citam-se: “custos evitados”, “custos de controle” e “custo de reposição”.

Os “custos evitados” destinam-se a estimar o valor de um recurso ambiental em razão dos gastos que seriam originados para se evitar a degradação ambiental ou para amenizar seus efeitos sobre a saúde humana e o ecossistema. Por exemplo, quando um indivíduo compra água mineral engarrafada para se proteger de uma contaminação de água servida à sua comunidade, imagina mensurar todas as possíveis consequências da água poluída e, por via oblíqua, valora a capacidade de pagar pela água descontaminada.

Essa é uma técnica de valoração bastante utilizada no cálculo da morbidade e mortalidade humana. Segundo Ademir Ribeiro Romeiro e Daniel Caixeta Andrade (2009, p. 13):

Em muitos estudos de mortalidade o valor humano é estimado a partir dos ganhos previstos ao longo da vida do indivíduo, observando sua produtividade presente e sua expectativa de vida.

Mesmo desconsiderando a falta de ética na valoração da vida humana, estas estimativas apresentam algumas expressivas falhas latentes: valores econômicos menores para os mais velhos e os mais pobres; valores nulos para os desocupados e inativos; ignorar as preferências dos consumidores.

Já os “custos de controle” referem-se aos gastos indispensáveis para garantir, de forma constante, a qualidade dos bens e serviços ambientais, bem como os gastos com o controle de emissão de poluentes realizados por determinadas indústrias, a fim de evitar a contaminação da atmosfera e, conseqüentemente, garantir a qualidade do ar para a população. Eis o que pronunciam Romeiro e Andrade (2009, p. 14) acerca deste método:

Custos de controle representam os gastos necessários para evitar a variação do bem ambiental e garantir a qualidade dos benefícios gerados à população. É o caso do tratamento de esgoto para evitar a poluição dos rios e um sistema de controle de emissão de poluentes de uma indústria para evitar a contaminação da atmosfera. Por limitar o consumo presente do capital natural, o controle da degradação contribui para manter um nível sustentável de exploração, permitindo o aproveitamento dos recursos naturais pelas gerações futuras. As maiores dificuldades deste método estão relacionadas à estimação dos custos marginais de controle ambiental e dos benefícios gerados pela preservação.

Por fim, os “custos de reposição” têm por finalidade estimar os custos originados para se repor um benefício gerado por um recurso ambiental danificado, isto é, os custos para reparar o bem lesado, para deixá-lo no estado em que se encontrava antes da degradação. Essa técnica tem sido utilizada para estimar os benefícios das medidas de prevenção à erosão, a partir do cálculo dos valores dos nutrientes necessários para repor a perda ocorrida com a erosão do solo.

Com efeito, Fernanda Catarina Cavalcanti Santos (2011, p. 28) afirma:

Este método parte do pressuposto de que os bens e serviços ambientais possam ser devidamente substituídos e é utilizado frequentemente como medida do dano causado após a modificação na quantidade ou qualidade do recurso ambiental, de forma a estimar os custos com base em preços de mercado para repor ou reparar os elementos danificados. A maior limitação do método é supor que todos os atributos do recurso natural são repostos pela substituição do recurso, o que o leva a resultar em valores subestimados.

Os “métodos de função de produção” referem-se à interferência da quantidade e da qualidade dos bens e serviços ambientais na produção ou no consumo de bem ou serviço privado, enquanto os “métodos de função da demanda”:

[...] assumem que a mudança na disponibilidade de recursos naturais modifica a disposição de consumidores ou produtores (tomadores de decisão) a pagar (ou aceitar pagamentos por perdas) por esses recursos ou bens complementares. Dessa forma, esses métodos calculam os benefícios ou custos de mudanças na disponibilidade de recursos naturais a partir da sua demanda no mercado de bens ou serviços complementares ou ainda a partir de mercados hipotéticos construídos para a valoração (KITAMURA, 2003, p. 3).

Hodiernamente, são três os métodos utilizados, em função da demanda, para a valoração econômica do bem ambiental: “preço hedônico”, “custo de viagem” e “contingenciamento”.

Pelo “método de preço hedônico (MPH)” é possível estabelecer uma relação entre os atributos de um produto e seu preço de mercado, identificar que atributos ambientais interferem na formação do preço de determinado bem privado. Um exemplo clássico concerne à diferença entre o preço de uma casa com um bosque ao lado e uma casa com um terreno degradado em sua adjacência. Em uma situação como essa, estima-se o valor dos benefícios da qualidade ambiental (casa com bosque), ou o custo da deterioração da qualidade ambiental (casa com terreno degradado). Esses valores são afetados diretamente por atributos ambientais, tais como poluição do ar, degradação do solo, etc.

O “método de preço hedônico” exige a presença de demanda para sua eficácia: por esse método é possível identificar apenas valores de uso direto, valores de uso indireto e valores de opção dos bens ambientais, mas não os seus valores de existência, ínsitos aos bens, pois a caracterização desses independe de demanda e procura. Isso porque, para a aplicação do referido método, existe a necessidade de recolhimento de informações detalhadas sobre os indicadores ambientais, isto é, tamanho, benfeitorias, grau de conservação do imóvel, por exemplo.

Assim, explica Alda Matos et al. (2010, p. 10):

[...] o MPH deve usar-se apenas onde existir elevada correlação preço de propriedade/atributo ambiental, onde seja possível captar todos os atributos que influem no

preço de equilíbrio da amostra do mercado imobiliário e quando as hipóteses escolhidas para o cálculo do excedente do consumidor são realistas. Se isto não acontecer é conveniente adoptar outras medidas de valoração.

Pelo “método de custo de viagem (MVC)” apura-se o valor econômico ambiental de um patrimônio natural de visita-ção pública, considerando os gastos dos visitantes com deslocamento, transporte, tempo de viagem, taxas de visita-ção, etc.:

Este método tem sempre como finalidade associar o valor do recurso ambiental ao seu valor recreativo. Quantificam-se os benefícios de um dado investimento em função dos custos estimados pela curva da procura da actividade, com base na observação das despesas incorridas pelos usuários ao local a avaliar (em tempo e custos de deslocação), as quais são vistas como o custo de acesso ao local.

Este método só se adequa a investimentos com implicações expressivas em determinada localidade, devendo ser adicionados como benefícios ao projecto de investimento, os valores estimados nesta apreciação. O MCV baseia-se numa abordagem das preferências, nas quais o indivíduo revela as suas escolhas pela compra de determinados bens de mercado relacionados com o uso ou consumo de um bem ambiental. Esta abordagem é executada por meio de entrevistas junto dos visitantes ao local de recreio, a fim de determinar o padrão de utilização do recurso ambiental e reunir informações sobre o número de visitantes, região de origem do visitante, hábitos e custos associados à viagem, meio de transporte utilizado, tempo gasto com a viagem, frequência das visitas, principal motivo da visita, tempo de estadia, actividades desenvolvidas durante a estadia, nível de conhecimento que têm do local, características socio-económicas, entre outras, relevantes para a pesquisa (MATOS et al., 2010, p. 10).

As desvantagens desse método estão relacionadas aos aspectos atinentes ao tempo de estadia do indivíduo no

local, à distância percorrida, à deterioração dos recursos, à captação apenas dos valores de uso direto e indireto e do valor monetário do tempo gasto pelo visitante, o que exige a tabulação de grande quantidade de dados, tornando sua aplicabilidade onerosa.

O “método de contingenciamento (MC)” baseia-se em um mercado hipotético. No contexto social, os indivíduos apresentam diferentes graus de preferência em relação aos bens e serviços ambientais. Essas preferências, uma vez reveladas, permitem a valoração de um bem ou serviço ambiental. Caso não sejam reveladas, devem ser criadas situações hipotéticas para questionar os indivíduos em relação aos seus desejos de bens e serviços ambientais, ao valor que pagariam por um benefício oriundo de um recurso ambiental, e quantos estariam dispostos a abrir mão de um bem ambiental. O resultado final do valor do benefício ambiental será encontrado pela tabulação das preferências individuais da população.

Esse método vem sendo considerado, atualmente, o único capaz de obter estimativas de valores de existência dos atributos ambientais (não uso). Todavia, existe uma desvantagem em sua aplicação: por vezes, pode relacionar valores ambientais que não são do conhecimento dos indivíduos entrevistados, como custos ambientais, não revelando, assim, suas verdadeiras preferências e disposições para pagar por um determinado recurso ambiental. Se esses indivíduos, quando questionados sobre sua disposição para pagar por um determinado recurso, entenderem a variação ambiental que está sendo apresentada, esse método poderá ser considerado ideal; caso contrário, não.

Nesse sentido, Alda Matos et. al. (2010, p. 10):

O Método de Valoração Contingente é o único critério que permite estimar o valor econômico total de um recurso natural, permitindo obter estimativas, mesmo quando os outros métodos são inviáveis. Comune et al. (1995:64) salientaram que *uma das vantagens deste tipo de metodologia consiste justamente em produzir estimativas de valores que não poderiam ser obtidos por outros meios.*

De acordo com Motta (2004, p. 95), a “adoção de cada método dependerá do objetivo da valoração, das hipóteses assumidas, da disponibilidade de dados e do conhecimento da dinâmica ecológica do objeto que está sendo valorado”.

Por exemplo, a instalação de uma usina hidrelétrica na Bacia do Alto Paraguai, no Pantanal sul-mato-grossense, exigiria muita atenção na escolha de um método de valoração de recurso, uma vez que um único método não seria suficiente para determinar todo o valor econômico ambiental de um empreendimento desse jaez. Diversos recursos naturais seriam afetados, recursos que ora reclamariam métodos em função da produção (produtividade marginal e mercado de bens substitutos), ora métodos em função da demanda (preço hedônico, custo de viagem, contingenciamento).

Os recursos afetados, em tese, seriam os limnológicos (qualidade da água); de ictiofauna (pesca), flora e fauna (desmatamentos, alteração de processos ecológicos); hidrográficos (assoreamento de rios no planalto e na planície, represamento de rios para agricultura e dessedentação de animais e seres humanos); e patrimônios culturais que podem ser extraídos da Bacia do Alto Paraguai.

No caso de um empreendimento como esse, a princípio, um dos métodos a ser utilizado para apurar

o valor dos recursos naturais envolvidos, como os citados anteriormente, seria o método de produção marginal e/ou de mercado de bens substitutos. No entanto, somente esses métodos não seriam eficazes, pois avaliariam apenas uma parcela dos serviços e bens ambientais, e gerariam valores econômicos ambientais subestimados.

Conforme se extrai da Ação Civil Pública n.º 0000521-24.2012.4.03.6007, distribuída em 01.08.2012, na 1ª Vara Federal de Coxim-MS, “[o]s atributos físicos da BAP dependem principalmente de suas características limnológicas, que definem as espécies que ali viverão e sua quantidade. Qualquer alteração das características limnológicas implicam [...] alteração da biota”.

É importante observar que a modificação no curso da demanda de água afeta, além da pesca, outros bens ambientais, como o aporte de nutrientes que correm pelo rio, cuja ausência implica diminuição ou aumento da biota presente no local. Nesse caso, a aplicação dos métodos de mercados de bens substitutos e de produtividade marginal tornam-se ineficazes, uma vez que os valores ínsitos a esses bens ambientais estão abarcados também por valores de existência, ou seja, atributos que não possuem apenas valor de uso atual, mas também de uso futuro.

O método de contingenciamento seria, então, o mais adequado para captar os valores de existência e quantificá-los. Entretanto, se os indivíduos envolvidos não o entendem ou mesmo o desconhecem, poderão deixar de revelar suas reais preferências, o que poderá ocasionar preços subestimados. Por essa razão, em se tratando da hipótese em questão, seria importante aferir, no laudo pericial, em caso de fixação de va-

lores para fins de ação judicial, se os indivíduos participantes da aplicação deste método de quantificação conhecem o bem ambiental avaliado.

Quanto aos danos referentes ao uso das águas – os recursos hídricos servem não apenas para dessedentação humana ou de animais e manutenção de ecossistemas, mas também como recurso essencial para o desenvolvimento econômico –, é clara a possibilidade de utilização do método de produtividade marginal, desde que se possa estabelecer uma relação de causa e efeito entre o impacto ao potencial hidrográfico da região e a produção de determinados bens privados, como a utilização de energia elétrica. No entanto, outra vez, para não subestimar os valores desse bem, o método de contingenciamento complementa a quantificação no que tange ao aspecto socioeconômico.

É sabido que importantes registros históricos podem ser afetados pela instalação de usina hidrelétrica na Bacia do Alto Paraguai. Nesse caso, o método de custo de viagem consistiria em um dos indicativos vantajosos para apurar o valor desse dano ambiental. O patrimônio cultural, constituído na referida bacia hidrográfica, representa uma importante fonte de turismo e economia para a região; logo, sob esse aspecto, o método de custo de viagem mostra-se mais relevante para quantificá-lo.

Contudo, nenhum dos métodos, isoladamente, seria capaz de apurar, com fidelidade, o valor econômico dos recursos naturais afetados pelo empreendimento em questão, mas, em conjunto, constituir-se-iam em valiosa ferramenta para subsidiar as decisões e os estudos daqueles que detêm a função de analisar a viabilidade do empreendimento.

À míngua dessa insuficiência de métodos específicos para a quantificação do dano ambiental, em caso de ações judiciais, alguns aspectos tornam-se relevantes para o operador do direito, na busca pelo justo valor monetário de um bem ambiental.

O operador do direito deverá sempre identificar as características do empreendimento e o seu passivo ambiental (quais seriam os danos ambientais); em seguida, perquirir acerca dos métodos utilizados na valoração dos diferentes bens ambientais afetados, verificar se os métodos utilizados consideraram o impacto social causado. Haverá de aferir, ainda, se os bens ambientais foram estimados economicamente à luz da legislação vigente. Por fim, deverá comparar os valores encontrados pelos métodos aplicados, inclusive o método de valoração contingente, e aquele estimado em conformidade com os indicativos legais. Deve, pois, prevalecer, em razão do princípio *in dubio pro natura*, o valor econômico que melhor represente a justiça ambiental.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A determinação do valor econômico de um recurso ambiental constitui um processo complexo, que abrange valores sociais, econômicos e ecológicos, com inúmeras variantes, a depender do caso concreto. Por isso, a escolha de um único critério-método para a avaliação monetária de um benefício ambiental tende a subestimar seu valor.

Os métodos, como demonstrado, apresentarão maior eficácia no intento de avaliar economicamente um recurso ambiental se multiaplicados, isto é, utilizados de forma conjunta. Assim, será possível dimensionar, de forma objetiva, a sustentabilidade dos recursos naturais e o seu real valor econômico.

Além disso, por ser um campo da ciência ainda em gestação, poucas obras exploram a metodologia de valoração econômica dos recursos ambientais, tornando ainda mais frágil a escolha de um único método.

O gestor ambiental, o técnico, o analista, enfim, o operador do direito deve ter como diretriz o princípio do desenvolvimento sustentável, contribuindo, dessa forma, para o progresso social, sem, contudo, coibir o prejuízo ao meio ambiente saudável a que todos têm direito, quando da escolha dos métodos para a valoração econômica do recurso ambiental.

#### *Referências bibliográficas*

DENARDIN, Anderson Antonio. *Economia ecológica*. Disponível em: <<http://ich.ufpel.edu.br/economia/professores/aadenardin/ECO1.pdf>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

ELETROBRÁS–DEA. *Metodologia de valoração das externalidades ambientais da geração hidrelétrica e termelétrica com vistas à sua incorporação no planejamento de longo prazo do setor elétrico*. Coord. Mírian Regini Nutti. Rio de Janeiro: Centrais Elétricas Brasileiras (Eletrobrás), Departamento de Engenharia e Meio Ambiente (DEA), ago. 2000. Disponível em: <<http://www.eletrobras.com/elb/data/Pages/LUMIS4AB3DA57PTBRIE.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

KITAMURA, Paulo Choji. *Valoração de serviços ambientais em sistemas agroflorestais: métodos, problemas e perspectivas*. Jaguariúna: Empraba, jun. 2003. Disponível em: <[http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/recursos/Kitamura\\_valoracaoID-UTXMUZ4w6e.pdf](http://www.agencia.cnptia.embrapa.br/recursos/Kitamura_valoracaoID-UTXMUZ4w6e.pdf)>. Acesso em: 14 jan. 2013.

MATOS, Alda; RIBEIRO, Isabel; FERNANDES, António; CABO, Paula. *Análise crítica dos métodos de valoração econômica*

*dos bens e recurso ambientais*. VIII Coloquio Ibérico de Estudios Rurales. Cáceres: Universidade da Extremadura, 2010. Disponível em: <[https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/2699/1/comunicacao\\_viii\\_cier.pdf](https://bibliotecadigital.ipb.pt/bitstream/10198/2699/1/comunicacao_viii_cier.pdf)> Acesso em: 3 abr. 2013.

MOTTA, Ronaldo Serôa da. *Manual de valoração econômica de recursos ambientais*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente. 1997.

\_\_\_\_\_. Valoração econômica como um critério de decisão. In: *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, ano 35, n. 100, p. 92-95, 2004.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro; ANDRADE; Daniel Caixeta de. *Avaliação econômico-ecológica de impactos ambientais*. 2009. Disponível em: <[http://www.idea.unal.edu.co/eventos/CisdaIV/conf\\_curso/CURSOEE\\_ADEMAR%20RIBEIRO\\_Ponencia.pdf](http://www.idea.unal.edu.co/eventos/CisdaIV/conf_curso/CURSOEE_ADEMAR%20RIBEIRO_Ponencia.pdf)>. Acesso em: 3 abr. 2013.

SANTOS, Fernanda Katarina Cavaleti. *Os impactos econômicos e socioambientais do aproveitamento hidrelétrico da Bacia do Rio Xingu: estudo de caso da Usina de Belo Monte*. 2011. 68 f. Monografia (Graduação em Ciências Econômicas) – Unicamp, Campinas.

SILVA, Jerônimo Rodrigues da. *Métodos de valoração ambiental: uma análise do setor de extração mineral*. 2003. 130 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

---

A COMPETÊNCIA TERRITORIAL DA  
JUSTIÇA FEDERAL PARA AS DEMANDAS  
EM QUE É PARTE AUTARQUIA FEDERAL:  
análise crítica da jurisprudência do  
Supremo Tribunal Federal

*Antonio César Bochenek*

Doutor pela Universidade de Coimbra. Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Presidente da Associação Paranaense dos Juizes Federais (APAJUFE). Professor da Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor e Coordenador do Grupo de Pesquisas em Direito do CESCAGE. Diretor do IBRAJUS.

*Vinicius Dalazoana*

Pós-graduando em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas – Escola de São Paulo. Pesquisador vinculado à Academia Brasileira de Direito Constitucional, no projeto “Teoria Constitucional Contemporânea: Aspectos Controvertidos”. Advogado.



A COMPETÊNCIA TERRITORIAL DA  
JUSTIÇA FEDERAL PARA AS DEMANDAS  
EM QUE É PARTE AUTARQUIA FEDERAL:  
análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

*Antonio César Bochenek, Vinicius Dalazgana*

Resumo: A competência da Justiça Federal é estabelecida na Constituição Federal. A repartição de competências está sistematizada com base nos elementos do processo: pessoal, material, funcional e territorial. No presente artigo, analisa-se especificamente a competência territorial da Justiça Federal, disciplinada no artigo 109 da Constituição: nos §§ 1º e 2º, para as ações em que a União for parte; e no § 3º, bem como na legislação infraconstitucional, para as ações em que forem parte os demais entes federais. Em que pese a norma constitucional do artigo 109, §§ 1º e 2º, não contemplar as autarquias, as fundações públicas e as empresas públicas federais, verifica-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a tendência de aumentar o alcance da interpretação da regra de competência territorial aplicável à União, para estendê-la às autarquias federais. Tal questão teve reconhecida sua repercussão geral. O objetivo deste artigo é demonstrar a inconsistência dos argumentos em que se fundamenta essa tese, a fim de que seja efetivamente respeitado o texto constitucional.

Palavras-chave: Competência. Justiça Federal. Competência territorial. Autarquias federais. Supremo Tribunal Federal.

*Abstract: The jurisdiction power of Federal Courts is established in the Constitution. The division of powers is systematized according to the elements of the legal process: personal, material, functional and territorial. This paper mainly examines the territorial competence of Federal Courts, which is set by Article 109 of the Constitution: in paragraphs 1 and 2, for the judicial proceedings to which the Federal Union is a party; and in paragraph 3, as well as in ordinary legal norms, for the legal processes to which other federal government entities are party. Such paragraphs 1 and 2 regard the territorial jurisdiction of the Federal Union,*

*without any reference to government agencies, public foundations or government-owned corporations. However, the analysis of the Federal Supreme Court case law shows a trend toward the extension of that rule to the federal government agencies, and the general repercussion (Article 102, paragraph 3, of the Constitution) of this issue was recognized. This paper aims to prove the inconsistency of the arguments on which this thesis is based, so that the constitutional rule can be effectively respected.*

*Keywords: Jurisdiction power. Federal Courts. Territorial jurisdiction. Federal government agencies. Federal Supreme Court.*

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro está organizado sob a forma federativa, consoante se depreende do texto da Constituição, desde 1890. Três são as marcas fundamentais caracterizadoras de uma Federação: a) descentralização política constitucionalmente estabelecida; b) integração da vontade das ordens jurídicas parciais na formação da vontade da ordem jurídica nacional (ou global); e c) admissibilidade da existência de constituições locais. São dois, por outro lado, os elementos essenciais para a manutenção de um regime federativo: a) rigidez constitucional; b) um órgão constitucional ao qual incumba o controle de constitucionalidade das leis (TEMER, 2005, p. 61-68).

Assim, o sistema judiciário brasileiro está em sintonia com o princípio federativo, notadamente no que diz respeito à repartição das competências judiciárias entre os integrantes da ordem jurídica nacional. Desse modo, o sistema judiciário pátrio biparte-se em federal e estadual, além das justiças especializadas militar, eleitoral e trabalhista.

As demandas da Justiça Federal estão relacionadas diretamente com os interesses da Federação, representada pela União, autarquias, fundações e empresas públicas federais,

enquanto as da Justiça Estadual relacionam-se com os interesses dos Estados-membros e municípios, além das matérias de interesse dos particulares (PERRINI, 2011, p. 119-121).

Apesar de a Federação brasileira incluir o município, não se tem no cenário jurisdicional a Justiça municipal, dada a inviabilidade financeira e operacional da criação desses órgãos em inúmeros municípios de pequena população, recursos financeiros limitados e pouca estrutura.

O presente artigo versa sobre a competência da Justiça Federal, ou, mais especificamente, sobre a interpretação dada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à competência territorial da Justiça Federal para processar e julgar as demandas propostas pelas e em face das autarquias federais.

A Constituição, nos artigos 108 e 109, respectivamente, dispõe sobre a composição e a competência dos Tribunais Regionais Federais e da Justiça Federal de primeira instância. A distribuição da competência na esfera federal é constitucional e taxativa e, portanto, não comporta ampliação pela norma infraconstitucional, exceto no caso do inciso VI, que prevê expressamente que a lei ordinária poderá definir, em matéria penal, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira. A lei infraconstitucional poderá também delegar o exercício das atividades jurisdicionais federais aos juízes estaduais, nos municípios onde haja comarca estadual, desde que não seja sede de vara federal, consoante a disposição do § 3º do artigo 109 da Constituição. Assim, a competência da Justiça Federal, prevista na Constituição Federal, é absoluta em relação aos demais órgãos judiciários (trabalhistas, eleitorais, militares e estaduais).

A partir das regras estabelecidas na Constituição, e para efeitos de classificação, é opção da doutrina agrupar a competência cível da Justiça Federal em razão dos seguintes critérios e elementos do processo, escolhidos pelo constituinte: pessoal, material, funcional e territorial. Essa opção, contudo, frequentemente implica dificuldades originadas, na sua maioria, pela interpretação nem sempre consensual das regras de competência.

Constata-se, atualmente, dificuldade desse perfil quanto à interpretação que o Supremo Tribunal Federal vem realizando da regra constitucional que estabelece a competência territorial da Justiça Federal nas causas em que é parte a União – indevidamente, entende-se, estendida para abranger os casos que envolvem autarquias federais.

É relevante, a fim de se examinar com clareza e precisão referida questão, revisitar, antes, conceitos fundamentais atinentes aos temas de competência e jurisdição, para, após, analisar-se a competência em razão do critério territorial, de forma geral, num primeiro momento, e especificamente da Justiça Federal, em momento posterior. Então, chega-se ao ponto central do presente artigo: a análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a competência territorial para processar e julgar as ações propostas pelas e em face das autarquias federais.

## 2 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA: REVISITANDO CONCEITOS FUNDAMENTAIS

O termo jurisdição, de origem latina (*iurisdictio*), é formado pela junção de duas expressões: *ius* (direito) e *dicere* (dizer). Traduz, portanto, o poder de dizer o direito.

Para José Frederico Marques, a jurisdição civil “é a função estatal, exercida no processo, por órgãos da justiça ordinária, mediante propositura de ação, a fim de compor um litígio não penal” (MARQUES, 1990, p. 72). Carnelutti, por sua vez, definiu a jurisdição como um conceito oposto e complementar ao da ação: “a ação é uma atividade que se desenvolve da periferia ao centro; a jurisdição, do centro à periferia; a ação vai das partes ou, mais amplamente, dos cidadãos até o juiz; a jurisdição, do juiz até as partes ou, mais amplamente, até os cidadãos”. Por isso, complementa:

o juiz *ius dicit* porque o cidadão *ius poscit*; este pergunta, aquele responde. O qual responder é naturalmente um *dicere ius* e assim uma *iuris dictio*; o que o juiz diz é o direito no sentido que ele *ius iungit*, isto é, o direito vincula mediante as relações jurídicas, ou seja, estabelece poderes e deveres. (CARNELUTTI, 1950, p. 145).

A jurisdição, assim, é o poder-dever da autoridade estatal, representada pelo juiz, que atua, por meio de um processo, na resolução dos casos que lhe são submetidos (CHIOVENDA, 1965, p. 3-4).

Tradicionalmente, entende-se que o Estado detém o monopólio da produção e da aplicação do direito, não permitindo a autotutela. A solução dos conflitos de interesses deve ser dada pelo Estado-Juiz, mediante a atividade jurisdicional, em que há a substituição de uma atividade/vontade privada por uma atividade pública, especificada na vontade do direito que regula a sociedade.

A atividade jurisdicional não pode ser delegada ou transferida (é o princípio da indeclinabilidade da jurisdição). A decisão proferida pelo Estado-Juiz adquire a qualidade da

imutabilidade na parte decisória, isto é, a autoridade da coisa julgada. A exceção se verifica apenas em alguns casos, em que, dada a peculiaridade da relação jurídica, permite-se a revisão da sentença, o que também deverá ser feito pelo Poder Judiciário (GRECO FILHO, 2000, p. 167).

A atividade jurisdicional só pode ser desenvolvida validamente por um órgão do Poder Judiciário, previamente definido pelo sistema jurídico (por força do princípio do juiz natural), que atue de modo imparcial em relação às partes (característica resguardada pelos institutos de impedimento e suspeição do juiz) e tenha independência perante os órgãos superiores da magistratura, o Executivo, o Legislativo e demais órgãos, entidades ou indivíduos. Juiz imparcial é aquele estranho aos interesses sobre os quais incida sua atividade, mantendo-se numa posição equidistante das partes.

A jurisdição somente é acionada mediante a provocação do interessado (segundo o princípio da inércia da jurisdição), exceto nas hipóteses expressamente consideradas pela legislação, como o processo de inventário, no caso de omissão das pessoas legitimadas (artigo 989 do CPC).

A atividade jurisdicional deve, igualmente, obediência a um procedimento anteriormente definido, que assegure aos litigantes a ampla defesa, o contraditório, os recursos cabíveis, além das demais normas componentes do devido processo legal, prescritas constitucionalmente. A jurisdição está, eminentemente, ligada a um território: as decisões judiciais nacionais têm validade dentro desses limites especiais, onde podem ser efetivadas e concretizadas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 138).

Em regra, a prestação da jurisdição é realizada pelo Poder Judiciário, por meio da distribuição de atribuições aos seus membros, com a finalidade de resolver os conflitos de interesses, de acordo com a competência predefinida, baseada na diversidade do objeto e estabelecida a partir de critérios de conveniência.

Não obstante, o elevado número e a complexidade das relações sociais impossibilitam o exercício desta atividade por meio de um único órgão. Aparece então uma multiplicidade de órgãos encarregados de prestar satisfatoriamente o encargo que o Estado chamou para si. A divisão (que não implica fracionamento) preordenada e sistemática da jurisdição concretiza-se com a repartição de competências, e toda a teoria da competência remonta, no plano conceitual, à jurisdição (DINAMARCO, 2000, p. 117).

É que o próprio conceito de competência pressupõe, no fundo, a existência de uma diversidade de órgãos aos quais foi atribuído poder jurisdicional. Quando se fala em jurisdição, apenas se pode relacioná-la ao Estado, origem única deste poder. Por outro lado, ao se cogitar da competência deve-se supor, ao lado do Estado, justamente o poder jurisdicional e os órgãos aos quais ele foi imputado (ALVIM, 1982, p. 104-105).

A competência, termo de origem latina – *competentia*, que significa estar no gozo ou ser capaz – surgiu como um imperativo de otimização e divisão do trabalho, a fim de viabilizar o exercício da função jurisdicional em sua totalidade. Observe-se, neste sentido, que nas comarcas ou subseções do interior do País, onde o movimento forense é de menor volume e a densidade demográfica é mais baixa, os juízes têm jurisdição

plena, e não há divisão de competência entre os juízos. Do mesmo modo, explicam-se as delegações do exercício da competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual, no sentido de promover a facilitação do acesso aos direitos e à Justiça.

A distribuição do poder de julgar em vários órgãos representa, especialmente, a divisão interna e social do trabalho e o interesse, tanto do Estado quanto dos cidadãos, na obtenção de sentenças adequadas e justas, especialmente com a divisão entre jurisdição da primeira instância, da segunda instância e dos tribunais superiores.

Ademais, é possível dizer que todo juiz tem jurisdição, porém nem todo juiz tem competência para processar e julgar causas sobre determinados assuntos. No entanto, todo juiz tem competência para verificar sua competência no processo que lhe é submetido, exatamente porque exerce jurisdição (MARQUES, 1990, p. 250).

A competência, assim, consiste na jurisdição para o caso específico, ou seja, na concretização do poder jurisdicional em um dado órgão com poder para processar e julgar a demanda que lhe foi submetida. Em outras palavras, consiste na atribuição a um órgão específico do Poder Judiciário daquilo que lhe está afeto, em razão de sua atividade jurisdicional própria, dentro do Poder Judiciário, regra geral excluída a legitimidade concomitante de qualquer outro órgão do mesmo poder (ou, *a fortiori*, de outro poder) (ALVIM, 1982, p. 262). Trata-se do poder de que é titular um órgão jurisdicional de fazer valer a jurisdição perante um caso concreto. Advém este poder de uma predefinição, constitucional e legal, fixada conforme critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço (GRECO FILHO, 2000, p. 170).

A competência é, desta forma, a delimitação normativa do âmbito de atuação do órgão jurisdicional, corriqueiramente denominada pela doutrina como medida da jurisdição, ou seja, cada órgão só exerce a jurisdição dentro da medida que fixam as regras sobre competência (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 230). A inobservância desses critérios normativos ocasiona a incompetência do juízo para processar e julgar as demandas.

### 3 DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O exercício efetivo e concreto da atividade jurisdicional dá-se segundo os critérios de distribuição da competência, definidos normativamente (SANTOS, 1990, p. 197). A determinação dos critérios não é definitiva e irreversível, na medida em que a qualquer momento novos critérios poderão servir de base para esta divisão, com a substituição ou manutenção dos anteriores. O surgimento de novos critérios ou métodos de definição de competência, por meio da produção normativa, está ligado ao crescimento populacional, à complexidade e ao aumento das relações sociais e jurídicas e à readequação dos órgãos jurisdicionais às expectativas sociais e aos processos de gestão administrativa e de implementação (ou não) de novas tecnologias (a exemplo do processo eletrônico).

Para a definição ou redefinição das regras de competência, o legislador constitucional e o infraconstitucional levam em consideração diferentes fatores, isoladamente ou em conjunto, como a soberania estatal (fixação da competência nacional), o interesse, o local, ou a hipossuficiência de uma das partes (competência territorial), a complexidade da causa (competência dos Juizados Especiais Federais), a constituição

diferenciada de órgãos judiciais (Justiça do Trabalho, Eleitoral) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 231).

O legislador serve-se, também, para estabelecer esta definição, de técnicas legislativas de inclusão e exclusão. Ocorre a inclusão quando o legislador escolhe um determinado critério e aponta um ou mais órgãos jurisdicionais como competentes para apreciar a demanda. Com a exclusão, ao revés, após o legislador apontar um órgão jurisdicional competente, retira-lhe parcela dessa competência ou simplesmente exclui a competência.

Os critérios de determinação de competência, em regra, têm como base os elementos componentes do caso concreto relacionados ao processo a instaurar e da demanda a propor. Os elementos se entrelaçam e interagem, dependendo da natureza do processo e, em parte, dos termos em que a demanda concretamente concebida é formulada (DINAMARCO, 2000 p. 421-423). A diversidade dos ramos jurídicos e a existência de um volume mais significativo de demandas sobre determinadas matérias dão origem à competência material.

A extensão geográfica exige especialização dos órgãos jurisdicionais numa divisão territorial, o que origina a competência territorial, também denominada competência de foro. A diversidade de órgãos jurisdicionais e as funções e atribuições distintas para cada fase do processo fundamentam a existência da competência funcional. O valor dado à causa condiciona o surgimento de procedimentos e atua como critério de fixação da competência. As peculiaridades referentes a determinadas pessoas dão azo ao surgimento da competência em razão da pessoa.

Ainda, a posição processual ocupada por uma ou por ambas as partes, o local da realização do ato ou do fato objeto do processo e o domicílio de uma das partes são

exemplos de elementos integrantes do processo, que influenciam diretamente a determinação da competência.

Em alguns casos ocorre a combinação de critérios: no mandado de segurança, por exemplo, é competente o juízo da sede da autoridade coatora, o que encerra um critério pessoal (autoridade coatora federal, estadual, distrital ou municipal) e um territorial (sede da autoridade), ressalvados os casos de competência funcional e originária dos tribunais (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 236).

O estabelecimento dos critérios e o modo como estão dispostos repercutem na fixação, prorrogação ou alteração da competência. Se houver determinação absoluta de competência de um órgão jurisdicional, em face da relevância do critério utilizado, não há opção de a parte autora ajuizar a demanda em órgão diverso, sob pena de decretação, de ofício, da incompetência. Por outro lado, se o critério usado for relativo, a competência poderá ser prorrogada, caso não seja proposta ou aceita a exceção de incompetência. Assim, um órgão originariamente incompetente, de acordo com as regras predefinidas, torna-se competente para a apreciação da demanda.

Em face da escolha dos critérios de distribuição de competência e da sua determinação legal, a regra geral é a inderrogabilidade. Somente é permitida a derrogação da competência nos casos expressos em lei. Se houver dúvida quanto à derrogabilidade, deve prevalecer a interpretação que privilegia o critério legal, não se permitindo a livre-escolha das partes.

A determinação da competência, num caso concreto, pressupõe a utilização simultânea, mas não necessariamente obrigatória, de todos os critérios definidos. O operador do direito deve seguir uma série de etapas, de acordo com os

critérios prefixados, para cada espécie de relação jurídica, até encontrar o órgão jurisdicional competente. A utilização de um critério pode excluir a apreciação de outros.

A pesquisa da competência corresponde à procura do juiz natural da causa (DINAMARCO, 2000, p. 203). Tem como pressupostos necessários a preexistência e a pluralidade de órgãos judiciários. Caso exista somente um órgão judiciário, este detém competência plena e não há necessidade de procurar o juiz competente.

O afastamento do juiz por qualquer motivo não é pretexto de modificação de competência, ou seja, a competência é um atributo do órgão jurisdicional e não das pessoas que representam o órgão.

O primeiro passo para encontrar o juízo competente para processar e julgar uma demanda é verificar as regras de competência da Constituição Federal. O Brasil é um Estado constitucional, e tem uma Constituição rígida que delinea a estrutura e a organização dos Poderes Públicos. A rigidez constitucional importa, teoricamente, na maior dificuldade de modificar a Constituição, em virtude de um processo mais complexo e solene que o estabelecido para as leis ordinárias. Significa dizer que a Constituição é a lei suprema do Estado e se coloca no vértice do sistema jurídico a que confere validade (princípio da supremacia da Constituição).

Em outras palavras, na verificação da competência é imperiosa a observância das normas constitucionais que definem as atribuições de cada órgão do Poder Judiciário, ou seja, das normas de competência, aquelas nas quais se reconhecem certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou

são estabelecidas esferas de competência entre os vários órgãos constitucionais (CANOTILHO, 2002, p. 1.153).

A atual Constituição deixou a cargo do Poder Judiciário a função jurisdicional, ressalvadas as previsões dos artigos 51, I, e 52, I e II, que atribuem parcela do poder jurisdicional à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

A divisão da função jurisdicional estabelece que o Poder Judiciário é composto dos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; Tribunais e Juízes do Trabalho; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes Militares; e Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (artigo 92).

Também são órgãos jurisdicionais definidos na Constituição os Juizados Especiais e as Turmas Recursais Estaduais e Federais (artigo 98) e o Tribunal do Júri (artigo 5º, XXXVIII). O artigo 126 permite que os Tribunais de Justiça proponham a criação de varas especializadas com competência exclusiva para questões agrárias, a fim de dirimir conflitos fundiários.

A Constituição elegeu os critérios material, pessoal, funcional, territorial e residual para a divisão de competências entre os órgãos do Poder Judiciário. Primeiramente, são separadas determinadas matérias que recebem tratamento diferenciado, inclusive com a criação de órgãos jurisdicionais especializados, devido à peculiar relevância conferida pelo legislador às causas trabalhistas (artigo 114), eleitorais (artigo 121) e dos crimes militares (artigo 124).

Ao lado das regras de competência das chamadas justiças especializadas, o constituinte estabeleceu regras de

competência para a justiça comum, que compreende a Justiça Federal e a Justiça Estadual.

A Justiça Federal tem competência para processar e julgar as causas em que determinadas pessoas são partes na relação processual (artigo 109, I e II), além das causas estabelecidas pelo critério material (artigo 109, parte final do inciso X, e XI), pessoal-material (artigo 109, III), pessoal-procedimental (artigo 109, VIII) e funcional (artigos 108 e 109, parte intermediária do inciso X). A Justiça Estadual detém a competência residual, ou seja, é competente para processar e julgar todas as demandas que não configurem a competência das justiças especializadas ou da Justiça Federal.

O critério territorial (competência de foro) previsto na Constituição define o âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores em todo o território nacional (artigo 92, § 2º). Ainda, fixam-se constitucionalmente as regras de competência territorial segundo as quais as ações em que a União for parte, assistente ou oponente devem ser processadas e julgadas na Justiça Federal, de acordo com as regras do artigo 109, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal.

Em síntese, na interpretação das regras constitucionais de competência, tudo o que não for atribuição da Justiça do Trabalho, da Eleitoral e da Militar é da competência da justiça comum (Federal e Estadual). Tudo o que não estiver na competência da Justiça Federal é da competência residual da Justiça Estadual, ressalvadas as demandas de competência originária dos tribunais superiores, previstas na própria Constituição.

A competência funcional, definida na Constituição de acordo com o órgão jurisdicional responsável pelo processo ou por parte dele, divide-se em originária e recursal. A

originária consiste na competência de a quem incumbe primeiramente, por vezes unicamente, conhecer da causa. Em regra, a competência originária cabe aos órgãos jurisdicionais de primeira instância, ressalvadas as especificações constitucionais dos tribunais (por exemplo: Supremo Tribunal Federal: artigo 102, I; Superior Tribunal de Justiça: artigo 105, I; Tribunais Regionais Federais: artigo 108, I).

Pelo princípio da simetria (artigo 125 da Constituição) – segundo o qual os estados-membros podem se auto-organizar por meio das Constituições Estaduais (Poder Constituinte decorrente), em virtude de sua autonomia, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição (FERREIRA FILHO, 1985, p. 141) – entre a Constituição da República e as Estaduais, estas poderão estabelecer causas de competência originária dos Tribunais de Justiça. A competência recursal está relacionada com o pedido de reforma de uma decisão desfavorável, nas situações de inconformismo da parte sucumbente, dirigido a outro órgão jurisdicional, de acordo com as previsões normativas. No caso da Justiça Federal, a competência é exercida pelos Tribunais Regionais Federais ou, em se tratando de Juizados Especiais, pelas Turmas Recursais.

As classificações doutrinárias de justiça comum e especial são interessantes para fins acadêmicos de sistematização dos órgãos jurisdicionais definidos na Constituição. Todavia, as regras de repartição das competências estão sujeitas às alterações do texto constitucional ou legal, como ocorreu com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, e com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004.

A repartição da competência constitucional pressupõe a inexistência de conflitos, porquanto a cada “justiça”

cabe o que lhe foi atribuída. Por isso, dizemos que as competências definidas na Constituição são absolutas, sem possibilidade de alteração pela vontade das partes.

O ajuizamento equivocado de ações perante os órgãos jurisdicionais, que dá origem à designada incompetência absoluta ou relativa do juízo, resolve-se pela remessa dos autos ao órgão competente, de ofício ou após o processamento e julgamento do conflito de competência suscitado pela parte.

Pode ocorrer, contudo, que, num mesmo processo, dois juízos ou tribunais entendam que são competentes ou incompetentes para processar e julgar uma demanda. Nesse caso, surgem os conflitos de competência, dirimidos por órgãos jurisdicionais de instâncias superiores. A Constituição estabelece a competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, “o”) para apreciar os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre tribunais superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal. O Superior Tribunal de Justiça (105, I, “d”) aprecia os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvada a competência originária do Supremo Tribunal Federal (artigo 102, I, “o”), bem como entre tribunais e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos. Os Tribunais Regionais Federais (artigo 108, I, “e”) apreciam conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao respectivo tribunal.

