

DOUTRINA

A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO ALAGOANO DESDE 1964 À LEGISLAÇÃO ATUAL

Alana Carina de Barros Lima Dantas Peixoto

Consultora Jurídico-Administrativa do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça do Estado de Alagoas. Professora de História Moderna na Universidade Federal de Alagoas.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Constituição Federal de 1946 3. Regime dos Atos Institucionais 4. A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda n.º 01 5. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 6. Constituição do Estado de Alagoas de 1947 7. Constituição do Estado de Alagoas de 1967 8. Constituição do Estado de Alagoas com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 14 de 19 de junho de 1980 9. Constituição do Estado de Alagoas de 05 de outubro de 1989 10. Código de Organização Judiciária de Alagoas, Lei n.º 2.284 de 11 de agosto de 1960 11. Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Alagoas, Resolução n.º 2 de 31 de dezembro de 1970 12. Código de Organização Judiciária de Alagoas, Lei n.º 4.804 de 09 de novembro de 1986 13. Código de Organização Judiciária de Alagoas, Lei n.º 6.020 de 02 de junho de 1998 14. Conclusão.

1. Introdução

O processo histórico é formado por diversos fatos que vão se sucedendo no tempo, dando origem a transformações na vida dos homens e, conseqüentemente, na sociedade. Estudando a Estrutura do Poder Judiciário Alagoano, podemos perceber que ele nem sempre teve a organização que possui nos dias atuais, mas veio sofrendo uma série de mudanças, oriundas dos fatores sociais e das necessidades de atualização, inclusive política e jurídica.

O Direito é um fato social e se apresenta como uma das “realidades observáveis” na sociedade. Ele é utilizado como instrumento regulador das relações dos homens, agindo de forma coativa e se utilizando, quando necessário, de sanções. Assim, a norma jurídica emana do meio social e é nele aplicada e para sua harmonia.

Estudando historicamente as sociedades, pode-se perceber que em diferentes quadros culturais, existem diferentes ordens jurídicas. O mundo não pára, está em constantes transformações políticas, econômicas, sociais e, sendo as normas oriundas da sociedade e direcionadas a esta, sofrem modificações, são atualizadas.

Em qualquer agrupamento humano existe o fenômeno da valoração, por onde as pessoas atribuem certos valores à cada coisa, situação e pensamento. Para cada valor social deverá haver o estabelecimento de norma – a atuar sobre as condutas - que o proteja e aplique. Friedman em estudo apresentado afirmou:

Os estímulos sociais à modificação da ordem jurídica assumem formas variadas, seja pelo crescimento lento da pressão dos padrões e normas alterados da vida social, criando uma distância cada vez maior entre os fatos da vida e o Direito, seja pela súbita e imperiosa exigência de certas emergências nacionais, visando a uma redistribuição dos recursos naturais ou novos paradigmas de justiça social.¹

Por sua vez, Rosa comenta que “a verdade é que o Direito vai também sofrendo os impactos das novas realidades. A influência do elemento ‘tempo’ nas várias formas de normatividade jurídica é disso exemplo”.²

O ano de 1964 marcou uma fase de grandes transformações no contexto político nacional: a ditadura foi instalada. A vida social sofreu modificações, foi um período de exceção em que a normalidade constitucional havia sido suspensa. Novas normas entraram em vigor regendo de forma autoritária os direitos e deveres dos homens e adequando as instituições jurídicas à realidade do momento. Com isso, Atos Institucionais, Constituições e demais instrumentos legais trouxeram novas regras e uma nova organização estrutural ao Poder Judiciário.

Esse trabalho tem como base de estudo a inter-relação no tripé: sociedade, História e Direito, onde, mostrando o desdobramento no tempo, observa como isso influenciou na Estrutura do Poder

¹ FRIEDMAN, apud ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito*: o fenômeno jurídico como fato social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 58.

² ROSA, Felipe Augusto de Miranda. 1996, p. 60.

Judiciário Alagoano. O método de pesquisa utilizado foi o exame das Constituições Estaduais Alagoanas e dos Códigos de Organização Judiciária do Estado de Alagoas, destacando as mudanças ocorridas de 1946 (ano escolhido para que sejam observadas as transformações com a chegada posterior