Observadas as regras constitucionais sobre a competência, o próximo passo é verificar as regras e os critérios estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, especialmente no Código de Processo Civil, na legislação extravagante (sobretudo a Lei nº 10.259/2001), além das leis de organização judiciária e dos regimentos internos dos tribunais.

O artigo 86 do Código de Processo Civil prescreve que as causas cíveis serão conhecidas e julgadas pelos órgãos jurisdicionais, dentro dos parâmetros tipificados pela legislação, e nos seus limites, salvo nos casos em que as partes poderão portar-se de modo diverso, para eleger um determinado foro para conhecer de seus eventuais litígios ou estabelecer o juízo arbitral (Lei nº 9.307/1996). É preciso destacar, em referência ao artigo 86, que a expressão “simplesmente decididas” (pelos órgãos jurisdicionais) não significa que essas causas sejam processadas por um órgão que não faça parte do Poder Judiciário, mas serve apenas para demonstrar que há casos em que a um órgão jurisdicional cabe o processamento da causa e a outro o respectivo julgamento (SILVA, O. A. B. da, 2000, p. 399).

As normas de organização judiciária e os regimentos dos tribunais são editados em consonância com a autonomia administrativa prevista na Constituição (artigo 96), e não podem contrariar as leis federais que tratam de processo, em face da disposição constitucional que prescreve a competência privativa da União para legislar sobre direito processual (artigo 22, I).

#### 4 A COMPETÊNCIA EM RAZÃO DO CRITÉRIO TERRITORIAL

Consoante exposto, a competência, no processo civil brasileiro, é determinada em razão dos elementos do processo. Para os fins a que se propõe este trabalho, impende aprofundar a análise do critério territorial. Primeiro, de modo geral. Posteriormente, examinar-se-á especificamente a competência territorial da Justiça Federal.

A competência territorial consiste na delimitação territorial do exercício de jurisdição pelos juízes e tribunais. O exercício da jurisdição se dá pelos diferentes órgãos dentro de

limites territoriais. A verificação desta competência nos leva à determinação do foro competente, ou seja, do local onde deve ser ajuizada a demanda.

A competência por território estabelece a distribuição das causas entre diversos juízos de igual tipo, com duas ordens de finalidades principais: facilitar a defesa das partes, principalmente a do réu, e permitir que, em certas categorias de controvérsias, o processo tramite perante o juízo que, em virtude do lugar onde tem sede, exerça as suas funções da forma mais eficiente (LIEBMANN, 1985, p. 65).

Na sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, a competência territorial é genérica, uma vez que engloba em seu conceito tanto a competência *ratione loci*, no artigo 94, quanto a competência *rei sitæ*, estabelecida pelo lugar de situação do imóvel, no artigo 95. Versando o litígio sobre direito pessoal ou direito real sobre bens móveis, o foro comum é o foro do domicílio do réu, e o foro especial é o do domicílio do autor ou o eleito por este. Por outro lado, versando o litígio sobre direito real sobre bens imóveis, o foro comum é o foro da situação da coisa.

Independentemente da classificação adotada, é certo que, na disposição da parte final do artigo 95, trata-se de um caso de competência absoluta, portanto, inderrogável pelas partes.

As competências definidas no Código de Processo Civil, na sua maioria, são territoriais e podem ser assim agrupadas:

I – No que tange ao questionamento sobre a soberania do Estado brasileiro, e à consequente delimitação da competência da autoridade nacional, o Código de Processo Civil (artigos 88 e 89) destaca que a autoridade brasileira é competente sempre que: estiverem em litígio réu pessoa física (de qualquer

nacionalidade) domiciliado no Brasil, ou réu pessoa jurídica (com agência, filial ou sucursal no território brasileiro); existir obrigação a ser cumprida no território brasileiro; fato ocorrido ou ato praticado no Brasil; ações relativas a imóveis no Brasil; e inventário ou partilha de bens, situados no Brasil (independentemente da nacionalidade ou da residência do autor).

II – De outro lado, no que se refere à determinação do foro competente, dispõe o Código de Processo Civil no seguinte sentido:

a) Ações fundadas em direito pessoal e ações fundadas em direito real sobre bens móveis: foro comum: domicílio do réu; se há mais de um domicílio: qualquer dos domicílios; se há mais de um réu: qualquer deles, à escolha do autor; se o domicílio é incerto ou desconhecido: onde for encontrado ou no domicílio do autor; se não possuir domicílio-residência no Brasil: domicílio do autor – artigo 94;

b) Ações fundadas em direito real sobre bens imóveis (exceto as ações do item “c”): foro comum: lugar de situação da coisa, do domicílio ou de eleição pelo autor – artigo 95;

c) Ações fundadas em direitos de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova: somente o lugar da situação da coisa (competência absoluta) – artigo 95;

d) Ações que envolvam herança: foro comum: domicílio do autor (mesmo nos casos de morte ocorrida fora do Brasil); foro especial: situação dos bens (sem domicílio certo do autor); foro especial: lugar do óbito (sem domicílio certo do autor e bens em lugares diferentes) – artigo 96;

e) Ações em que o réu é ausente: foro comum: o lugar de seu último domicílio – artigo 97;

f) Ações em que o réu é incapaz: foro comum: domicílio de seu representante – artigo 98;

g) Ações em que a União ou Território são autores, réus ou intervenientes: capital do Estado – artigo 99 (não houve recepção deste dispositivo pela Constituição de 1988, em face da regra prevista no seu artigo 109);

h) Ações de separação, conversão de separação em divórcio ou anulatória de casamento: foro comum: residência da mulher – artigo 100, I;

i) Ações de alimentos: foro comum: residência do alimentado – artigo 100, II;

j) Ações de anulação de títulos extraviados ou destruídos: foro comum: domicílio do devedor – artigo 100, III;

k) Ações contra pessoa jurídica: foro comum: lugar da sede; foro especial: lugar da agência ou sucursal quanto às obrigações contraídas – artigo 100, IV, “a” e “b”;

l) Ações contra sociedade sem personalidade jurídica: foro comum: lugar onde exerce a atividade principal – artigo 100, IV, “c”;

m) Ações que exigem o cumprimento de obrigação: foro comum: lugar onde a obrigação deve ser satisfeita – artigo 100, IV, “d”;

n) Ações de reparação de dano: foro comum: lugar do ato ou fato – artigo 100, V, “a”;

o) Ações em que o réu é gestor de negócios alheios: foro comum: lugar do ato ou fato – artigo 100, V, “b”;

p) Ações de reparação de dano proveniente de delito ou acidente de trânsito: foro comum: domicílio do autor ou lugar do fato – artigo 100, V, parágrafo único.

## 5 A COMPETÊNCIA TERRITORIAL DA JUSTIÇA FEDERAL: PRIMEIRO E SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

### 5.1 *Competência territorial em primeiro grau de jurisdição*

A competência territorial, também designada de competência de foro da Justiça Federal de primeiro grau, está disciplinada no artigo 109 da Constituição: nos §§ 1º e 2º, para as ações em que a União for parte; e no § 3º e na legislação infraconstitucional, para as ações em que forem partes os demais entes federais.

A distribuição da competência é feita de acordo com o interesse público, e o norte do constituinte é dar maior eficácia à prestação jurisdicional. Neste sentido, em regra, a competência é absoluta. Em alguns casos o legislador possibilita que a competência seja modificada, para privilegiar o interesse e a vontade das partes. Portanto, a autorização para a alteração da competência deve ser expressa na lei. No processo civil clássico (regido pelo CPC), a competência territorial é relativa, consoante expressamente está o disposto nos artigos 102, 111 e 114 do Código de Processo Civil, exceto nos casos em que há previsão legal expressa em sentido contrário, v.g., no artigo 95 do mesmo Código (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 241-243).

Portanto, a competência de foro da União é absoluta. Explica-se. Em primeiro lugar, há previsão constitucional expressa da competência territorial para as causas em que a União for parte. Igualmente, as disposições constitucionais, ainda que se tratem de normas formalmente constitucionais, prevalecem sobre a legislação infraconstitucional, devido ao princípio da supremacia da Constituição. Em terceiro lugar, não é possível interpretar a Constituição a partir da norma

infraconstitucional (ou seja, dos artigos do Código de Processo Civil que prescrevem que a competência territorial é relativa).

Além disto, a previsão constitucional existe justamente porque o constituinte entendeu que se deve estabelecer um tratamento diferenciado para as causas em que a União estiver presente, além de favorecer todas as partes da relação processual, ou seja, facilitar o acesso à justiça, a produção das provas e assegurar a ampla defesa técnica e pessoal. Ademais, a Constituição não apresenta palavras, incisos ou artigos inúteis, pois o constituinte poderia silenciar a respeito da competência de foro da União, no que seriam aplicáveis as regras de competência de foro referente às pessoas jurídicas segundo a legislação infraconstitucional, como fez em relação às autarquias, fundações públicas e empresas públicas federais.

A regra de competência de foro da União determina que as causas em que ela for parte autora são propostas na seção judiciária onde tiver domicílio a parte contrária. Como é sabido, a partir do ano de 1987, iniciou-se o processo de interiorização da Justiça Federal, até então presente somente nas capitais dos Estados. O legislador constituinte de 1988 não se deu conta do início do processo de divisão das seções judiciárias da Justiça Federal em subseções judiciárias. O texto constitucional deve ser interpretado sistematicamente, de modo que, ao se referir à “seção judiciária”, é possível compreender que o constituinte quis dizer “subseção judiciária”. Interpretar de modo diverso implica inviabilizar todo o processo de interiorização da Justiça Federal, e o acúmulo de processos nas varas das capitais:

É essa a interpretação que melhor se amolda aos artigos 11 e 12 da Lei n. 5.010, de 30.05.66, publicada em 01.06.66. O aludido artigo 11 (da referida lei) fixa que o juiz federal tem “jurisdição” em toda a seção judiciária.

Contudo, esse artigo deve ser interpretado em cotejo com o artigo 12, que lhe segue e estabelece, deveras, a possibilidade de instalação de subseções judiciárias [no interior dos Estados]. (BENITES, 2003, p. 109).

O artigo 99 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a competência territorial para processar e julgar causas da União, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, pois, além de ser incompatível com o momento atual de expansão da Justiça Federal, está em contradição com os dispositivos constitucionais que estabelecem esta competência. Vale lembrar que, em 1973, quando da promulgação do Código de Processo Civil, a Justiça Federal estava instalada somente nas capitais dos Estados, por isso o Código estabeleceu o foro da capital do Estado como competente para julgar as ações da Justiça Federal, não mencionando as subseções posteriormente instaladas e localizadas no interior (DINAMARCO, 2002, p. 510).

Fixada a competência de foro da Justiça Federal em razão do domicílio das partes, as posteriores mudanças de domicílio do autor ou do réu são irrelevantes, em face do princípio da inalterabilidade da competência, exceto se for criado ou suprimido órgão judiciário.

Desse modo, pela disposição constitucional do § 1º do artigo 109, que trata da competência territorial, sempre que a União for autora, a ação deverá ser postulada no domicílio do réu. Trata-se, portanto, de uma benesse do legislador constitucional, a fim de permitir que o demandado possa melhor se defender quando for citado para um processo iniciado pela União, não sendo aplicadas as disposições dos artigos 111 ou 114 do Código de Processo Civil, que regulamentam a competência relativa. Isto significa dizer que o constituinte,

propositadamente, excluiu da incidência desta regra as autarquias, as fundações públicas e as empresas públicas federais (DINAMARCO, 2002, p. 508-509).

A ação proposta pela União, em face de dois ou mais réus, pessoas físicas ou jurídicas, em litisconsórcio necessário, com domicílios diferentes, será ajuizada no foro de domicílio de qualquer um deles à escolha da União, em face da aplicação subsidiária da regra estabelecida no artigo 94, § 4º, do Código de Processo Civil.

Impende destacar que a modificação do domicílio do réu, posteriormente ao ajuizamento da demanda, não tem por efeito alterar a competência territorial. A União verificará qual é o domicílio do réu de acordo com seus registros de dados e cadastros, informados pelo réu no decorrer das atividades administrativas. Pode, contudo, ocorrer mudança de domicílio entre a prestação da informação pelo réu e o momento do ajuizamento da demanda. Uma vez comprovada a alteração, no curso de processo judicial, pensa-se que o processo deva ser remetido para a vara federal do respectivo novo endereço, conforme a finalidade do preceito constitucional, qual seja, facilitar a defesa do réu nas ações propostas pela União. Este raciocínio encontra fundamento na competência territorial absoluta definida na Constituição Federal, não modificável por legislação infraconstitucional nem por esforço exegético da jurisprudência dos tribunais.

Em relação às demandas ajuizadas contra a União, poderão ser propostas em quaisquer dos foros definidos no artigo 109, § 2º, da Constituição. A parte autora poderá escolher livremente em qual dos foros concorrentes da Justiça Federal irá ajuizar a demanda: no domicílio do autor; naquele em que

houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa; ou, ainda, no Distrito Federal.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, inclusive, que esta regra vale também para os mandados de segurança cuja apreciação competir à Justiça Federal, já que a regra geral não estabelece distinção sob o aspecto formal entre os diferentes tipos de ações e procedimentos (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 509.442, 2ª Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie, julg. 3 ago. 2010, DJe nº 154, 19 ago. 2010). Com base no mesmo fundamento, isto é, da existência de correlação entre a opção do autor e o tipo de ação ou procedimento proposto contra a União, o mesmo Tribunal assentou a possibilidade de o autor escolher o foro mais conveniente, ainda que se trate de ação real imobiliária (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 599.188, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 14 jun. 2011, DJe nº 124, 29 jun. 2011).

O ajuizamento da ação em qualquer dos foros, portanto, é perfeitamente possível e não apresenta nenhum tipo de vício, pois todos os foros previstos são igualmente competentes (competência concorrente) (CARVALHO, 2012, p. 99), operando-se a prevenção. Ou seja, após a escolha da parte autora entre os foros constitucionalmente possíveis, opera-se a prevenção, de modo que a parte não pode mais optar por qualquer outro foro.

Não há possibilidade do ajuizamento de exceção de incompetência, pois a opção legislativa consagrou uma faculdade atribuída à parte autora, consistente em escolher um dos foros competentes, de acordo com a pretensão veiculada, de modo a facilitar o acesso à justiça.

A competência de foro concorrente é diferente de foro de eleição, previsto pelo Código de Processo Civil, uma vez que, nesta segunda hipótese, fala-se da eleição do foro no instrumento contratual com a concordância das partes envolvidas. Portanto, é equívoca a utilização do termo “eleição do foro”, quer se trate de competência absoluta, quer se trate de competência concorrente para processar e julgar as causas ajuizadas contra a União.

Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, ao julgar que o rol de situações mencionadas no artigo 109 da Constituição Federal é exaustivo. Descabe conclusão que não se coadune com o previsto constitucionalmente, a exemplo da possibilidade de a ação ser ajuizada na capital do Estado. Assim, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 459.322 (Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 22 set. 2009, DJe nº 237, 17 dez. 2009), assentou a taxatividade das possibilidades previstas no § 2º do artigo 109 da Constituição Federal.

Ocorrendo litisconsórcio ativo facultativo, devem ser observadas as regras constitucionais de fixação da competência para as causas intentadas contra a União, de modo que os autores têm a faculdade de propor a ação em litisconsórcio no mesmo foro da Justiça Federal, se tiverem o mesmo domicílio. Se os autores tiverem domicílios distintos, poderão, sempre a seu exclusivo critério, ajuizar a concernente ação no foro do domicílio de qualquer deles, sem prejuízo de sua opção por qualquer dos outros critérios definidores da competência da Justiça Federal comum estabelecidos no artigo 109, § 2º, da Constituição da República (vide STF, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 451.907 Pleno, Rel.

Min. Celso de Mello, julg. 20 mar. 2013, DJe nº 68, 12 abr. 2013). Nos casos de litisconsórcio ativo necessário, quando a lei ou a natureza da relação jurídica discutida em juízo determina a sua formação, independentemente da vontade das partes, subsiste a faculdade da escolha do foro competente em relação a qualquer um dos domicílios dos autores.

## 5.2 *A competência territorial em segundo grau de jurisdição*

A competência territorial da Justiça Federal em segundo grau de jurisdição foi prevista no artigo 27, § 6º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), incumbindo ao extinto Tribunal Federal de Recursos fixar os limites jurisdicionais.

Foram criados cinco Tribunais Regionais Federais e definidos os âmbitos territoriais de atuação. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com a composição inicial de dezoito juízes, tem sede em Brasília e jurisdição sobre o Distrito Federal e os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região, com a composição inicial de quatorze juízes, e sede na cidade do Rio de Janeiro, tem jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo. O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com a composição inicial de dezoito juízes, tem sede na cidade de São Paulo e jurisdição sobre os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com a composição inicial de quatorze juízes, tem sede na cidade de Porto Alegre e jurisdição nos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com a composição inicial de dez juízes, tem sede na

cidade do Recife e jurisdição sobre os Estados de Pernambuco, Alagoas, Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte e Sergipe.

Atualmente, os Tribunais Regionais Federais apresentam a seguinte composição: vinte e sete membros na 1ª e na 2ª Regiões, quarenta e três membros na 3ª Região, vinte e sete membros na 4ª Região e quinze membros na 5ª Região.

É oportuno lembrar, igualmente, que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acresceu ao artigo 107 o § 2º, que prescreve a instalação de justiça itinerante, assim como o § 3º, segundo o qual os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar de forma descentralizada, constituindo, para tanto, Câmaras regionais, no escopo de assegurar ao jurisdicionado o pleno acesso à justiça em todas as fases do processo. É de se lamentar, contudo, que a medida de descentralização não seja impositiva como a que comanda a instalação da justiça itinerante, pois, uma vez implementada, a descentralização, por meio das Câmaras, aproximaria do jurisdicionado o órgão de recurso (SILVA, J. A. da, 2006, p. 574).

A Emenda Constitucional nº 73/2013 alterou o artigo 27 do ADCT da Constituição Federal de 1988 e criou os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões da Justiça Federal, com sedes, respectivamente, nas cidades de Curitiba, Belo Horizonte, Salvador e Manaus.<sup>1</sup>

## 6 ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A COMPETÊNCIA TERRITORIAL PARA PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES PROPOSTAS PELAS E EM FACE DAS AUTARQUIAS FEDERAIS

A previsão constitucional do artigo 109, §§ 1º e 2º, quanto à competência territorial da União, a princípio, exclui as autarquias, as fundações públicas e as empresas públicas federais.

Parece claro, nesse sentido, o interesse do legislador constituinte em definir apenas a competência territorial da União, e não a dos demais entes federais que litigam na Justiça Federal. Pensar em sentido contrário implicaria a desnecessidade de o constituinte inserir expressamente o termo “União” nos §§ 1º e 2º do artigo 109 da Constituição. Além disso, o texto constitucional refere-se expressamente, no *caput* do artigo 109, à União, à autarquia e à empresa pública, enquanto os parágrafos, quando definem a competência territorial, apenas citam a União. Se a intenção do constituinte fosse definir a competência de todos os entes federais, bastaria tê-los mencionado nos precitados dispositivos (PERRINI, 2001, p. 289). É importante, nessa esteira, lembrar que textos normativos não contêm palavras inúteis, e não há motivos para tratar de maneira uniforme matérias diferenciadas pelo próprio texto constitucional.

Significa dizer que os dois primeiros parágrafos se destinam à União, e não há referência às autarquias e às empresas públicas. Contudo, em relação às autarquias, por exemplo, há expressa menção, nos §§ 3º e 4º do referido artigo 109 da Constituição, quanto à delegação de competência da Justiça Federal para a Justiça Estadual.

Ademais, não se pode olvidar o princípio da supremacia da Constituição. Somente outra norma de caráter constitucional poderia alterar o conteúdo expresso na Constituição quanto às regras de competência territorial da União. Neste particular, entende-se que normas de competência territorial não necessitariam estar dispostas na Constituição, mas sim na legislação ordinária, pois as peculiaridades e as riquezas dos casos concretos, além da diversidade das relações sociais e

da velocidade de suas transformações, ensejam modificações dessas regras no decorrer do tempo, que são mais facilmente realizadas na legislação infraconstitucional.

Igualmente, outro argumento para a aplicação, apenas à União, da regra constitucional de competência territorial é que autarquias federais são pessoas jurídicas distintas, pertencentes à Administração Federal indireta, motivo pelo qual não poderiam ser confundidas com o ente público que as criou. Nesse sentido, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.094/DF, assentou a inaplicabilidade do disposto no § 1º do mencionado artigo 109 ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Não obstante tais considerações, em recentes precedentes o Supremo Tribunal Federal tem entendido pela aplicabilidade do disposto no artigo 109, § 2º, da Constituição às autarquias federais (Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 499.093/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julg. 9 nov. 2010, DJe nº 226, 24 nov. 2010; Embargos de Declaração na Reclamação nº 5.577/RJ, Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, julg. 16 abr. 2009, DJe nº 157, 20 ago. 2009; Recurso Extraordinário nº 234.059/AL, 1ª Turma, Rel. Min. Menezes Direito, julg. 2 set. 2008, DJe nº 222, 20 nov. 2008; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 484.235/MG, 2ª Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, julg. 25 ago. 2009, DJe nº 176, 17 set. 2009; Recurso Extraordinário nº 474.691/SC, Rel. Minª. Cármen Lúcia, decisão de 27 nov. 2009, DJe nº 234, 14 dez. 2009; Recurso Extraordinário nº 491.331, Relª. Minª. Cármen Lúcia, decisão de 20 nov. 2009, DJe nº 235, 15 dez.

2009; Recurso Extraordinário nº 596.436/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 30 nov. 2009, DJe nº 18, 29 jan. 2010).

Os precedentes relacionados foram minuciosamente estudados e sistematizados, com a finalidade de compreender a fundamentação empregada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de ampliar os efeitos da interpretação da regra constitucional de competência territorial às autarquias.

O precedente inaugural, que deu origem a este posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicabilidade do artigo 109, § 2º, às autarquias federais (RE nº 234.059/AL), trata da formação de litisconsórcio ativo de autores domiciliados em Estados diversos daquele onde ajuizada a ação, e não há fundamentação que justifique a escolha do foro competente, nas causas em que faça parte autarquia federal, aos moldes do citado dispositivo constitucional.

Até porque, na fundamentação, o Relator não faz menção à autarquia federal, mas sim à União, como pode ser visto no trecho do voto aqui reproduzido:

O texto estabelece que “as causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou o fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal”. Ora, o que se verifica é a ausência de qualquer tipo de restrição no que concerne à opção pelo autor, que, por isso, é o juiz de sua conveniência para exercê-la, limitadas, apenas, as opções.

A partir deste precedente, o Supremo Tribunal Federal proferiu outros acórdãos na mesma linha. Todavia, cabe ressaltar que o precedente que deu origem aos demais julgados especifica somente os casos de litisconsórcio passivo

entre União e autarquia, o que não se confunde com as demandas ajuizadas em face das segundas, apenas.

Lê-se na ementa da decisão proferida no RE nº 484.235-AgR/MG: “os litisconsortes, nas ações contra a União, podem optar pela propositura da ação no domicílio de qualquer deles”. No voto, consta a referência ao precedente RE nº 234.059/AL, inclusive com a sua reprodução literal. Aqui também, a conclusão, assim como a ementa, não guardam relação com a discussão sobre a aplicabilidade do artigo 109, § 2º, da Constituição às autarquias e fundações públicas, quando réis em processos judiciais.

No RE nº 499.093-AgR2/PR, o Relator fez referência aos precedentes citados, sem, contudo, esmiuçar nenhuma nova explicitação, conforme se verifica no trecho do voto:

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, tem decidido pela aplicabilidade do disposto no artigo 109, § 2º, da Constituição às autarquias federais. De fato, no julgamento dos RE 234.059/AL, Rel. Min. Menezes Direito e RE 484.235-AgR/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, esta Corte decidiu pela aplicação daquele dispositivo, respectivamente, ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e ao Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. Ademais, no julgamento da Rel 5.577-ED/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, o Plenário desta Corte entendeu pela incidência da norma mencionada em ação na qual figurava como parte a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, ora agravante.

Além da fundamentação acima, consta do voto apenas a referência à decisão atacada via recurso, sem que se apresente nenhum outro argumento ou fundamento para justificar a fixação da competência territorial das autarquias com base no artigo 109, § 2º, da Constituição.

A Ministra Cármen Lúcia, ainda, por meio de decisão monocrática (RE nº 474.691), além de mencionar esses acórdãos paradigmáticos, avança e traz os seguintes argumentos: “às autarquias federais deve ser dado tratamento idêntico ao da União. Portanto, não devem elas ter privilégio de foro maior do que o concedido pela Constituição Federal à União no § 2º do artigo 109 da Constituição Federal”. Da mesma Ministra é a decisão monocrática do RE nº 491.331, em que, novamente, apenas se mencionaram os precedentes.

Em linhas gerais, os precedentes citados somente referem o acórdão paradigmático. Contudo, no precedente originário, o objeto apreciado foi a possibilidade de litisconsórcio ativo entre autores domiciliados em Estados diversos nas ações ajuizadas contra a União e autarquia federal, e não guarda, portanto, qualquer relação com o objeto decidido nos votos, consistente na aplicação da regra de competência territorial da União às autarquias federais. Ou seja, não há fundamentação, nos precedentes, que justifique a fixação da competência territorial das autarquias, na Justiça Federal, de acordo com a regra constitucional que regula a competência territorial para processar e julgar as causas ajuizadas contra a União (artigo 109, § 2º).

A preocupação do Supremo Tribunal Federal em pacificar o entendimento sobre a matéria foi exposta na Repercussão Geral nº 374, no Recurso Extraordinário nº 627.709/DF (ainda em tramitação). Depreende-se do voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski:

a questão ventilada possui repercussão geral do ponto de vista econômico e jurídico, de forma a ultrapassar os interesses subjetivos envolvidos, uma vez que discute

os critérios de aplicação do § 2º, do artigo 109 da CF, que trata da competência territorial de causas ajuizadas contra a União e da extensão ou não da aplicação deste dispositivo aos demais entes da administração indireta federal, como autarquias e fundações, permitindo que as mesmas sejam demandadas fora de suas sedes ou em localidades que não possuem sequer agência ou sucursal.

O parecer do Procurador-Geral da República na Repercussão Geral apresentou o argumento de que a aplicabilidade do dispositivo constitucional à União e às autarquias federais não viola a diretriz de que as autarquias não podem ter privilégio de foro maior do que o concedido à União na Constituição, bem como se alinha com a questão do acesso à justiça. Assim, o parecer conclui pela interpretação ampliativa do artigo 109, § 2º, da Constituição, para abranger também as autarquias federais, do ponto de vista da funcionalidade e do acesso ao Judiciário, sem adentrar em outros argumentos jurídicos, nem mesmo explicitar os indicados fundamentos políticos.

Apesar das considerações expedidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador-Geral da República, e com base nos preceitos constitucionais e no princípio da supremacia da Constituição, sustenta-se a tese de que o foro competente para as ações movidas contra os demais entes federais, ressalvada a União, deve ser buscado a partir da análise dos demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Isto passa, no que se refere às pessoas jurídicas, pelo artigo 100, IV, do Código de Processo Civil, e pela aplicação subsidiária do artigo 4º da Lei nº 9.099/1995, para as ações de competência dos juizados especiais federais.

Por outro lado, para se aferir o foro competente para as ações propostas pelas autarquias, fundações públicas e

empresas públicas federais nas varas federais (que não podem ser autoras nos juizados especiais, de acordo com as regras específicas desse subsistema), deve-se observar o tipo de ação proposta e as regras dispostas no Código de Processo Civil, ou seja, se a ação é fundada em direito pessoal, direito real sobre bem móvel, direito real sobre bem imóvel, entre outras.

Em semelhante linha de intelecção, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2006, p. 130) sublinha que a Constituição Federal não estabeleceu regras específicas para entidades autárquicas e empresas públicas federais, de modo que, em relação a elas, devem incidir as normas previstas no Código de Processo Civil e em eventual legislação específica, a exemplo, conforme se disse, da Lei dos Juizados Especiais Federais. E, portanto, preconiza: “não há qualquer possibilidade de aplicação, por analogia, às pessoas da Administração Pública Indireta inclusas no inciso I do artigo 109 da CR, das regras instituídas nos §§ 1º e 2º, pois estas são destinadas exclusivamente à União”.

Nesse sentido, após o chamado “precedente inaugural” do Supremo Tribunal Federal, aplicando às autarquias federais a regra dos §§ 2º e 3º do artigo 109 da Constituição, e mesmo constituindo jurisprudência minoritária, determinados Tribunais Regionais Federais mantiveram o entendimento da restrição da aplicabilidade de mencionados dispositivos à União. Assim, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em 2011, prolatou acórdão nestes termos ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO PROPOSTA CONTRA AUTARQUIA FEDERAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. REGRA APLICÁVEL.

1. A regra do art. 109, parágrafo 2º, da CF/88 não se aplica às autarquias federais, mas, apenas, à União, não podendo, portanto, o INMETRO, que tem sede no Rio

de Janeiro/RJ, ser litigado em outra Seção Judiciária com base nessa regra.

2. A regra do art. 100, inciso IV, alínea “b”, do CPC só se aplicaria ao caso se tivesse o INMETRO sucursal ou agência nos Estados do Ceará ou Rio Grande do Norte, o que não o caso. [...]

[TRF 5ª Região, Agravo de instrumento nº 93.917/RN, Processo nº 2009.05.00.000181-2, Primeira Turma, Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão (conv.), julg. 3 mar. 2011, DJe 17 mar. 2011, p. 905]

Na mesma senda, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região também assentou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA DO ESTADO DE SÃO PAULO. REMESSA DOS AUTOS À DISTRIBUIÇÃO PARA UMA DAS VARAS FEDERAIS CÍVEIS DO ESTADO. A questão central diz respeito à definição de competência territorial em ação proposta contra autarquia federal, razão pela qual não se aplica o preceituado no art. 109, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, dirigido à União, e, sim, o disposto no art. 100, IV, do CPC. A regra processual é de que cabe ao demandante a escolha entre a sede da autarquia ou da agência ou sucursal, quando estas existem. De acordo com o artigo 25 da Lei 5.194/66, a sede dos Conselhos Regionais será no Distrito Federal, em capital de Estado ou de Território Federal. O recorrente protocolizou seu pleito em posto de atendimento, localizado na cidade de Campinas e não em agência ou sucursal da referida autarquia, razão pela qual deve ser a ação originária julgada por uma das Varas da Capital. Em se tratando de pleito relativo à inscrição de profissional titular de diploma obtido em universidade estrangeira, subsume-se a competência da câmara especializada para apreciar o requerimento, nos termos da Resolução 1.007/2003. Não estando nas atribuições da Delegacia Regional a análise da pretensão do autor, que consiste, justamente, em obter a inscrição perante o CREA, com a consequente expedição da carteira profissional, inviável a aplicação do disposto no artigo

100, inciso “b”, do Código de Processo Civil. [...] [TRF 4ª Região, Agravo de instrumento nº 0007440-08.2012.4.03.0000, Quarta Turma, Relª. Desª. Fed. Marli Ferreira, julg. 27 set. 2012, e-DJF3 5 out. 2012]

Vale lembrar, finalmente, a previsão do próprio texto constitucional (artigo 109, § 3º) para as causas em que forem partes o Instituto de Previdência Social (autarquia federal) e segurado: sempre que a comarca não seja sede de vara federal, a ação poderá ser proposta na comarca da Justiça Estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, bem como outras causas que a lei infraconstitucional determinar (execuções fiscais, usucapião especial, entrega de certificado de naturalização e vistorias e justificações judiciais, nos casos de delegação de competência nas demandas que envolvem as autarquias, empresas públicas e fundações públicas federais).

Essa é, portanto, a tendência na atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema ora discutido, que se funda, consoante se esclareceu, em precedente que sequer examinou detidamente a questão da aplicabilidade do artigo 109, § 2º, da Constituição às autarquias federais.

## 7 CONCLUSÕES

Incumbe ao Estado, como correspondência ao seu monopólio sobre a atividade jurisdicional, o poder-dever de disponibilizar aos jurisdicionados mecanismos eficientes de solução dos conflitos sociais. Daí que o acesso à justiça, é dizer, a uma efetiva e célere prestação jurisdicional, constitua um direito cuja relevância vem crescendo geometricamente, a ponto de ser previsto, na Constituição da República, na estratégica posição topológica dos direitos fundamentais de todo cidadão.

A competência, parcela de jurisdição conferida a órgão judicial para processar e julgar as demandas que lhe forem submetidas, conforme prévia prescrição legislativa ou constitucional, pode figurar, em certo sentido, como um dos principais obstáculos à efetiva e célere prestação jurisdicional. Isso porque, em não poucos casos, torna-se difícil precisar o juízo competente, de modo que a discussão instaurada pela lide é desviada do direito material cuja tutela se pleiteia e desborda para disputas puramente processuais. Daí que tempo e energia se dissipem em questões que não contribuem, ou, se o fazem, em muito pequena medida, para a solução do problema que concretamente se submeteu ao Judiciário.

Importa ter bem vincado que o legislador goza da ampla liberdade de criação, manutenção, modificação e substituição dos critérios definidores da competência. Nessa senda, lança mão de técnicas legislativas de inclusão e exclusão da distribuição da competência. Há inclusão quando o legislador adota certo critério e confere a um ou mais órgãos jurisdicionais competência para processar e julgar as demandas. Por outro lado, na técnica da exclusão, após o legislador escolher um ou mais órgãos jurisdicionais competentes, subtrai-lhe parte da competência.

A competência cível da Justiça Federal é absoluta e taxativamente prescrita nos artigos 108 e 109 da Constituição da República. À lei ordinária não é concedido ampliar a competência constitucionalmente prevista. Poderá, no entanto, delegar o exercício da competência federal para juiz estadual, sempre que a comarca não for sede de vara federal. Nem mesmo é possível criar, ampliar ou extinguir regras de competência por meio de jurisprudência, sob pena de ofensa ao princípio do juiz natural, que veda o juízo por exceção.

Em outras palavras, a competência territorial da Justiça Federal é absoluta no que respeita à União. É relativa, contudo, na escolha do foro competente, em relação às autarquias, fundações públicas e empresas públicas federais.

No que respeita especificamente à competência territorial da Justiça Federal de primeiro grau, encontra-se disciplinada no artigo 109 da Constituição, nos §§ 1º e 2º, para as demandas em que for parte a União, e no § 3º e nas leis infraconstitucionais, para ações em que os demais entes com foro federal privilegiado forem partes.

Não obstante, há atualmente uma tendência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da competência territorial da Justiça Federal, que consiste na ampliação do âmbito subjetivo da regra do artigo 109, § 2º, da Constituição, para nele incluir as entidades autárquicas federais. Conforme ficou amplamente demonstrado, os acórdãos que compõem essa corrente se fundamentam em precedente que, na verdade, sequer abordou o ponto controverso. Além disso, os argumentos favoráveis à referida interpretação carecem de solidez e clareza, e implicam violação à norma constitucional de competência.

A complexidade e a relevância do tema fizeram com que as discussões culminassem no reconhecimento da Repercussão Geral nº 374, em recurso extraordinário pendente de julgamento. Tendo em vista os esclarecimentos e considerações tecidas nesse trabalho, é de se reconhecer a importância de uma decisão, por parte do Supremo Tribunal Federal, órgão ao qual compete “precipualemente a guarda da Constituição”, que verdadeiramente prestigie o preceito veiculado pelo legislador constituinte originário, e limite o raio de alcance do artigo 109, § 2º, da Constituição aos seus reais destinatários.

*Referências bibliográficas*

ALVIM, José Manuel Arruda. Anotações sobre o tema da competência. *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BENITES, Nórton Luís. Competência previdenciária no processo de conhecimento do Juizado Especial Federal Cível. In: ROCHA, Daniel Machado da (Org.). *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BOCHENEK, Antonio César. *Competência cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_; DALAZOANA, Vinicius. *Competência cível da Justiça Federal e dos Juizados Especiais Federais*. Curitiba: Juruá, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Bosh, 1950. v. 2.

CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da Justiça Federal*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência cível da Justiça Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PERRINI, Raquel Fernandez. *Competência da Justiça Federal*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

\_\_\_\_\_. *Competências da Justiça Federal comum*. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

---

1 A Câmara dos Deputados aprovou, em segundo turno, por 371 votos a favor, 54 contrários e seis abstenções, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n° 544/2002, que, em 2002,

já havia sido aprovada no Senado Federal (PEC originária nº 29/2001). Contudo, a Associação Nacional dos Procuradores Autárquicos Federais (ANPAF) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.017/2013, e o presidente do STF, Ministro Joaquim Barbosa, deferiu a liminar, no recesso judiciário, para suspender os efeitos da EC nº 73/2013. OAB, AMB, AJUFE e APAJUFE ingressaram no feito como *amici curiae*. Segue o texto da EC nº 73/2013: “As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º. O art. 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte § 11: *‘Art. 27. § 11. São criados, ainda, os seguintes Tribunais Regionais Federais: o da 6ª Região, com sede em Curitiba, Estado do Paraná, e jurisdição nos Estados do Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul; o da 7ª Região, com sede em Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, e jurisdição no Estado de Minas Gerais; o da 8ª Região, com sede em Salvador, Estado da Bahia, e jurisdição nos Estados da Bahia e Sergipe; e o da 9ª Região, com sede em Manaus, Estado do Amazonas, e jurisdição nos Estados do Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.’* (NR). Art. 2º. Os Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões deverão ser instalados no prazo de 6 (seis) meses, a contar da promulgação desta Emenda Constitucional. Art. 3º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação”.

---

VIOLÊNCIA E MEDIAÇÃO:  
impressões jusfilosóficas

*Guilherme Roman Borges*

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP) (2011). Bolsista doutoral anual do governo brasileiro na Sholé Anthropolítikon kai Koinonikon Epistémon Tméma Philosophías – Universidade de Patras, Grécia (2008). Pesquisador-Bolsista junto ao Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt, Alemanha (jun./2010-jan./2011-set./2012). Pesquisador-Visitante junto ao Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht de Freiburg, Alemanha (jul./2010). Pesquisador-Visitante Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Itália (set.-dez./2008). Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito na USP (2006). Mestre em Sociologia do Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (2005). Ex-Professor de Economia e Direito Econômico na Universidade Positivo (2003/2011). Juiz Federal Substituto (3ª Região).



## VIOLÊNCIA E MEDIAÇÃO: impressões jusfilosóficas

*Guilherme Roman Borges*

Resumo: A violência marca a sociedade atual de forma nunca verificada em outros tempos. Seu espaço nos caminhos do homem atual tem-se intensificado, de modo a exigir uma reflexão de fundo, com vistas à sua aniquilação, ou ao seu controle. É notável o insucesso da teoria moderna com alicerces greco-romanos, juntamente com a ideia de contrato social, de instrumento normativo como regulação da violência. Diante desta impossibilidade de resposta à violência pela norma, e por todo o aparato jurídico, o velho tema grego da mediação tem reaparecido e se colocado como um lugar interessante de diálogo com a violência, voltado muito mais a redescobrir mecanismos para que a violência seja falada e metabolizada, ao invés de, como sempre o quis a racionalização da modernidade, silenciada. Diante disso, torna-se necessário estudar a fundo a origem da mediação, desde suas bases gregas até seu lugar pós-positivista como elemento de regulação da violência.

Palavras-chave: Violência. Mediação. Pós-positivismo.

*Abstract: Violence marks the contemporary society as never seen before. The space it takes in the paths of modern man has intensified so as to require an in-depth reflection, aiming at its annihilation or control. It is remarkable the failure of the modern, Greek-Roman grounded concept, as well as the idea of social contract, according to which legal norms can regulate violence. Given this inefficiency of the legal norm and the whole legal apparatus, to confront violence, the old Greek subject of mediation has reappeared and has been set as an interesting site for dialogue with violence; it has focused on the rediscovery of tools by which violence could be approached and metabolized, instead of silenced, as the modern rationalization has always wished. Therefore, it is necessary to study thoroughly the origin of mediation from its Greek foundations and its status as a post-positivist element to regulate violence.*

*Keywords: Violence. Mediation. Post-positivism.*

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea é marcada por um traço peculiar: a violência. Por certo que outras sociedades e em outros momentos também o foram, mas talvez não do modo como a violência tem se apresentado aos olhares cotidianos, não com o sublinhado e com a feição que rompe as relações sociais e enrijece as virtudes individuais. Seu espaço nos caminhos do homem atual tem-se intensificado, de modo a exigir uma reflexão de fundo, desde sua essência até planos mais concretos, com vistas à sua aniquilação, ou, quando muito, ao seu débil controle.

A teoria moderna apresentou, com alicerces essencialmente greco-romanos, o instrumento normativo como elemento de regulação das pulsões, das emoções, dos sentimentos de conservação, de subsistência, e de autopreservação. Contudo, não é de todo invisível que a história recente tem demonstrado o seu insucesso, e que nem mesmo a ficção medieval do contrato social foi capaz de alcançar este objetivo, a não ser superficialmente, a ver-se pelas constantes irracionalidades e pelas intermináveis erupções violentas, seja por atos individuais (massacres, homicídios banais, inconsequências no trânsito), seja por atos estatais (desde os genocídios e as guerras aos atos de controle da criminalidade operado pelas mais diversas instâncias públicas).

Diante da impossibilidade de resposta à violência pela norma, e por todo o aparato jurídico, o velho tema grego da mediação tem reaparecido e se colocado, ao menos nas últimas duas décadas, como um lugar interessante de diálogo com a violência, voltado muito mais a redescobrir mecanismos para que a violência seja falada e metabolizada, ao invés

de, como sempre o quis a racionalização da modernidade, silenciada. Trata-se de tema denso e com certa característica de atualidade, cuja tecnologia contemporânea ainda está sendo construída e abre espaços para reflexões como as que seguem.

O conhecimento técnico da *mediação* e de seus programas autocompositivos (código de ética, comunicação conciliatória, políticas públicas alternativas, etc.), embora fundamentais, exige, antes, a compreensão do fenômeno da *mediação* desde uma perspectiva abstrata, de base, essencialmente filosófica, voltada à reflexão do seu lugar enquanto instrumento de regulação social de condutas, e não apenas de resolução de conflitos no âmbito jurídico.

Essa apreensão do tema da *mediação* e de seu lugar no plano da justiça consensual poderia ser feita a partir de uma série interminável de pontos de vistas, especialmente pela dimensão que tem ocupado no horizonte das ciências humanas e por seu alcance material no âmbito do Poder Judiciário. Leituras sociológicas, antropológicas, políticas, pedagógicas, psicanalíticas, entre outras, poderiam dar ensejo a indagações com grande riqueza de perspectivas; contudo, é necessário fazer um recorte antes de discutir o tema, a fim de evitar contradições, excessivas superficialidades, confusões conceituais, enganos etiológicos.

Num primeiro plano, afastam-se, portanto, investigações de outra ordem que não sejam essencialmente filosóficas, dada a necessidade de inquirir a mediação de maneira especulativa, zetética, de compreensão de suas causas, de sua origem, e de seu papel desempenhado diante do tema da violência. Num segundo, separam-se as visões possíveis da violência no plano das relações intersubjetivas, em relação à violência no

plano das relações entre indivíduo e Estado, dado o interesse momentâneo de compreensão desta última forma.<sup>1</sup> Num deradeiro, faz-se marcar, na investigação da violência (porque vista na perspectiva indivíduo-estatal), o eco de Walter Benjamin e seu texto *Crítica da Violência* (*Zur Kritik der Gewalt*, 1920-1921), e da mediação o de Jacqueline Morineau (porque de forte cunho reflexivo greco-antigo) e seu texto *Sobre o Espírito da Mediação* (*L'esprit de la médiation*, 1998).

Feitas tais escansões, é possível abrir o ensaio com o seguinte percurso metodológico: uma especulação sobre a violência na sociedade contemporânea; em seguida, sobre o papel desempenhado pelo ordenamento jurídico no seu controle, para, ao final, discutir a mediação desde suas bases gregas até seu lugar pós-positivista de elemento de regulação da violência.

## 2 VIOLÊNCIA: TRAÇOS FILOSÓFICOS

Para os grecistas, o nascimento do homem, todos os seus atributos e toda a construção de sua subjetividade estão intimamente ligados à separação original do plano divino. É com a ruptura dessa unidade que o espírito humano se separa do espírito absoluto e passa a vivenciar a mundanidade em todas as suas dimensões. Tem-se aí a violência inicial, que funda o humano e o torna débil, poroso, dúctil, frágil, insustentável. Impõem-se-lhe, então, a insegurança do vazio, o medo da fragmentariedade, a inquietação da reprodução de novas fraturas, o temor da força natural. No lugar da plenitude e da universalidade divina, coloca-se o homem à sorte de seu caminho, sem mais um fim específico, sem mais um sentido dado. Está, assim, consagrado à vida, inteira na exterioridade,

partida na essência. Sua história será a de recolher seus pedaços no plano material, e, no plano espiritual, a de reconstruir a unidade primeira.

Por isso, a subjetividade se constrói, desde sempre, com a elasticidade fundamental para se adaptar a qualquer forma de segurança, de rigidez, de completude. É próprio do humano, para os gregos, essa necessidade de se recodificar desde a identidade original, de lutar incansavelmente pelo regozijo da unicidade da qual foi despojado violentamente, e que lhe causa um imenso e constante sofrimento (MORINEAU, 1998, p. 23). Seu destino é, portanto, a história de seu regresso ontológico, de sua viagem de retorno ao ponto de onde entende jamais poderia ter partido.

Não foram poucos os mitos que procuraram, com toda a riqueza de suas fantasias, reconstruir esse momento em que o homem é criado. Suas narrativas exploram exatamente o tempo de *ruptura* e sua íntima relação com o aparecimento da *violência*. Aproximam-se a *violação original*, a *violência fundadora* (MORINEAU, 1998, p. 117) e a *violência incrustada* na essência humana.

Separada a terra do céu, e tendo sido as coisas arranjadas e dispostas em ordem (rios, animais, montanhas), foi Prometeu incumbido de construir o mais nobre dos animais – o homem, preferencialmente a partir das sementes celestiais ocultas que permaneceram da diferenciação entre céu e terra, para que pudesse ter a marca do divino. Por isso afirma Ovídio que o homem, ao contrário dos outros animais, seria posto ereto, para que pudesse, a todo instante, olhar o céu e as estrelas. Então Prometeu pede a seu irmão Epimeteu que atribua a cada animal dons variados e o que entendesse de mais

relevante ao homem. Epimeteu acaba gastando todos os seus recursos, e nada mais resta ao homem senão um pouco de água e terra. Prometeu, assim, com a ajuda de Minerva (sabedoria divina), sobe aos céus e acende uma tocha no carro do sol, trazendo o fogo para o homem, a fim de que este pudesse ser o mais forte, o mais temido e mantivesse a sua preservação diante dos tantos dons dos outros animais. É pelo fogo e o poder sobre os outros animais que a vida humana aparece. Eis porque a vida se entrelaça, desde a origem, com o poder de preservação. A manutenção do homem só passava a ser possível porque o fogo lhe dava a força para fabricar as suas próprias armas, para subjugar os animais, para forjar o ferro e ter as ferramentas necessárias ao cultivo da terra e à sua alimentação, para aquecer o lugar em que vivesse, tornando-se independente do clima – da natureza –, do destino – do divino. A vida humana está, portanto, ligada à sua autopreservação e, conseqüentemente, ao poder (representado pelo fogo que Minerva ajudou a encontrar) de a tudo submeter, dominar.

Não à toa, ao que bem cairia a um mitólogo, a palavra *vida*, no grego antigo ( $\beta\iota\omicron$ ,  $\beta\iota\omicron\varsigma$ ), tem o mesmo radical que a palavra poder ( $\beta\iota\alpha$ ) (ROMIZI, 2007, p. 265-66).<sup>2</sup> Sua proximidade gráfica e fonética leva à compreensão de que ambas estão intimamente ligadas, desde o plano mais concreto, ao plano mais abstrato. A vida institui o poder e este, a vida, num amálgama de fontes, instantes iniciais, caminhos, fins. Do mito à compreensão do mundo pela linguagem, vida e poder dividem os mesmos traços, de modo que o viver é expressão de poder, é manifestação de violência, e estes implicam a criação e a reprodução da vida. Viver, no sentido mais puro,

é, desde sempre, preservar-se, e, logo, exteriorizar seu sofrimento mundano pela violência sobre os outros; duelar com a natureza; transformar tudo às suas necessidades.

Prometeu, após forjar o homem e dar-lhe o fogo e o poder necessários à autopreservação, seria então alvo de punição de Zeus, justamente por ter exposto o segredo do fogo, que deveria ter sido mantido no plano divino. Zeus pede a Hefesto que crie a mulher perfeita e a envie a Epimeteu, o irmão de Prometeu. Pandora, a que tem todos os dons (*πάν δόρον*), recebe de Cárites, Atena, Afrodite, Hermes as mais diversas qualidades (sexualidade, beleza, fala, encanto), mas guarda consigo uma caixa com todos os males (violência, insanidade, senilidade, vício, fome, doença), que não poderia ser aberta. Epimeteu, embora advertido pelo irmão de jamais receber presente dos deuses, admira-se com a sua beleza, e com ela se esposa. Pandora e seu marido abrem a caixa, e de lá saem os males para perseguir toda a humanidade. Instalam-se, então, todas as aflições de que o homem havia sido isento desde o momento de sua criação.<sup>3</sup>

Embora tenham conseguido fechar a caixa e guardar a única criatura alada, a Esperança, que marcará a existência humana da preservação, o que fica claro no mito é que a violência se coloca também lado a lado do poder, posto que uma forma de punir o homem pela ousadia de fazer o que não lhe tinha sido permitido. Tem-se, então, um novo aspecto da violência, agora não apenas a original (pela separação com o divino), mas aquela que é vício, negatividade e pena imposta ao destino do homem. É pelo uso do poder de ter se atrevido a ter o fogo dos deuses, que a violência acompanhará as vicissitudes humanas. À violência original (a mesma que atribuiu

a vida – βίος – ao homem e lhe deu o poder – βία – de autopreservação) vem associar-se a violência desvirtude<sup>4</sup> (a que vincula o exercício do poder – βίος – e lhe confere a punição da violência – βία).

Convenientemente, também a palavra grega *poder* (βία) tem a mesma grafia da palavra *violência* (βία). Vinculação essa que Walter Benjamin utilizará, do mesmo modo, no alemão, que lê estrategicamente em *Gewalt* tanto a tradução de poder quanto a de violência. Se, na mitologia, são irmãos, no plano da especulação filosófica, o entrelaçamento é oportuno. Na origem, a violência é a desvirtude, o produto do excesso da força física,<sup>5</sup> o exercício desvairado do poder. Poder que é expressão da autopreservação, que reproduz a violência inaugural, em que o homem foi lançado ao destino, sem as armas divinas, para a vida. Tudo, de maneira extraordinária e sintaticamente simples e próxima em grego antigo: βία (Violência, Vida, Poder).

Esse emaranhado de significantes traz, como dito, a marca de uma ausência original, uma falta original que a psicanálise freudiana soube muito bem explorar no início do séc. XX. O homem posto a lembrar incessantemente o temor pelo desconhecido e o sentimento de reverência, a crise do distanciamento do divino e desejo de regresso à unidade, passa a ter consigo a violência-preservação, a violência que conduz à vida ao mesmo tempo que à morte, sempre em estranho e inelutável espelho da violência inaugural.

O homem é marcado, como bem apraz a Morineau (1998, p. 51), pela escalada da violência com os outros, pela preservação; consigo, pelo retorno à origem e à vida. A violência marca a subjetividade humana, sem limites

(FERRAZ JÚNIOR, 2002, p. 70), permitindo ao homem, por um lado, o progresso, o caminhar, a consecução da vida; por outro, a punição daquele que exerce o poder em seu excesso, no plano da individualidade, e impede o caminhar conjunto no plano comunitário. Essa dúplice natureza da violência, como necessária e como indesejada, traz à tona aquela insegurança da ruptura, de modo a conduzir o homem constantemente a encontrar subterfúgios, ancoradouros, suportes, cujos deuses outrora lhe serviram.

A violência avizinha-se da insegurança (da preservação, da separação), e passa a se apresentar associada, quase sempre, a manifestações públicas de desrespeito, de força bruta, de aniquilamento, de crueldade. Seus traços se sobrepõem ao simples humano e ganham foros de origem. A necessidade de preservação aproxima a vida da violência, e a violência do poder, de modo a se exteriorizar constantemente em atos, gestos, palavras, impressões, sons. A violência cotidianamente se verbaliza, comunica-se, expande-se por si mesma. A impossibilidade do retorno renova o desagrado original, e implica, de maneira exponencial, a violência na violência.

Não foram poucas as expressões históricas da violência dos homens contra os homens, dos homens consigo mesmos, em todas as fases, em todas as epistemes. A história da humanidade reproduziu, ao menos em termos especulativos, a mesma essência da violência original, mudando apenas a sua roupagem, os seus atores (ora indivíduo, ora grupos, ora instituições públicas) ou o modo como se expressou e foi trabalhada.

No mundo contemporâneo, como não poderia ser diferente, a violência também tem seu lugar fundamental. A ela vem se atrelar uma característica do homem de hoje, que

traz à essência da violência um dado singular, qual seja, a de ser um homem do débito, destinado a dever tempo, estudo, esforço, valores, tudo em razão do apressamento do mundo atual. A tecnologia desenvolvida em ritmo acelerado, a alcance estendido do conhecimento, o rigor do trabalho, a insubsistência dos meios de vida, a materialização da vida em detrimento de sua abstração essencial, conduzem à disseminação de uma cultura de violência talvez não antes vivida desse modo.

No plano intersubjetivo, abre-se espaço para um homem gravado pela redução gradativa do plano simbólico; do império da satisfação dos sentidos; da inversão entre o concreto e o abstrato; do magistério das mídias e da redução da reflexão; da diminuição da espiritualidade; da incapacidade de trabalhar com o tempo; da excessiva retribuição econômica de seus atos; do retorno à condição de estado natural; da desagregação de valores sociais e familiares; da perda de objetivos de longo prazo; das relações rápidas e infrutíferas; das personalidades flexíveis e elásticas; do elogio do espetáculo e da imagem; da porosidade das relações sociais; do incremento do preconceito oculto.

Visto de modo abrangente, o homem contemporâneo substitui lentamente as abstrações construtivas (as destinadas a compreender a si, aos outros, seu lugar no mundo; em suma, essencialmente as de ordem filosófica) por abstrações destrutivas (refutando saberes abstratos, incrementando prazeres sensoriais). Não apenas por reduzir o abstrato ao concreto, tem-se uma inversão ontológica no próprio abstrato, ora não mais gravado pela construção, mas pela destruição. Com isso, o que era autopreservação, e, portanto, vida, torna-se exclusivamente a manutenção da vida material, e se opera a

perda daquelas sementes celestiais ocultas que bem aprobevram a Prometeu, de modo a se perder a dimensão da vida imaterial. A vida, então, aproxima-se não apenas morfoetimologicamente do poder e da violência, mas a eles se reduz semanticamente em seu elemento negativo, não como Eros, mas como *Thanatos*.

Isso implica que a subjetividade humana está resumida, sintetizada, e sua duplicidade se fundiu, não mais à unidade original, mas à unidade da própria vivência material, na expressão pública de abstrações destrutivas. Come-se desvairadamente, pratica-se sexo “desatinadamente”, satisfaz-se “famelicamente”. O culto do débito sensorial, imagético, e não do simbólico, abstrato, compreensivo, especulativo. Com isso, o homem reduz-se à dimensão desumana da simples sobrevivência, quando a força e o poder têm apenas um sentido: preservar-se (talvez fosse hoje mais fácil a Epimeteu atribuir um dom ao homem, se não o tivesse deixado para o final).

O poder torna-se violência pura, cultura de violência, que aniquila subjetividades e passa a estar a serviço da dimensão material da vida. O humano torna-se uno, não mais uno-divino, mas uno-consigo, uno-individual, essencialmente privado (como bem explorou Tercio Sampaio Ferraz Júnior, 1994, p. 28, no esboço de Arendt), de satisfação de suas necessidades. Naturalmente, o homem desagregou-se, no saber aristotélico: sua vida política, gregária ( $\beta\iota\omicron\varsigma$  πολιτικόν), tornou-se apenas vida ( $\beta\iota\omicron\varsigma$ ), e, ao fim, violência ( $\beta\iota\omicron\alpha$ ).

Por isso, a marca da contemporaneidade é o desapego, o esquecimento do outro, o egoísmo, a centricidade. O que era esporádico se tornou cotidiano, o que era vício se tornou virtude elogiável, o que era destruição se tornou

heroísmo. Homicídios banais, violências furtivas, desrespeitos gratuitos – tudo no plano da superficialidade, sobreposta à terra, na mundanidade.

A essa característica, sempre se construíram, por reflexão, as instituições públicas, a depender do seu tempo e do contexto histórico. Caminharam o poder no plano individual e o poder no plano público com certos traços semelhantes, nem sempre no mesmo compasso e no mesmo tempo, mas sempre com características muito próximas. Ainda que o reducionismo corra o risco do erro grosseiro, aos homens de maior complexidade de vida ( $\beta\iota\omicron\varsigma$ ), violências ( $\beta\iota\alpha\varsigma$ ) dirigidas no plano público com características semelhantes; aos homens com menor complexidade de vida, violências débeis de fundamento.

Contudo, a violência praticada pelo coletivo e, no mundo moderno, pelo Estado, alcança digressões que vão um pouco além daquelas que expôs essencialmente o homem nas linhas acima. Ganha-se um incremento diverso: não se reduz à violência do homem contra o homem, na autopreservação, mas a violência de todos, ao mesmo tempo, contra o homem, personificado no Estado.

Por certo que a questão não é tão simples, ou, ao menos, não pode ser sintetizada como se o modelo de Estado houvesse sido sempre o mesmo, ignorando-se suas razoáveis e profundas diferenças, do liberalismo ao intervencionismo. Contudo, se a reflexão poderia ser lançada nesses termos no plano da ciência política, da sociologia, da teoria do Estado, não o pode em termos filosóficos. A questão da violência indivíduo-estatal opera-se no plano ontológico com características muito próximas, independentemente das formas exteriores de manifestação política do Estado. Evidentemente que Estados liberais e

Estados sociais aproximam-se e se distanciam do homem de maneira e com intensidades distintas, mas a relação da violência original ganha, na essência, o mesmo contorno: o da violência do homem contra todos e o de todos contra o homem.

Essa nova dualidade da violência, não mais da separação original, nem mais da punição como desvirtude, mas então como violência do homem contra todos e destes contra o homem, faz supor que o relacionamento entre o indivíduo e o espaço público (reduzido no mundo moderno ao Estado, sem qualquer sentido subjetivo, diversamente do que o fora entre os gregos) é obrigatoriamente baseado na violência recíproca. Em sendo o Estado produto das vontades individuais, desde os tempos de Francisco Suárez ou do contratualismo dos sécs. XVI e XVII, o certo é que sua configuração representa o mecanismo coletivo de restrição de violências isoladas, ao tempo que proteção de individualidades, mas, também, mecanismo coletivo de implementação de violências setorizadas, destinado a fazer cumprir o bem-público.

Instaura-se no plano da relação indivíduo-estatal um campo pervertido da violência, porque a instituição pública se coloca como um grande instrumento de coesão de todos com todos, restringindo violências individuais, enquanto mecanismo de desagregação ao colocar todos contra o homem. É pervertida, porque o Estado está a serviço e contra o homem, ao mesmo tempo fundante, diversamente do que ocorre no plano intersubjetivo. A violência que se reproduz, à imagem da violência inaugural, na luta pela sobrevivência, opõe o homem contra o homem de maneira intermitente; eis porque as relações são de amor e de ódio, porém cada uma ao seu tempo. Distinto do plano indivíduo-estatal, em que o coletivo

violenta o homem e este violenta individualmente o Estado, porque vê nele o algóz de sua privacidade, do lugar do exercício de sua violência privada.

Cria o Estado mecanismos constantes para o exercício de sua violência contra o indivíduo, de maneira ostensiva, omissiva, indiferente, ao evitar que promova sua autopreservação, ao impedir que faça o regresso à unidade inicial, ao retirar sua estreita relação entre o poder e a vida. Desfalece o humano, predestina-o à impotência, sacrifica sua mundanidade. Homem e Estado opõem-se, mutilam-se, necessária e desnecessariamente, numa costura doentia que retira a própria essência do homem e o distancia de seu plano abstrato, ao conduzi-lo a relações subjetivas forçadas, domésticas, com tempo, valor e fundamentos estranhos à subjetividade. Entre esses mecanismos, opera o direito um tributo destacado.

### 3 VIOLÊNCIA E DIREITO: COSTURAS JUSPOSITIVISTAS DO “JUSTO NORMATIVO”

Coloca-se então o problema difícil de ser superado, que é o da possível conciliação do homem com o Estado,<sup>6</sup> seja na perspectiva de um direito que contraditoriamente lhe defendeu da violência pela violência, seja na perspectiva de um processo de mediação, que não deixa de ser, também, um instrumento mediato de violência. Se o Estado em especial, mas também as demais instituições públicas, podem ser vistos (como aqui se escolhe) como expressão da violência de todos contra o homem numa perspectiva especulativa, é possível procurar compreender o papel que a normatividade exerce nesse capítulo, seu lugar privilegiado de estar na dúplici função repressiva e instituidora da violência estatal e do próprio direito.

O direito moderno nasce com a marca do aniquilamento da violência isolada e, logo, como um grande instrumento de tradução da desordem em ordem, do natural em positivo, da barbárie em civilização. Sua força, já entre os gregos, tinha um sentido específico, que, embora tenha a modernidade aprimorado, desde sempre guardou uma característica essencial: forjar personalidades (para as virtudes, como queria o direito grego – ricamente constitutivo –, para o útil, como o querem o direito moderno e o contemporâneo – robustamente manipuladores).

A *normatividade*, vista na sua essência clássica, cujos traços ainda permanecem em grande medida vivos, traz no ninho a marca da violência, eis que é, antes, positividade, porque implica uma dimensão material, real, efetiva, segura, que afirma e infirma práticas, atos e, logo, manifestação de vontade. Defendiam os gregos que o normativo estava vinculado à perquirição do “justo”, como exclusão do excesso, da destemperança. Ao exigir do homem o respeito social e o dever comunitário como forma de acalmar-lhe a violência original, tal como bem trabalhara Antifonte (DIELS; KRANZ, 1952; BLASS, 1973), redefine-se a violência como reforço de contradição à natureza. Violência e norma estão presas desde sempre ao velho debate φύσις (natureza) – νόμος (norma), em que a normatividade violenta a natureza do homem, e o submete aos anseios da construção coletiva do espaço público.<sup>7</sup>

O debate φύσις (natureza) – νόμος (norma), apresentado de maneira muito clara no *Oxyrhynchus Papyri* XI 1364 de Antifonte, consegue sintetizar a noção que diferencia ambas: i) aquela se torna fundamental na ausência de testemunhas, enquanto esta, na sua presença; ii) a punição pela violação

daquela ocorre ainda quando não for vista por alguém, enquanto, por esta, apenas se presenciada por alguém; iii) aquela é inevitável e necessária, já esta é subsidiária e secundária; iv) aquela decorre da natureza, independentemente do acordo, enquanto esta nasce do contrato social; v) aquela está relacionada à verdade, eis porque punir o homem por seu desrespeito é reestabelecer o homem na condição de verdade, enquanto esta se relaciona às opiniões, ao aceito, sem se preocupar com a verdade das coisas; vi) aquela está no plano da liberdade, enquanto esta, no plano da proibição.

Com isso, Antifonte pretende demonstrar, entre tantas questões essenciais, segundo Gerard Pendrick (2007) e George Keferd (1981, p. 114), que a violência se expõe pela punição que a norma impinge àquele que opta por seguir a natureza, seus instintos, suas paixões, e, conseqüentemente, o excesso.<sup>8</sup> A leitura feita visualiza no νόμος (norma) uma forma de restrição imposta à φύσις (natureza). Apesar das diferenças, Cálicles também sugere que a norma está vinculada com a força e com a violência, à medida que expõe que o melhor prevalece sobre o pior, tal qual o mais capaz sobre o menos, de modo que o critério de justiça nada mais representa que o domínio da supremacia do mais dotado sobre o mais fraco. Vê Cálicles que o Estado e o νόμος (norma) são meios usados pelos fracos e medíocres para neutralizar os mais fortes por natureza e, sobre eles, sobrepõem-se. Por isso, o νόμος (norma) é injusto, porque contraria a φύσις (natureza), e representa apenas o elogio da vaidade e da insegurança. Há, enfim, uma relação inevitável entre os homens e os outros animais, já que a φύσις (natureza) se faz presente pelo instinto. Mesmo Trasímaco afirma que o poder exposto na norma é reduzido à

simples força que procura submeter o mais fraco ao mais forte. Ao ser um produto artificial do homem, o νόμος (norma) é uma forma de impedimento à natureza humana de perseguir o seu próprio interesse.

Essa característica da normatividade permanece, por certo que com contornos distintos, com a mesma marca da violência essencial da positividade. O direito e, modernamente, o ordenamento jurídico, são criados a serviço do coletivo (hoje estatal), para reprimirem manifestações isoladas de violência, ao passo que implementam condições existenciais de autorreprodução. Seguindo Benjamin, a violência legal é um mecanismo destinado à manutenção do direito: eis porque se fala de uma violência conservadora do direito (*rechtserhaltende Gewalt*), assim como também o é uma violência fundadora do direito (*rechtsetzende Gewalt*). A violência é considerada um meio que abre espaço para o aparecimento de uma nova fundação de direito, destruindo o existente (vejam-se as greves – no exemplo benjaminiano, as guerras, etc.), e reformulando o estatuto do poder.

Por isso, se ao direito natural cumpre o exercício legítimo da violência a fins naturais justos, ao direito positivo cumpre sustentar a justiça dos fins pela legitimidade dos meios: “o direito natural tende a ‘justificar’ os meios legítimos com a justiça dos fins, e o direito positivo a ‘garantir’ a justiça dos fins com a legitimidade dos meios” (BENJAMIN, 1999, p. 180). Isso representa que os fins estão a depender dos meios, de sua legitimidade. Se, num primeiro momento, consagra um processo de racionalização do poder, por outro, é legitimidade que se atribui ao direito de poder fazer uso da violência para atingir seus próprios fins. A normatividade é

posta pelo recurso da violência, já que os “fins naturais das pessoas singulares se chocam necessariamente com os fins jurídicos” (BENJAMIN, 1999, p. 183).<sup>9</sup> Por isso é que a violência do homem é vista pelo direito com uma ameaça de perigo (*Gefahr*) para o ordenamento jurídico.

Não está, então, o direito propriamente na tentativa de implementar condições humanas e, logo, de fins jurídicos, senão de proteger a si mesmo enquanto instituição – caráter nítido de violência consciente e produtora: “possibilidade de que o interesse do direito por monopolizar a violência em relação à pessoa isolada não tenha como explicação a intenção de salvaguardar fins jurídicos, senão, sobretudo, de salvaguardar o próprio direito” (BENJAMIN, 1999, p. 183).<sup>10</sup> Tem-se o que se pode dizer como o “justo normativo”, tão esmiuçado pelo positivismo, justo enquanto jurídico, e como reprodutor de seu próprio sentido. Por isso se criaram ao longo da história, pelos mais variados mecanismos, figuras simbólicas, com vistas a expurgar abstratamente (às vezes, fisicamente, por vítimas sacrificáveis) toda manifestação do humano que fosse capaz de trazer ameaças a este fim da violência: reproduzir-se enquanto instituição jurídica.

Benjamim (1999, p. 184) fala da clássica figura do grande delinquente (*grossen Verbrechers*), tão explorado pela criminologia positiva do séc. XIX, cuja admiração popular sempre conquistou. Ao torná-lo um bode expiatório (*bouc émissaire*, nas palavras de Morineau, 1998, p. 39), proíbe-se “violentamente” que pessoas isoladas pratiquem a violência destrutiva do direito, que é, em última instância, dado o monismo jurídico, voltada contra o Estado. Mas, no mesmo compasso, a violência é também instituidora de direito, com um imenso

“caráter de criação jurídica” (*ein rechtsetzender Charakter*), violência temida pelo Estado, como nas greves, nas guerras, mas que não lhe resta outra saída senão aceitá-las (BENJAMIN, 1999, p. 186).<sup>11</sup>

Mas o temor dessa violência fundadora do direito (*rechtsetzende Gewalt*) desdobra-a em violência conservadora do direito (*rechtserhaltende Gewalt*), que procura alcançar fins jurídicos e não fins naturais. Um poder exercido pelo direito enquanto ameaça jurídica, sobretudo, pelos aparelhos estatais. Coloca-se o Estado numa matriz militarista, que se deixa expressar especialmente pela polícia e por seu poder de não apenas manter a existência do normativo (eis porque não é verdadeiramente submissa ao direito), mas de dispor, no seu limite, sobre o próprio conteúdo normativo, ocupando espaços que caberiam à hermenêutica científica. É uma violência, ao mesmo tempo, fundante e mantenedora, que age por razões de segurança nacional (*der Sicherheit wegen*) (BENJAMIN, 1999, p. 190), como meio “espectral” (*gespenstische*), “difuso” (*allverbreitete*) (BENJAMIN, 1999, p. 191), inserida sorrateiramente nos corpos e nas almas.

Trata-se de uma violência microfísica, pulverizada, que coloca todo o aparato estatal à sua consecução. E nisso, nem mesmo o Poder Judiciário, com sua desejada independência, consegue fugir: estão, assim, juízes a serviço da polícia, a serviço da violência estatal. O que Michel Foucault diria em outros termos, pensando sobre casos clínicos. Ao atribuir-se o papel de resolver os conflitos, mascara-se no propósito supremo de aplicar o direito, e, nesse instante, reprime com suas decisões a violência individual, e obriga violentamente a reafirmação da normatividade.

Nessa mesma linha,<sup>12</sup> sustentou, anos mais tarde, Michel Foucault (*Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France, 1978-1979*) a existência de um poder jurídico-discursivo, operado também pelo Estado, a serviço da governabilidade de maneira difusa, por um grande empreendimento sobre o corpo e sobre a alma dos cidadãos, numa espécie de regularidade micromecânica, que ocupa cada vão comunicativo e opera toda sorte de dominação, repressão, estratégia e artimanha, e, conseqüentemente, abre caminho para mecanismos de exclusão, vigilância, medicalização da sexualidade, da loucura, da delinquência. Um grande empreendimento tático e técnico de dominação, que faz da violência silenciosa seu grande ferramental.

Se o poder é difuso e é exercido globalmente sobre os indivíduos, com a violência da técnica e da ciência (como Foucault trabalha em outros campos), haveria então outro papel ao direito senão ser sempre violência? Ao que Benjamim (1999, p. 191), descrentemente, responde: não. Toda expressão da normatividade é um exercício inevitável de violência. Mesmo os acordos formalizados nos contratos pelos particulares são sempre expressão de violência, seja porque a origem do ajuste é fruto da violência entre particulares, seja porque sempre permitem, na sua insolvência, o uso da violência recíproca.

Em sendo o direito, portanto, um instrumento intimamente ligado à violência em sua origem, em sua positividade, bem assim em sua forma de resolver conflitos, ficam as vísceras expostas, de modo a demonstrar que a forma cotidiana de manter a ordem e inibir conflitos é frágil, débil, senão inútil em seu papel regulador. Torna-se assim mais cristalino, apenas, que o papel do Estado face ao homem, por meio do direito (e, aqui, todos os institutos e todo aparato legislativo,

executivo e judiciário estão ao seu dispor) é infecundo no seu propósito declarado, mas nada estéril em seu papel de reformulação da própria crença no direito de salvaguardá-lo, como quisera Benjamin (1999, p. 184). A violência cria, em suma, uma rusga irreconciliável na relação indivíduo-estatal, o que torna sempre beligerante e agressiva qualquer forma de investida recíproca, ainda que voltada ao apaziguamento esperado.

#### 4 VIOLÊNCIA E MEDIAÇÃO: PROPOSIÇÕES PÓS-POSITIVISTAS DO “JUSTO METÁBOLE”

Ainda nos 1920, Benjamin (1999, p. 193) já se perguntava se, sendo a relação infrutuosa entre o direito, o indivíduo e o Estado, seria “possível uma regulação não violenta dos conflitos?”.<sup>13</sup> Em resposta, aceita-a, desde que a cultura dos sentimentos (*Kultur des Herzens*) coloque a questão de dispor os homens por meios puros de entendimento (*reine Mittel der Einigung*). É pela verdadeira esfera do entender-se (*Verständigung*) (BENJAMIN, 1999, p. 193-194),<sup>14</sup> pela linguagem, pela conversa que o conflito pode deixar de existir sem ser violento.

Aparece, assim, algo que os gregos souberam muito bem explorar, que é a arte do diálogo, ou, mais especificamente ao que aqui interessa, a arte da mediação indiretamente exposta nas tragédias – de modo mais significativo, nas festas populares, nos jogos olímpicos. Embora, quando feita pelo Estado (como tem ocorrido recentemente),<sup>15</sup> a mediação guarde nítida marca de violência, não deixa de ser uma forma diversa de trabalhar com os conflitos, e, mais ainda, de ser um “instrumento de regulação social”, capaz de reformular o “justo normativo” num “justo metabóle”. Nessa linha, vista por uma perspectiva trágica, a mediação opera um papel fundamental no homem

e em suas relações intersubjetivas, à imagem do que a anistia (ἀμνιστία) também permitiu, que é o fazer a violência falar, para poder ser trabalhada, metabolizada, levada a um consenso, por meio do jogo entre a memória e o esquecimento.

A violência, naquela origem que os gregos esboçaram, de uma cisão inicial que leva à insegurança e à busca incessante pelo retorno à unidade (ao contrário do mundo moderno), teve seu espaço simbólico demarcado especialmente pela tragédia. É na trama da tragédia que se permite a liberação da alma (MORINEAU, 1998, p. 20),<sup>16</sup> a harmonia entre os seres pela reconstrução do espaço vazio criado pelo conflito, que isola os homens uns dos outros e delimita o espaço público (à época, à πόλις – cidade –, hoje, ao Estado). A tragédia seria um grande mecanismo, tal como a mediação, a procurar reconstruir a passagem da dualidade à unidade, a partir da reatualização da separação original pela vivência de cada separação entre os homens (MORINEAU, 1998, p. 24).

Sendo a vida uma sucessão de passagens, que deixa sempre percalços, experiências mal-resolvidas, desejos irrealizados, decepções e feridas não estancadas, inevitavelmente opera-se no homem um feixe mesclado de sensações, que causa um imenso sofrimento. Assim, ao vir à tona o conflito, vêm com ele as emoções mais escondidas, e se mostram ao conflitante como gravidade necessária da discórdia. É no palco da tragédia, e ao que a mediação procura assemelhar-se, que tais mal-entendidos consigo e com o outro se apresentam e permitem, pela verbalização, o reencontro da individualidade e da alteridade. Uma espécie de reencontro da ligação perdida com o outro e consigo mesmo. Nesse sentido, a mediação abre espaço para “acolher o sofrimento” (MORINEAU,

1998, p. 26), e para que também possa se tornar uma sucessão de passagens em busca do apaziguamento, já que o homem não está condenado a ser violento, podendo saber trabalhar seus instintos destrutivos, e sair da confusão em busca da liberdade de ação construtiva (MORINEAU, 1998, p. 30).

A tragédia entre os gregos (no momento parecido em que se vive hoje, de insuficiência do fenômeno regulatório), especialmente pela reprodução dos sacrifícios rituais, permitia que a desordem momentaneamente operada pelos homens se tornasse novamente ordem e coesão comunitária. Como a violência está necessariamente ligada às ideias de preservação e de destruição, como visto, de vida e de morte, os sacrifícios operados nos rituais (fossem nas festas cívicas, nos jogos, nos espetáculos, nas peças tragicômicas) permitiam a transição dessa passagem e, logo, da desordem à ordem, pela exorcização do mal. A possibilidade de os contendores reviverem sua violência, punindo a vítima (bode expiatório) por todo o mal que eles mesmos produziram, garantia que a vítima maldita se transformasse em vítima sagrada, e, conseqüentemente, seus próprios algozes estariam prontos a se purificar (MORINEAU, 1998, p. 38). O simbolismo do sacrifício permitia uma relação direta entre culpabilidade e punição, de modo a tornar a vítima o depositário de toda a violência coletiva.

Nos rituais de sacrifício, todo um conjunto de gestos organizadores do espaço e do tempo garantia a necessária definição de lugares entre homens e deuses (que curiosamente, no espaço político, permitia a diferenciação dos homens e de suas classes), e a matança oferecida por um particular ou pelo próprio Estado (nas praças, nos santuários, nos banquetes públicos) seguia rigorosamente um procedimento. A

definição inicial das vítimas (em grau de importância: frutas, manufaturas, animais: da galinha ao boi), a escolha do mal a ser exorcizado (ofensas individuais, familiares), a importância econômica dos conflitantes (maior o prestígio, maior o sacrifício), a definição da ordem de oferenda (aos deuses, aos guerreiros, ao povo), o fim das oferendas (queimadas, depositadas, divididas, libadas), os passos seguidos (exaltação coletiva, ofensas públicas, sacrifícios expiatórios), o processo de desmaterialização da vítima (separação das melhores carnes, do fêmur e do músculo, para os deuses, postos no altar embebido no óleo; das vísceras – parte viva –, aos guerreiros; e o resto, entre os participantes, numa verdadeira reprodução da isonomia pública) (PANTEL; ZAIDMAN, 2002, p. 25-38, 92-95).

Ao seguir o rito, o objetivo do sacrifício era, em suma, “oferecer aos deuses” (θήλυ) a vítima, e, com sua emulação, sobretudo quando eram sacrifícios cruentos, consagrar a sacralidade da violência praticada, acalmando os espíritos conflitantes e permitindo o rearranjo do laço social. As tragédias, quando os sacrifícios já não mais se realizavam, passaram a rememorarlos, como forma de os reviver publicamente e produzir o mesmos efeitos transmutadores que a morte da vítima sacrificável oferecia.<sup>17</sup> Ao assistirem às tragédias e, logo, aos sacrifícios, os homens liberavam suas violências emocionais, verbais, físicas, por seus fantasmas, vivendo, “por procuração” (MORINEAU, 1998, p. 43) e por reflexão, os seus próprios problemas: o incesto, a loucura, a morte, a ofensa, a lesão, etc. O sacrifício representado permitia a catarse (Καθάρσις) de todo o mal, evitando a proliferação da escalada da violência.

A tragédia permite, pela representação e pelo elemento simbólico, ao homem circular nos mais variados níveis

do real, à medida que transforma todos os fenômenos humanos em mensagens para o imaginário (MORINEAU, 1998, p. 73). Por recorrer ao espaço exterior, ela decodifica o conflito dos símbolos e, logo, o sofrimento que cada um consegue visualizar em determinada personagem. Cria a tragédia um momento de confrontação do homem com os seus próprios atos, e isso ocorria no exato momento em que o direito grego começava a falar em culpa-bilidade (αμαρτ-),<sup>18</sup> em purificação do espírito pela pena (καθάρμος αρχαιος) (GERNET, 2001, p. 313 e segs). Seu percurso permite a “exteriorização do não dito” pelos seguintes passos: inicialmente, a teoria (Θηορτία), em que cada personagem, como um espelho, expõe os seus dramas e se obriga a escutar o sofrimento dos outros – momento em que o coro e o corifeu repetem em tons distintos o dito, fazendo-o ecoar no público, e do público recebendo as suas emoções particulares, de modo que os gritos, os medos, as interrogações aparecem por provocação –; em seguida, a crise (Κρισις), instante em que a exposição do que foi vivido provoca intensas reações nos opositores, que passam a ser trabalhadas pelo coro por seu distanciamento proposital, a garantir a transformação do comportamento de cada um; por fim, a catarse (Κατάρσις), quando se expressa o reconhecimento do sofrimento da crise, e se permite a superação pelo acolhimento, e a transformação pelo reconhecimento e pela tomada de consciência individual (MORINEAU, 1998, p. 82-88). Cria-se, então, um ambiente favorável para a purificação do homem pela purificação da personagem.

O problema, em parte, das sociedades atuais, segundo Morineau (1998, p. 42), é que já não há mais o sacrifício e, tampouco, a tragédia, capaz de reviver a violência de fazê-la

explorar as razões, as causas, o conflito consigo mesmo, razão por que a mediação pode ocupar o seu espaço.<sup>19</sup> Ambas se colocam num momento de crise, sendo aquela na passagem da dominação dos deuses para a dominação do normativo, da razão, do homem; esta, na passagem da segurança, do privilégio dos valores à irracionalidade das respostas, da banalização dos vínculos sociais, do enfraquecimento das virtudes. A mediação cumpre a função de romper a escalada da violência mediante o acolhimento da desordem, a representação verbalizada de cada momento do drama pessoal, a criação de um novo espaço e a transformação dos indivíduos conflitantes. Por ter também uma forma ritualística, abre-se um lugar privilegiado para que o sofrimento se expresse na retomada gradativa e lenta dos acontecimentos passados, dolorosos e considerados individualmente injustos.

A mediação, ao permitir a violência falar, busca, antes do que o mútuo entendimento, a terapêutica da doença do espírito ( $\alpha\mu\alpha\sigma\tau\text{-}\iota\alpha$ ); por isso, além do elemento da alteridade, tem ela uma função de metabolização de sentimentos maléficos, de cura de inseguranças, de conforto de traumas. Não à toa os gregos fizeram derivar a palavra crime ( $\alpha\mu\alpha\sigma\tau\text{-}\alpha\nu\epsilon\iota\nu$ ) do mesmo radical da doença do espírito. Esse sofrimento, ao invés de ser olhado dentro do passado, como o faz o direito, é trazido à tona no presente, de modo a expor para o homem conflitante a imagem e a responsabilidade pela parcela de seus atos e de seu sofrimento no outro. Regula-se, com isso, a si mesmo pelo mesmo rito trágico da teoria, da crise e da catarse, em que o coro, o público e o corifeu são substituídos pelo mediador.

Cumprido ao mediador, tais as máscaras das festas cívicas, os seguintes recursos essenciais: o espelho – reencontrando

o outro pelo que ele mesmo é, refletindo as emoções dos protagonistas para que se encontrem consigo mesmos –; o silêncio – garantindo um espaço vazio de potencialidade e liberdade, entre o eu interior e o eu exterior –; a humildade – manifestada pela ausência de julgamento, apenas como facilidade, a exploração de vozes interiores (MORINEAU, 1998, p. 96-99).

Permite-se, na altura e na intensidade necessárias, que o não dito no conflito seja verbalizado, facilitando a expressão da violência perpetrada mutuamente. Ao colocar questionamentos, mantendo um duplo e contraditório papel cooperativo-distante, permite recomeçar a base do conflito, tal a violência original. Assim, a mediação traz consigo elementos que permitem a cada um a tomada de responsabilidade por seus próprios atos, desvenda a duplicidade do humano (ora do amor, ora da raiva, ora da honra, ora da traição), confronta mistérios, pela abertura de um ao outro, com vistas ao reconhecimento de seus erros e à evacuação do mal (Καθάρσις) (MORINEAU, 1998, p. 111). Ao fazer do mediador a imagem da vítima sacrificável, cria um momento de transformação, em que a desordem dá novamente lugar à ordem (MORINEAU, 1998, p. 123).

Por certo que esse processo não é tão simples de ser perpetrado quando os conflitantes são, de um lado, o homem e, de outro, o Estado, e toda a violência historicamente praticada na essência, como visto, independentemente do modelo de política adotado. De qualquer modo, ainda que questionamentos pudessem ser feitos sobre haver ou não espaço para uma verdadeira mediação indivíduo-estatal, quando sentimentos existem apenas de um lado, o sofrimento não dialogará,

pois somente será exposto diante do próprio algoz. Noutra perspectiva, ao fazer que o não dito individual seja verbalizado, há permissão para que haja uma transformação pessoal. Talvez seja nesta espécie de conflito que ocorra um processo de mediação não tão violento no plano exterior quanto o é entre particulares, mas certamente mais duro, rigoroso e profundamente dolorido no plano interno de ser alcançado, já que vinculado muitas vezes a questões essenciais (como direitos de moradia, de previdência pública, de crimes políticos, de saúde pública, etc.). Cumprirá, antes, serem resolvidas questões simples, como a permissão integral de mediação por agentes públicos, mudança na própria atuação do Estado para com os indivíduos, redefinição da visão particular sobre o papel do Estado, etc. Porém, sempre haverá uma transformação necessária a ser feita consigo mesmo, um repensar sobre suas responsabilidades, sua culpa e o verdadeiro alcance de sua subjetividade.

Espera-se, assim, numa fase pós-positivista, que a mediação, como a anistia (αμνιστία) numa perspectiva individual, possa operar um verdadeiro esquecimento do conflito, ao deixá-lo falar, transformando a raiva exteriorizada pela violência recíproca num consenso (ομο-voία), não apenas num sentido político, mas num verdadeiro consenso entre espíritos. Quer-se, então, que, ao fazer falarem os males pelo recurso da memória na mediação, e não à toa, como bem observa Bárbara Cassin (2004, p. 37-57), ambos com proximidade linguística no verbo “rememorar” (μνέσικαχειν), a violência não seja silenciada pela normatividade, em prol de um “justo normativo”, que renova os grilhões da violência, mas que a violência seja dialogada, falada, capaz de permitir uma verdadeira conversão individual – “mutação” (μετά-voία), por um processo de

autocompreensão e de compreensão do outro, a ponto de se atingir um elevado estágio (como em Xenofonte, Platão), cuja metabolização (μετα-βολή) das angústias, do sofrimento, dos medos, das emoções leve ao encontro do justo consigo mesmo, o justo pela transformação interior, o justo pela reconciliação espiritual com o outro, em suma, um “justo metábole”.

### *Referências bibliográficas*

ARISTÓFANES, *Las tesmoforias*; ÉSQUILO, *As coéforas*; ÉSQUILO, *As suplicantes*; ÉSQUILO, *Os sete contra Tebas*; ÉSQUILO, *Prometeu acorrentado*; EURÍPEDES, *Medeia*; EURÍPEDES, *Os persas*; HESÍODO, *Os trabalhos e os dias*; HESÍODO, *Teogonia*; HOMERO, *Iliada*; HOMERO, *Odisseia*; PLATÃO, *Górgias*, 482, e – 484, c.; PLATÃO, *Protágoras*; SÓFOCLES, *Édipo-rei*.

BENJAMIN, Walter. Zur Kritik der Gewalt (1920/1921). In: *Walter Benjamin Gesammelte Schriften*. Org. R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser. Frankfurt: Suhrkamp, 1999. v. II.1, p. 179-204.

BLASS, Friedrich (Ed.). *Antiphon, orationes*. Leipzig, 1973.

CASSIN, Barbara. Amnistie et pardon: pour une ligne de partage entre éthique et politique. In: CASSIN, B.; CAYLA, O.; SALAZAR, Ph.-J. (dir.) *Vérité, reconciliation, réparation*. Paris: Seuil, v. 43, 2004, p. 37-57.

DIELS, Hermann Alexander; KRANZ, Walther. *Die Fragmente der Vorsokratiker*. Berlin: Weidmann, 1952.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FOUCAULT, Michel. *Naissance de la biopolitique*. Cours au Collège de France (1978-1979). Paris: Gallimard et Seuil, 2004.

GERNET, Louis. *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce: étude sémantique*. 2 ed. Paris: Michel Albin, 2001, p. 313 e segs.

KEFERD, George B. *The sophistic movement*. Cambridge, 1981.

MORINEAU, Jacqueline. *L'esprit de la médiation*. Ramonville Saint-Agne: Érès, 1998.

PANTEL, Pauline Schmitt; ZAIDMAN, Luise Bruit. *La religion griega en la polis de la época clásica*. Trad. Maria de Fátima Zíez Platas. Madrid: Akal, 2002.

PENDRICK, Gerard. The sophistic antithesis νόμος-φύσις and natural law. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. Ed. Apóstolos L. Pierris. Patras: Institute for Philosophical Research, 2007.

PIERRIS, Apóstolos L. The order of existence: φύσις, μούρα, ύνάγκη, θεσμός, νόμος. In.: *Φύσις and Νόμος: power, justice and the agonistical ideal of life in high classicism*. Ed. Apóstolos L. Pierris. Patras: Institute for Philosophical Research, 2007.

ROMIZI, Renato. *Greco antico: vocabolario greco italiano etimologico e ragionato*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 2007.

---

1 A presente reflexão é motivada, em parte, pela tentativa de compreensão do movimento de mediação, que ganha espaços crescentes nos conflitos judiciais operados dentro da Justiça Federal, cujo duelo histórico opõe homens e instituições públicas. Eis porque convém centrar-se na violência indivíduo-estatal ao final da reflexão sobre a violência.

2 Aponta o linguista que a raiz de poder/violência, βία, βίαις, βίη, βί, é a mesma que vida, βίαι, βί.

3 Vide Hesíodo, *Teogonia*, 590-593; 604-607; e *Os trabalhos e os dias*, 67-68; 81-82.

4 O uso da palavra *desvirtude* cumpre à dualidade da violência: punição humana, e punição divina. Tanto que a Marte, que teve o azar de ser o último a escolher a virtude de que se esposaria, coube a Βίαι (violência), filha da oceânide Palas e de Estige. Curiosamente, a Violência, antes de passar a viver com Marte, teria sido bem-aventurada, ao se aliar aos Deuses Olímpicos na Titanomaquia, juntamente com seus irmãos Κράτος (poder), Νίκη (vitória) e Ζήλω (grandeza), cuja proximidade não é passada despercebida na mitologia. Veja-se a referência em Ésquilo, *Prometeu acorrentado*, e em Platão, *Protágoras*.

5 Vide Hesíodo, *Teogonia*, 383.

6 Em especial no âmbito da Justiça Federal, já que os conflitos são essencialmente de índole indivíduo-estatal, seja também no plano da justiça criminal, quando, em suma, também se opõe o uso da violência legítima do Estado e o indivíduo. Eis o foco de tantas críticas, em grande medida louváveis e com grande capacidade de inquietação, do uso da mediação no plano federal e no plano criminal (estadual ou federal).

7 Certamente toda uma discussão sobre a relação φύσις (natureza) – νόμος (norma) poderia ser posta, mas que não convém neste ensaio, apenas no que diz com a positividade.

8 Evidentemente que outras leituras são possíveis, como a de Cálicles no Górgias de Platão, em que a marca de um verdadeiro sofista expressa-se ao deixar transparecer, por uma perspectiva biológica e naturalística, uma visão que vê o homem como um ser submetido à natureza, a qual não pode modificar. Haveria um princípio de conduta externo ao homem que lhe daria um tom instintivo (PLATÃO, *Górgias*, 482, e – 484, c.).

9 “... alle Naturzwecke einzelner Personen müssen mit Rechtszwecken in Kollision geraten.”

10 “... die Möglichkeit in Betracht zu ziehen haben, dass das Interesse des Rechts an der Monopolisierung der Gewalt gegenüber der Einzelperson sich nicht durch die Absicht erkläre, die Rechtszwecke, sondern vielmehr durch die, das Recht selbst zu wahren.”

11 “Der Staat aber fürchtet diese Gewalt schlechterdings als rechtsetzend” (“porém, o Estado teme esta violência em seu caráter de criação de direito”).

12 Apesar da riqueza foucauldiana, não convém aqui avançar por questão exclusiva de método e centralidade na violência antes do que no poder.

13 “Ist überhaupt gewaltlose Beilegung von Konflikten möglich?”

14 Benjamin avança e afirma que somente pelo meio puro do ‘entender-se’ é que o conflito poderia se extinguir, especialmente pelo fato de que há uma regra essencial: a *impunidade da mentira* (an der Straflosigkeit der Lüge).

15 A mediação operada no âmbito do Poder Judiciário certamente guarda uma crítica essencial, pois não deixa de ser uma forma de manifestação do jurídico e, conseqüentemente, da *violência*. A *mediação* judicial é sim uma forma fecunda de *violência qualificada*, ao que próprio Benjamin já reconhecia (pensando especificamente quando feito pelo Estado), e por isso a dificuldade de ser refletida no plano criminal e, de igual modo (o que explica o atraso de sua cultura), na Justiça Federal. Ao duelarem Estado e Indivíduo, a questão se torna confusa, amorfa, mas ainda assim parece neste último caso uma saída, senão à violência original, a algo diverso do que se apresenta, com toda a insuficiência e as deficiências do modelo atual de jurisdição. Na primeira parte: Benjamin, 1999, p. 199.

16 Também, Morineau, 1998, p. 30. “A violência é uma força de vida que habita em cada um de nós; é importante reconhecer que ela está lá, que ela se exprime a cada vez que se encontra confrontada com a oposição.” (“La violence est une force de vie qui habite en chacun de nous; il est important de reconnaître qu’elle est là, qu’elle s’exprime chaque fois que l’on se trouve confronté à l’opposition.”)

17 Dentre as referências trágicas, ver: Ésquilo, *As coéforas*, 123-150; Aristófanes, *Las tesmoforias*, 295-350; Ésquilo, *Os sete contra Tebas*, vv. 262-279; Ésquilo, *As suplicantes*, 630-710.

Também em Homero, *Odisseia*, III, 418-472; Hesíodo, *Trabalhos e dias*, 465-468; Homero, *Ilíada*, I, 449-548.

18 A tragédia soube bem explorar o aparecimento da culpabilidade. Ver nesse sentido: Ésquilo, *Prometeu acorrentado*; Sófocles, *Édipo-rei*; Eurípedes, *Medeia*; Eurípedes, *Os persas*.

19 Por certo que se poderia pensar que os espetáculos, hoje, continuam a existir, ainda que de modo atualizado, pelos shows, pelos programas de lutas explorados nas televisões, etc. Todavia, ao contrário das tragédias, falta-lhes o estímulo à atividade, ao agir, ao envolvimento psicológico consigo mesmo que a tragédia permitia. Não há nestas manifestações propriamente o reencontro pela abstração do indivíduo consigo mesmo senão um simples instante de satisfação sensorial e insana de emoções, sem qualquer carga reflexiva. Com isso, o homem diante da *media* não se põe a refletir, a especular sobre o mundo e sobre si mesmo, de maneira a metabolizar sua violência, mas apenas a revive e a reproduz, tal como os lutadores o fazem despididamente dentro do ringue. Não por outra razão, tais espetáculos somente servem ao regozijo momentâneo e a reproduzir o estímulo à violência. Não há qualquer expressão mínima de catarse, quando muito expiação.

---

A PROIBIÇÃO JUDICIAL DE DIVULGAÇÃO DE  
NOTÍCIAS E A LIBERDADE DE IMPRENSA

*Pedro Luis Piedade Novaes*

Juiz Federal Substituto (3ª Região). Mestre em Direito pelo Centro  
Universitário Toledo (Unitoledo), Araçatuba/SP. Formado em  
Jornalismo pela UNESP, Bauru/SP. Professor universitário.



## A PROIBIÇÃO JUDICIAL DE DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS E A LIBERDADE DE IMPRENSA

*Pedro Luis Piedade Novaes*

Resumo: Considerada por muitos como o termômetro do grau de democracia de um país, a liberdade de imprensa é uma das formas de liberdade de expressão. A possibilidade de veicular qualquer notícia sem que haja alguma ameaça ou violência aos profissionais da imprensa revela a existência de um regime democrático; se há empecilhos, a democracia não é plena. Por outro lado, os direitos de personalidade (honra, imagem, intimidade, privacidade), protegidos pela Constituição Federal de 1988, podem em tese ser violados por uma publicação resultante da atuação irresponsável da imprensa. Neste contexto, o presente trabalho pretende examinar, sem esgotar a matéria, se a intervenção prévia do Poder Judiciário nos meios de comunicação é uma espécie de censura, ou se esse mecanismo não fere o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Liberdade de imprensa. Tutela de urgência. Censura prévia. Democracia.

*Abstract: Considered by many as the thermometer of the degree of democracy in a country, the freedom of the press is one of the forms of freedom of speech. The ability by members of the press to publish a journalistic article without worrying about any kind of threat or violence reveals a democratic regime; if there are obstacles, democracy is at least not fully fledged. On the other hand, the rights relating to personality (honor, image, intimacy, privacy) are protected by the Constitution of 1988 and they can, in theory, be breached by a publication resulting from the irresponsible actions of a member of the press. In this context, this paper intends to examine, without exhausting the subject, whether the prior intervention by the Judiciary in the media is a kind of censorship, or if this mechanism violates the Rule of Law.*

*Keywords: Freedom of the press. Preliminary injunction. Censorship. Democracy.*

## 1 DA LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA

Toda constituição democrática garante a proteção à liberdade de manifestação do pensamento. E não poderia ser diferente, pois ninguém pode ser preso ou perseguido por suas opiniões, tampouco por defender suas ideologias, mesmo que contrárias aos anseios dos detentores do Poder. Atualmente, não se põe em dúvida que “a liberdade de manifestação do pensamento está consagrada entre os direitos fundamentais do homem, sendo atualmente um dos instrumentos basilares de uma sociedade democrática” (FRANCO, 1999, p. 26).

No entanto, se considerada a história da humanidade, tal garantia é recente. A primeira regulamentação da liberdade de expressão está contida na “Declaração dos Direitos do Bom Povo de Virgínia”, de 12 de junho de 1776, dos Estados Unidos da América, cuja seção XII dispõe que “a liberdade de imprensa é um dos mais fortes baluartes da liberdade, e não pode jamais ser restringida, senão por governos despóticos” (NARA, s. d.).<sup>1</sup> Poucos anos depois, a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1793, resultado da Revolução Francesa, previu tal proteção em seu artigo VII:

O direito de manifestar seu pensamento e suas opiniões, quer seja pela voz da imprensa, quer de qualquer outro modo, o direito de se reunir tranquilamente, o livre exercício dos cultos, não podem ser interditos. A necessidade de enunciar estes direitos supõe ou a presença ou a lembrança recente do despotismo. (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, s. d.).<sup>2</sup>

Atualmente, há previsão da garantia à liberdade de expressão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, das Nações Unidas, de 1948, em cujos artigos 18 e 19 se lê:

#### Artigo 18

Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

#### Artigo 19

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão. (OHCHR, s. d.)

No Brasil, a liberdade de expressão foi prevista, primeiramente, na Carta de Lei de 2 de outubro de 1923. E esteve presente em todas as Constituições brasileiras, democráticas (1891, 1934, 1946 e 1988) e outorgadas (1824, 1937 e 1967), com maior ou menor grau de eficácia, obviamente.

Por refletir o anseio popular pela redemocratização, após um longo e difícil período de ditadura militar (1964-1985), a atual Constituição Federal, de 1988, estabelece vários dispositivos que confirmam o compromisso com o Estado Democrático de Direito e com a liberdade de expressão. Já no preâmbulo está expresso que a Assembleia Nacional Constituinte foi reunida para “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar”. No artigo 1º, *caput*, reforça-se a existência de um Estado Democrático de Direito. O artigo 5º traz, entre um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, vários incisos que coadunam com a preservação da democracia: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,

independentemente de censura ou licença”; “é assegurado a todos o acesso à informação” (incisos IV, IX e XIV, respectivamente). Ainda, o artigo 220, *caput*, estabelece que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, sendo vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (§ 2º); e seu § 1º determina que “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. A única limitação expressa em nossa Constituição à liberdade de imprensa diz respeito à decretação de estado de sítio, nos termos do artigo 139, III, que, felizmente, nunca foi utilizada após a redemocratização.

Verifica-se que a Constituição Federal deu grande atenção à liberdade de imprensa, garantia inserida na liberdade de expressão, a ponto de destinar um capítulo específico para a Comunicação Social (artigos 220 a 224). É correto afirmar que, no artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, é garantida a liberdade de expressão com conotação individual, enquanto os artigos 220 a 224 estabelecem regras e princípios destinados à mídia, reiterando a proteção da liberdade de expressão para a imprensa, o que reflete na própria preservação da democracia, como bem asseveram Ives Gandra da Silva Martins e Arnoldo Wald (2010, p. 4):

Apenas através da liberdade de imprensa e dos meios de comunicação incensuráveis e independentes, pode ter a sociedade em geral o amplo conhecimento do que ocorre nos bastidores dos governos para corretamente

fiscalizá-los. De rigor, uma Constituição é voltada a garantir os direitos dos cidadãos e dos residentes no País, a formatação do Estado, como organismo que deve servir à comunidade, e os meios para que a sociedade controle aqueles que estão a seu serviço. E o melhor destes controles faz-se através dos órgãos de comunicação, que uma sociedade livre, ao lado do direito de defesa, fundamentalmente exercido pelos advogados, assegura à plena democracia. É que, nas ditaduras, não há em direito de defesa, nem imprensa livre.

Ressalte-se que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130-7, entendeu que a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), regulamentada em pleno regime de exceção (ditadura militar) e com regras restritivas à atuação da mídia, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

O Ministro Carlos Ayres Britto, relator da referida ADPF nº 130-7, afirmou que “a liberdade de imprensa é irmã siamesa da democracia. Elas caminham juntas. Uma se alimenta da outra, uma é servente da outra”. Para o referido julgador, a liberdade de imprensa enseja maior liberdade de atuação que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em geral, a que alude o artigo 5º, IV, da Constituição, “até porque essas duas categorias de liberdade individual também serão tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela imprensa mesma (ganham-se costas largas ou visibilidade – é fato –, se as liberdades de pensamento e de expressão em geral são usufruídas como o próprio exercício da profissão ou do pendor jornalístico, ou quando vêm a lume por veículo de comunicação social)”. Conclui o ministro, em seu voto, que não há espaço constitucional para interferência do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa, por

qualquer norma legal. A lei pode tão somente regular aspectos determinados da atividade de informação, observando-se os preceitos constitucionais. Em outras palavras, segundo o voto do ministro relator da ADPF nº 130-7, é desnecessário haver lei de imprensa no país.

Resta evidente, do ponto de vista de nossa mais alta Corte de Justiça, que a liberdade de imprensa tem um papel muito importante em nosso ordenamento jurídico, já que sua observância traduz a preservação do Estado Democrático de Direito que hoje existe.

## 2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Tal como a liberdade de imprensa, a Constituição Federal também protege os denominados direitos da personalidade (honra, imagem, privacidade e intimidade), especificamente no artigo 5º, incisos V e X:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...]

O Código Civil vigente possui um capítulo específico relativo à proteção aos direitos da personalidade (artigos 11 a 21), que vai ao encontro dos dispositivos constitucionais supramencionados.

Resumidamente, podemos afirmar que o direito à honra tem relação com o elemento de natureza espiritual do ser humano, que pode ser evidenciado sob as óticas: a) subjeti-

va, que tem relação com a autoestima da pessoa; e b) objetiva, relacionada com a reputação que o indivíduo possui junto à sociedade. Para Adriano de Cupis (2004, p. 122), “a honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome e a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”.

Já o direito à imagem “é todo tipo de representação de uma pessoa, que envolve tanto a imagem retrato, que compreende os componentes físicos de identificação de uma pessoa, quanto a imagem atributo, que são as características morais do indivíduo” (PALHARES, 2008, p. 51-52). No direito penal brasileiro, a honra objetiva está protegida pelos tipos penais de calúnia (art. 138) e difamação (art. 139); a honra subjetiva, pelo tipo penal da injúria (art. 140).

Ressalte-se que não há semelhança entre imagem e honra. A imagem pode gerar danos à pessoa, mesmo que não lhe atinja a honra, como, por exemplo, quando se utiliza a foto de alguém para campanha publicitária, sem a devida autorização.

Inserido nos direitos da personalidade, temos também o direito à vida privada e à intimidade, os quais não se confundem. Em linhas gerais, podemos afirmar que no campo de abrangência da privacidade está a intimidade do ser humano:

Poderíamos ilustrar a vida social como um grande círculo, dentro da qual um menor, o da privacidade, em cujo interior seria aposto um ainda mais constricto e impenetrável, o da intimidade. Assim, o conceito de intimidade tem valor exatamente quando oposto ao de privacidade, pois se se cogita da tirania da vida privada, aduz-se exatamente à tirania da violação da intimidade, como, por exemplo, o pai que devassa o diário da fi-

lha adolescente ou viola o sigilo de suas comunicações. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2009, p. 152).

Nota-se que não é tão simples separar o que é privacidade do que é intimidade. Segundo Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 190):

Não há como identificar, portanto, intimidade e vida privada, quando é certo que a primeira corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, doenças, aventuras amorosas, até mesmo desconhecidos do tecido familiar e dos amigos. Cogitando-se de direito à intimidade, menciona-se a porção mais escondida da individualidade da pessoa. Logo, tudo que puder ser mantido na esfera do segredo pessoal é tutelado pelo direito à intimidade. Subtrair ao conhecimento público o que se atém à porção secreta da pessoa é o modo encontrado para respeitar a individualidade do ser humano.

Após delimitar a liberdade de expressão (que inclui a liberdade de imprensa) e os direitos da personalidade, cabe agora definir qual desses direitos deve prevalecer no caso concreto, se entre eles houver colisão.

### 3 CONFRONTO ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Antes de analisar intrincada questão envolvendo a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, faz-se necessário abrir parêntese para um esclarecimento. Quando a Constituição Federal protege a liberdade de imprensa, está-se falando do trabalho profissional sério, voltado à divulgação de notícias verdadeiras (checadas pelo periodista) e de interesse da população. Manter o povo informado dos fatos importantes do dia a dia é uma forma de contribuir para a manutenção da nossa jovem democracia.

Estabelecer um critério ideal para a solução de conflitos envolvendo liberdade de imprensa e direitos da personalidade é tarefa árdua, pois ambos estão garantidos como cláusulas pétreas da Constituição Federal (art. 60, § 4º, IV, CF). Nesse contexto, é consenso doutrinário de que ambos os direitos são princípios constitucionais. Não cabe, portanto, buscar a solução desses conflitos com os tradicionais critérios utilizados para dirimir colisão entre regras (critério cronológico: a lei posterior revoga a anterior; critério hierárquico: a lei superior revoga a inferior; critério da especialidade: a lei especial derroga a geral).<sup>3</sup> Luís Roberto Barroso distingue os princípios das regras (2001, p. 137-138):

De fato, embora ambos sejam normas jurídicas e, por isso, dotados de imperatividade, princípios e regras apresentam características diversas. Do ponto de vista estrutural, utilizando a classificação de Robert Alexy, amplamente adotada pela doutrina brasileira mais recente, as regras veiculam “comandos de definição”, ao passo que os princípios são “comandos de otimização”. Por essas expressões se quer significar que as regras (comandos de definição) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação.

Os princípios se comportam de maneira diversa. Como “comandos de otimização”, pretendem eles ser realizados de forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos ampla de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são: i) regras que o excepcionam em algum ponto e ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente se maximizar, impondo a necessidade eventual

de ponderação. Quando se tratar, como no caso, de princípios constitucionais, esses limites jurídicos deverão igualmente estar previstos na Constituição.

Para estabelecer um critério científico que defina qual garantia constitucional deve prevalecer no caso de confronto direto entre direitos de personalidade (honra, intimidade, privacidade e imagem) e liberdade de imprensa, há na doutrina três correntes totalmente opostas.

A primeira, denominada “regime de exclusão”, sustenta que o direito da personalidade é absoluto, e deve prevalecer no confronto com a liberdade de imprensa. Essa teoria “é totalmente insustentável, haja vista que, sem qualquer fundamento jurídico, dá aos direitos à intimidade, à honra, à imagem e à privacidade o caráter absoluto que nega a outros direitos também fundamentais” (MARQUES, 2000, p. 36). Pela premissa equivocada de atribuir valor absoluto a um princípio constitucional, a despeito de outro também protegido pela Constituição, essa teoria não tem guarida em nosso ordenamento jurídico.

A segunda corrente, a da “necessária ponderação”, revela que somente mediante a análise do caso concreto, com a tarefa de sopesar o direito de informação e o direito da personalidade, é que teremos a resposta de qual deles deve prevalecer, ou seja, deve basear-se “no bom senso, na interpretação do caso concreto” (MARQUES, 2000, p. 36). Tal teoria, desenvolvida por Robert Alexy, é bastante difundida em nossa doutrina e jurisprudência – para Luís Roberto Barroso (2004, p. 35-36), Álvaro Rodrigues Junior (2009, p. 183) e Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2008, p. 115), a teoria da necessária

ponderação seria a mais adequada ao nosso ordenamento jurídico: busca-se a ponderação do caso concreto para verificar-se qual garantia deve ser sacrificada, utilizando-se os seguintes parâmetros:

a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade nas escolhas. (BARROSO, 2004, p. 35-36).

No mesmo sentido, Karl Larenz esclarece que, nessa ponderação de bens, “haverão de confrontar-se entre si: de um lado, a importância para a opinião pública do assunto em questão, a seriedade e a intensidade do interesse na informação; de outro, a espécie (esfera privada ou apenas esfera profissional) e a gravidade (modo deformado e injurioso da reportagem) do prejuízo causado ao bem da personalidade” (1997, p. 583). Também para Marco Aurélio Mello (2009) o critério de ponderação é o mais eficaz, no sentido de que “a questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, por conseguinte, de uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia”.

Portanto, para a corrente da necessária ponderação, existindo confrontação entre os referidos direitos fundamentais (liberdade de imprensa *versus* direitos da personalidade), faz-se

necessário um juízo de ponderação de bens jurídicos, visando aferir, no caso concreto, qual é a norma constitucional de maior peso ou relevância.

Desse modo, o ponto de partida não é aceitar a repressão completa de um dos direitos fundamentais, mas procurar no embate dos mencionados direitos um acordo moderado, conservando eficácia a cada um, ainda que parcial. Segundo esta linha de raciocínio, se o fato noticiado pela imprensa for aparentemente verdadeiro e de interesse público, mas lesivo ao direito da personalidade de alguém, segundo Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2008, p. 115), a jurisprudência pátria já consegue obter soluções objetivas, em face da reiteração de fatos concretos envolvendo pessoas públicas e notórias, pessoas comuns, divulgação de crimes:

16. Pessoas públicas e notórias, em qualquer campo de atuação, têm mais limitados seus direitos da personalidade, diante da atividade de imprensa, sem que haja sua completa anulação, preservada a finalidade institucional da informação.

17. Pessoas comuns, mas que ocasionalmente, tenham ganho notoriedade, submetem-se a maior exposição, diante da liberdade de imprensa; todavia, com relação apenas àqueles fatos ou acontecimentos que lhes fizeram notórias e, pois, sem equiparação às pessoas públicas em virtude de sua própria condição ou qualidade.

18. Pessoas comuns, desde que em manifestação do cotidiano, não podem ser individualizadas mesmo quando retratadas em locais públicos, devendo estar inseridas no contexto do cenário, ademais concernente a informativo a cujo conteúdo o indivíduo não pode ser relacionado de forma indevida.

19. O crime, em si, embora em geral não indefinidamente, ressalvados casos históricos, constitui fato que, por sua natureza, tem interesse social, e, por isso, justifica a atividade de imprensa que a esse respeito se desenvolve.

20. A divulgação de fato criminoso imputado a pessoa

certa deve observar, de um lado, o direito à ressocialização daquele já condenado que cumpriu sua pena e a permanência do interesse social da informação, enquanto, de outro, quando preso o indivíduo, não julgado, particularmente, quanto à respectiva exposição, deve pressupor seu assentimento ou retratar o fato em si da prisão, devendo ainda atentar à presunção constitucional de inocência, sempre gravado o dever de verdade do jornalista, malgrado não equiparável aos órgãos estatais próprios.

De acordo com a terceira corrente doutrinária, denominada “concorrência normativa”, fixa-se a liberdade de imprensa como preferencial aos direitos da personalidade. Por essa doutrina, se a informação veiculada vier a resvalar em ofensa à honra de alguém, mas se esse relato for matéria de interesse público e tratar-se de informação verdadeira, não há como negar o exercício desse direito, muito embora o outro, o direito ofendido, tenha de ser sacrificado. Daniel Sarmiento (2007, p. 4) comenta que nos Estados Unidos da América adota-se esta corrente doutrinária:

a jurisprudência constitucional americana foi expandindo e fortalecendo a proteção do *free speech*, que é hoje certamente o mais valorizado e protegido direito fundamental no sistema jurídico dos Estados Unidos, sendo considerada uma “liberdade preferencial”, à qual se atribuiu um peso superior na ponderação com outros direitos, como privacidade, reputação e igualdade.

No mesmo sentido, Edilsom Pereira de Farias (2008, p. 156) demonstra que a Suprema Corte Norte-Americana tem adotado a teoria da concorrência normativa, denominada *preferred position doctrine*,<sup>4</sup> de cuja aplicação extrai-se a primazia da liberdade de expressão, em abstrato, quando em colisão com

os direitos da personalidade, “em razão da valoração daquela liberdade como condição indispensável para funcionamento de uma sociedade aberta”. Segundo o mesmo autor, o Tribunal Constitucional Alemão também estabelece preferência pela liberdade de expressão e comunicação, ao considerá-la como direito individual indispensável para o regime democrático; a mesma posição é seguida pela Corte Constitucional italiana (2008, p. 158-159) e pelo Tribunal Constitucional da Espanha (2008, p. 159-162).

Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p. 118) esclarece que a doutrina da concorrência normativa “não nega a premissa da limitabilidade dos direitos fundamentais, como gênero, e dos direitos de informação e de crítica, em específico; todavia, fixa o direito de crítica (de informação, de opinião e de expressão) como preferencial face aos demais direitos”. Reconhece que a balança pende para a liberdade de imprensa em razão de esta ser um autêntico pressuposto do sistema democrático. Ao comentar a teoria da concorrência normativa, o referido autor afirma:

De acordo com essa linha teórica, o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública. Em outras palavras, a crítica deverá ficar adstrita às questões de interesse público e com ela guardar íntima correlação. Não se admite que a crítica, ao versar sobre um fato notório, venha dele se desbordar, ingressando, então, no território da intimidade ou da honra. (NUNES JUNIOR, 2011, p. 121).

A teoria da “concorrência normativa” é a mais adequada à nossa realidade, inclusive após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130-7, na qual o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria de votos, que, não obstante a preocupação do texto constitucional com a preservação dos direitos da personalidade, a liberdade de imprensa tem posição privilegiada em nossa Constituição.

Isto não quer dizer que, aplicando-se a teoria da concorrência normativa, a imprensa possa usufruir de liberdade sem limites; ao contrário, a mídia deve atuar de forma responsável, buscando noticiar fatos verdadeiros e de interesse público. Se, de um lado, a Constituição Federal oferece mecanismos para preservar a liberdade de imprensa, de outro, garante às pessoas atingidas pelo abuso da mesma imprensa o direito de ser indenizada (material ou moralmente), independentemente do direito de resposta (art. 5º, V, CF). De igual modo, se a notícia divulgada não atender os limites da ética e da responsabilidade, o abuso deve ser punido. E a punição está na aplicação do direito de resposta e da responsabilização (civil ou criminal) dos maus profissionais da mídia.

Apresentadas as três teorias sobre a solução de conflitos entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, e eleita a melhor delas para o nosso ordenamento jurídico (concorrência normativa), cabe agora discutir o ponto fulcral do nosso estudo: a proibição, por decisão judicial, de veiculação de notícias pela imprensa.

#### 4 A PROIBIÇÃO DE DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS PELO PODER JUDICIÁRIO

Há várias medidas processuais em nosso ordenamento jurídico que visam à obtenção de tutela de urgência,

como, por exemplo, a concessão de liminares em mandados de segurança, tutelas antecipadas em ações de rito ordinário, liminares em ações cautelares, as tutelas específicas dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil.

Malgrado exista na teoria uma clara distinção entre todas as tutelas de urgência, cada qual com sua particularidade, verifica-se, na prática, que a opção por uma ou outra medida é condicionada ao potencial probatório do direito ameaçado. Nesse sentido, ao analisar uma tutela de urgência, o juiz deverá realizar uma análise perfunctória do caso concreto e, conforme as provas produzidas, conceder ou não o referido pedido liminar.

Nestes termos, se existe, por exemplo, lesão ou ameaça de dano a um direito, que pode ser comprovada sem necessidade de dilação probatória em processo judicial, tem-se a via do mandado de segurança como a melhor opção – até pelo fato de o rito ser mais rápido. Se a ameaça é evidenciada por documento que comprove a quase certeza, tem-se a via das tutelas específicas de obrigação de fazer ou não fazer (art. 461, CPC); de entrega de coisa (art. 461-A, CPC) e da tutela antecipada (art. 273, CPC). Se estivermos diante de ameaça a um futuro processo judicial de conhecimento, temos a medida cautelar para salvaguardá-lo.

Assim, dependendo do grau de eficácia da prova a ser produzida em juízo e das especificações do caso concreto, há vários mecanismos processuais para que o Poder Judiciário se manifeste de plano, no início da ação, sobre determinada questão urgente.

Nesse contexto, para a preservação dos direitos da personalidade é prevista em nosso ordenamento a tutela

preventiva, com fundamento no artigo 12 do Código Civil: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

Qualquer pessoa pode buscar, via Poder Judiciário, a tutela preventiva “por meio de recurso às ações cautelares, em que avulta a busca e apreensão de todo o material que, de alguma forma, possa representar indevida vulneração a direitos da personalidade” (GODOY, 2008, p. 99). A doutrina denomina essa medida de tutela inibitória:

O autor, quando requer a inibitória, deve provar não só o perigo da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, mas também que o ato - caso praticado (ou que já foi praticado, no caso de inibição da sua continuação ou repetição) – será ilícito (ou é ilícito, no caso de inibitória da continuação ou da repetição do ilícito). (MARINONI, 2000, p. 41).

Aliás, é inevitável o choque dos interesses concernentes aos direitos da personalidade e à atividade da imprensa, pois “é nos órgãos de imprensa que se verificam os maiores atentados a outros direitos de personalidade, como a privacidade, a honra e a imagem, devido ao longo alcance das informações que por meio dela se veiculam” (PALHARES, 2008, p. 49). Esta discussão é bastante atual em razão de acontecimentos recentes, como, por exemplo, o caso em que um juiz de direito concedeu tutela específica, visando preservar os direitos da personalidade, para impedir que o jornal “O Estado de S. Paulo” publicasse informações a respeito da operação “Boi Barrica” – depois rebatizada de “Faktor”, essa investigação da Polícia Federal tem entre os alvos Fernando Sarney,

filho do presidente do Senado, José Sarney, do PMDB-AP (O ESTADO DE S. PAULO, s. d.).

Para os órgãos de imprensa, este é um exemplo de evidente censura prévia judicial, pois jamais poderia ser proibido um veículo de comunicação de publicar uma notícia. Uma decisão judicial nesse sentido significa “clara violação do direito de livre expressão, garantido pela Constituição brasileira e por convenções internacionais subscritas pelo Brasil” (MUYLAERT, 2009).

A questão, entretanto, não é tão simples. Não são raros os casos de abuso da liberdade de imprensa, que muitas vezes publica determinada informação sem tomar o cuidado de buscar a veracidade dos fatos, ouvindo todas as partes envolvidas. Clássico exemplo de abuso de imprensa é o caso da “Escola de Educação Infantil Base”, na cidade de São Paulo, em que os donos desse estabelecimento de ensino foram acusados pela imprensa de abusarem das crianças lá matriculadas, fato que posteriormente se verificou mentiroso. O estrago estava feito. Seria o caso, naquela oportunidade, de impedir que a imprensa veiculasse tal inverdade, preservando o direito da personalidade dos proprietários da “Escola Base”?<sup>5</sup>

Quanto aos excessos cometidos pela imprensa, Darcy de Arruda Miranda (1995, p. 148) esclarece que:

tudo que excede os limites normais do direito constitui abuso. Quer na exposição das idéias ou enunciação do pensamento, quer na maneira de buscar as fontes de informação, não pode o interessado transcender os lindes que a lei impõe, sem incursionar na área delituosa.

Nesse contexto, vários autores defendem que “não há sentido em ter uma imprensa livre se o indivíduo é refém

dessa mesma imprensa, que, sob o estandarte da liberdade, esmaga sua dignidade pessoal” (SILVA, 2006, p. 570). Ou seja, “o fato de a liberdade de imprensa ter sido bastante ampliada pela Constituição de 1988, não significa que ela seja ilimitada” (D’ELBOUX, 2008, p. 283). Portanto, “as liberdades da mídia, sabe-se, não são absolutas e não podem ser tratadas como tais. Suas funções devem sempre ser exercidas com as devidas cautelas” (RIEGER, 2009, p. 15).

Segundo Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2008, p. 100) não há que se falar em censura judicial quando da proibição cautelar de uma publicação, pois “não se trata de, previamente, e de forma injustificada, obstar o exercício da liberdade de imprensa. Cuida-se, antes, de garantir a própria função institucional que lhe é inerente”. Na mesma linha de raciocínio, Dante Soares Catuzzo Junior (2010, p. 156) entende que o controle prévio da imprensa pelo Poder Judiciário não fere a Constituição, nem configura censura:

O controle jurisdicional e prévio dos órgãos de comunicação se justifica pelo seguinte: (i) a liberdade de informação não se caracteriza como direito absoluto ou hierarquicamente superior aos demais direitos fundamentais (honra, imagem, vida privada e intimidade); (ii) o direito de informar acarreta responsabilidade dos órgãos de imprensa, em especial o de preservar os legítimos interesses de terceiros; (iii) o Judiciário tem por função institucional garantir esses direitos ameaçados; e (iv) por fim, essa atividade não caracteriza censura, pois há um controle de legalidade da informação a ser veiculada.

No entanto, ao contrário das posições supramencionadas, Walter Ceneviva (2009, p. C2), em artigo intitulado “Censura Judicial na Mídia” publicado na “Folha de S. Paulo”,

de 15 ago. 2009, entende que a liberdade de imprensa jamais pode ser tolhida, nem mesmo por decisão judicial:

o direito constitucional aceita que o Judiciário possa punir quem se exceda na manifestação do pensamento, mas não permite que o veículo jornalístico seja proibido, por antecipação, de transmitir notícia, informação ou crítica a respeito de quem quer que seja, pessoa determinada ou não, ocupante ou não de cargo público.

Este último posicionamento vai ao encontro da teoria da “concorrência normativa”, supramencionada, e com a atual posição do Supremo Tribunal Federal, após o julgamento da ADPF nº 130-7. Cabe novamente ressaltar que o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, esclareceu em seu voto que “não existe lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas”, revelando que há uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão: “quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das idéias”. Completa que a democracia, para subsistir, depende da informação e não apenas do voto.

Na mesma toada, o Ministro Edson Vidigal (2004, p. 45), do Superior Tribunal de Justiça, ao comentar como deveria agir um juiz ao deparar com pedido liminar para impedir a publicação de uma notícia pela mídia, esclarece:

é necessário contar até mil, depois mais dois mil, ler, reler, treler a inicial que chega com estas postulações. Adentrar logo no mérito, porque eu também não posso,

porque se alegou numa inicial isso, de pronto deferir a liminar. Claro que a liminar, ela é liminar, mas ela é satisfativa, e é aí que mora o perigo. Nem de longe estou sustentando que a dignidade, a honra, a imagem, a privacidade de uma pessoa possa ser violada da forma mais cretina, mais desumana, mais irresponsável, mas eu não posso embargar no que está alegado na petição. Eu preciso requisitar até se for o caso na redação, eu preciso ver a fita do programa. Eu preciso ver a edição do jornal. Eu preciso ver o livro, porque eu estou decidindo naquela liminar, porque ela é satisfativa, uma questão de mérito. E depois? Eu satisfiz o suposto ofendido, causei um dano à sociedade, no que mandei apreender a edição toda, com outras informações, causei um dano à empresa, pelo prejuízo financeiro na sua folha e lá adiante ninguém se lembrou, nem nada, e um direito democrático foi ferido e ficou por isso mesmo.

A saída é exatamente esta: na dúvida, numa demanda judicial em que o juiz se depara com a concessão ou não de tutela inibitória, é melhor decidir-se pela publicação da matéria jornalística, protegendo-se a liberdade de imprensa e garantindo-se a manutenção da democracia no Brasil. Tal retórica é muito importante, principalmente no momento atual que vivenciamos, de restrições à liberdade de imprensa nos países da América Latina (Venezuela, Bolívia, Equador, Argentina, Nicarágua, Cuba, Colômbia). Segundo levantamento do jornal “O Estado de S. Paulo” (BRAMATTI, 2009), nos primeiros nove meses de 2009, a Venezuela teve 165 casos de violação à liberdade de expressão, conforme relatório divulgado recentemente pela ONG Espacio Público, sendo que “quase todos os países da América Latina perderam posições entre 2002 e 2009, no ranking mundial de imprensa elaborado pela organização Repórteres Sem Fronteiras (RSF)”. Esse ranking avalia a Liberdade da Imprensa Mundial e no ano de

2013 o Brasil ocupa a indigesta 108ª colocação entre os 179 países que participaram da classificação.

Sobre o tema, Carlos Eduardo Lins e Silva (2010) relata que no Museu da Notícia (Newseum), localizado em Washington DC (EUA), há um grande mapa-múndi que traz a classificação dos países conforme o grau de liberdade de imprensa. O Brasil aparece na cor amarela, que corresponde a mídia “parcialmente livre”:

Um dos motivos principais, senão o principal, para essa “nota” baixa dada ao Brasil no Newseum é que, segundo a Freedom House, a liberdade de imprensa no país “continua sendo tolhida por ações civis e criminais por difamação, que cresceram ao nível dos milhares nos últimos anos e são frequentemente usadas por políticos, autoridades e empresários como instrumentos de intimidação contra jornalistas e veículos de comunicação”. Poucos países no continente americano, talvez apenas o Chile, padecem desse tipo de problema que aflige muito o Brasil. (LINS E SILVA, 2010, p. 51)

Ives Gandra Martins (2009, p. A3) demonstra preocupação com as ações de nossos vizinhos da América Latina:

o autoritarismo está de volta a alguns países da América Latina, com risco de contagiar muitos outros. E um dos principais sintomas desse avanço do retrocesso está nas contínuas investidas dos governos na tentativa de calar os jornais de oposição”. [...] “[A] pesar do nível cultural do povo argentino, parece que a família Kirchner sucumbiu às lições semiditatoriais de Chávez, Morales, Correa e Ortega (a Nicarágua está tentando aprovar projetos de lei que reduzem a liberdade de imprensa), com a desastrosa invasão do jornal “Clarín” e com a proposta de legislação nitidamente fascista ou bolchevista, voltada a silenciar a imprensa.

Claro que não podemos olvidar os vários casos em que o Poder Judiciário agiu com acuidade, preservando outros valores em desfavor da divulgação da notícia pela imprensa, sem que isso fosse caracterizado como censura prévia. Tome-mos como exemplo a proibição da divulgação de pesquisa do “Datafolha” das intenções de voto para governador no estado do Paraná, em 2010. A ação foi ajuizada pelo PSDB regional, sob a alegação de que o instituto não apresentou dados ponderados para variáveis de grau de instrução e nível econômico. Houve decisão judicial proibindo a divulgação da pesquisa, que foi mantida pelo Tribunal Superior Eleitoral. Posteriormente, com a abertura das urnas, foi eleito o candidato do PSDB, com grande margem de votos, ao contrário do que mostrara a pesquisa proibida pela Justiça, que indicava empate técnico com o segundo colocado. Revelou-se, destarte, que a pesquisa estava equivocada e tinha falhas na sua elaboração. Se ela tivesse sido divulgada, poderia ter alterado o resultado das eleições.

Casos como o ora mencionado devem ser aceitos com parcimônia. Para que o Brasil seja considerado pela comunidade internacional como um país realmente democrático, somente é possível a proibição de publicação pelo Poder Judiciário de notícia, via imprensa, em casos específicos, devidamente justificados e fundamentados, sob pena de voltarmos aos odiosos tempos de censura.

Vale esclarecer que isso não significa que as consequências de eventuais abusos cometidos pela imprensa ficarão impunes, já que está prevista a responsabilidade civil e criminal em razão dos danos sofridos pelo mau exercício da profissão de jornalista.

## 5 CONCLUSÃO

O confronto entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade sempre existirá. No presente estudo, ao apresentarmos as três teorias sobre a solução de tais conflitos, optamos pela aplicação da teoria da concorrência normativa, a qual dá certa preferência ao direito da mídia de publicar ou não determinado fato, desde que haja interesse público e checagem prévia pelo jornalista.

No entanto, para que os direitos da personalidade não fiquem reféns de uma espécie de tirania dos órgãos de comunicação, e visando à garantia da própria democracia, o Poder Judiciário deve aplicar medidas contundentes para os casos abusivos de imprensa, punindo com rigor as irresponsabilidades da mídia, inclusive obrigando o veículo de comunicação a dar o imediato e efetivo direito de resposta (art. 5º, V, CF).

Na verdade, esta celeuma seria solucionada se todos os órgãos de imprensa agissem com responsabilidade, buscando a veracidade dos fatos, e noticiando-os após investigação prévia, e, se possível e de preferência, depois de ouvir as partes envolvidas na notícia a ser divulgada.

Por certo que, para a garantia da democracia, o Poder Judiciário deverá aplicar medidas severas e eficazes para punir os casos abusivos por parte dos jornalistas (responsabilidade civil, criminal e imediato direito de resposta). No entanto, jamais poderá tolher, sem critérios e sem justificativa, a atividade da imprensa, proibindo a divulgação de uma notícia, sob pena de ingressar num perigoso terreno de censura prévia, dando causa ao enfraquecimento da própria democracia.

*Referências bibliográficas*

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, RT/Fasc. Civ, a. 90, v. 790, p. 129-152, ago. 2001.

\_\_\_\_\_. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 235, p. 1-36, jan./mar. 2004.

BRAMATTI, Daniel. Ranking da liberdade de imprensa indica retrocesso na América Latina. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. A10, 8 nov. 2009. [Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,ranking-da-liberdade-de-imprensa-indica-retrocesso-na-america-latina,462934,0.htm>>.]

BRASIL, Presidência da República. Constituições Federais de 1946, 1967, 1988, leis complementares e leis ordinárias federais. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 130-7/DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 30 abr. 2009. *DJe*, Brasília, 10 out. 2010.

CATUZZO JUNIOR, Dante Soares. A tutela inibitória e a liberdade dos meios de comunicação. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo: doutrina e jurisprudência*, Fiúza, ano 2, p. 125-158, jan./mar. 2010.

CENEVIVA, Walter. Censura judicial na mídia. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 15 ago. 2009. Caderno Cotidiano, p. C2.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. *Declaration des droits de l'homme et du citoyen*. Constitution du 24 juin 1793. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>>. Acesso em: 2 out. 2013.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Resende. Campinas: Romana, 2004.

D'ELBOUX, Sonia Maria. A proibição judicial de divulgação de informações constitui uma nova forma de censura à imprensa no Brasil? In: CARVALHO, Patrícia Luciane de (Coord.). *Propriedade Intelectual*. Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2008, p. 281-296.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FRANCO, Benedito Luiz. *Proteção constitucional do sigilo da fonte na comunicação jornalística*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos de personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LINS E SILVA, Carlos Eduardo. Censura Judicial à imprensa no Brasil: autorregulação e maturidade democrática. *Revista de*

*Direito Administrativo*, São Paulo, Direito Rio, p. 49-77, jan./abr. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Maria Tereza. Direito a informação – direito fundamental: base para democracia. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, Instituição Toledo de Ensino, n. 28, p. 29-42, abr./jul. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Liberdade de imprensa e democracia. *Folha de S. Paulo*, 21 set. 2009. Caderno Brasil, p. A3.

\_\_\_\_\_; WALD, Arnoldo. Liberdade de imprensa – inteligência dos arts. 5º, IV, IX, XIV e 220, §§ 1º e 6º da CF/88 – Opinião Legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 897, p. 101, jul. 2010.

MELLO, Marco Aurélio. Liberdade de expressão e liberdade de imprensa. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 13, n. 297, p. 30-32, maio 2009.

MIRANDA, Darcy Arruda. *Comentários à lei de imprensa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MUYLAERT, Roberto. A censura está de volta. *Folha de S. Paulo*, 23 out. 2009. Caderno Brasil, p. A3.

NATIONAL ARCHIVES AND RECORDS ADMINISTRATION (NARA). *The Virginia Declaration of Rights*, 1776. Disponível em: <[http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia\\_declaration\\_of\\_rights.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html)>. Acesso em: 2 out. 2013.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito e jornalismo*. São Paulo: Verbatim, 2011.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Estadão sob censura*. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/pages/especiais/sobcensura/>>. Acesso em: 15 out. 2013.

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS (OHCHR). *A Universal Declaration of Human Rights*. Proclaimed by the United Nations General Assembly in Paris on 10 December 1948 (General Assembly resolution 217 A (III)). Disponível em: <[http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Versão em língua portuguesa disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em 2 out. 2013.

PALHARES, Cínara. Direito à informação e direito à privacidade: conflito ou complementaridade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 878, ano 97, p. 42-66, dez. 2008.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha & PINHEIRO, Rafael Camparra. A sociedade de informação e os efeitos da liminar da ADPF n. 130: importância e limites da mídia. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 16, n. 197, p. 15, abr. 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. *Liberdade de expressão e liberdade de informação: limites e formas de controle*. Curitiba: Juruá, 2009.

SAMENTO, DANIEL. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, mai./ago. 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 2 fev. 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito à intimidade e à liberdade de informação jornalística após a EC nº 45/04. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, Belo Horizonte, Fórum, ano 4, n. 13, p. 187-194, abr./jun. 2006.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Comentário ao Acórdão emitido no agravo de instrumento 439.633.4/0-00 da comarca de São Paulo, da 3ª Câmara de Direito privado do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista Jurídica CESUMAR Mestrado*, Maringá, Centro Universitário de Maringá, v. 6, n. 1, p. 563-573, dez. 2006.

---

1 “A DECLARATION OF RIGHTS made by the representatives of the good people of Virginia, assembled in full and free convention which rights do pertain to them and their posterity, as the basis and foundation of government. [...] Section 12. That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments.”

2 “Le droit de manifester sa pensée et ses opinions, soit par la voie de la presse, soit de toute autre manière, le droit de s’assembler paisiblement, le libre exercice des cultes, ne peuvent être interdits. La nécessité d’énoncer ces droits suppose ou la présence ou le souvenir récent du despotisme.”

3 Segundo Robert Alexy (1993) duas regras conflitantes não podem coexistir, utilizando-se a lógica do tudo ou nada: ou a regra regula a questão e deve ser cumprida ou não. É diferente o conflito entre princípios, pois eles podem existir juntos. Para o autor, enquanto o conflito de regras só admite a declaração de invalidez de uma das regras ou a inclusão de uma cláusula de exceção que elimina o conflito, a colisão de princípios não traz consigo uma invalidação de um dos dois princípios nem a inclusão de uma cláusula de exceção. Este conflito se resolve pela ponderação dos princípios no caso concreto. Ou seja, no caso concreto será ponderado, a qual princípio deve ser atribuído maior peso.

4 A doutrina da *preferred position* foi acolhida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105 (1943), e inovou ao indicar que certos direitos fundamentais têm prerrogativa sobre outros, ainda que constitucionais: “[f]reedom of press, freedom of speech, [and] freedom of religion are in a preferred position”. V. <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=319&page=105>>.

5 Para maior detalhamento do caso da “Escola Base”, v. <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2006/11/13/286621871.asp>> [acesso em: 16 fev. 2010].



---

FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL:  
uma visão crítica\*

*Raphael José de Oliveira Silva*

Juiz Federal (3ª Região). Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo (USP). Especializado em Direito Constitucional Aplicado pela Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (EMAG). Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em parceria com o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

---

\* Ensaio apresentado à Escola de Magistrados para avaliação de aproveitamento de curso (Jornada de Direito Eleitoral, 22-24 ago. 2012).



## FINANCIAMENTO DE CAMPANHA ELEITORAL: uma visão crítica

*Raphael José de Oliveira Silva*

Resumo: O presente estudo tem a finalidade de analisar dois temas: (i) a participação de pessoas jurídicas no financiamento eleitoral, e (ii) o exíguo prazo para propositura de ações contra candidatos, em relação a irregularidades de arrecadação e gastos de campanha, temática tratada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n<sup>o</sup>s 4.532 e 4.650. Reflete-se sobre a conformação do direito eleitoral no ordenamento jurídico brasileiro, sob os aspectos constitucional e infraconstitucional, com exemplos de controle do processo eleitoral. O artigo traz um estudo crítico dos instrumentos de controle de financiamento de campanhas eleitorais, a partir da constatação de que o modelo brasileiro privilegia candidatos que têm acesso a recursos privados. Toma como linha de investigação se o papel do Poder Judiciário, frente às demandas ligadas à implementação de reformas políticas, esbarra numa pauta típica de propostas legislativas.

Palavras-chave: Direito eleitoral brasileiro. Financiamento eleitoral. Participação de pessoas jurídicas. Ação contra irregularidades de arrecadação e gastos. Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n<sup>o</sup>s 4.532 e 4.650. Recursos financeiros em campanhas eleitorais. Poder Judiciário e reforma política.

*Abstract: This paper addresses two issues: (i) the corporations' participation in campaign fundraising, and (ii) the short deadline to file lawsuits concerning election fundraising and spending irregularities – a subject that was examined by Federal Supreme Court in Actions of Constitutional Review Nos. 4.532 and 4.650. The structure of the electoral process in the Brazilian legal system is analyzed under constitutional and ordinary law, and examples of its judicial control are provided. This paper presents a critical account of the legal proceedings to enforce the law on election funding, considering that the Brazilian election*

*system tends to favor candidates who have access to a larger amount of private resources. It sets as a line of enquiry the question about whether the role of the judiciary before claims of political reform is committed to a typical agenda of legislative proposals.*

*Keywords: Brazilian election law. Election funding. Corporations' contributions. Lawsuit against election fundraising and spending irregularities. Actions of Constitutional Review No. 4.532 and 4.650. Financial resources in election campaigns. Judiciary and political reform.*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a finalidade de analisar temas que vêm frequentando a agenda doutrinária e judicial. São eles: (i) a participação de pessoas jurídicas no financiamento eleitoral; e (ii) o exíguo prazo para propositura de ações contra candidatos em relação a irregularidades de arrecadação e gastos de campanha.

Esta temática foi tratada especialmente nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n<sup>o</sup>s 4.532 e 4.650, propostas, respectivamente, pelo Procurador Geral da República e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Impõem-se, para tanto, novas reflexões que atentem para a conformação do direito eleitoral no ordenamento jurídico brasileiro, sob os aspectos constitucional e infraconstitucional, passando pela análise de alguns exemplos de controle do processo eleitoral, para, então, culminar com um estudo crítico do financiamento de campanhas eleitorais.

O ensaio parte da constatação de que o modelo brasileiro, notadamente, privilegia candidatos que têm acesso a recursos privados.

A complexidade do tema foi espelhada no programa da Jornada de Direito Eleitoral, ocorrida entre 22 e 24 de agosto de 2012 no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob a coordenação do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) e das Escolas de Magistratura dos Tribunais Regionais Federais do país.

Feita esta abordagem, cabe uma indagação – a partir da qual traçaremos a uma linha de investigação: o papel do Poder Judiciário frente às demandas ligadas a implementação de reformas políticas esbarra numa pauta típica de propostas legislativas?

Para responder essa pergunta e trazer alternativas teóricas aptas a contribuir com o debate, o trabalho procurará estabelecer um diálogo entre a aula ministrada pelo Procurador Regional da República Pedro Barbosa Pereira Neto e lições doutrinárias, especialmente às presentes nas obras de Anna Cândida da Cunha Ferraz (2008) e Monica Salem Herman Salem Caggiano (2008, 2004a, 2004b).

## 2 DIREITO CONSTITUCIONAL ELEITORAL

Anna Cândida da Cunha Ferraz (2008, p. 30) nos alerta que a compreensão do Direito Constitucional Eleitoral parte do pressuposto de que a Constituição não pode esgotar toda a matéria que diz respeito ao seu conteúdo essencial, justificando-se, a partir daí, a visualização da legislação infra-constitucional em matéria eleitoral.

A autora explica que o Direito Eleitoral cuida da forma e do modo de exercício dos poderes. Nesta linha, existe um Direito Eleitoral material e formalmente constitucional, previsto e disciplinado na Constituição da República, e um

Direito Eleitoral apenas materialmente constitucional, que veicula, via legislação infraconstitucional, a complementação das regras do exercício do Poder. É onde se situam, por exemplo, o Código Eleitoral e as leis eleitorais em geral. Essas leis são regras materialmente constitucionais, porquanto se referem ao conteúdo básico de uma Constituição, em sua feição política.

De um lado, temos regras de Direito Eleitoral que retiram sua validade e legitimidade diretamente da Constituição formal, escrita e rígida. São estas as regras fundamentais constitucionais da participação popular no poder e, conseqüentemente, do Direito Constitucional Eleitoral. De outro lado, temos um Direito Eleitoral infraconstitucional, que contém a disciplina material constitucional – porquanto relacionada com o exercício do poder –, mas regulamentada pelo Código Eleitoral, por leis complementares, ordinárias, etc., ou seja, o Direito Eleitoral Comum.

O conjunto de princípios e de normas que constituem o Direito Constitucional Eleitoral é a primeira e mais importante das garantias relativas ao exercício democrático do Poder, da cidadania e dos direitos políticos. Isso, porquanto a Constituição positiva essa matéria em normas de hierarquia e de proteção reforçadas, intocáveis pelo Poder de Reforma Constitucional e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional.

Assim, podem-se identificar, na Constituição de 1988, normas e princípios específicos e gerais que fundamentam o Direito Constitucional Eleitoral, e dão base, legitimidade, conduzem e limitam os poderes políticos, bem como definem as garantias da cidadania e dos direitos políticos: o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*);

o princípio da separação de poderes (art. 2º); o princípio da soberania popular, que determina o modo pelo qual o poder será exercido no Brasil (art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”); o princípio da cidadania (art. 1º, inciso II) e a positivação dos direitos políticos fundamentais (art. 14); e o princípio do pluralismo político (art. 1º, inciso IV).

Monica Herman Caggiano, noutra viés sobre o Direito Eleitoral, destaca que, ao lado da Constituição, instalou-se um bloco normativo de regência das eleições, composto pelo Código Eleitoral (registro de candidatura, convenções, cédulas oficiais, composição e trabalhos das juntas eleitorais e votação); pela lei partidária (nº 9.906/1999), que trata de temas como as convenções; pela Lei Complementar nº 64/1990 (inelegibilidades, prazos de incompatibilização, processo de impugnação ao registro de candidaturas); pela Lei Etelvino Lins (contra o aliciamento de eleitores por meio de transporte irregular); pela Lei nº 9.504/1997, que regula a propaganda para obstaculizar a interferência do poder econômico; além das resoluções baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), no exercício de sua competência normativa.

No contexto da aplicação do conjunto de normas de regência, exsurge uma das mais significativas garantias do Estado Democrático de Direito, consubstanciada no reconhecimento da Justiça Eleitoral como órgão integrante do Poder Judiciário especializado (art. 92, inciso V, da Constituição), com competências definidas em lei.

Essa atuação, em particular a do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), vem demonstrando a eficácia da proteção

que essa modalidade de justiça confere ao regime democrático, à moralização das práticas políticas, à defesa do voto, do pluralismo político, enfim, dos princípios que norteiam o Direito Constitucional Eleitoral e, também, o Direito Eleitoral infraconstitucional.

### 3 PODER JUDICIÁRIO E REMODELAÇÃO DAS FUNÇÕES NO ÂMBITO ELEITORAL

Entre as modalidades de proteção – que este artigo não esgotará –, não pode faltar referência ao controle da constitucionalidade em suas duas vertentes: o modelo incidental e concreto, e o modelo principal e abstrato. Inúmeras são as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) envolvendo matéria eleitoral e partidária, mandatos representativos, etc., a demonstrar a proteção que se deve conferir a qualquer modalidade de ofensa à Constituição, nesse complexo e vasto campo que é a atividade política.

Dada a gama das causas que ensejaram o alongamento das competências do Judiciário, operou-se significativa remodelação das tarefas e da relevância do Poder Judiciário no cenário político.

Neste exato contexto, chama atenção a emergência do Judiciário como um contrapoder, que, tomando posição em cenário político, assume a função da elaboração legislativa, produzindo normas por intermédio de suas decisões. Como resultado – não se pode perder de perspectiva – assume a tarefa que, na velha lição de Montesquieu, era reservada ao Legislativo.

Para melhor intelecção de como evoluiu esse protagonismo exercido pelo Poder Judiciário, destacamos a questão da fidelidade partidária.

Os últimos anos judiciários da década passada se iniciaram com grande estoque de ações de perda de mandato contra políticos, envolvendo parlamentares que trocaram de partido.

Diante da evolução da infidelidade e da inércia do Legislativo, o Tribunal Superior Eleitoral ofereceu solução, decretando a possibilidade de perda do mandato eletivo na hipótese de abandono da legenda que suportou a candidatura.<sup>1</sup>

O TSE superou o entendimento preordenado a preservar o mandato do representante eleito e editou a Resolução nº 26.610/2007, que disciplina o processamento da perda de mandato por desfiliação, tanto para os postos proporcionais como para os majoritários, de sorte a consolidar a função normativa da Justiça Eleitoral.

Após esta postura do TSE, o cenário desvendou uma efervescente produção legislativa buscando sancionar a atitude de infidelidade do parlamentar que abandona a legenda pela qual concorreu para a conquista da vaga.

Vale aqui destacar que tal postura vai ao encontro de um modelo de redimensionamento da finalidade do *judicial review* e, em especial, da atividade de fiscalização de constitucionalidade, operando uma verdadeira transmutação de perfil: de jurisdição constitucional defensiva para jurisdição constitucional de orientação (CAGGIANO, 2008, p. 21).

Verificou-se, então, a força normativa da Justiça Eleitoral, ao apreciar temas da reforma política – originalmente delegados ao Congresso Nacional –, por meio de decisões judiciais que conduziram à revisão dos mecanismos eleitorais.

A par da reeleição, integravam o elenco de medidas de reforma eleitoral a introdução do voto distrital misto; o robustecimento da fidelidade partidária, mediante a previsão

de um período mínimo de permanência nos quadros partidários; restrições a pesquisas eleitorais (vedadas nos 15 dias anteriores ao pleito); a previsão da cláusula de barreira de 5% (cinco por cento); a verticalização das coligações eleitorais; a manutenção de 2º turno apenas para as eleições presidenciais; o financiamento público das campanhas; o voto facultativo; e a exclusão do direito de resposta.

De modo paulatino, porém sem interrupção, a Corte Eleitoral, com o suporte e amparo do STF, percorreu parte dessa lista de proposituras, disciplinando relevantes matérias que integravam o elenco.

#### 4 CRÍTICAS AO MODELO DE FINANCIAMENTO ELEITORAL

Essas considerações serviram para contextualizar a atuação do Poder Judiciário frente ao tema central do artigo: o controle da faceta financeira do processo eleitoral, especialmente, as questões do que se deve fiscalizar e em que momento.

O modelo brasileiro, notadamente, privilegia candidatos que têm acesso a recursos privados. Essa afirmação se conecta com estudos que vêm mostrando serem as campanhas eleitorais no Brasil fomentadas especialmente por pequeno grupo de empresas que têm interesse ou em entabular contratos públicos com a Administração (p. ex., empreiteiras e construtoras), ou na regulamentação de setores, cujas regras lhes privilegiem (p. ex., bancos).

Com isto não se quer afirmar que o dinheiro, por si só, seja capaz de produzir a vitória eleitoral do partido ou candidato. Mas pode-se dizer, como destacado por Herbert E. Alexander (apud LORENCINI, 2008, p. 41),<sup>2</sup> que se trata de um fator “capaz de reduzir diversas desvantagens”.<sup>3</sup>

A realidade brasileira não desmente a afirmação lançada no parágrafo anterior. Basta a análise do financiamento das eleições municipais do ano de 2012 nos dois maiores colégios eleitorais brasileiros (Estado de São Paulo e Minas Gerais, que, por sua vez, detêm as maiores receitas), para constatar-mos que os candidatos eleitos concentraram mais de quarenta por cento da arrecadação (ÀS CLARAS, 2012).

Outro foco da questão diz respeito ao provável elo entre o dinheiro injetado nas campanhas eleitorais e os compromissos a serem cumpridos durante o exercício do mandato. Uma pesquisa realizada pelo Kellogg Institute for International Studies demonstrou que, no Brasil, as empresas doadoras em campanhas eleitorais recebem, nos 33 primeiros meses após a eleição, o equivalente a 850% do valor doado em contratos com o poder público (BOAS; HIDALGO; RICHARDSON, 2011).<sup>4</sup>

Vale aqui recordar a lição de Samuel Huntington (apud FERREIRA FILHO, 2004, p. 22):

Contemporaneamente, as grandes obras públicas, que o Estado atribui a este ou aquele, ainda que em procedimentos formais de índole do tipo licitação, são uma ocasião impar de corrupção. Um contrato administrativo pode fazer a fortuna do contratado e, por outro lado, a contrapartida pouco ou nada lhe custa, porque pode ser acrescentada ao preço da obra. Sem dúvida, esta aí a razão de que, no Estado desenvolvimentista, em geral ocorrem surtos de corrupção. [*A ordem política nas sociedades em mudança*. São Paulo: Forense Universitária, 1975, p. 72 e ss.]

Desta forma, o dinheiro se mostra instrumental, ou seja, viabiliza alcançar o poder. Daí a relevância de identificar

a sua origem, como, ainda, o seu destino e, especialmente, como é gasto. Seguindo essa trilha, será possível desvendar a linha utilizada para a conquista de influência do poder econômico nas eleições, e como isso poderá ser convertido em outras vantagens, agora por meio das decisões próprias da esfera do poder político (CAGGIANO, 2004b, p. 126).

Pois bem, a nosso ver, constituem pontos nevrálgicos do controle da faceta financeira do processo: o controle de gastos e o financiamento das campanhas eleitorais.

Num ambiente caracterizado pela ausência de preocupação específica com os gastos eleitorais, parece-nos extremo de dúvidas o fato de que a falta de vigilância sobre a arrecadação, as fontes desses aportes, e também sobre as despesas, abre espaço para a ação corruptora de elementos ou organizações que, por intermédio do financiamento das campanhas, visam conquistar margens de influência nos canais decisórios do Estado.

Não por outra razão, exsurtem as críticas à engrenagem visualizada pelo legislador, porquanto não configuram um sistema ideal. Tanto é assim que ele tem conduzido as finanças político-partidárias eleitorais por uma via marginal.

Daí porque conhecer as transações que envolvem dinheiro coloca à luz os processos políticos e o comportamento de financiadores, propiciando entendimento acerca das ondas de flutuação das influências no poder.

Ciente desses vícios, o legislador buscou a limitação de gastos por meio da Lei nº 9.504/1997. Vejamos os artigos pertinentes ao tema:

Art. 17. As despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos, ou de seus

candidatos, e financiadas na forma desta Lei.

Art. 17-A. A cada eleição caberá à lei, observadas as peculiaridades locais, fixar até o dia 10 de junho de cada ano eleitoral o limite dos gastos de campanha para os cargos em disputa; não sendo editada lei até a data estabelecida, caberá a cada partido político fixar o limite de gastos, comunicando à Justiça Eleitoral, que dará a essas informações ampla publicidade. [Redação dada pela Lei nº 11.300, de 2006]

O art. 17 dispôs que o limite de gastos deveria ser fixado em lei, que, todavia, até o momento, não foi editada. Consequência dessa omissão: a prática demonstra que os próprios partidos estabelecem quanto vão gastar e, depois, prestam contas à Justiça Eleitoral.

Noutro ponto, a conjugação de campanhas milionárias com o financiamento privado têm produzido resultados desastrosos para a autenticidade do processo eleitoral e para a transparência das relações entre o Poder Público e os agentes econômicos. Sabida e consabida tal realidade, a Constituição, por meio de princípios constitucionais como a igualdade, a democracia e a República, impõe ao legislador não uma mera faculdade, mas um verdadeiro dever constitucional de disciplinar o financiamento das campanhas eleitorais, de forma a evitar as mazelas acima referidas.

Isso não significa que a única opção possível para o legislador seja impor o financiamento público de campanha. Até porque a história recente demonstra o paradoxo entre o voluntarismo em debelar a corrupção no ambiente eleitoral com a utilização deste tipo de financiamento e a infeliz constatação de que o fenômeno continua forte e presente.

Bom exemplo desta contradição se apresenta nas discussões sobre prognósticos da adoção de um regime

público de financiamento das campanhas eleitorais. Vantagens tendentes a diminuir a ocorrência de corrupção (entre elas, a diminuição de capital privado conectando interesses de doadores às atividades dos donatários) são justamente contraditadas pelo potencial aumento de corrupção com a implantação desta forma de financiamento.

A lição de Bruno Wilhelm Speck (2004) destaca que um sistema predominante ou exclusivamente público não garante o fim da arrecadação de fonte ilegal ou em paralelo à contabilidade do partido ou da campanha eleitoral. Relembra, a propósito do tema, que a instituição do sistema de financiamento exclusivamente público no Brasil remontaria à legislação vigente no país até as eleições de 1992, sistema afastado do ordenamento jurídico brasileiro após denúncias contra o então presidente da República Fernando Collor de Mello.<sup>5</sup>

O exemplo italiano é utilizado como argumento contrário ao financiamento de campanhas eleitorais com recursos exclusivamente públicos. O emblemático caso Bettino Craxi (Primeiro Ministro Italiano), que veio à tona nas investigações ocorridas no âmbito da “Operação Mãos Limpas”, na década de 90, revelou que o modelo de financiamento exclusivamente público mostrou-se vulnerável.<sup>6</sup>

O caminho – assim nos parece – deve ser o de estabelecer limites e restrições significativos ao financiamento privado de campanhas eleitorais, para proteger a democracia de uma influência excessiva e deletéria do poder econômico.

#### 4.1 *O controle sobre a participação das pessoas jurídicas: a ADI nº 4.650*

O corte que aqui interessa é o concernente às doações feitas diretamente às campanhas ou aos partidos.

Nesse ponto, o quadro que se delinea da análise da legislação brasileira atual é o seguinte:

a) As pessoas jurídicas, ressalvados os casos definidos pelo legislador, podem fazer doações a campanha eleitoral de valores que representem até 2% do seu faturamento no ano anterior ao da eleição (art. 81 da Lei nº 9.504/1997). Podem também fazer doações a partidos políticos, que, por sua vez, têm a possibilidade de repassar esses recursos aos seus candidatos, estando esses repasses sujeitos ao mesmo teto (art. 39, *caput* e § 5º, da Lei nº 9.096/1995, e Resolução TSE nº 23.217/2010, art. 14, § 2º, inciso II, c/c art. 16).

b) As pessoas naturais podem doar a campanhas eleitorais valores de até 10% dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior ao pleito (art. 23, § 1º, inciso I, Lei nº 9.504/1997). Além disso, podem fazer doações “estimáveis em dinheiro”, correspondentes à utilização de bens móveis ou imóveis, desde que o valor não ultrapasse R\$50.000,00 (art. 23, § 7º, Lei nº 9.504/1997). Tais limites não se aplicam aos candidatos, quando utilizam seus próprios recursos na campanha (art. 23, § 1º, inciso II, Lei nº 9.504/1997). Tal como as pessoas jurídicas, as pessoas naturais também podem doar aos partidos, que têm a possibilidade de repassar os recursos recebidos às campanhas eleitorais, desde que observados os limites referidos neste item (art. 39, *caput* e § 5º, da Lei nº 9.096/1995, e Resolução TSE nº 23.217/2010, art. 14, § 2º, inciso II, c/c art. 16).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) argumentou que não se afigura constitucionalmente admissível a permissão de doações a campanhas

eleitorais feitas, direta ou indiretamente, por pessoas jurídicas. O argumento é que as pessoas jurídicas são entidades artificiais, criadas pelo Direito para facilitar o tráfego jurídico e social, e não cidadãos, os quais detêm legítima pretensão de participarem do processo político-eleitoral.

Dando seguimento ao raciocínio, as doações eleitorais por parte das pessoas naturais – desde que limitadas, de forma a não favorecer excessivamente os ricos – podem ser vistas como um instrumento legítimo à disposição do cidadão para participação na vida pública.

Esta construção, todavia, não vale para as pessoas jurídicas. A doação para campanhas ou partidos se insere no sistema integrado pelos direitos políticos, que são restritos ao cidadão: não se trata de direito individual, passível de ser entendido também às pessoas jurídicas.

Outra crítica: a pessoa jurídica pode doar até 2% do faturamento declarado para fins de imposto de renda no exercício anterior ao ano eleitoral. Tal mecanismo de limitação percentual não consegue atingir sua finalidade de limitar o poder econômico, porquanto permite a quem faturar mais doar mais, implicando desigualdade, além de sobrepujar as doações de pessoas físicas e os pequenos doadores, calçados numa base de cálculo que limita consideravelmente a participação nas doações, se comparada com a das pessoas jurídicas.

No que concerne às pessoas naturais, o critério adotado pelo legislador para limitar o valor das doações não é absolutamente proporcional, e não guarda nenhuma correlação lógica com a finalidade perseguida pela instituição do limite, que é a redução da influência do poder econômico sobre as eleições.

Esse critério, por um lado, não impede que os muito ricos inundem as campanhas políticas com os seus recursos, desequilibrando os pleitos eleitorais. Por outro lado, ele restringe, de forma injustificada, o poder dos mais pobres de exercer uma maior influência no processo eleitoral, por suas contribuições. Vejamos o tratamento conferido pela Lei nº 9.504/1997 ao tema:

Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei. [Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009]

§ 1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas:

I – no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição;

II – no caso em que o candidato utilize recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecido pelo seu partido, na forma desta Lei.

Portanto, do ponto de vista puramente jurídico, a criação de limite proporcional à renda pessoal chega a ser pior do que a inexistência de qualquer limite, uma vez que, na outra ponta, deixa de instituir controle efetivo sobre as doações de maior impacto. Assim, a medida restritiva é claramente inadequada à produção do efeito a que se destina – contenção do poder econômico –, além de constituir limitação desproporcional ao direito de contribuição dos pequenos doadores.

Podemos, então, afirmar que o sistema eleitoral brasileiro privilegia a riqueza, em detrimento da igualdade.

A Lei nº 9.504/1997, buscando transparência para identificar fontes de financiamento, realizou vedações à contribuição por entidades ou governos estrangeiros, entes da administração direta e indireta, sindicatos, concessionários ou

permissionários. Todavia, tais técnicas se mostram ilusórias, como passamos a exemplificar.

O artigo 24 da citada lei veda a doação de concessionárias e permissionárias de serviços públicos; o TSE, todavia, tem posicionamento no sentido de que as sociedades que compõem o grupo econômico, inclusive a controladora, podem fazer doações. Tal posição é passível de crítica, pois a melhor interpretação do artigo conduziria ao afastamento de doações, seja direta ou indiretamente, por meio do grupo econômico.<sup>7</sup>

Abre-se, ainda, brecha – pela literalidade do artigo – para doações por empresas que dependem de licença ou autorização junto à Administração, que detém maior discricionariedade para escolher as contratadas.

Para combater este quadro, a técnica mais moderna consiste nas limitações razoáveis de recursos e despesas no âmbito das campanhas eleitorais (sistema de acompanhamento e garantia de publicidade), uma vez que a exigência constitucional atinente à garantia da livre manifestação de pensamento e de ideias exige o afastamento de excessos.

As despesas, então, teriam dois focos: o primeiro diz respeito às questões quantitativa e de legalidade; o segundo, à moralidade do dispêndio.

Em relação ao primeiro, impõe-se a observância dos limites que a coligação fixou e oficializou. A verificação numérica do limite estabelecido tem como objetivo analisar se a contabilidade das despesas de campanha ultrapassou ou não tal limite, de forma a responder se a investigação geral do volume da propaganda utilizada está em conformidade com os números declarados.

Quando pensamos em moralidade do dispêndio estamos a analisar qualitativamente o destino e a finalidade dos gastos, sendo que este exercício tem como meta evitar excessos resultantes da disparidade de recursos, justamente em homenagem ao princípio da não interferência do poder econômico.

O método alemão se baseia no financiamento público de campanha, que possibilita identificar claramente o volume e a origem dos recursos. Trata-se do princípio da correta contabilidade.

Já no Brasil, o padrão permanece fiel ao método de limitações e controles relativos. Como já dissemos, são impostos limites de doações pertinentes às pessoas físicas, ao passo que o teto para pessoas jurídicas relaciona-se numa proporção ao respectivo faturamento bruto do ano anterior à eleição.

Os recursos públicos restringem-se, somente, aos valores que advêm do Fundo Partidário e da cessão de espaço na mídia, por meio de renúncia fiscal. Daí uma conclusão parcial: o modelo existente no sistema eleitoral é praticamente responsável pelos vícios do sistema democrático brasileiro.

#### 4.2 *Controle de arrecadação de gastos e arrecadação: a ADI nº 4.532*

Entre os problemas do financiamento privado está o fato de o eleitor somente conhecer os doadores de campanha após as eleições. Alguns juízes eleitorais têm exigido, na apresentação de candidaturas, relatórios com informações de doadores, especialmente com base na Lei de Transparência. Todavia, já houve reforma de decisões tais pelos Tribunais Regionais Eleitorais, em alguns casos.

O Procurador Regional da República Pedro Barbosa Pereira Neto (2012), em palestra proferida na Jornada de

Direito Eleitoral, lançou mão de constatação deveras estarrecedora – porém não menos real –, no sentido de que o caixa dois das campanhas eleitorais não é abastecido pelo caixa um das empresas, mas sim por dinheiro ilegal, não submetido a controle, consistente no caixa dois das empresas.

A partir da Ação Penal STF nº 470, proposta pelo Ministério Público Federal e tendo como fatos narrados na denúncia o chamado “Mensalão”, adveio a introdução do art. 30-A na Lei nº 9.504/1997, com previsão de investigação judicial que poderia conduzir à cassação de mandato, na hipótese de captação irregular de recursos, mesmo depois da diplomação. O TSE inicialmente trilhou entendimento de que o art. 30-A valeria enquanto estivesse o agente político no exercício do mandato.

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral relatando fatos e indicando provas e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. [Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006]

§ 1º Na apuração de que trata este artigo, aplicar-se-á o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, no que couber. [Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006]

§ 2º Comprovados captação ou gastos ilícitos de recursos, para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido outorgado. [Incluído pela Lei nº 11.300, de 2006]

Todavia, no segundo semestre de 2009, o legislador estabeleceu nova regra, segundo a qual qualquer ação deve ser ajuizada em até 15 dias da diplomação. Essa previsão, na verdade, inviabiliza o ajuizamento de ação de responsabilidade.

Não por outra razão, o Procurador Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 4.532) contra o prazo previsto no art. 30-A da Lei nº 9.504/1997:

Art. 30-A. Qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos. [Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009]

A criação de prazo tão exíguo impede o controle efetivo do financiamento das campanhas políticas, desvirtuando o propósito que levou à inclusão do art. 30-A na Lei Eleitoral. E, com isso, viola normas constitucionais que consagram valores como a probidade administrativa, a moralidade no exercício do mandato eletivo e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico, ou o abuso do exercício de cargo público. Na perspectiva desse importante instrumento, cria-se claro óbice ao controle jurisdicional da normalidade e da legitimidade das eleições. E fragiliza a tutela processual dos valores republicanos e democráticos subjacentes às normas que disciplinam o financiamento das campanhas eleitorais.

Note-se, ainda, uma nítida incongruência entre premissas lançadas pela mesma lei, que teria como objetivo coibir a captação irregular de recursos. Enquanto o prazo para demandar contra o agente político é de 15 dias (sob a perspectiva da louvável preocupação com a estabilização do mandato), foi previsto prazo de 180 dias para representar contra o doador que excedeu os limites para a doação:

Art. 32. Até cento e oitenta dias após a diplomação, os candidatos ou partidos conservarão a documentação concernente às suas contas.

Parágrafo único. Estando pendente de julgamento qualquer processo judicial relativo às contas, a documentação a elas concernente deverá ser conservada até a decisão final.

Oportuna a citação da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, da qual se depreende a preocupação com a manutenção, pelos candidatos e partidos, da documentação relativas às suas contas até 180 dias:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO DE CAMPANHA ACIMA DO LIMITE LEGAL. AJUIZAMENTO. PRAZO. 180 DIAS. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. [...]

3. Conforme diretriz jurisprudencial firmada por esta Corte, o prazo para a propositura, contra os doadores, das representações fundadas em doações de campanha acima dos limites legais é de 180 dias, período em que devem os candidatos e partidos conservar a documentação concernente às suas contas, a teor do que dispõe o art. 32 da Lei nº 9.504/97. [...]

[TSE, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral (AgR-REspE) nº 3993524-43.2009.6.04.0000 (Manaus/AM), Rel. Min. Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira, Diário da Justiça Eletrônico (DJE), 17 mai. 2011, p. 40-41]

Ora, a já citada preocupação não poderia conduzir à fixação do citado prazo de somente 15 dias, o que torna inócua a previsão legal, mesmo que constatado o exagero na posição inicialmente tomada pelo TSE, de fixar como prazo final para a cassação o término do mandato.

## 5 CONCLUSÃO

Chegamos ao fim deste ensaio aptos a confirmar que a evolução do tratamento das questões eleitorais gira, também, em torno da atuação do Poder Judiciário. Este, mais uma vez, é conclamado para apreciar a participação das pessoas jurídicas no financiamento de campanhas eleitorais por meio de (ADI nº 4.650, proposta pelo Conselho Federal da OAB) e o exíguo prazo para propositura de ações contra irregularidades referentes a arrecadação e gastos de campanha (ADI nº 4.532, proposta pelo Procurador Geral da República), comprovando a tendência de relegar ao Judiciário a reforma política que não é exercida pelo Congresso Nacional.

Note-se que a construção de uma ordem política fundada na liberdade, equilibrada pela justiça e orientada para a concórdia, aceitável por todos, depende, em última instância, dos arranjos institucionais de uma consistente e adequada divisão dos poderes (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 79).

Conquanto a movimentação da engrenagem do processo legislativo torne-se difícil no âmbito da reforma eleitoral – o acordo não é algo simples, nesta seara –, não se pode perder de vista que, a partir da dificuldade de girar a engrenagem, estimula-se a participação democrática.

Partindo do pressuposto de que o Estado de Direito é intimamente ligado ao ideal democrático, até por se consubstanciar num dos mais potentes mecanismos de limitação do poder político, o Judiciário deve proporcionar respaldo ao arranjo institucional, o que configura um grande desafio para a democracia contemporânea.

Portanto, apesar de demonstrarmos posicionamento sobre as questões tratadas nas referidas ADIs, não se pode

perder de perspectiva que o quadro revelado traz ao Judiciário novos questionamentos, impõe sérias reflexões acerca da abrangência do seu poder de controle, do diálogo que estabelecerá com o legislador, bem como reaviva a discussão sobre a própria legitimidade democrática para o desempenho de tarefas de perfil político.

### *Referências bibliográficas*

ÀS CLARAS (2012). Mapa de doações eleitorais no Brasil. *Transparência Brasil*, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.asclaras.org.br>>. Acesso em: 6 jan. 2014.

BIBLIOTECA UNIVERSAL. *Bettino Craxi* (verbetes). Disponível em: <[http://www.universal.pt/main.php?id=160&per\\_hom=18909](http://www.universal.pt/main.php?id=160&per_hom=18909)>. Acesso em: 6 jan. 2014.

BOAS, Taylor C.; HIDALGO, F. Daniel; RICHARDSON, Neal P. *The spoils of victory: campaign donations and government contracts in brazil*. Working Paper # 379. The Hellen Kellogg Institute for International Studies, Aug. 2011. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fkellogg.nd.edu%2Fpublications%2Fworkingpapers%2FWPS%2F379.pdf&ei=38oEU7fKCdOHkQfj1oH4Dw&usq=AFQjCNGf7fQxBS-difzhNsTz8Ilixl7-3Q&bvm=bv.61535280,d.eW0>>. Acesso em: 6 jan. 2014.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *A jurisprudência constitucional sobre matéria eleitoral*. São Paulo: Universidade Mackenzie, 2008. Disponível em: <[http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos\\_2008/Controle\\_de\\_consti\\_2008\\_processo\\_constitucional\\_publ\\_mackenzie.pdf](http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Controle_de_consti_2008_processo_constitucional_publ_mackenzie.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2012.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Direito parlamentar e direito eleitoral*. Barueri: Manole, 2004[a].

\_\_\_\_\_. Corrupção e financiamento das campanhas eleitorais. In: ZILVETI, Fernando Aurélio, LOPES, Silvia (coord.). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Atlas, 2004[b].

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Fundamentos constitucionais da participação popular no exercício do poder: garantia da cidadania e dos direitos políticos. *Revista de Mestrado em Direito*, Osasco, ano 8, n. 2, p. 29-50, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. In: ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Silvia (Coord.). *O Regime Democrático e a Questão da Corrupção Política*. São Paulo: Atlas, 2004.

LORENCINI, Bruno César. *O regime jurídico do financiamento eleitoral brasileiro e seu controle por via da transparência: um estudo comparado*. Dissertação de mestrado em Direito Político e Econômico. São Paulo: Universidade Mackenzie, 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp061610.pdf>>

PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. Financiamento de campanha eleitoral: uma visão crítica. *Jornada de Direito Eleitoral da Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região*, 22-24 ago. 2012, São Paulo. Palestra ministrada em 24 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=RkXJVYAffwI>>. Acesso em: 6 jan. 2014.

REIS, Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos. *Financiamento da política no Brasil*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: USP, 2010. Disponível em: <[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde28092010-113713/publico/Daniel\\_G\\_Falcao\\_P\\_Reis\\_Financiamento\\_da\\_politica\\_no\\_Brasil.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde28092010-113713/publico/Daniel_G_Falcao_P_Reis_Financiamento_da_politica_no_Brasil.pdf)>.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SPECK, Bruno Wilhelm. Cinco teses sobre o financiamento da competição política e a proposta da respectiva reforma. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 179, p. 36-37, jun. 2004.

---

1 Sobre o tema, Monica Herman Caggiano (2008, p. 7) destaca o julgamento da Consulta nº 1.398: “o TSE concluiu, por 6 votos a 19, acompanhando o Relator, Ministro César Asfor Rocha, que o vínculo partidário constitui a identidade política do candidato, e que, portanto, os partidos políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda”.

2 O autor, na obra *Financing politics: money, elections and political reform* (Congressional Quarterly Press, Washington, D.C., 1992), menciona a predisposição dos eleitores, as questões de momento e o apoio de vários grupos como fatores mais determinantes do resultado final das eleições, que a riqueza dos concorrentes em si.

3 No original: “*If not decisive, money at least is capable of reducing severe handicaps for most candidates. No candidate can make much of an impression without it, especially a maverick who contests the regulars or a candidate who challenges an incumbent*”.

4 Resumo do artigo: “Quando empresas fazem doações eleitorais, que retorno sobre investimento podem esperar? A resposta depende de que partido que está no governo, e se ele premia seus contribuintes históricos, recompensa doadores de igual para igual, ou recusa-se a ser influenciado por dinheiro corporativo. Neste artigo, aplicamos o método de descontinuidade de regressão a dados eleitorais brasileiros para identificar o efeito de uma vitória eleitoral na obtenção de contratos públicos por empresas que fizeram doações de campanha. As empreiteiras podem esperar um grande aumento nos seus contratos públicos—pelo menos 8,5 vezes o valor das suas contribuições—quando fazem doações a um candidato a deputado federal do Partido dos Trabalhadores (PT) e esse candidato vence a eleição. [...]” (BOAS; HIDALGO; RICHARDSON, 2011).

5 Ainda a propósito das doações em paralelo à contabilidade, Fernando Neves da Silva (em *Financiamento de campanha política e corrupção eleitoral*) (apud REIS, 2010, p. 37) concorda com este diagnóstico, asseverando, inclusive, que se adotado sistema público de financiamento da política, quase certamente ocorrerão doações privadas em paralelo.

6 Sobre o tema: “Bettino Craxi, entre outros líderes políticos influentes e ex-chefes de governo, recebe o primeiro aviso judicial de que estava a ser investigado por corrupção e violação da lei sobre o financiamento dos partidos. O PSI, governado por Craxi durante 16 anos, era um dos partidos envolvidos em esquemas de corrupção e financiamento ilegal”. (BIBLIOTECA UNIVERSAL, s. d.).

7 Tomemos por exemplo uma *holding* que controla outras sociedades em diversos ramos de atuação, sendo uma delas uma concessionária de serviço público. Em relação à concessionária, a norma nega especificamente a sua possibilidade de financiar campanhas ou candidatos nas eleições. Contudo, a própria *holding*, não tendo nenhum contrato com o Poder Público, pode fazê-lo, em razão dessa brecha da lei.

---

A TUTELA DAS CRIAÇÕES INTELECTUAIS E  
A EXISTÊNCIA DO DIREITO DE AUTOR NA  
ANTIGUIDADE CLÁSSICA

*Leonardo Estevam de Assis Zanini*

Pós-doutorando em Direito pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Alemanha. Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP), com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemanha. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal (3ª Região). Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento da Justiça Federal em São Paulo. Bolsista da Max-Planck-Gesellschaft. Ex-Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Ex-Delegado de Polícia Federal. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. Ex-Defensor Público Federal. Ex-bolsista da CAPES.



## A TUTELA DAS CRIAÇÕES INTELECTUAIS E A EXISTÊNCIA DO DIREITO DE AUTOR NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

*Leonardo Estevam de Assis Zanini*

**Resumo:** O artigo aborda a proteção das criações intelectuais nas civilizações da Antiguidade Clássica. Inicia fazendo um breve estudo do tema na Grécia Antiga, passando, em seguida, ao estudo do Direito Romano. Analisa a consciência dos romanos em relação à proteção dos interesses morais do autor, o interesse econômico na produção intelectual e a possibilidade de tutela dos direitos da personalidade do autor pela *actio iniuriarum*. Por fim, aborda a discussão relativa à existência do Direito de Autor na Antiguidade Clássica.

**Palavras-chave:** Direito de autor. Direitos da personalidade. Direitos morais do autor. Direito romano. *Actio iniuriarum*. Direito da Grécia antiga.

*Abstract:* This paper discusses the protection of intellectual creations in the civilizations of Classical Antiquity. It starts with a brief analysis of the topic in Ancient Greece, followed by an examination of the Roman law. The consciousness of the Romans in regard to the protection of the moral interests of authors is analyzed as well as the economic interest in intellectual production and the possibility of safeguarding of the authors' moral rights through the *actio iniuriarum*. Finally, it addresses the debate on the existence of copyright in Classical Antiquity.

**Keywords:** Copyright law. Rights of personality. Authors' moral rights. Roman law. *Actio iniuriarum*. Ancient Greek law.

### 1 INTRODUÇÃO

A tutela das criações intelectuais, na história do Direito, não foi simplesmente ignorada, passando a ser objeto de regulamentação apenas a partir dos decretos

revolucionários franceses de 1791 e 1793. De fato, ainda que de forma incipiente, se compararmos com nossa realidade, há inúmeros registros históricos da proteção do autor em épocas bastante remotas, como é o caso das civilizações grega e romana.

Nesse contexto, para uma melhor compreensão da necessidade de proteção das criações intelectuais na atualidade, focaremos, no presente trabalho, a possível tutela concedida às obras do espírito na Antiguidade, e procuraremos responder à indagação acerca da existência do Direito de Autor nas civilizações grega e romana.

## 2 A PROTEÇÃO AUTURAL NA GRÉCIA ANTIGA

Na Grécia antiga, após o surgimento da escrita, era comum a transcrição de obras de vários escritores, que, a cada nova cópia, sofriam transformações, manipulações e modificações. Tal atividade era considerada lícita, visto que, para os antigos gregos, a imortalidade correspondia à recordação, ao fato de que, após a morte do autor, as novas gerações continuariam a aprender com seu trabalho, não importando se a obra tinha sido alterada (GAUDENZI, 2009, p. 41).

A cultura da época era predominantemente oral, de maneira que a literatura era bastante limitada e tinha que ser avaliada de acordo com as condições existentes. Era então compreensível, até pela necessidade de desenvolvimento das letras, a ausência de punição de determinadas condutas, hoje vedadas pelo Direito de Autor.

Assim, fica evidente que, após a distribuição da “primeira cópia de um livro, o autor não mais podia controlar seu destino”, pois não havia forma alguma de proteger a

integridade de um texto ou de limitar o seu número de cópias (CARBONI, 2010, p. 34).

Em Atenas, entretanto, uma lei do ano de 330 a.C. mostrou-se bastante avançada, ordenando o depósito de cópias exatas das obras dos três grandes clássicos nos arquivos estatais. Com isso, os atores e copistas deveriam respeitar o texto depositado, uma vez que, até então, havia pouca consideração pelo texto original (LIPSZYC, 1993, p. 28).

Também no mundo helênico, por volta de 650 a.C., sabe-se que muitos pintores de vasos, como Aristonotos, Exekias, Eutimedes e Euphiletos, garantiam o reconhecimento da autoria com a aposição de sua assinatura na obra (FRAGOSO, 2009, p. 58), preservando-se, desse modo, o direito de paternidade.

Procedimento semelhante foi adotado pelo renomado poeta Teógnis de Mégara, que criou um sinal identificativo de suas obras, com o objetivo de evitar a sua utilização sem indicação da autoria, bem como para garantir a integridade do texto.<sup>1</sup>

Outra manifestação interessante diz respeito às acusações de plágio. Era bastante comum a promoção de concursos em que o vencedor era aclamado publicamente e recebia prêmios. Em vista disso, sabe-se que acusações por plágio eram frequentes, lembrando Daniel Rocha (2001, p. 14) que:

Philóstrato de Alexandria acusava Sófocles de ter se aproveitado de Ésquilo. A Ésquilo, de ter feito o mesmo com Frínico. A Frínico, de agir assim com seus antecessores.

Platão censurava Eurípedes pela reprodução literal em seus coros da filosofia de Anaxágoras. Aristófanes, em “As rãs”, não poupa Eurípedes, e propõe que se coloque

num prato da balança apenas os seus versos, e no outro, Eurípedes, mulher e filhos e Cephisophon (amigo e colaborador de Eurípedes) com todos os livros. Aristófanes não ficou imune à acusação de haver se aproveitado de Crátinos e Eupólis, o que levou a qualificar este último de “miserável plagiário” de sua obra *Les Chevaliers* (“As nuvens” – verso 553).

É igualmente digno de nota, conforme relatou Suidas, o fato de que “Euforion, filho de Ésquilo, teria conquistado por quatro vezes a vitória nos torneios de tragédia, apresentando peças inéditas de seu pai como suas”. Isso levou Daniel Rocha a afirmar que o filho também herdava a obra intelectual paterna inédita como se fora uma *res* comum.

Por outro lado, não se pode negar o interesse da pólis na coibição do plágio, pela exigência de correta atribuição de autoria dos livros depositados nas bibliotecas gregas (CARBONI, 2010, p. 34).

Vê-se, portanto, que os gregos já tinham uma consciência incipiente acerca da necessidade da proteção da integridade e da paternidade da obra. No entanto, isso não nos permite afirmar que se fazia presente naquela sociedade o Direito de Autor.

### 3 A SITUAÇÃO DO AUTOR NO DIREITO ROMANO

Os romanos não eram dotados de muita imaginação artística; por isso, suas artes derivavam basicamente de influências recebidas de povos conquistados, especialmente dos gregos. Entrementes, é certo que os romanos deixaram sua marca nas artes herdadas (EBOLI, 2006, p. 17) e, ao que tudo indica, também deram sua contribuição, ainda que embrionária, ao que viria a ser conhecido como Direito de Autor.

A ausência de disposição legal específica acerca das criações intelectuais não significou que os escritores e artistas em geral não pudessem ser, de alguma forma e ao menos em tese, amparados pelo Direito Romano (COSTA NETTO, 2008, p. 52).

Ao contrário, pode-se notar que os romanos tinham consciência acerca do direito moral e patrimonial de autor. Apesar disso, não são conhecidas regras específicas a esse respeito e também não são conhecidos casos em que autores contestaram judicialmente o desrespeito à autoria (SCHICKERT, 2005, p. 66).<sup>2</sup>

### 3.1 *A consciência dos romanos em relação aos interesses espirituais e morais do autor*

Os romanos realmente estavam cientes do fato de que a publicação e a exploração da obra guardava íntima ligação com interesses espirituais e morais, tanto é que cabia ao autor a decisão quanto à divulgação, ou não, de seu trabalho, e os plagiadores eram mal vistos pela sociedade (LIPSZYC, 1993, p. 28).

Aliás, em Roma, tal qual na Grécia, era corrente o problema do plágio, palavra que chegou ao português pelo latim (*plagium*), decorrendo das previsões da *Lex Fabia de Plagiariis*, do século segundo antes de Cristo. O plágio do direito romano, entretanto, não tinha nada a ver com a acepção atual da palavra,<sup>3</sup> pois os romanos, sob o nome de *plagium*, puniam “a escravização de homem livre, bem como a compra e venda ou assenhoreamento de escravo alheio” (HUNGRIA, 1982, p. 198).

Contudo, a expressão sofreu desvio semântico, atribuído ao poeta Marco Valério Marcial (42-104 d.C.), que comparou seus epigramas a escravos libertos, os quais estariam nas mãos de um sequestrador de nome Fidentino (*plagiarius*) (REHBINDER, 2010, p. 7).

Marcial escreveu em seus epigramas (Epigrama 30, Livro I): “Segundo consta, Fidentino, tu lês os meus trabalhos ao povo como se fossem teus. Se queres que os digam meus, mandar-te-ei de graça os meus poemas; se quiseres que os digam teus, compra-os, para que deixem de ser meus”. E no quinto Epigrama asseverou ainda o escritor latino: “Quem busca a fama por meio de poesias alheias, que lê como suas, deve comprar não o livro, mas o silêncio do autor” (ROCHA, 2001, p. 15).

Outro caso célebre de plágio envolveu Virgílio e Batilo. O autor da *Eneida*, ainda desconhecido do público, acusou Batilo de se apropriar da paternidade de um texto em honra de Augusto (GAUDENZI, 2009, p. 41). Era época de jogos, e Virgílio escreveu anonimamente, durante a noite, no pórtico do palácio imperial, em honra do imperador, o seguinte dístico:

*Nocte pluit tota, redeunt spectacula mane  
Divisum imperium cum Jove Caesar habet.*<sup>4</sup>

O imperador, então, sentindo-se lisonjeado, quis saber quem tinha escrito os versos, apresentando-se Batilo como o autor. Inconformado, Virgílio, novamente de forma anônima, acrescentou aos versos anteriores mais um outro verso, seguido de quatro outros incompletos e repetidos (MENDES, 2005):

*Hos ego versiculos fecit, tulit alter honoris:  
Sic vos non vobis  
Sic vos non vobis  
Sic vos non vobis  
Sic vos non vobis*

Diante do texto, o imperador Augusto pediu a Bati-lo a sua complementação. No entanto, este não obteve êxito na tarefa, dando espaço para Virgílio, seu verdadeiro autor, que completou os versos da seguinte forma (CHINELLATO, 2008, p. 45; VELASCO, 1993, p. 113):

*Hos ego versiculos fecit, tulit alter honoris:  
Sic vos non vobis nidificates aves,  
Sic vos non vobis vellera fertis oves,  
Sic vos non vobis mellificatis apes,  
Sic vos non vobis fertis aratra boves<sup>5</sup>*

Além desses casos, é marcante uma disputa envolvendo Cícero e o editor Dorus, que foi analisada de forma bastante sóbria por Sêneca, não deixando dúvida acerca da consciência dos romanos em relação à distinção entre a criação intelectual e o suporte físico. Segundo o filósofo romano, o litígio tinha, em realidade, dois lados, visto que Cícero reivindicava seus livros como autor (*auctor*), enquanto que Dorus o fazia como comprador (*emptor*) (FRAGOSO, 2009, p. 199).

Das passagens ora transcritas, ficou evidenciado que os romanos tinham consciência acerca da autoria de uma obra, inclusive distinguindo o suporte físico (*corpus mechanicum*) da criação intelectual propriamente dita (*corpus mysticum*) (CHINELLATO, 2008, p. 32).<sup>6</sup>

Ao lado da consciência dos romanos, resta-nos indagar, todavia, se seria possível a utilização dos instrumentos jurídicos da época para a proteção da obra e do autor.

### 3.2 *A possibilidade de tutela dos direitos da personalidade do autor*

A *actio iniuriarum* era uma demanda relacionada com a *iniuria* e outros delitos semelhantes. Inicialmente, no período da República, o tipo da *iniuria* era interpretado restritamente, pois era necessária para sua configuração uma severa agressão contra uma pessoa. Porém, com o passar do tempo, a *actio iniuriarum* foi envolvendo um número cada vez maior de condutas, como, por exemplo, a contrariedade aos costumes e o ataque à boa fama de uma mulher (SCHICKERT, 2005, p. 63).

A extensão dada pelo pretor ao conceito de *iniuria* acabou assegurando, no decorrer da evolução do Direito Romano, a proteção contra qualquer lesão a um aspecto da personalidade, diferentemente do antigo conceito, que abarcava apenas as lesões físicas (VELASCO, 1993, p. 111).

Assim sendo, especula-se sobre a possibilidade de utilização da *actio iniuriarum* em casos como os de plágio, de publicação sem o consentimento do autor e de desrespeito à integridade da obra (SCHICKERT, 2005). Nessa linha, poder-se-ia afirmar, por exemplo, que a publicação de uma obra sem autorização, por desrespeitar a vontade do autor e, por conseguinte, sua própria pessoa, ensejaria a aplicação da *actio iniuriarum* para garantir a proteção da honra (SCHICKERT, 2005, p. 64).<sup>7</sup>

Esse raciocínio foi complementado por Carlo Fadda, ao esclarecer que, “assim como ofendia a personalidade a ilícita revelação das disposições testamentárias, de segredos familiares ou do conteúdo de uma carta missiva, da mesma forma ofendia a divulgação de uma obra não destinada pelo autor a vir a público” (VELASCO, 1993, p. 112).

A tese poderia ser aplicada em um caso ocorrido em Roma, em que um editor, sem o consentimento do autor, publicou sua obra. Trata-se do quinto livro da obra *De finibus*, que chegou primeiro às mãos de Balbus por meio de Atticus, o que foi severamente criticado por seu autor Cícero, pois isso ocorreu antes mesmo que Brutus, a quem foi dedicada, pudesse ter tido contato com o trabalho. Entrementes, Cícero não chegou a tomar medidas jurídicas contra Atticus, uma vez que possuíam amizade muito próxima (SCHICKERT, 2005, p. 57).

Aliás, não somente a publicação sem autorização, mas também a própria figura do plágio poderia ser considerada ilícita e tutelada pela *actio iniuriarum* (GAUDENZI, 2009, p. 42). Nesse sentido, adverte Velasco que, se considerarmos a obra como projeção da personalidade de seu autor, então o plágio levaria à ofensa da personalidade, e poderia ser punido com o uso da *actio iniuriarum* (VELASCO, 1993, p. 113).

Contudo, ao lado da possibilidade de proteção da autoria, da integridade e do ineditismo, em várias passagens de textos de Marcial fica evidente a possibilidade de transferência da autoria de escritos ainda não publicados, o que certamente configuraria uma afronta ao Direito de Autor atualmente em vigor.

Realmente, conforme alguns doutrinadores, a figura do *ghost writer*, como a conhecemos na atualidade, não era repudiada pelo Direito Romano, eis que, às vezes, era permitido que autores, mediante pagamento, entregassem seus trabalhos não publicados a terceiros, que os assumiriam como seus.<sup>8</sup>

De qualquer forma, o tema é bastante discutível, não sendo possível saber se a autoria poderia ser ocultada por meio de contrato, e se a suspensão de tal obrigação poderia ser conseguida à força, mesmo porque a reconstrução

da exata organização romana existente à época é impossível (SCHICKERT, 2005, p. 72).

### 3.3 *O interesse econômico na produção autoral*

Os romanos tinham plena ciência da existência de interesse econômico na produção autoral. É notório, por exemplo, o benefício pecuniário de que desfrutavam os poetas Horácio e Virgílio junto a Caius Mæcenas, estadista romano cujo nome hoje se presta a designar o patronato das artes (COSTA NETTO, 2008, p. 51).

A existência do interesse econômico também fica patente em uma carta de Cícero dirigida a seu amigo e editor Atticus, em que elogia o excelente trabalho do editor na “venda” do seu discurso *Pro Ligario*, afirmando o autor que, no futuro, entregaria a Atticus, para publicação, o que viesse a escrever (FRAGOSO, 2009, p. 61).

É certo ainda que o interesse despertado pelos espetáculos teatrais abriu novas perspectivas para os autores. De fato, vale lembrar que Terêncio, então escravo cartaginês, recebeu por seus versos seis mil sestércios, pagos pelo edil Cecílio (JORDÃO, 1863, p. 10). Há, igualmente, outro relato da compra de versos do mesmo Terêncio: segundo revelou Seutônio, os edis pagaram oito mil sestércios por duas representações da comédia “O Eunuco” (ROCHA, 2001, p. 15).

Poderíamos, ademais, para reafirmar o interesse econômico na produção intelectual, citar o caso de Plauto, “que adquiriu no teatro uma verdadeira fortuna, perdida depois no comércio, porque era simultaneamente autor, ator e diretor de companhia” (JORDÃO, 1863, p. 12).

Porém, com raras exceções, deve-se notar que havia em Roma um comércio para as criações literárias e artísticas, ao qual os autores estavam sujeitos de maneira muito similar àquela verificada mais tarde, com a invenção da imprensa. Ou seja, em Roma também era evidente a hipossuficiência dos autores.

Os autores não tinham, como os livreiros, relações comerciais para vender e espalhar as obras por Roma e suas províncias. Também não tinham condições de reproduzir as obras, o que demandava trabalho enfadonho e, às vezes, necessitava de um copista com instrução tal, que não era fácil encontrar. Isso sem falar na adulação e no servilismo, especialmente diante dos imperadores, fato que acabava por ofuscar, muitas vezes, o gênio de muitos artistas romanos, que não podiam criar com independência (JORDÃO, 1863, p. 4-7).

Realmente, até mesmo autores de sucesso não chegaram a se beneficiar com os lucros das vendas de seus textos, valendo aqui, mais uma vez, citar Marcial, que, apesar de toda a popularidade, viveu e morreu pobre, escrevendo: “Que me importa saber que os nossos soldados leem meus versos no interior da Dácia, e que os meus epigramas são cantados no fundo da Bretanha, se isto não aproveita à minha bolsa?” (JORDÃO, 1863, p. 3).

Tácito também explicita a situação dos escritores no “Diálogo dos oradores” (*Dialogus de oratoribus*), evidenciando que o interesse moral era quase o único incitamento que impelia boa parte dos autores: “Os versos não dão fortuna, o seu fruto limita-se a um prazer curto, a louvores frívolos e estéreis; e a fama a que os poetas se sacrificam, e que confessam ser o único preço de seus escritos, ainda é inferior à dos oradores” (JORDÃO, 1863, 2-3).

Ademais, é curioso observar que os romanos, tal como corriqueiramente vemos na atualidade, pagavam vultosas quantias por obras de arte de artistas já falecidos. Não davam, no entanto, o mesmo valor ao trabalho dos artistas vivos, o que fica muito claro nas palavras de Sêneca: “Adoramos as imagens e desprezamos os que as esculpem” (cf. EBOLI, 2006, p. 18).

Vê-se, assim, que os autores e artistas, no geral, não obtinham grande compensação financeira pelos seus trabalhos. Eram impulsionados, em realidade, mais pelo interesse moral, pela glória e pelo reconhecimento dos concidadãos do que propriamente pela pretensão de lucro com a exploração da obra.

Enfim, ao lado de todas essas dificuldades, deve-se ainda acrescentar que havia, na sociedade romana, repulsa e reprovação pela conduta do criador que explorava economicamente sua obra, o que configurava mais um obstáculo para o desenvolvimento dos direitos patrimoniais de autor (LEITE, 2009, p. 116).

#### 3.4 *A defesa do autor como um problema atinente aos direitos reais*

O problema atinente ao reconhecimento dos chamados direitos patrimoniais do autor está ligado ao fato de se saber se o Direito Romano admitia a existência de direitos intelectuais. É certo que o livro, antes de sua publicação, era propriedade de seu autor, quem poderia, inclusive, mantê-lo inédito. No entanto, a indagação que deve ser respondida refere-se à situação depois da venda ou da cessão da obra.

Parece-nos acertada, apesar da grande polêmica existente sobre o tema, a posição de Lipszyc (1993, p. 29), ao afirmar que, em Roma, a “criação intelectual era regida pelo

direito de propriedade comum”, pois o autor, ao criar uma obra literária ou artística, produzia uma coisa, que poderia ser alienada por seu proprietário como qualquer outro bem material.

Seja como for, a questão relativa à *res incorporalis* no Direito Romano está longe de ser pacífica. Pode-se citar, nessa linha, o estudo de Marie Claude D’Ock (apud CHINELLATO, 2008, p. 43), que “atesta, com robustez, que havia estruturas sociais e econômicas a demonstrar que a noção de ‘propriedade literária’ em Roma estava presente, ainda que indiretamente e em regiões localizadas”.

A controvérsia surge, precipuamente, em razão do tratamento dado pelo Direito Romano aos textos literários (*scriptura*) e às pinturas (*pictura*).

De acordo com Gaio, se alguém escreve em papiro ou pergaminho, ainda que com letras de ouro, o objeto pertence ao proprietário do papiro ou pergaminho. O mesmo não acontecia na hipótese de pintura, que pertencia ao pintor, a despeito de ter sido feita em tela alheia (ROCHA, 2001, p. 16). O jurisconsulto considerava de difícil explicação a diversidade do tratamento dado ao tema (*cuius diversitate vix idonea ratio redditur*), mas deixou claro que a tela é que acede à pintura (CHINELLATO, 2008, p. 29).

A ideia também foi acolhida por Justiniano, nas *Institutas* (529 a.C.), o que pode ser observado no Livro Segundo, que trata “Da divisão das coisas” (Inst. 2.1.33 e Inst. 2.1.34) (CHINELLATO, 2008, p. 29). De fato, a solução acolhida pelo direito justinianeu é aquela que considerava principal não a coisa de maior valor ou volume, mas sim aquela que imprimia ao todo sua função social. Assim, no caso particular da *pictura*, os sabinianos consideravam principal a tela, enquanto

que os proculianos, a obra pintada. Justiniano, interrompendo a disputa, considerou que o quadro pertencia ao pintor, que deveria, porém, indenizar o valor da tela (SANFILIPPO, 2002, p. 205).

Em relação ao tema, ensina Moreira Alves (1997, p. 299) que, nas hipóteses de acessão de coisa móvel a coisa móvel, “quanto à *scriptura*, sempre se julgou, no direito romano, que o escrito acede ao material sobre o qual se escreve; assim, se alguém escrevesse em material alheio, o escrito passava, materialmente (e não literalmente)” ao dono da matéria.

Já no caso de pintura sobre tela alheia, destaca o romanista que no direito clássico, havia divergência no que toca à solução do problema. Alguns entendiam que “as tintas acediam à tela, e, assim, o proprietário dela se tornava proprietário do quadro; outros eram de opinião contrária – o quadro passava à propriedade do pintor”. No entanto, ao final, como já mencionamos, prevaleceu a tese de que o quadro passava à propriedade do pintor, opinião seguida por Justiniano (ALVES, 1997, p. 299).

Diante das soluções encontradas pelo Direito Romano, bem como com respaldo nas lições de Moreira Alves, conclui Chinellato (2008, p. 32) que “os romanos tinham plena consciência da diferença entre suporte físico da obra e a criação intelectual que deu origem à terminologia de fundamental importância para o direito autoral: *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*”.

Em sentido contrário, Brunner (2004, p. 13) assevera que “o direito romano não conhecia nenhuma diferenciação entre a propriedade do objeto no qual um trabalho intelectual estava incorporado e o trabalho em si mesmo”.<sup>9</sup> Não é

outro o entendimento de Picard (1908, p. 93), ao lembrar que repugnava ao espírito eminentemente positivo e materialista dos romanos a ideia de que “uma coisa puramente intelectual pudesse ser objeto de um direito”.

Levy Maria Jordão (1863, p. 14), com efeito, atento ao problema mencionado, adverte que “a diversidade da solução das duas hipóteses não provinha da diferença entre o papel e a escrita, entre o quadro e a tela”, mas sim, decorria do princípio da *pravaentia*.

Parece-nos, a despeito das inúmeras interpretações voltadas para a análise da questão da *pictura* e da *scriptura*, que os romanos não estavam preocupados com qualquer tipo de questionamento envolvendo uma suposta “propriedade intelectual”, e que tinham em vista apenas a resolução do problema da atribuição da propriedade material, em caso de escrito ou de pintura feitos em bens alheios.<sup>10</sup>

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dessas premissas, é fácil de se constatar que o Direito de Autor não existia em Roma, e muito menos na Grécia. Em Roma, apenas de forma embrionária poderia ser assegurada a proteção de alguns aspectos da personalidade do autor, que, não obstante a ausência de registro histórico, poderiam ser tutelados pela *actio iniuriarum*.

Ainda, ao que tudo indica, os romanos tinham consciência da distinção entre o *corpus mechanicum* e o *corpus mysticum*. Porém, isso não outorgou à *res incorporalis* uma proteção patrimonial. E não poderia ser diferente, pois seria bastante difícil pretender que um povo aristocrático, pragmático e guerreiro, preocupado com questões concretas, pudesse ter reconhecido

ao autor o direito exclusivo de reprodução de sua obra, bem como a remuneração pela produção de cada novo exemplar dela.

Assim sendo, a despeito do comércio de obras intelectuais ter-se desenvolvido muito em Roma, os autores não obtinham grande compensação financeira pelos seus trabalhos, pois acabavam sendo explorados por editores e comerciantes. Por isso, pode-se afirmar que a glória e o reconhecimento dos concidadãos impulsionavam a produção de obras do espírito, ficando o lucro com sua exploração relegado a um segundo plano.

Por conseguinte, acreditamos que, não obstante a importância dos desenvolvimentos ocorridos na Antiguidade Clássica, os direitos autorais não foram reconhecidos nas sociedades grega e romana, pois o que existiu foi apenas uma proteção embrionária e fragmentada de alguns pontos da matéria, que não pode ser comparada com a tutela posteriormente outorgada pelo Estatuto da Rainha Ana (1710) e pelos decretos franceses de 1791 e 1793.

#### *Referências bibliográficas*

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1.

BRUNNER, Richard. *Urheber- und leistungsschutzrechtliche Probleme der Musikdistribution im Internet: unter besonderer Berücksichtigung der Richtlinie 2001/29/EG und ihrer Umsetzung in deutsches Recht*. Berlin: Tenea, 2004.

CARBONI, Guilherme. *Direito Autoral e Autoria Colaborativa: na Economia da Informação em Rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Notas sobre plágio e autoplágio. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 29, p. 305-328, jan./jun. 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. 2. ed. São Paulo: FTD, 2008.

EBOLI, João Carlos de Camargo. *Pequeno Mosaico do Direito Autoral*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2006.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GAUDENZI, Andrea Sirotti. *Il nuovo diritto d'autore*. Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2009.

GAUTIER, Pierre-Yves. *Propriété littéraire et artistique*. 7. ed. Paris: PUF, 2010.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 6.

JORDÃO, Levy Maria. A propriedade litteraria não existia entre os romanos. In: *Historia e Memorias da Academia Real das Sciencias de Lisboa: Classe de Sciencias Moraes, Políticas, e Bellas-lettas*, tomo II, parte II. Lisboa: Academia, 1863, p. 1-15.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Plágio e Outros Estudos em Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 1993.

MENDES, Mauro. *Virgílio e os cantadores*. Salvador, 3 mai. 2005. Disponível em <[http://www.arquivors.com/mmendes\\_virgilio.pdf](http://www.arquivors.com/mmendes_virgilio.pdf)>. Acesso em: 9 jan. 2011.

PICARD, Edmond. *Le Droit Pur*. Paris: Ernest Flammarion, 1908.

REHBINDER, Manfred. *Urheberrecht*. 16. ed. München: C. H. Beck, 2010.

ROCHA, Daniel. *Direito de autor*. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001.

SANFILIPPO, Cesare. *Istituzioni di diritto romano*. 10. ed. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002.

SCHICKERT, Katharina. *Der Schutz literarischer Urheberschaft im Rom der klassischen Antike*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. “Actio iniuriarum” e direito de autor. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 17, p. 109-114, jan./mar. 1993.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O Estatuto da Rainha Ana: estudos em comemoração dos 300 anos da primeira lei de copyright. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 39, dez. 2010. Disponível em <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo\\_zanini.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao039/leonardo_zanini.html)>. Acesso em: 10 jan. 2013.

---

1 Vide Fragoso (2009, p. 56-57): “Teógnis dedica os seus poemas ao jovem Cirno, citando seu nome em todos os seus prólogos. A certa altura de sua vida, certamente provocado pelas inúmeras utilizações de sua obra, com deturpação dos textos originais, o poeta assim

manifestou-se: ‘Cirno, tive a sensata idéia de estampar nos meus versos o meu selo, de tal modo que nunca ninguém possa roubá-los clandestinamente nem tomar por mau o que neles há de bom, mas digam todos: estes são versos de Teógnis de Mégara, famoso entre todos os homens’”.

2 Reh binder (2010, p. 7), igualmente, aponta a inexistência, na Antiguidade, do reconhecimento de um direito do autor a um bem espiritual, não obstante a perfeita consciência acerca de uma “propriedade espiritual”.

3 Conforme esclarece Chinellato (2012, p. 306), durante a Renascença, os “jurisconsultos Duareno e Tomásio concluíram que o plágio era punido pela *Lex Fabia de Plagiariis*, entendimento que foi seguido por autores modernos, o qual, no entanto, baseou-se em erro”.

4 “Chove a noite toda, de manhã recomeçam os jogos. Deste modo, César divide o poder com Júpiter”. Tradução de Mauro Mendes (2005).

5 “Eu escrevi estes versos, outro ficou com as honrarias: Assim vós, aves, não fazeis os ninhos para vós, assim vós, ovelhas, não produzis a lã para vós, assim vós, abelhas, não fabricais o mel para vós, assim vós bois, puxais o arado, mas não para vós”. Tradução de Ignácio Maria Poveda Velasco.

6 Não é outra a lição de Gautier (2010, p. 13), que destaca que os romanos conheciam perfeitamente a noção de obra do espírito, de maneira que foram os pioneiros no que toca à distinção entre o suporte material e a obra do espírito.

7 Na mesma linha, Santos Cifuentes (2008, p. 193-194) aduz que os romanos “não concebiam que os frutos da inteligência ou da inspiração artística pudessem ser matéria de um *ius* especial; que o pensamento representaria um bem suscetível de proteção, à parte da matéria que serve de suporte”. Entretanto, lembra que se recorria à *actio iniuriarum* “quando a violação importava um ataque à personalidade, em particular se não se havia cedido a obra a ninguém”.

8 Marcial, por exemplo, menciona um certo Paulo, que comprou poesias e as recitou como suas. E o próprio Marcial exigiu várias vezes de Fidentino a compra da autoria de textos, os quais poderiam, posteriormente, ser recitados em conformidade com o direito, visto que até então Marcial denominava-se *dominus* de suas poesias (SCHICKERT, 2005, p. 71).

9 Tradução livre: “*Das römische Recht kannte keine Differenzierung zwischen dem Eigentum an dem Gegenstand, in dem ein geistiges Werk verkörpert war und dem Werk selbst*”.

10 Nesse sentido também se manifesta Reh binder (2010, p. 7), para quem a disputa entre os sabinianos e proculianos sobre a pintura ou escrita feita em objeto alheio diz respeito meramente ao problema da aquisição da propriedade de um novo bem, que surge como decorrência de uma especificação, não tendo a discussão nenhuma relação com o direito aos bens intelectuais.



A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NOS  
CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS E  
CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA \*

*Marcelo Leles de Aguiar*

Juiz Federal Substituto (3ª Região)

---

\* Artigo apresentado à Escola de Magistrados para avaliação de aproveitamento de curso (Vitalicamento dos Juízes Federais Substitutos, 11-15 jun. 2012).



## A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL NOS CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS E CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

*Marcelo Lelis de Aguiar*

Resumo: Neste estudo, aborda-se, com enfoque prático, a competência da Justiça Federal para processar os crimes contra as finanças públicas e contra a ordem tributária.

Palavras-chave: Direito penal. Ordem tributária. Finanças públicas. Competência da Justiça Federal.

*Abstract: This paper addresses the delimitation of the jurisdiction of federal courts over prosecution of crimes against the public finances and the tax system.*

*Keywords: Criminal law. Tax system. Public finances. Jurisdiction of Federal Courts.*

### 1 INTRODUÇÃO

Neste estudo, abordamos a competência da Justiça Federal, no que tange aos crimes contra as finanças públicas e contra a ordem tributária, sem a pretensão de esgotar o tema ou de minudenciá-lo nos âmbitos material ou processual penal. Propomo-nos, apenas, a auxiliar a tarefa prática de delimitação da competência da Justiça Federal para processar tais crimes.

O art. 109 da Constituição Federal fixa, de forma taxativa, os crimes que a Justiça Federal tem competência para processar e julgar.<sup>1</sup> Em especial, seu inciso VI, parte final, prevê serem da competência da Justiça Federal os crimes, “nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”. Isso significa que os crimes desta espécie, vale dizer, com esta objetividade jurídica, não

são, automaticamente, de competência da Justiça Federal, se não quando a própria lei assim determinar.

É necessário, contudo, observar todos os demais incisos do art. 109 da Constituição para delimitar a competência da Justiça Federal, pois, nos casos de crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ainda que não haja adequação típica, decorrente da legislação infraconstitucional, subsistindo lesão a bens, serviços ou interesses da União, a competência da Justiça Federal torna-se imperativa, não por aplicação ao inciso VI, mas em decorrência do inciso IV do mesmo dispositivo constitucional – ou, se for o caso, por previsão em outro inciso do art. 109.

Por bens entende-se o patrimônio da União, elencado no art. 20, incisos I a XI, da Constituição Federal. Interesse, por sua vez, é o proveito, a utilidade, a conveniência e a pretensão do ente federal. Finalmente, serviços são as atividades administrativo-públicas que a União exerce, por meio de seus entes federais constituídos,<sup>2</sup> por descentralização ou desconcentração administrativa,<sup>3</sup> podendo tais entes serem assim sintetizados, conforme indicação de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010. p. 230-231):

- União: engloba todos os órgãos da Administração direta, tal como ministérios, departamentos, abrangendo seus serviços, interesses e patrimônio.

- Autarquias: [...] são “pessoas jurídicas de direito público, com capacidade exclusivamente administrativa, criadas por lei específica para exercerem, em caráter especializado e com prerrogativas públicas, atividades típicas referentes à prestação de certos serviços públicos”. Ex.: Banco Central do Brasil; INSS; Agências Reguladoras (ANATEL, ANEL, etc.).

- Empresa pública: entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e

capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (art. 5º, inciso II do Decreto nº 200/67).

Ex.: Caixa Econômica Federal; Correios.

- Fundação pública: entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado,<sup>4</sup> sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes (art. 5º, inciso IV do Decreto-Lei nº 200/67).

Dessa forma, para ser fixada corretamente a competência, determinando-se qual Justiça julgará o processo que versa sobre crimes cometidos contra a ordem econômico-financeira, indispensável se faz a análise das disposições constantes na legislação infraconstitucional, sempre sob a iluminação dos dispositivos constitucionais regentes do tema. Dessarte, não obstante o art. 109 da Constituição ser a pedra angular de edificação da competência da Justiça Federal, por vezes, a delimitação da competência advém da legislação ordinária – sempre com amparo na Carta Magna, pois é impossível a existência válida de texto legal que lhe seja contrário.<sup>5</sup>

Assim, quando tratamos dos crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem econômico-financeira, imprescindível a análise das disposições legais, tais como as Leis nº 7.492/1986, nº 4.595/1996, nº 8.176/1991, nº 8.137/1990, o Código Penal, entre outras, para delimitação da competência da Justiça Federal. Nesse diapasão, por exemplo, os crimes capitulados na Lei de Economia Popular, por inexistir pre-

visão legal delimitando a competência da Justiça Federal, em regra, são processados e julgados na Justiça dos Estados,<sup>6 7</sup> nos exatos termos da Súmula nº 498 do Supremo Tribunal Federal: “Compete à Justiça dos Estados, em ambas as instâncias, o processo e julgamento dos crimes contra a economia popular”.

## 2 CRIMES CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS. CÓDIGO PENAL, TÍTULO XI, CAPÍTULO IV

Os crimes contra as finanças públicas foram introduzidos em nosso ordenamento jurídico por meio da incorporação realizada no Código Penal pela Lei nº 10.028/2000, que acrescentou o Capítulo IV (“Dos crimes contra as finanças públicas”) ao Título XI (“Dos crimes contra a Administração Pública”), da sua Parte Especial.

O novel capítulo buscou tipificar condutas diametralmente opostas às tratadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101/2000, que implementou normas voltadas para a responsabilidade na gestão das finanças públicas.

Assim, nos termos da Lei Complementar nº 101/2000, a responsabilidade, na gestão fiscal, pode ser definida como “a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas, bem como a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social” e outras dívidas legais (art. 1º, § 1º). A responsabilidade fiscal, segundo Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini (apud BALTAZAR JÚNIOR, 2009. p. 248), está ancorada em quatro

pilares principais: planejamento, transparência, controle e responsabilização.

Por sua vez, o bem jurídico tutelado são “as finanças públicas”, que consistem na proibição de “gastar mais do que se arrecada e comprometer o orçamento (CF, art. 165) além do que a lei permite” (BALTAZAR JÚNIOR, 2009. p. 248). Celso Delmanto et al. (2010, p. 1032), em nota explicativa à introdução do capítulo que versa sobre os crimes contra as finanças públicas, prelecionam que a *mens legis* dessa normatização é “preservar a saúde das finanças públicas”, pois, “a LC nº 101, de 4.5.2000, estabeleceu normas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, a fim de prevenir riscos e corrigir desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas”.

A Lei de Responsabilidade Fiscal obriga a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, compreendendo: (i) os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, os Tribunais de Contas e o Ministério Público; e (ii) as administrações diretas, os fundos, as autarquias, as fundações e as empresas estatais dependentes (art. 1º, § 3º). Essa lei traçou diretrizes para que os entes públicos tenham hígidez econômico-financeira. Em complemento, visando dar concretude a essas metas, foi editada a Lei nº 10.028/2000, responsável por capitular penalmente diversas condutas atentatórias às diretrizes traçadas na lei complementar.

Com efeito, a Lei nº 10.028/2000, em seu art. 2º, acrescentou os arts. 359-A a 359-H ao Código Penal. Assim, foram atacados dois flancos: tanto a parte administrativo-financeira dos entes estatais, com sanções dessa seara, quanto os ilícitos penais, destinados aos agentes públicos responsáveis pela condução da Administração.

Destarte, para delimitação da Justiça apta a processar e julgar os feitos relacionados a tais crimes, é imprescindível conhecer a qual ente político o órgão – entidade ou agente – encontra-se vinculado. Se inserido na pirâmide estrutural da União, ou seja, sendo um ente ou agente federal, a competência será da Justiça Federal, observando-se, sempre, as competências especiais decorrentes da prerrogativa de função (*ratione personae*) do agente – Tribunais Regionais, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Ademais, também devem ser analisadas as diversas legislações existentes, efetivando o princípio da especialidade em um eventual concurso aparente de normas. Isso porque a Lei nº 10.028/2000 também realizou incursões: (i) na Lei nº 1.079/1950, que versa sobre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, entre outros agentes públicos; e (ii) no Decreto-lei nº 201/1967, que trata dos ilícitos perpetrados por prefeitos.

Por fim, cabe aqui citar, brevemente, os tipos de delitos relacionados às finanças públicas, constantes nesse Capítulo IV: contratação de operação de crédito sem prévia autorização legislativa (art. 359-A); inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar (art. 359-B); assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura (art. 359-C); ordenação de despesa não autorizada (art. 359-D); prestação de garantia graciosa (art. 359-E); não cancelamento de restos a pagar em valor superior ao permitido (art. 359-F); aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura (art. 359-G); e irregular oferta pública ou colocação de títulos no mercado (art. 359-H).<sup>8</sup>

### 3 CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – LEI Nº 8.137, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1990

Os crimes contra a ordem tributária<sup>9</sup> são espécies de crimes econômicos. São também catalogados nessa espécie criminológica os delitos contra a economia popular (Lei nº 1.521/1951), o sistema financeiro (Lei nº 7.492/1986), o consumidor (Lei nº 8.078/1990), as relações de consumo (Lei nº 8.137/1990, art. 7º) e a ordem econômica (Lei nº 8.137/1990, art. 4º, e Lei nº 8.176/1990) (BALTAZAR JÚNIOR, 2009, p. 417).

A objetividade jurídica nos crimes contra a ordem tributária é a arrecadação tributária. Esta pode ser definida como o mecanismo destinado à formação de receita pública pela “percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais” (SALOMÃO, 2001, p. 188). O Professor e Juiz Federal José Paulo Baltazar Júnior (2009, p. 418) ressalta, ainda, que

o bem jurídico protegido é a integridade do erário (TRF4, AC 1999.71.00.013749-2/RS, Fábio Rosa, 7ª T. u. 11.2.03) ou a ordem tributária, entendida como o interesse do Estado na arrecadação dos tributos, para a consecução de seus fins. Cuida-se de bem macro-social, coletivo. Secundariamente, protegem-se a Administração Pública, a fé pública, e a livre concorrência, consagrada pela Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV), uma vez que o empresário sonegador poderá ter preços melhores do que aquele que recolhe tributos, caracterizando uma verdadeira concorrência desleal.

Os tipos penais abarcados pela denominação “crimes contra a ordem tributária”<sup>10 11</sup> abrangem não apenas os descritos na Lei nº 8.137/1990, que poderiam ser denominados

crimes contra a ordem tributária estrito senso, mas todos aqueles que têm por finalidade proteger o bem jurídico “arrecadação tributária”, tais como os crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A), sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A) e descaminho (art. 334, segunda parte), todos previstos no Código Penal (FULLER, 2010, p. 451).

Antes de abordar, especificamente, a Lei nº 8.137/1990, é importante esclarecer que o legislador ordinário utilizou alguns critérios distintivos para delimitar o âmbito de abrangência de cada tipo penal existente no universo do Direito Penal Tributário, podendo alguns tipos abarcarem várias espécies de tributos, e outros, apenas algumas espécies tributárias.

Nesse diapasão, se a conduta criminosa é realizada para impedir a correta incidência de um tributo em geral, pode subsumir-se na adequação típica prevista nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137/1990. De outro lado, caso a conduta criminosa seja perpetrada para lesar a arrecadação de contribuição social para custeio da seguridade social, aplicam-se os arts. 168-A e 337-A do Código Penal. Finalmente, se a ação objetivar iludir o pagamento de um tributo devido em razão da entrada ou da saída de produtos do território nacional, configura-se o crime de descaminho, previsto no art. 334, *caput*, segunda parte, também do Código Penal (FULLER, 2010, p. 451).

A discriminação apresentada é de grande relevância, pois, de acordo com o tributo que se buscou elidir, ter-se-á delimitada a Justiça competente para conhecimento da ação. Nos tributos em que a competência tributária<sup>12</sup> é conferida à União, ocorrendo crime, consumado ou tentado, contra sua

administração arrecadatória, a competência será da Justiça Federal, por subsistir infração penal praticada “em detrimento de bens, serviços ou interesse da União”, nos moldes preconizados no inc. IV do art. 109 da Constituição Federal.

Sendo o ente lesado em sua arrecadação tributária um dos aspectos determinantes para delimitar o âmbito da Justiça competente para processamento dos crimes contra a ordem tributária, passar-se-á rapidamente pelas espécies tributárias existentes, a fim de possibilitar melhor compreensão do tema, com especial enfoque, em razão da finalidade deste trabalho, aos tributos de competência da União.

Assim, entre as várias teorias que tentam sistematizar a ordem tributária brasileira, tem preponderado a teoria pentapartida ou quinquipartida, que defende a existência de cinco principais espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhorias, empréstimos compulsórios e contribuições parafiscais ou especiais.<sup>13</sup>

Os impostos atribuídos exclusivamente à União são aqueles delimitados na própria Constituição Federal: (i) importação de produtos estrangeiros (art. 153, I); (ii) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (art. 153, II); (iii) renda e proventos de qualquer natureza (art. 153, III); (iv) produtos industrializados (art. 153, IV); (v) operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (art. 153, V); (vi) propriedade territorial rural (art. 153, VI); (vii) grandes fortunas, nos termos de lei complementar (art. 153, VII); (viii) extraordinário de guerra (art. 154, II); e (ix) residuais, mediante lei complementar (art. 154, I). Assim, quaisquer condutas, tipificadas penalmente, e praticadas com o fim precípua de impedir a correta incidência

desses impostos, ensejarão a competência da Justiça Federal para processamento do feito, diversamente do que ocorre com os impostos previstos nos arts. 155 e 156 da Constituição, que prescrevem tributos de competência dos Estados e Municípios, respectivamente, e em conjunto, para o Distrito Federal: a competência para processamento dos crimes praticados contra essas Fazendas Públicas será das Justiças dos Estados.

Já os crimes que visem lesar a arrecadação tributária decorrente de taxas (art. 145, II, da Constituição) – em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição – e de contribuições de melhoria (art. 145, III, da Constituição) – decorrentes de obras públicas –, ambos poderão tanto ser da competência das Justiças dos Estados como da Justiça Federal, devendo ser aferido qual ente federativo é o sujeito ativo da relação jurídica tributária. Em caso de lesão à incidência, exclusiva ou concorrente, de alguma taxa ou contribuição de melhoria instituída pela União, a competência constitucional especial federal preponderará sobre a estadual.

Os empréstimos compulsórios, delimitados no art. 148 da Constituição Federal, que somente podem ser instituídos por lei complementar para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência, e no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, são de competência tributária exclusiva da União, motivo por que qualquer crime perpetrado contra sua arrecadação determinará a competência da Justiça Federal.

Por fim, encerrando esta breve incursão na classificação doutrinária dos tributos, cabe analisar as contribuições especiais, que se subdividem em: (i) contribuições sociais: (a) de seguridade social (art. 195, I, II, III e 239 da Constituição); (b) outras de seguridade social (art. 195, § 4º da Constituição); (c) sociais gerais (art. 6º, III; art. 212, § 5º e art. 240, todos da Constituição); e (ii) especiais: (a) de intervenção no domínio econômico (art. 149 da Constituição); e (b) corporativas (art. 149 da Constituição). Quaisquer dessas contribuições têm por sujeito ativo a União ou suas autarquias, razão por que, conforme já ressaltado, os crimes que recaírem sobre referidas exações serão de competência da Justiça Federal.

Imprescindível ressaltar, após esses esclarecimentos singelos sobre a ordem tributária, que os crimes contra a seguridade social – arts. 168-A e 337-A do Código Penal – cabem somente nos casos que envolvem contribuições sociais de seguridade social e outras de seguridade social. Já nas contribuições sociais gerais – v.g. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e salário educação – aplica-se a lei geral dos crimes contra a ordem tributária, Lei nº 8.137/1990 (FULLER, 2010, p. 454), não subsistindo a especialidade desta lei – *lex specialis derogat generalis*.

É de se registrar, ainda, que as contribuições do segurado facultativo do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), previstas no art. 14 da Lei nº 8.212/1991, por serem desprovidas de compulsoriedade, não perfazem a espécie tributo. Assim, quaisquer ilícitos penais que venham a ser praticados envolvendo tais “prêmios de seguro”<sup>14</sup> não serão crimes contra a ordem tributária, mas eventuais crimes contra o patrimônio – furto, apropriação indébita, estelionato, etc.

–, ou contra a administração pública – peculato, corrupção passiva, etc. A competência, nestes casos, será delimitada pelo sujeito passivo do crime: se perpetrado contra a autarquia previdenciária ou a União, será competente a Justiça Federal; se realizado contra o segurado, competente a Justiça Estadual.<sup>15</sup>

Após essas considerações acerca dos tributos, passemos, mais detidamente, à análise da competência nos tipos penais previstos na Lei nº 8.137/1990.

A Lei nº 8.137/1990 apresenta a seguinte estrutura:

CAPÍTULO I – Dos Crimes Contra a Ordem Tributária  
Seção I – Dos crimes praticados por particulares (arts. 1º e 2º)  
Seção II – Dos crimes praticados por funcionários públicos (art. 3º)  
CAPÍTULO II – Dos Crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo (arts. 4º e 7º – os arts. 5º e 6º foram revogados pela Lei nº 11.529/11)  
CAPÍTULO III – Das Multas (arts. 8º a 10)  
CAPÍTULO IV – Das Disposições Gerais (arts. 11 a 23 – arts. 13, 14 e 18 vetados ou revogados por legislação posterior)

Os arts. 1º e 2º, constantes na Seção I, tratam de crimes praticados por particulares contra a Administração Pública Fazendária, ou seja, de pessoas estranhas aos quadros da Administração – *extraneus* (FULLER, 2010, p. 570) – tendo por tipo objetivo, o art. 1º, suprimir ou reduzir tributo por meio das condutas descritas em seus cinco incisos (I a V), configurando, assim, crime material;<sup>16 17</sup> o art. 2º, por sua vez, aponta, também em cinco incisos (I a V), diversas condutas que perfazem o crime contra a ordem tributária – crime formal.<sup>18</sup>

O crime definido no art. 2º é de menor potencial ofensivo, devendo ser processado, em regra, no Juizado Especial

Criminal correspondente, salvo nos casos de crime continuado ou de concurso formal,<sup>19</sup> fenômenos jurídicos que determinam o processamento nas Justiças Comum, Federal, Estadual ou do Distrito Federal, conforme seja o tributo de competência desses respectivos entes federativos (FULLER, 2010, p. 454).

Já o art. 3º, inserto na Seção II, prevê os crimes funcionais, praticados por funcionários públicos – *intranseus* (FULLER, 2010, p. 454) –, que são tipos especializados, em comparação aos previstos no Código Penal. A Súmula nº 254 do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) já destacava a competência da Justiça Federal para processamento dos crimes praticados por funcionários públicos federais, que, no tipo em análise, serão, em regra, funcionários públicos da Administração Pública Fazendária Federal, no exercício de sua função. Confira-se: “Súmula TRF nº 254. Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionadas”.

Os arts. 4º e 7º versam acerca de crimes praticados contra a ordem econômica de forma estrita (art. 4º) e contra as relações de consumo (art. 7º). A Lei nº 12.529/2011 realizou diversas alterações no art. 4º, revogando alguns dispositivos e alterando outros. Configuram, em regra, crimes de competência da Justiça dos Estados-membros.

Os demais dispositivos da lei em comento tratam da aplicação de multa (arts. 8º a 10), de disposições gerais de aplicabilidade (arts. 11 a 17) e de alterações legislativas (arts. 18 e seguintes).

Retomando a questão da competência para processamento dos crimes contra a ordem tributária na Justiça Federal, passamos à análise de alguns julgados dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Superiores, a fim de aferir, pragmaticamente, o objeto aqui versado, nas hipóteses de maior relevância ao estudo do tema competência.

Conforme já ressaltado, um dos fatores determinantes para delimitar a competência da Justiça Federal nos crimes contra a ordem tributária consiste em o objeto material do crime ser tributo federal. Ademais, ocorrendo delitos conexos ou continentes, abarcando tributos federais e de outros entes federativos – estaduais, municipais ou distritais – a Justiça processante será a Federal, nos termos cristalizados na Súmula nº 122 do Superior Tribunal de Justiça: “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”.

Trazemos à colação ementas de julgados de relatoria do Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e da Desembargadora Federal Vesna Kolmar, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ambos acerca do tema, pela clareza com que explicitam a competência da Justiça Federal em caso de processamento de feito em que ocorre a perpetração de crimes federais e estaduais, concomitantemente:

EMENTA: PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SONEGAÇÃO FISCAL (ART. 1º, INC. II, DA LEI Nº 8.137/90). OFENSA A BENS-INTERESSES DA UNIÃO E DO ESTADO. PREVALÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA Nº 122 DO STJ. RECURSO PROVIDO.

1. In casu, os agentes foram denunciados pelo suposto cometimento de sonegação fiscal (artigo 1º, inciso II,

da Lei nº 8.137/90) em virtude da prática de contabilidade paralela – eis que, por meio de conduta única (fraudar a fiscalização através do chamado “caixa dois”) se liberaram não só do pagamento do imposto de renda e outros tributos federais (CSSL, FINSOCIAL, PIS e COFINS) mas também do ICMS, este de natureza estadual.

2. Houve, assim, afetação de bens tutelados por ordens jurídicas diversas – federal e estadual – podendo-se afirmar, *prima facie*, a ocorrência de concurso formal entre, ao menos, dois delitos, na forma do art. 70 do CP.

3. Destarte, a competência para julgamento dos delitos perpetrados seria fixada pela continência por cumulação objetiva, prevista no art. 77, inc. II, do CPP. No entanto, como houve ofensa a interesses da União (art. 109, inciso IV, da CF/88) prevalece a competência federal, na linha da Súmula nº 122 do Superior Tribunal de Justiça – dispondo que “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”.

4. Em nada prejudica a inteligência aqui prelecionada o fato de dispor o artigo 80 da Lei Adjetiva que “será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”. Isso porque a cisão facultada por tal dispositivo só é válida em favor de outro órgão da mesma justiça (vale dizer, seria cabível, *v.g.*, se o magistrado federal separasse e enviasse o feito a outro Juiz Federal, e não do Estado, como sucedeu na hipótese).

5. Recurso provido, firmando a competência da Vara Federal Criminal de Caxias do Sul/RS para processar e julgar o feito.

[TRF4, Recurso em sentido estrito nº 2002.71.07.017081-3, Oitava Turma, Relator para o acórdão Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, DJ 26 nov. 2003, sem grifos no original.]

Ementa: HABEAS CORPUS. LEIS N. 7.492/86, 1.521/51, 9.613/98 E 8.137/91. ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TRANCAMENTO

DA AÇÃO PENAL. PARTICIPAÇÃO NA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. CONTRADIÇÃO DA DENÚNCIA. INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. CRIME ESTADUAL CONEXO. LAVAGEM DE DINHEIRO. DENÚNCIA GENÉRICA. AMPLA DEFESA. SONEGAÇÃO FISCAL. INCLUSÃO NO PAES. DELITO DE QUADRILHA. RÉU QUE SE DEFENDE DOS FATOS. [...]

1. Paciente denunciada por crimes contra o sistema financeiro nacional (Lei nº 7.492/86), contra a economia popular (Lei nº 1.521/51), lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), ordem tributária (Lei nº 8.137/91) e quadrilha ou bando (art. 288 do CP). [...]

5. Ausência de contradição da denúncia. Descrição tanto de prática de crime contra o sistema financeiro quanto de crime contra a economia popular. Natureza da relação contratual entre as partes, para eventualmente excluir o delito previsto no artigo 16 da Lei nº 7.492/86, é matéria que, também, depende de prova.

6. Existência de crimes que envolvem interesses da União Federal. Competência da Justiça Federal, que atrai a competência para julgamento de delitos estaduais conexos (Súmula nº 122 do STJ). [...]

10. Ordem prejudicada em relação ao pedido de revogação da prisão preventiva e, no mais, denegada.

[TRF3, Habeas corpus nº 16.867, Processo nº 0016120-60.2004.4.03.0000, Primeira Turma, Relª. Desª. Fed. Vesna Kolmar, DJU 29 jun. 2004, sem grifos no original.]

Assim, conforme verificado nos julgados, afere-se a competência da Justiça Federal quando ocorrer lesão à arrecadação de outros entes federativos, se também subsistir dano à ordem tributária federal, notadamente se os crimes praticados forem conexos ou continentes. Nesse diapasão, também serão de competência federal os crimes tributários praticados contra o regime único de arrecadação de impostos e contribuições da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, instituídos pela Lei Complementar nº 123/2006, com suas posteriores alterações, denominado

usualmente de “Simples Nacional” ou “Super Simples”.<sup>20</sup> Outra não é a situação que ocorre nos parcelamentos realizados nos programas de recuperação fiscal, tais como os previstos nas Leis nº 9.964/2000, nº 10.684/2000, nº 11.941/2009, nº 12.249/2010 e nº 12.382/2011, entre outros, que também transferem a competência à Justiça Federal.

De outro lado, inexistindo conexão ou continência entre os delitos, nos termos dos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal, cada crime será processado na Justiça que for competente, em razão da espécie de tributo sonegado. Este acórdão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Jorge Mussi, bem exemplifica:

**Ementa:** HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. FATOS DISTINTOS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Não há que se falar em *bis in idem* se os fatos que deram origem a duas ações penais distintas não são os mesmos.

2. Destaque-se que o recorrente foi condenado em ação penal que tramitou perante a Justiça Federal pela prática do delito tipificado no art. 1º, I e II da Lei n.º 8.137/90, em razão da ausência de recolhimento de tributos federais, referentes aos anos-calendário de 1998 e 1999 (existência de diversas notas fiscais não contabilizadas relativas a compras efetuadas nos anos de 1998 e 1999). Nos autos da ação penal que tramita perante a Justiça Estadual, a qual se pretende a extinção, apesar de ter sido o recorrente denunciado como incurso na mesma figura típica, o fato que a originou é completamente distinto, qual seja, ausência de recolhimento de tributo estadual - ICMS - ocorrida no exercício de 2003 (o lucro bruto declarado pela empresa naquele ano foi inferior ao valor das despesas efetivadas).

INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO ENTRE OS CRIMES APURADOS NA AÇÃO PENAL FEDERAL E NA ESTADUAL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 122 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR O

PACIENTE NO QUE SE REFERE AO DELITO POR SONEGAÇÃO DE ICMS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Muito embora o enunciado da Súmula 122 deste Superior Tribunal de Justiça estabeleça que “compete à Justiça Federal o processo e o 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”, o certo é que no caso em apreço não se pode falar que os delitos em tese praticados pelo recorrente sejam conexos, não se enquadram em nenhuma das hipóteses de conexão previstas no artigo 76 do Código de Processo Penal.

2. Assim, não há quaisquer motivos que justifiquem a competência da Justiça Federal para apreciar o crime contra a ordem tributária em tese cometido pelo recorrente, cujo processamento deve permanecer na esfera da Justiça Estadual.

3. Recurso a que se nega provimento.

[STF, Recurso ordinário em habeas corpus nº 32.382/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julg. em 26 jun. 2012, DJe 1 ago. 2012, sem grifos no original.]

Definida a Justiça competente, Federal ou Estadual, o local onde se consuma o crime, ou onde ocorre a tentativa, será o foro competente para ajuizamento e processamento da ação – competência *ratione loci*.<sup>21</sup> Assim, se a lesão aos interesses da Administração Pública Fazendária foi perpetrada em determinada subseção da Justiça Federal – ou comarca, na Justiça Estadual –, nesta localidade deverá ser proposta a ação penal. A jurisprudência é uníssona nesse sentido, conforme pode ser aferido do seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, mesmo tratando de crime de competência da Justiça Estadual, exemplifica o assunto:

**Ementa:** PROCESSO PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. DECLARAÇÃO FALSA DE ENDEREÇO DOMICILIAR PARA PAGAMENTO, A MENOR, DE IPVA EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA.

CRIME-MEIO NECESSÁRIO PARA A FRUSTRAÇÃO DO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO NO ESTADO DE ORIGEM. DELITO TRIBUTÁRIO (ART. 1º DA LEI 8.137/90). CRIME MATERIAL. COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE VERIFICADO O PREJUÍZO FISCAL. PARECER MINISTERIAL PELA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

1. O propósito do fato investigado é a frustração do recolhimento do tributo (IPVA). Para a consecução do fim almejado, imprescindível o crime de falso, uma vez que só por ele é possível o registro do veículo no órgão de policiamento de trânsito de Unidade da Federação diferente daquela em que o investigado tem domicílio.

2. Diante desse quadro, fica absorvido a falso pelo fato praticado em detrimento da ordem tributária.

3. Para a apuração de eventual delito fiscal (art. 1º da Lei 8.137/90), a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior é quanto a competir ao Juízo do local onde verificado o prejuízo fiscal, haja vista ser crime material a exigir resultado previsto na norma para a consumação, de acordo, ainda, com o lançamento administrativo concluído nessa mesma localidade.

4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Campinas/SP, o suscitado, em consonância com o parecer ministerial.

[STJ], Conflito de competência nº 96.888/PR, Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julg. em 5 dez. 2008, DJe 19 dez. 2008, sem grifos no original.]

Note-se a competência federal subsistente no caso da prática de crime-meio de competência da Justiça Federal, absorvido por crime-fim de competência da Justiça dos Estados. Exemplificando: no caso de apresentação de documento falso, em repartição pública federal, visando perpetrar crime de sonegação fiscal de tributo<sup>22</sup> estadual ou municipal, mesmo ao se aplicar o princípio da consunção ou absorção,<sup>23</sup> a competência será da Justiça Federal.<sup>24 25</sup> Acórdão de relatoria da Desembargadora Federal Cecilia Mello explicita, de forma hialina, o exposto:

Ementa: PROCESSUAL PENAL E PENAL: COMPETÊNCIA. ARTIGO 109, IV, DA CF. CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 299 E 304 DO CP. CRIME MEIO. ABSORÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO APLICÁVEL PARA FINS DE PUNIBILIDADE. CONDUTA ABSORVIDA NÃO DEIXA DE EXISTIR. POSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE TRIBUTO MUNICIPAL. ARTIGO 2º, INCISO I, DA LEI 8.137/90. PREJUÍZO A SERVIÇO DA UNIÃO CONFIGURADO. INSCRIÇÃO NO CNPJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

I – Como o crime absorvido não deixou de existir, a competência da Justiça Federal restou caracterizada, pois a infração penal capitulada no artigo 304 c.c. o artigo 299, ambos do CP, foi praticada em detrimento de serviços de interesse da União.

II – O princípio da consunção se aplica para fins de punibilidade, a fim de que os acusados respondam apenas pelo crime mais grave, o que não significa que o delito de utilização de documento falso tenha desaparecido, eis que o intento do agente era sonegar tributos. Demais disso, a conduta absorvida é tipificada penalmente e sem ela os denunciados não poderiam perpetrar o crime tributário .

III – Ocorrência de lesão a bem, interesse ou serviço da autarquia federal evidenciada nos autos. No presente caso, a documentação falsa foi apresentada em detrimento de serviço da União.

IV – Eventual reconhecimento da absorção do delito de falso não afasta a competência federal para julgar o delito de sonegação fiscal de tributos municipais, configurando-se a hipótese prevista no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, a atrair a competência da Justiça Federal para o julgamento do processo, pois, como visto, os documentos sociais contendo endereço fictício da sede da empresa foram apresentados perante a Secretaria da Receita Federal e perante a Delegacia da Receita Federal, buscando a inscrição da empresa no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ). [...]

[TRF3, Embargos infringentes e de nulidade nº 3.495, Processo nº 0004674-78.2003.4.03.6181, Primeira Seção, Relª. Desª. Fed. Cecilia Mello, julg. 19 nov. 2009, e-DJF3R 11 jan. 2010, p. 135, sem grifos no original.]

Afere-se, assim, que a competência será da Justiça Federal, quando se tratar de lesão à arrecadação tributária

atinente a tributo federal ou, mesmo não sendo tributo federal, quando houver outro crime conexo perpetrado contra a União; v.g. apresentação de documentos falsos em repartição pública federal, crime de lavagem de capitais e evasão de divisas,<sup>26</sup> entre outros. Também haverá competência federal quando o crime for praticado por funcionário público federal, no exercício de suas funções, ou contra servidores públicos federais, também em exercício funcional ou em razão da função, como já ressaltado, podendo ser vislumbrada sua aplicação prática na seguinte ementa:

Ementa: PENAL. PROCESSO PENAL. PRELIMINARES. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INVIABILIDADE. [...] VIOLAÇÃO DO ART. 499 DO CPP E ART. 5º, LV, DA CF. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. ART. 325, § 1º, DO CP. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ART. 339, § 1º, DO CP. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CRIME FUNCIONAL CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 3º, INC. III, DA LEI 8.137/90. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. [...]

1. Hipótese em que o denunciado teria cometido delitos na qualidade de funcionário público federal, e contra funcionários públicos federais, no exercício de suas funções (Súmula 147 do STJ), crimes que, isoladamente, justificam a competência da Justiça Federal, eis que afetam, diretamente, bens, serviços ou interesses da União (art. 109, IV, da CF). [...]

[TRF4, Apelação criminal nº 2003.72.00.004040-6, Sétima Turma, Rel. Des. Fed. Tadaqui Hirose, DE 27 jan. 2010, sem grifos no original.]

Frise-se que, por vezes, a arrecadação tributária federal lesada não se apresenta de forma clara, por não ser a finalidade principal do delito perpetrado, mas, sim, consequência reflexa, conforme se afere nos julgados ora transcritos:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, III, LEI Nº 8.137/90). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. [...]

1. Prática de emissão de notas fiscais de serviço “calçadas”, como o propósito de omitir receita. Os valores consignados nas primeiras vias, destinadas aos adquirentes, eram superiores àqueles constantes nas vias utilizadas para o registro das operações.

2. As irregularidades constatadas nas notas fiscais de serviços, embora pareçam, à primeira vista, atentatórias, tão-somente, à arrecadação do ISS, da competência dos Municípios, espelha, em verdade, a intenção pura e simples de omitir receitas, em detrimento da apuração exata, *verbi gratia*, dos fatos geradores do IR, COFINS, Contribuição sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas, todos da competência da União. [...]

[TRF5, Apelação Criminal nº 2000.82.00.000271-7, Terceira Turma, Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, DJ 19 fev. 2004, p. 763.]

Ementa: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA POR CONEXÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. [...]

1. Compete à Justiça Federal o julgamento unificado de crimes conexos de tráfico interno de substâncias entorpecentes ou causadoras de dependência física ou psíquica (LEI-6368/76) e contra a ordem tributária federal (LEI-8137/90).

2. Para a persecução penal, a prova da materialidade do crime contra a ordem tributária não depende da autuação fiscal pela autoridade administrativa, sendo autônomas as esferas administrativa e criminal.

3. A ilicitude dos ganhos advindos do tráfico não exclui o delito contra a ordem tributária (ART-118, INC-1, do CTN-66). [...]

[TRF4, Habeas corpus nº 98.04.06043-4, Primeira Turma, Rel. Juiz Fed. Antônio Albino Ramos de Oliveira, DJ 22 abr. 1998, p. 492.]

Dessarte, a competência da Justiça Federal, para processamento e julgamento dos crimes contra a ordem tributária, será fixada quando, primeiramente, concretizar-se a hipótese

de um dos incisos do art. 109 da Constituição Federal – sendo também necessário, em algumas situações, enquadramento nas normas infraconstitucionais pertinentes. Em síntese, ocorrendo lesão à arrecadação tributária federal ou, mesmo se não se tratar de tributo federal, existir crime conexo perpetrado contra a União, a competência será da Justiça Federal. Também o será, nos casos de crimes funcionais praticados por agente público fazendário federal, no exercício ou em razão de suas funções.

#### *Referências bibliográficas*

ALENCAR, Hermes Arrais. *Cálculo de benefícios previdenciários: teses revisionais. Regime geral de previdência social: da teoria à prática*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário esquematizado*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

FULLER, Paulo Henrique Aranda. Dos crimes contra a ordem tributária. In: JUNQUEIRA, Luiz Gustavo Octaviano Diniz (Org.). *Legislação Penal especial*. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 2.

LIMA, Renato Brasileiro. *Competência criminal*. Salvador: Juspodivm, 2010.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

---

1 De forma geral, podem ser processados pela Justiça Federal: (i) os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral (inc. IV); (ii) os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no país, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente (inc. V); (iii) as causas de graves violações a direitos humanos, quando houver incidente de deslocamento de competência realizado pelo Procurador Geral da República (inc. V-A); (iv) os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (inc. VI); (v) os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar (inc. IX); (vi) os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro (inc. X); (vii) os crimes sobre direitos indígenas (inc. XI). Note-se que crimes, somente, são apreciados pela Justiça Federal; eventuais contravenções penais, mesmo que afetem interesses da União, serão processadas pelos juizados especiais estaduais (TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 230).

2 Não se encontram compreendidos na área de competência da Justiça Federal os crimes cometidos contra sociedades de economia mista, mesmo que a maioria do capital seja federal. A Súmula 42 do Superior Tribunal de Justiça sedimentou tal entendimento: “Compete à justiça comum estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento”.

3 Na descentralização, têm-se os entes da administração pública indireta, já na desconcentração, a administração pública direta, por suas subdivisões *interna corporis*, sem criação de entidade com personalidade jurídica própria para a consecução dos fins estatais.

4 Prepondera, atualmente, na doutrina administrativista, a possibilidade de as fundações instituídas pelo poder público possuírem tanto personalidade jurídica de direito privado quanto de direito público, conforme a destinação de sua finalidade.

5 O inc. VI, *in fine*, do art. 109 é um típico caso de norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo ou orgânico. Já os demais incisos deste artigo, de forma diversa, são normas constitucionais de eficácia plena ou autoaplicáveis, dispensando normativo legal para ensejar sua aplicação.

6 Assim também ocorre com a venda de combustível adulterado, previsto no art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.176/1991, que, não obstante seja crime contra a ordem econômica, é de competência da Justiça Estadual, à míngua de disposição legal que determine o processamento na Justiça Federal e, também, por haver interesse apenas reflexo, não imediato, da União, por meio de sua autarquia em regime especial, a Agência Nacional do Petróleo (ANP), que controla, fiscaliza e regulamenta a atividade de distribuição e revenda de derivados de petróleo e de álcool (LIMA, 2010, p. 331).

7 Vide STJ, Habeas corpus nº 38.580/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julg. em 4 ago. 2005, DJ 29 ago. 2005, p. 376: Ementa: “CRIMINAL. HC. CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO, CONTRA O MEIO AMBIENTE. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A CUSTÓDIA. LIBERDADE PROVISÓRIA. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTERIORMENTE NO JULGAMENTO DE OUTROS HABEAS CORPUS. ARGUMENTAÇÃO PREJUDICADA. VÍCIOS DA DENÚNCIA. RECUSA DO JUÍZO EM AUTUAR EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA OPOSTA. REMESSA DE OFÍCIOS. ALEGAÇÕES NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. OFENSA DIRETA A BENS OU SERVIÇOS DA UNIÃO NÃO VISUALIZADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. [...] Na esfera penal, somente se verifica a competência da Justiça Federal caso tenha havido ofensa direta e efetiva a bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Apesar de a comercialização de combustível estar sujeita a fiscalização federal, basicamente de responsabilidade da ANP, a colocação desse produto adulterado no mercado, em desconformidade com as normas vigentes, tem como agentes passivos, em tese, a ordem econômica e as relações de consumo. Não tendo as Leis nºs 8.137/90 e 8.176/91 disposto expressamente sobre a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento dos crimes nelas previstos, nos termos do inciso VI do art. 109 da CF, não há que se falar na incompetência do Juízo singular estadual para conduzir o feito instaurado contra os pacientes. Ordem parcialmente conhecida e denegada” [sem grifos no original].

8 São todos crimes próprios, ou seja, são delitos que somente podem ser praticados por agente com uma especial característica, v.g. ordenador de despesas.

9 O Direito Penal Tributário ocupa-se dos crimes praticados contra a ordem tributária; já o Direito Tributário Penal regulamenta as infrações administrativas praticadas no âmbito do Direito Tributário. Não obstante, em regra, os crimes tributários serem também catalogados como ilícitos administrativos, há de se atentar que o inverso não é, necessariamente, verdadeiro.

10 Crimes contra a ordem tributária configuram espécie de ilícito denominado *evasão fiscal*, que se constitui em fraude destinada a ocultar “a ocorrência do fato impositivo, impedindo assim o conhecimento do nascimento da obrigação tributária por parte do Fisco”. Já a *elisão fiscal* é comportamento lícito que impede o nascimento da obrigação tributária por meio de planejamento tributário (FULLER, 2010, p. 456).

11 José Paulo Baltazar Júnior (2009, p. 418), da forma percutiente que lhe é característica, ensina, acerca dos crimes contra a ordem tributária, que “[d]esde logo, é importante deixar claro que a conduta de deixar de pagar tributo, por si só, não constitui crime. Assim, se o contribuinte declara todos os fatos geradores à repartição fazendária, de acordo com a periodicidade exigida em lei, cumpre todas as obrigações tributárias acessórias e tem escrita contábil regular, mas não paga o tributo, não está cometendo nenhum crime, mas mero inadimplemento. O crime contra a ordem tributária, com exceção da apropriação indébita, [...] pressupõe, além do inadimplemento, alguma forma de fraude, que poderá estar consubstanciada na omissão de alguma declaração, na falsificação material ou ideológica de documentos, no uso de documentos material ou ideologicamente falsos, na simulação etc. As condutas fraudulentas estão descritas nos incisos dos arts. 1º e 2º da Lei 8.137. Eis aí a distinção entre inadimplência e sonegação: a fraude. [...] Sem um ou outro desses elementos, a saber, supressão ou redução no pagamento de tributo e fraude, não há sonegação fiscal”.

12 Competência tributária é o poder, conferido exclusivamente pela Constituição Federal aos entes políticos União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, de instituir, por meio de leis, tributos. Tributo, por sua vez, pode ser definido por meio da clássica previsão constante no art. 3º do Código Tributário Nacional: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

13 O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 148.752-2/RJ, e em particular no voto do Ministro Carlos Velloso, delineou o quadro, no ordenamento jurídico brasileiro, das espécies tributárias existentes.

14 O professor Hermes Arrais Alencar (2011, p. 11) destaca, “de arremate, tendo em vista a ausência de ‘compulsoriedade’ da prestação pecuniária, não se reveste, ainda nos dias atuais, de caráter tributário a contribuição do segurado facultativo. A natureza jurídica da contribuição previdenciária vertida pelo segurado facultativo é a de prêmio de seguro”.

15 Vide STJ, Conflito de competência nº 38.935/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Paulo Gallotti, julg. em 13 out. 2004, DJ 17 ago. 2005, p. 164: Ementa: “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. CAPTAÇÃO DE RECURSOS DE PARTICULAR. AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 1º, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. A conduta de captar valores de particulares mediante a falsa promessa de restituição com incidência de juros superiores aos praticados pelas instituições financeiras, atingindo tão-somente o patrimônio daqueles, caracteriza, em tese, o crime de estelionato previsto no art. 171 do Código Penal. 2. O delito contra a ordem tributária, a que se refere o artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, atribuído aos réus em ação perante a Justiça Federal, não guarda qualquer relação com os fatos relativos ao estelionato, motivo por que não ocorre conexão entre eles. 3. Conflito conhecido para declarar a competência, quanto à ação penal por estelionato e formação de quadrilha ou bando, do Juízo de Direito de Promissão, em São Paulo, o suscitado” [sem grifos no original].

16 Crimes materiais ou de resultado são aqueles em que o tipo penal descreve a conduta e o resultado, e para sua consumação se faz imprescindível a ocorrência desse resultado. Ao contrário do que ocorre com os crimes formais, de consumação antecipada ou de resultado cortado, que são aqueles que preveem a conduta e o resultado material, mas não necessitam da ocorrência deste – resultado – para se consumarem.

17 Súmula Vinculante STF nº 24: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

18 Não obstante a distinção entre tais espécies típicas – crimes formal e material –, o legislador ordinário entendeu por bem equipará-las para fins de suspensão da pretensão punitiva e extinção da punibilidade, dentre outras hipóteses legais, nos termos do art. 83 da Lei nº 9.430/1996, modificado pela Lei nº 12.382/11, *in verbis*: “Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. § 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no *caput*, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. § 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no *caput* quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. § 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. § 6º As disposições contidas no *caput* do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz”.

19 Vide STJ, Recurso ordinário em habeas corpus nº 27.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julg. em 31 ago. 2010, DJe 27 set. 2010: Ementa: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZADO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA MÁXIMA EM ABSTRATO, MAJORADA PELA CONTINUIDADE DELITIVA, ACIMA DE DOIS ANOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM. 1. A Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, traz em seu art. 2º, parágrafo

único, que devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei nº 9.099/95, aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, sem exceção. Entretanto, na hipótese de concurso formal ou crime continuado, se em virtude da exasperação a pena máxima for superior a 2 (dois) anos, fica afastada a competência do Juizado Especial Criminal. 2. No caso, o delito previsto no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90, tem como pena máxima dois anos de detenção, devendo ser considerada, ainda, a majoração pela continuidade delitiva, conforme o art. 71 do CP. Assim, de acordo com o entendimento desta Corte Superior, compete ao Juízo Comum processar e julgar os crimes apurados nestes autos, pois somadas as penas, estas ultrapassam o limite estabelecido como parâmetro para fins de fixação da competência para o julgamento das infrações de menor potencial ofensivo cometidas em concurso de crimes. 3. Recurso a que se nega provimento [sem grifos no original].

20 O Simples Nacional é “um regime de tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No que concerne aos aspectos tributários da sistemática, a diferenciação de tratamento decorre fundamentalmente da apuração e recolhimento da maioria dos impostos e contribuições da União, do ICMS estadual e distrital e do ISS municipal e distrital, mediante regime único de arrecadação e de obrigações acessórias. Por conseguinte, em vez de recolher diversos impostos e contribuições, as empresas optantes pela sistemática farão mensalmente um único pagamento, calculado mediante a aplicação de um percentual progressivo sobre sua receita bruta” (ALEXANDRE, 2008, p. 624).

21 O Código de Processo Penal brasileiro adotou, como regra, a teoria do resultado, para determinar o juízo territorialmente competente, nos termos constantes de seu art. 70: “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução”.

22 A *ratio* utilizada é a mesma constante na Súmula STJ nº 17: “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido”.

23 O princípio da consunção ou da absorção, na resolução de conflitos aparentes de norma, aplica-se “quando um fato definido por uma norma incriminadora é meio necessário ou normal fase de preparação ou execução de outro crime, bem como quando constituiu conduta anterior ou posterior do agente, cometida com a mesma finalidade prática atinente àquele crime [...]. [O]s fatos não se apresentam em relação de espécie e gênero, mas de *minus a plus*, de conteúdo a continente, de parte a todo, de meio a fim, de fração a meio” (Damásio de Jesus, *Direito Penal: parte geral*, v. 1, 23. ed., São Paulo: Saraiva, p. 114) (apud ESTEFAM, 2008, p. 50).

24 Há entendimento contrário, informando a competência da Justiça Estadual no presente caso, *in verbis*: Ementa: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 7º, VII, DA LEI Nº 8.137/90. FALSO. ART. 306, DO CÓDIGO PENAL. ABSORÇÃO. OCORRÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. É de se reconhecer, na espécie, a aplicação do princípio da consunção, considerando que o delito de falso foi o meio necessário ou normal de execução do delito contra as relações de consumo, resultando daí a absorção do primeiro pelo segundo. Inteligência da Súmula nº 17 do eg. Superior Tribunal de Justiça. Precedentes da 4ª Turma deste Tribunal Regional Federal. 2. Considerando que o delito subsistente não viola bens, serviços ou interesses da União, de suas autarquias ou empresas públicas, nos termos do art. 109, IV, da Constituição Federal, não há que se falar em competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do feito. 3. Recurso criminal improvido” (TRF1, Recurso criminal nº 2006.35.00.016294-2, Quarta Turma, Relª Juíza Fed. Rosimayre Gonçalves de Carvalho, DJ 17 set. 2007, p. 95).

25 Mesmo ocorrendo absolvição do crime federal, permanecerá a competência da Justiça Federal para conhecimento dos demais delitos conexos, conforme se afere do seguinte julgado: Ementa: “PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Compete à Justiça Federal o processamento e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual (Súmula 122 do STJ). 2. Mesmo ocorrendo eventual absolvição relativamente ao ilícito que atrai a Justiça Federal, esta esfera continua competente para apreciar as demais

infrações, considerando a *perpetuatio jurisdictionis* (art. 81 do CPP). Precedentes” (TRF4, Recurso em sentido estrito nº 2003.71.00.046933-0, Oitava Turma, Rel. Élcio Pinheiro de Castro, DJ 3 maio 2006, p. 611).

26 Vide TRF4, Apelação criminal nº 1999.71.03.001155-3, Primeira Turma, Rel. Juiz Fed. José Luiz Borges Germano da Silva, DJ 10 jan. 2001, p. 83: Ementa: “PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. EVASÃO DE DIVISAS. LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. BANCO DO BRASIL S.A. EQUIPARAÇÃO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SÚMULA 142 DO STJ. CONEXÃO. DENÚNCIA. ADITAMENTO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 514 DO CPP. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. HABITUALIDADE. PLURALIDADE OFENSIVA. CRIME ANTECEDENTE CONTRA A ADMINISTRAÇÃO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. EXAURIMENTO DE CRIME. NÃO CONFIGURADO. PENALIDADES. VALOR DO DIA-MULTA. ART. 1º, III, DA LEI Nº 8.137/90. AUSÊNCIA DE DOLO. 1. Comete crime de peculato (artigo 312 do CP), funcionário do Banco do Brasil S.A., sociedade de economia mista, pois é considerado funcionário público por equiparação, para fins penais, nos termos do art. 327, § 1º, do Código Penal. Precedentes. 2. Competência da Justiça Federal para o processo e julgamento, não só porque existente o interesse da União, face ao prejuízo da instituição bancária e da regularidade dos serviços da Administração como um todo, mas também pela existência de conexão com o crime contra o sistema financeiro que, conforme determinado no art. 26 da Lei nº 7.492/86, é da competência da Justiça Federal. Aplicação da Súmula 142 do STJ. 3. Configura a conexão probatória ou instrumental, prevista no art. 76, III, do CPP, na medida em que a instrução probatória é conjunta em relação aos delitos praticados pelo réu – peculato, evasão de divisas, crime de lavagem de capital. Também presente a conexão objetiva material, uma vez que o réu, com o propósito de ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores obtidos com a prática do peculato, converteu-os em ativos lícitos, bem como os movimentou ou os transferiu com o mesmo intuito, inclusive para fora do País. [...]” [sem grifos no original].

---

JUROS REMUNERATÓRIOS  
EM CONTRATOS BANCÁRIOS:\*  
comentários ao acórdão do Recurso Especial  
nº 1.061.530/RS (Relª. Minª. Nancy Andrighi,  
julg. 22 out. 2008, DJe 10 mar. 2009)

*Emerson José do Couto*  
Juiz Federal Substituto (3ª Região)

---

\* Comentários a decisão judicial apresentados à Escola de Magistrados para avaliação de aproveitamento de curso (*A Revisão Contratual nos Processos de Competência da Justiça Federal*, Módulo VII – Direito Civil – do Curso de Formação Continuada, 22-24 maio 2013).



JUROS REMUNERATÓRIOS EM CONTRATOS  
BANCÁRIOS: comentários ao acórdão do  
Recurso Especial nº 1.061.530/RS (Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi,  
julg. 22 out. 2008, DJe 10 mar. 2009).

*Emerson José do Couto*

Resumo: Neste trabalho, comenta-se a *Orientação 1: Juros remuneratórios* do acórdão do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, que fixa parâmetros para o julgamento de demandas judiciais entre consumidor e instituição financeira, quando em discussão a questão sobre a abusividade da taxa de juros pactuada.

Palavras-chave: Consumidor. Instituições financeiras. Juros remuneratórios. Abusividade. Critérios.

*Abstract: This paper is about the Guideline #1: Interest rate, set by the Brazilian Superior Court of Justice in the judgment of the Special Appeal No. 1.061.530/RS. Such decision provides parameters for the trial of lawsuits between consumers and financial institutions concerning the characterization of predatory lending.*

*Keywords: Consumer protection. Financial institutions. Interest rate. Predatory lending. Criteria.*

## 1 INTRODUÇÃO

O Recurso Especial nº 1.061.530/RS foi processado e julgado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil (CPC), traçando orientações sobre as seguintes questões, no âmbito dos contratos bancários caracterizados como relação de consumo: *juros remuneratórios, configuração da mora, juros moratórios, inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e disposições de ofício pelo juízo.*

O presente trabalho, dada sua finalidade e extensão limitada, abordará apenas os principais pontos sobre a discussão que se travou acerca da definição do que poderiam ser considerados “juros abusivos”, e qual a taxa de juros a incidir, no caso de se constatar que a taxa pactuada é abusiva.

A importância desse julgamento não decorre exclusivamente do fato de ter sido feito pelo rito do art. 543 do CPC, mas porque houve a manifestação de vários órgãos governamentais e entidades da sociedade civil. Manifestaram-se a Ordem dos Advogados do Brasil, o Banco Central do Brasil, a Federação Brasileira de Bancos (Febraban) e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC). Destaque-se que o IDEC trouxe pareceres de Cláudia Lima Marques e Cristiano Heineck Schmitt. Também se manifestaram, espontaneamente, diversas outras entidades, valendo mencionar a Defensoria Pública da União, o Procon/SP e a Serasa S/A, sendo que esta trouxe parecer de Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina.

Por fim, oportuno esclarecer que a decisão comentada não abrange as cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial, nem os contratos elaborados por cooperativas de crédito, nem os que se incluem sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação, nem os que dizem respeito a crédito consignado. Portanto, quando a demanda judicial envolver essas espécies de contrato, as orientações firmadas no acórdão ora comentado não são aplicáveis.

## 2 ACÓRDÃO

Segue transcrição parcial da ementa do acórdão em questão, conforme a delimitação do objeto, anteriormente exposta.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. [...]

ORIENTAÇÃO 1 – JUROS REMUNERATÓRIOS

- a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;
- b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;
- c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;
- d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto. [...]

### 3 COMENTÁRIOS

O acórdão analisou demanda judicial em que a autora sustentava a tese de que a taxa de juros remuneratórios de 2,5654% ao mês era abusiva. A sentença acolheu o pedido e, em consequência, reduziu a taxa de juros para 1% ao mês.

Nesse ponto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) rejeitou a apelação interposta pela instituição

financeira, e declarou a nulidade da taxa de juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano, por entender que a fixação em patamar superior acarretaria onerosidade excessiva ao devedor, em desproporção à vantagem auferida pela instituição credora (art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, CDC).

No exame do recurso especial, que foi provido, o STJ destacou o entendimento vigente na Segunda Seção, ora regra: no Sistema Financeiro Nacional, há liberdade na pactuação dos juros remuneratórios.

Nesse passo, ratificou sua jurisprudência, no sentido de declarar que as instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios que foi estipulada na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/1933), tal como já dispunha a Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal (STF). Sobre essa questão, inexistiu divergência na jurisprudência, pois, desde 1991, o STJ vem decidindo que a limitação dos juros, pela Lei de Usura, não se aplica às instituições financeiras.

Dessa conclusão decorreu outra: a simples estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade. Neste particular, a conclusão do acórdão ratificou entendimento até então prevalente no STJ.

A liberdade de contratar a taxa de juros levou a uma terceira conclusão por parte do STJ: são inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591, combinado com o art. 406, ambos do Código Civil de 2002. Sobre esse tema, o acórdão menciona a existência de apenas uma decisão, também da Segunda Seção do STJ, no mesmo sentido (REsp 680.237/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julg. em 14 dez. 2005, DJ 15 mar. 2006).

Firma-se a inviabilidade da utilização da Selic (taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia) como parâmetro para a limitação de juros remuneratórios, pois sua adoção como critério de abusividade eliminaria o “spread” (lucro), e não resolveria as difíceis questões inerentes ao preço do empréstimo.

Assim, o STJ entendeu, sem afastar a liberdade de decisão do magistrado, que a taxa média de juros praticada no mercado financeiro seria um parâmetro razoável para se considerar dada taxa de juros abusiva ou não. Nessa comparação, caberia verificar não só o percentual pactuado, mas também a natureza do mutuário (pessoa física ou jurídica), a linha de crédito (desconto de títulos, cheque especial, etc.), o risco da operação, entre outras.

Destacou-se que o critério da taxa média indicaria o custo médio e o “spread” médio do mercado. Embora esse método não seja o ideal, prestar-se-ia como parâmetro razoável para a aferição de abusividade.

A opção pela taxa média praticada no mercado financeiro como critério de aferição de abusividade, embora permita dar solução pragmática a uma demanda, não possui rigor científico, porque continua a não responder a questão da abusividade.

Essa lacuna foi amplamente destacada no voto do Min. João Otávio de Noronha. Para ele, os agentes econômicos possuem elementos e meios suficientes para promover a elevação da taxa média de mercado, mantendo o consumidor em desvantagem exagerada. A esse problema, o acórdão não apresentou solução satisfatória.

Outra questão discutida diz respeito à definição de qual taxa deveria ser considerada adequada pelo Poder Judiciário para substituir aquela pactuada e declarada abusiva.

Com base em muitos precedentes citados, concluiu-se pela aplicação do critério da taxa média para as operações equivalentes, segundo apurado pelo Banco Central do Brasil, pois consoante às regras estabelecidas pelo próprio mercado financeiro. Nada obstante, ficou claro que a decisão, embora dada em julgamento repetitivo, não vedou a possibilidade de o juiz, de acordo com seu livre convencimento motivado, fixar outro patamar mais adequado à taxa de juros substitutiva, ante o reconhecimento da abusividade da taxa vigente.

Uma crítica que se faz ao acórdão é a de que não trouxe argumentos para afastar a taxa de juros legais, prevista no Código Civil Brasileiro (arts. 591 e 406), quando declarada a nulidade, por abusividade, da taxa pactuada. Não se pode negar que todo e qualquer contrato de mútuo celebrado entre consumidor e instituição financeira destina-se a fins econômicos, o que implicaria, a teor do primeiro dispositivo, presunção de que são devidos juros, mas com a limitação de que trata o segundo. Com efeito, o art. 406 estabelece que a convenção de juros sem percentual fixo, ou quando não for estipulada, sujeitará o devedor a pagá-los, conforme a taxa em vigor para a mora de impostos devidos à Fazenda Nacional – atualmente, a Selic.

Quando o juiz verifica a nulidade da taxa de juros, e a declara, a decisão judicial equipara o contrato com cláusula nula ao contrato em que os juros não foram pactuados, de modo que a incidência desses dispositivos, para colmatar a lacuna do contrato, traria maior segurança jurídica, na medida

em que eliminaria a subjetividade do julgador; ao mesmo tempo, estipularia, no contexto da realidade brasileira, taxa menor que a média de mercado.

Assim, além de beneficiar o devedor, a limitação dos juros (os considerados abusivos) às taxas legais surtiria efeito pedagógico: ao prevenir a estipulação de percentuais ilícitos em contratos futuros, as instituições financeiras saberiam de antemão que, no caso de declaração de nulidade, os juros seriam limitados à taxa Selic.

O STJ, contudo, optou por discutir, amplamente, o critério que pudesse orientar o juiz na fixação da taxa de juros substituta da taxa declarada abusiva, concluindo: (a) que o mais adequado seria aplicar a taxa média de mercado; e (b) que os mencionados arts. 591 e 406 do Código Civil não se aplicariam às instituições financeiras.

Põe-se, aqui, um problema de motivação, porque, no acórdão, simplesmente, ficou estabelecido que a taxa de juros do Código Civil não é aplicável aos contratos firmados por consumidores, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, sem que houvesse decisão acerca de sua inconstitucionalidade, ou que lhe fosse dada uma interpretação conforme.

Com efeito, qual a razão jurídica para não se aplicar às instituições financeiras a taxa de juros delimitada pelo Código Civil, quando mais favorável ao consumidor?

Essa questão não foi respondida.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acórdão tentou resolver a intrincada questão de saber quando uma dada taxa de juros há de ser considerada abusiva. Entendo que o objetivo não foi alcançado, nem se

esgotou, pois a decisão apenas indicou um parâmetro (taxa média de mercado) para que o juiz possa julgar a lide, reservando, expressamente, a possibilidade de o juiz identificar outro critério (que repute razoável).

De todo modo, o acórdão apresentou importante contribuição para a temática, e consolidou os seguintes parâmetros para o julgamento de causas em que se discute a abusividade dos juros em contratos de mútuo bancário, qualificados como relação de consumo:

(a) Como regra, os juros remuneratórios podem ser livremente pactuados em contratos de empréstimo firmados no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

(b) A simples fixação da taxa de juros em percentual superior a 12% ao ano não significa, automaticamente, que tal taxa é abusiva, de modo que o juiz continua livre para analisar o caso concreto e para adotar outros parâmetros para aferição da abusividade.

(c) A revisão das taxas de juros é medida excepcional, mas poderá ser feita pelo Poder Judiciário, desde que caracterizada a relação de consumo e desde que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada, conforme o art. 51, § 1º, do CDC) esteja cabalmente demonstrada.

(d) A taxa média de mercado, divulgada pelo Banco Central, constitui importante referencial, mas cabe somente ao juiz, no exame das peculiaridades do caso concreto, avaliar se os juros contratados são ou não abusivos.

(e) Declarada a abusividade da taxa de juros, a aplicação da taxa média, em substituição à taxa abusiva, seria um critério razoável. Todavia, o juiz, de acordo com seu livre

convencimento motivado, pode indicar outro patamar (mais adequado), segundo as particulares circunstâncias de risco envolvidas no empréstimo.

### *Referência bibliográfica*

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.061.530/RS, Segunda Seção, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi, julgado em 22 out. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico (DJe)*, n. 320/2009, Brasília, disp. 9 mar. 2009, publ. 10 mar. 2009. [Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200801199924>> (andamento processual), e em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801199924&dt\\_publicacao=10/03/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801199924&dt_publicacao=10/03/2009)> (acórdão).]



---

POR UM ESTUDO DAS CAUSAS DA COMPETÊNCIA  
DELEGADA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA:

as histórias ocultas pelos índices

*Grupo de Trabalho constituído pela Portaria nº 7.230,  
de 16 de setembro de 2013, da Presidência do  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

*Newton De Lucca*

Desembargador Federal (TRF3)

*Marisa Ferreira dos Santos*

Desembargadora Federal (TRF3)

*Daldice Maria Santana de Almeida*

Desembargadora Federal (TRF3)

*Paulo Cesar Conrado*

Juiz Federal (3ª Região)

*Renato Toniasso*

Juiz Federal (3ª Região)

*Leila Paiva Morrison*

Juíza Federal (3ª Região)

*Bruno Takahashi*

Juiz Federal Substituto (3ª Região)

*Cynthia Almeida Rosa Galib*

Jornalista. Estagiária de Direito (TRF3)



## POR UM ESTUDO DAS CAUSAS DA COMPETÊNCIA DELEGADA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA:

as histórias ocultas pelos índices

*Newton De Lucca, Marisa Ferreira dos Santos, Daldice Maria Santana de Almeida, Paulo Cesar Conrado, Renato Toniasso, Leila Paiva Morrison, Bruno Takahashi, Cynthia Almeida Rosa Galib*

Resumo: Este relatório expõe conclusões preliminares do Grupo de Trabalho do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), instituído pela Portaria Pres. nº 7.230/2013, para opinar sobre proposta de retomada da competência constitucional delegada, prevista no art. 109, § 3º, da Constituição Federal. A análise superficial de estudo conduzido, em 2013, pelo Conselho Nacional de Justiça – acerca do impacto, nos tribunais estaduais, da delegação de competência jurisdicional federal – poderia sugerir, como solução do problema, a criação de órgãos jurisdicionais federais em locais de alta concentração de processos delegados à Justiça Estadual. Porém, a partir de pesquisa em algumas comarcas dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, cujas decisões judiciais geravam índice significativo de recursos ao TRF3, e de análise quantitativa e qualitativa dos dados colhidos, levanta-se a hipótese de haver um conjunto de causas comuns para o aumento progressivo de ações de competência delegada na Justiça Estadual, em grande parte, independente da localização dos juízos, apenas havendo variação quanto ao grau de ocorrência.

Palavras-chave: Jurisdição federal delegada. Justiças estaduais. Impacto. Causas.

*Abstract: This report presents preliminary conclusions of the Workgroup established by the Federal Court of Appeal of the 3<sup>rd</sup> Region (TRF3) (Presidential Court Ordinance No. 7.230/2013) to issue an opinion on the proposed resumption of delegated federal jurisdiction, as provided in article 109, § 3, of the Brazilian Constitution. After a shallow reading of the study conducted in 2013 by the National Council of Justice – concerning the impact of the delegation of federal jurisdiction on state*

*courts – one might suggest that the creation of federal courts in areas with a high number of ongoing lawsuits delegated to state courts is the solution to the problem. However, based on a research in some judicial state counties in the states of Sao Paulo and Mato Grosso do Sul, whose judgments generated a significant level of appeals to the TRF3, and quantitative and qualitative analysis of the collected data, it is put forth the hypothesis that the causes of the progressive increase of delegated federal lawsuits in state courts follow a common pattern, regardless of their location and ranging only in the degree of occurrence.*

*Keywords: Delegated federal jurisdiction. State courts. Impact. Causes.*

## 1 INTRODUÇÃO

Recentemente, em setembro de 2013, o site Consultor Jurídico publicou reportagem ressaltando que 27% dos processos federais estão na Justiça Estadual, por força da chamada competência delegada do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal (BEZERRA, 2013). A notícia baseou-se no estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2013) sobre o impacto de tais ações nos tribunais estaduais, que considerou o número de demandas processadas no período de 2009 a 2011.

Sem dúvida, o estudo do CNJ é louvável, por tratar de “um dos mais representativos campos de interação institucional entre a justiça federal e a justiça estadual” (p. 7). Avança, ainda, ao apresentar um diagnóstico abrangente da quantidade de ações, pretendendo verificar a “projeção do impacto de demanda que ocorreria na justiça federal em caso de eventual retomada da competência federal delegada” (p. 8).

No entanto, uma análise superficial do trabalho realizado poderia levar à conclusão simplista de que a criação de Varas Federais ou Juizados Especiais Federais (JEFs), em locais de alta concentração de processos na Justiça Estadual,

por conta da competência delegada, poderia solucionar o problema. Afinal, exclusivamente em relação aos processos de competência delegada, se o índice de julgamentos (razão dos julgados em relação aos distribuídos) (p. 18) é maior na Justiça Federal (87%) que na Justiça Estadual (73%), se o índice de interposição de recursos (p. 20) é maior nas varas estaduais (19%) que nas federais (13%) e se a taxa de congestionamento da Justiça Estadual (89%) é superior à da Justiça Federal (75%) (p. 30-31), então bastaria a instalação de novas Varas Federais ou JEFs para que o problema fosse resolvido, sem necessidade de alteração constitucional.

O mesmo estudo (p. 26), porém, destaca que,

“[...] apesar do aumento de 6% ao ano de varas federais, grande parte dos processos permanece na justiça estadual, uma vez que, entre 2009 e 2010, houve aumento dos distribuídos e do estoque nas varas estaduais e redução nas varas federais. Em 2011, ambas as Justiças tiveram aumento, porém, proporcionalmente em relação ao estoque, o impacto foi mais forte na justiça estadual (11%) que na justiça federal (1%). Portanto, não obstante a instalação de 92 novas varas federais em todo o território nacional, ainda assim o número de processos que ingressam e que permanecem em tramitação nas varas estaduais está crescendo a cada ano” [g. n.].

Por que, então, apesar da criação de novas varas federais, continua havendo um aumento de ações propostas na Justiça Estadual em decorrência da competência delegada? Ainda que não houvesse tal crescimento, por que continua a ingressar um número significativo de processos na Justiça Estadual? Tratando-se especificamente das ações ajuizadas em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), por que,

diante da opção do § 3º do artigo 109 da Constituição Federal, o autor opta por ingressar na Justiça Estadual e não na Justiça Federal?

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) constituiu Grupo de Trabalho para opinar sobre a proposta de retomada da competência constitucional delegada (Portaria nº 7.230, de 16 de setembro de 2013). Com o objetivo de subsidiar ambas as atividades, deu-se início à pesquisa em algumas comarcas dos Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, cujas decisões judiciais geravam índice significativo de recursos ao TRF3. Partiu-se da premissa de que, para melhor compreensão do tema, a análise quantitativa não poderia ser dissociada da qualitativa, por ser relevante não apenas saber que existem muitas ações de competência delegada na Justiça Estadual, mas, principalmente, saber por qual motivo isso ocorre.

## 2 METODOLOGIA

A partir de um levantamento produzido pelo Setor de Estatística, foram identificadas comarcas que apresentaram altos índices de recursos distribuídos no TRF3, em processos julgados pela Justiça Estadual, no período de 01/09/2012 a 31/08/2013.

No caso de São Paulo, foram destacadas comarcas que geraram 300 ou mais recursos nos doze meses da pesquisa. Diante desse corte, foram eleitas 16 (dezesseis) cidades para um diagnóstico prévio: Adamantina, Araras, Birigui, Capão Bonito, Diadema, Dracena, Estrela d'Oeste, Indaiatuba, Itapetininga, Jaboticabal, Matão, Mogi Guaçu, Penápolis, Salto, Tanabi e Tatuí. Critério semelhante foi adotado para o Mato Grosso do Sul, mas, considerando o menor volume de

ações desse estado (em relação a São Paulo), foram enumeradas as comarcas que ocasionaram 100 ou mais recursos, e foi considerada a população, sendo, então, eleitas 8 (oito) localidades para um diagnóstico prévio: Anaurilândia, Bandeirantes, Bataguassu, Cassilândia, Inocência, Mundo Novo, Nova Andradina e Sete Quedas.

A quantidade de recursos no TRF3, assim como no estudo do CNJ, baseou-se na competência delegada como um todo, o que inclui não apenas ações previdenciárias, mas também execuções fiscais e demais ações legalmente previstas como de competência delegada (artigo 15 da Lei nº 5.010/1966). Nada obstante, a análise das ações previdenciárias, por si só, já representa um assunto complexo e responsável pela grande parte dos recursos vindos da Justiça Estadual. Desse modo, após a eleição das comarcas a serem pesquisadas, o foco do trabalho centralizou-se, nesse primeiro momento, nos processos ajuizados em face do INSS para obtenção de benefício previdenciário ou assistencial.

Assim, por meio de entrevistas realizadas por telefone, foram contatados procuradores federais e diretores dos cartórios locais, para saber quais histórias estariam atrás dos números. A pesquisa foi realizada entre os meses de setembro e novembro de 2013. Os entrevistados foram questionados nos seguintes termos:

- Qual o motivo do alto volume de processos?
- Quais características da região contribuem para esse aumento?
- Há Justiça Federal nas proximidades? Existe dificuldade de acesso?

As questões foram apresentadas de maneira aberta, sem indução para resposta única. Procurou-se, assim, dar liberdade para que os entrevistados pudessem expor seus pontos de vista, inclusive extrapolando o que fora perguntado. Na exposição a seguir, serão apresentados os resultados preliminares deste estudo. Para evitar a identificação, serão omitidos os nomes dos entrevistados.

### 3 ESTADO DE SÃO PAULO

A partir das entrevistas realizadas em comarcas do Estado de São Paulo, notou-se, conforme esperado, que o alto custo de deslocamento para as cidades vizinhas com Justiça Federal, diante da baixa renda dos requerentes, é um dos motivos para o ingresso de ações na Justiça Estadual. Isso foi apontado nas comarcas de Araras, Capão Bonito, Dracena, Jaboticabal e Penápolis.

Peculiaridades regionais próprias foram igualmente apontadas como causa. Em Birigui, por exemplo, foi referido que há muitos questionamentos acerca de auxílio-doença: a indústria calçadista, predominante na região, é “agressiva”, e constitui fator complicador, uma vez que desgasta o trabalhador. As regiões agrícolas existentes em Araras, Capão Bonito, Dracena, Jaboticabal e Tanabi, por exemplo, também geram grande quantidade de pedidos por parte de trabalhadores rurais.

Esses dois primeiros fatores podem ser diretamente relacionados a aspectos geográficos e socioeconômicos. Se fossem os únicos, seria crível que a simples criação de Varas Federais ou Juizados Especiais Federais, nas localidades em que estão concentrados os maiores números de processos

previdenciários de competência delegada, resolveria o problema. No entanto, observou-se a existência de motivos que permitem relacionar o alto índice de processos à forma como os casos são tratados.

Então, se nem a distância, nem as peculiaridades da região, por si só, justificam o ingresso na Justiça Estadual, e não na Justiça Federal, o que impulsionaria essa opção das partes?

A sobrecarga ou a lentidão da Justiça Federal foram apontadas por Jaboticabal e Tanabi. Mais significativa, porém, é a alegação de que existem muitos pedidos de benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, e que os laudos feitos pelos médicos peritos, em muitas localidades, atestam a existência de incapacidade na grande parte dos casos. Segundo um dos procuradores federais entrevistados: “Há cidades em que 100% das ações por incapacidade são procedentes. Há muitos problemas também em Itapetininga, Apiaí, Salto, Itu e Pilar do Sul”.

A dificuldade de obter médicos-peritos contribui para a manutenção do quadro. Segundo um servidor de Birigui: “O valor pago aos peritos é muito baixo, diante da dificuldade de se produzir o laudo. Há dificuldade para nomear peritos”. Essa dificuldade de encontrar peritos também foi citada por entrevistados de Capão Bonito, Mogi Guaçu, Penápolis e Tatuí. Foi relatado, inclusive: “Em Pilar do Sul, a juíza disse: ‘Só tenho esse perito. Se eu tirar, vou ter de procurar outro. É o que me satisfaz’”. Em Penápolis, o funcionário entrevistado ressaltou que os médicos da cidade se recusam a trabalhar pelo valor estipulado e reclamam da demora nos pagamentos. Isso faz com que as partes, atualmente, tenham que se deslocar até Birigui para fazer as perícias.

Em outras localidades, a demora é igualmente apontada como um problema decorrente da dificuldade da nomeação de peritos. Segundo um funcionário da Comarca de Indaiatuba: “Como servidor, penso muito nas partes. Quando um processo envolve idosos, me preocupo muito. Mas, no acervo, há ações com mais de dez anos de tramitação, sem perícia. O perito declina da nomeação”. Em Salto, aponta-se a existência de processos aguardando perícia psiquiátrica há mais de dois anos.

Um procurador federal relata o caso de um médico-perito sediado em Botucatu, mas que atende a 23 comarcas paulistas. Segundo levantamento realizado pela equipe da Advocacia-Geral da União, em 2010, 87,5% dos laudos emitidos por esse profissional são conclusivos pela incapacidade da parte. Mais: os documentos mostram-se idênticos. A equipe apurou que a secretária do médico realiza anamnese e exame físico. Questionado sobre a omissão da data de início de incapacidade em um dos laudos, o médico respondeu: “Não sou mago nem vidente”.

Há uma associação de fatores. Como apontou um dos procuradores federais: peritos pouco qualificados seriam convocados para produzir laudos, que entregariam documentos “generosos”, falhos em relação a critérios técnicos. Portanto, torna-se atraente ajuizar ação na comarca. Os laudos atestando incapacidade, nem sempre tecnicamente adequados, geram maior número de decisões procedentes aos pedidos dos requerentes.

Além disso, conforme destacou um advogado público, “as contadorias do juízo não sabem realizar cálculos previdenciários, nem conferir os apresentados pelas partes”. Assim, os

processos tramitam demoradamente quando exigem manifestação contábil por parte dos serventuários da Justiça Estadual.

Também em outras matérias, destaca-se a existência de decisões mais favoráveis ao requerente na Justiça Estadual. Segundo um procurador federal que atua na região de Birigui: “As pessoas fogem da Justiça Federal, pois é mais fácil ganhar na Estadual”. De acordo com outro procurador, de região diversa: “Adamantina tem o maior número de precatórios; são também os mais altos. Há uma cultura de que, se a parte recorrer ao juiz, vai conseguir o benefício”. Por sua vez, um servidor do Fórum de Penápolis informou que 80% das decisões são favoráveis à parte autora. “A maioria entra e ganha”, disse. O problema é se a interpretação mais favorável decorre de falta de estrutura, e não da convicção pessoal do magistrado. Segundo um procurador federal entrevistado: “Há excesso de processos previdenciários em todas as comarcas. O juiz estadual tem menos estrutura, muitas vezes destaca um estagiário para sentenciar. Isso se torna um atrativo para o advogado. A chance de ganhar é muito maior. O processo previdenciário é uma das últimas prioridades do juiz estadual”. Na região de São José do Rio Preto (SP), haveria fóruns em que o índice de procedência das ações é de 100%. “Os juízes estaduais tratam a matéria previdenciária no âmbito assistencial”, avaliou um dos entrevistados.

O quadro agrava-se quando existe mudança contínua de juízes estaduais, o que torna difícil estabelecer parâmetros e solidificar posicionamentos, como cita um procurador federal.

Apesar desses aspectos, a falta de estrutura da Procuradoria Federal que representa o INSS impede que haja uma defesa mais efetiva. Um dos procuradores admite que a defesa

da Procuradoria é inadequada: não há estrutura para juntar as consultas aos sistemas CNIS e Plenus. Portanto, o INSS não produz prova a seu favor. Outro ressaltou que a Procuradoria não dispõe de estrutura adequada para defender a autarquia e produzir provas para si. A falta de contato entre o cartório e os procuradores é citada por servidores de Araras e Jaboaticabal. Isso impede a realização de atividades que poderiam contribuir para uma prestação jurisdicional efetiva, como é o caso da conciliação. De fato, um servidor de Birigui destacou: “Procuradores começaram a atuar há cerca de quatro anos; tudo se tornou mais ágil. Eles propõem acordos”.

A deficiência na atuação da Procuradoria e a falta de estrutura do Judiciário impedem um controle mais rígido da prevenção, o que gera muitas repetições de demandas. De acordo com uma servidora, muitas das partes que chegam até Tatuí já têm julgados em Sorocaba e “arriscam” na Justiça Estadual. Um procurador federal que atua na região de Adamantina destacou: “Há quem ajuíze duas vezes a mesma ação, em duas cidades”.

Foram apontados como motivos, ainda, o grande número de pedidos recusados indevidamente em algumas agências do INSS, e a não exigência do prévio requerimento administrativo por parte de alguns juízos. A falta de uma pauta de audiências própria por matéria, que significaria uma racionalização das rotinas, é outro aspecto. Outra questão concorrente refere-se aos oficiais de justiça, que são remunerados por diligência, ao contrário do que ocorre com os executantes de mandados federais. Não raro, a Procuradoria recebe a visita de grande número de oficiais todos os dias, cada um portando apenas uma ou duas intimações.

Nesse contexto, não surpreende a manifestação de que os poucos escritórios locais, que concentram número elevado de ações previdenciárias, preferem ajuizar suas ações na Justiça Estadual.

#### 4 ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL

As entrevistas feitas em comarcas do Mato Grosso do Sul apresentaram diagnóstico semelhante, destacando-se que o fator espacial parece exercer maior relevância no Estado, dada a distância mais considerável entre comarca e vara federal ou JEF (apontou-se, por exemplo, que Bataguassu só possui um ônibus por dia para Três Lagoas, que fica a 160km). Há, ainda, contextos específicos que levam ao ajuizamento de ações de competência delegada, em face do INSS, na Justiça Estadual. Assim, um entrevistado destacou que a comarca de Mundo Novo também abrange o município de Japorã, e a comarca de Sete Quedas, o município de Paranhos. Ademais, na região há assentamentos do “Movimento dos Sem-Terra” e de indígenas, gerando elevado índice de pedidos de aposentadoria rural ou de benefícios por incapacidade, nos quais se alega a condição de rural. Além disso, essas comarcas ficam próximas ao Paraguai e, assim, elevado número de paraguaios acabam buscando benefícios previdenciários ou assistenciais.

No entanto, embora os motivos apresentados sejam similares, os diretores de cartório, em sua maioria, não se dispuseram a falar, mostrando-se reticentes, o que prejudicou, em parte, a pesquisa.

De todo modo, a sobrecarga ou a lentidão da Justiça Federal foram apontadas por servidores de Bandeirantes e Inocência. Assim como em São Paulo, a dificuldade na

realização de perícias médicas também foi destacada. De acordo com um servidor de Bataguassu, as perícias representam o principal problema no âmbito da competência delegada. Em Nova Andradina, a falta de médicos-peritos foi um dos principais problemas apontados pela entrevistada. Ela revelou que um médico de Dourados costumava deslocar-se até a cidade para realizar as perícias, mas isso deixou de ocorrer. Atualmente, um profissional da cidade de Ivinhema, a cerca de 60km dali, tem realizado os procedimentos. Para isso, as partes precisam se deslocar até o consultório do perito, na referida localidade. “As pessoas, na verdade, não estão indo”, afirmou a servidora. Problemas semelhantes foram apontados por entrevistados de Mundo Novo e Sete Quedas.

Igualmente, foi apontada a existência de uma análise menos rigorosa, gerando entendimentos favoráveis ao requerente na Justiça Estadual. Um procurador federal, ouvido durante a pesquisa, informou que há uma “fuga” de segurados em Campo Grande: modifica-se o fato gerador do benefício, na tentativa de qualificar a doença como acidente de trabalho. Esse tipo de manobra tem sido sistematicamente acolhida pelo juízo estadual. “Observamos falta de zelo. Questionados, os juízes e desembargadores estaduais respondem que o enquadramento deve ser esse mesmo”, revelou a fonte.

Exorbitantes valores pagos por honorários periciais também chamam a atenção na região. “O TJMS nega-se a fazer uma tabela”, aponta um procurador federal. De acordo com ele, chega-se a pagar R\$2.800,00 por uma única perícia médica. Em média, pagam-se R\$1.000,00 pelo trabalho. “Um perito do quadro de servidores recebe, por mês, R\$4.000,00”, afirmou.

A atuação dos advogados, que realizam um trabalho ostensivo de captação de clientes, também é apontada como possível causa para a demanda crescente da matéria. Por outro lado, a estrutura da Procuradoria Federal que representa o INSS é deficitária também em Mato Grosso do Sul. Em Bataguassu, sobre a atuação dos procuradores federais e possíveis iniciativas de conciliação, o entrevistado mostrou-se surpreso com a possibilidade desse tipo de iniciativa: “Isso só ocorre na segunda instância, não é?”. Segundo ele, faz um ano que nenhum procurador comparece ao fórum, nem mesmo para audiências. “Sequer me lembro da última vez que vi um procurador aqui”, revelou. Em Cassilândia, a entrevistada destacou que os procuradores raramente comparecem às audiências, ponderando: “Se eles tivessem outra atuação, se propusessem acordos, evitaríamos atos desnecessários”. Um procurador federal entrevistado admitiu, inclusive, que a falta de estrutura do setor impede que as comarcas sejam acompanhadas mais de perto pela equipe. Outro, que atua em Campo Grande, afirmou que a Procuradoria atende a 37 varas estaduais na região, com distâncias de cerca de 500km. “Há uma dificuldade natural do território”, pontuou.

De acordo com entrevistados de Bataguassu, Cassilândia e Sete Quedas, advogados e/ou sindicatos rurais incentivam o ingresso em juízo, aumentando o volume de ações previdenciárias, de competência delegada, na Justiça Estadual. Foi destacado por um procurador federal que, em Bonito, um advogado usava inclusive a logomarca da Previdência Social para divulgar seus serviços.

## 5 CONCLUSÕES PRELIMINARES E ESTUDOS FUTUROS

É sabido que toda amostragem é passível de críticas. Em relação ao recorte realizado, poderia ser questionado o fato de terem sido consideradas comarcas com elevado número de recursos. Poderia ser criticado, ainda, o fato de se partir de alto índice de recursos no TRF3, e não de ações distribuídas em primeira instância.

A partir das entrevistas, todavia, nota-se que grande parte dos motivos citados independe da localidade. Se tais motivos podem ser mais facilmente verificados em comarcas com grande volume de recursos, isso não significa que não existam nas demais comarcas. A hipótese que se levanta, e que se pretende confirmar na continuidade deste ou no desenvolvimento de outros estudos, é a de haver um conjunto de causas comuns para o aumento progressivo de ações de competência delegada na Justiça Estadual, apenas havendo variação quanto ao grau de ocorrência (por exemplo, o fator distância é mais relevante em Mato Grosso do Sul que em São Paulo). Hipótese semelhante foi levantada por um dos procuradores entrevistados: segundo ele, os processos de competência delegada sempre são em grande quantidade, em qualquer comarca, em proporção ao número de feitos que lá tramitam. Jamais, no entanto, são tratados como prioridade na Justiça Estadual.

Além disso, como houve uma abordagem qualitativa, mais importante que o recorte realizado é o resultado obtido a partir da análise das entrevistas. Ainda que a hipótese não se confirme no futuro, ou seja, ainda que os motivos não sejam generalizáveis, o estudo pode contribuir para tentar aprimorar a prestação jurisdicional nas comarcas analisadas.

De todo modo, reconhece-se que o levantamento realizado é restrito. A análise é exploratória. Não há a abrangência nacional dos estudos que são realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, nem condições estruturais para tanto. Além disso, seria importante avançar para um maior número de comarcas, e entrevistar os diversos atores envolvidos nessas ações. Apesar dessas ponderações, entende-se ser possível apontar conclusões preliminares que podem servir para estudos futuros acerca da competência delegada.

A principal delas é a de que a distância não é o único motivo – em muitas localidades nem é o fator determinante – para o ajuizamento de ações na Justiça Estadual. Justamente por isso, a simples criação de novas Varas Federais ou JEFs, sem uma alteração constitucional da competência, não seria suficiente para a resolução do problema.

As entrevistas realizadas sugerem outra ordem de motivos: o grande número de laudos periciais que constata incapacidade, produzidos por peritos pouco técnicos; a existência de entendimentos judiciais mais favoráveis, decorrentes de análise menos rigorosa; a defesa mais deficitária da Procuradoria Federal especializada do INSS; a falta de controle em relação às prevenções; a falta de um poder correccional do TRF3 diante dos juízes estaduais no exercício da competência delegada. Tudo isso sugere que, talvez, a proximidade com o cidadão não esteja gerando uma prestação jurisdicional mais adequada, efetiva e justa.

Para confirmação dessa hipótese e investigação de outras possíveis causas, seria interessante a realização de novas pesquisas que, combinando aspectos quantitativos e qualitativos, pudessem auxiliar, entre outras, na resposta às seguintes

questões: a) qual o índice de incapacidade constatado pelos médicos-peritos? Esse índice varia entre as várias comarcas da Justiça Estadual e subseções da Justiça Federal?; b) existem muitas ações repetidas na Justiça Estadual e na Justiça Federal?; c) o número de sentenças reformadas pelo TRF3 é diferente, conforme o processo se origine da Justiça Estadual (em competência delegada) ou da Justiça Federal?; d) o que os advogados particulares, quando indagados diretamente, apontam como motivo para ingressarem com a ação na Justiça Estadual?

A abordagem aqui proposta é ir além dos dados já conhecidos. Humanizar o número, nesse contexto, significa escutar as histórias *in loco*, compreender como os índices impactam a realidade, por meio de exemplos. O trabalho de campo tem por objetivo maior melhorar a prestação jurisdicional, compreendendo as reais demandas e peculiaridades regionais.

Em síntese, o intento é que o estudo do Conselho Nacional de Justiça possa, de fato, como consta na sua conclusão, “aprimorar os debates acerca do tema da competência delegada e definir políticas judiciárias de aprimoramento desse instituto” (p. 57). Para tanto, pretendeu-se demonstrar ser imprescindível investigar não apenas a quantidade de processos, mas, também, como é feito o seu gerenciamento.

### *Referências bibliográficas*

BEZERRA, Elton. 27% dos processos federais estão na Justiça comum. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 30 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-30/quarto-processos-federais-justica-comum-cnj>>. Acesso em: 24 out. 2013.

CNJ. *Competência delegada: impacto nas ações dos Tribunais Estaduais*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel2013\\_comp\\_delegada.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel2013_comp_delegada.pdf)>. Acesso em: 16 out. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO. Portaria da Presidência nº 7.230, de 16 de setembro de 2013. Constitui Grupo de Trabalho a fim de analisar a proposta encaminhada pela Corregedoria-Geral da Justiça Federal. *Diário Eletrônico da Justiça Federal da 3ª Região*, 18 set. 2013. Caderno Administrativo, p. 2. Publicação em 19 set. 2013. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/BaixarPdf/9725>>. Acesso em: 16 out. 2013.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Acadêmica / Escola de Magistrados da Justiça  
Federal da 3ª Região, Tribunal Regional Federal da 3ª  
Região. - Ano VI, n. 4 (jan.-jun. 2014). - São Paulo:  
EMAG, 2009- .

Semestral: 2014- .  
Disponível em <<http://www.trf3.jus.br/emag/revistaacademica>>  
ISSN 2176-8935

1. Direito - Periódicos. I. Escola de Magistrados da  
Justiça Federal da 3ª Região. II. Brasil. Tribunal Regional  
Federal da 3ª Região.

CDD 340.5  
CDU 34 (05)

# Revista Acadêmica

Publicação oficial da  
Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região

Ano VI • número 4 • janeiro | junho 2014

Concurso de exequentes: aspectos gerais  
*Luciano Pedrotti Coradini*

Competência da Justiça Federal nas causas  
de nacionalidade  
*Ana Aguiar dos Santos Neves*

A ação civil pública de improbidade  
administrativa e sua aplicação às condutas  
ímprobadas praticadas por dirigentes das  
sociedades de economia mista federais  
*Francisco de Assis Basílio de Moraes*

Métodos de valoração ambiental:  
uma breve discussão  
*Monique Marchioli Leite*

A competência territorial da Justiça Federal  
para as demandas em que é parte  
autarquia federal: análise crítica da  
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal  
*Antonio César Bochenek, Vinicius Dalazoana*

Violência e mediação: impressões  
jusfilosóficas  
*Guilherme Roman Borges*

A proibição judicial de divulgação de  
notícias e a liberdade de imprensa  
*Pedro Luis Piedade Novaes*

Financiamento de campanha eleitoral:  
uma visão crítica  
*Raphael José de Oliveira Silva*

A tutela das criações intelectuais e a  
existência do direito de autor na  
antiguidade clássica  
*Leonardo Estevam de Assis Zanini*

A competência da Justiça Federal nos crimes  
contra as finanças públicas e contra a  
ordem tributária  
*Marcelo Lelis de Aguiar*

Juros remuneratórios em contratos  
bancários: comentários ao acórdão do  
Recurso Especial nº 1.061.530/RS  
(Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi, julg. 22 out.  
2008, DJe 10 mar. 2009)  
*Emerson José do Couto*

Por um estudo das causas da competência  
delegada em matéria previdenciária: as  
histórias ocultas pelos índices  
*Newton De Lucca, Marisa Ferreira dos Santos,  
Daldice Maria Santana de Almeida, Paulo  
Cesar Conrado, Renato Toniasso, Leila Paiva  
Morrison, Bruno Takahashi, Cynthia Almeida  
Rosa Galib*



Tribunal Regional Federal  
3ª Região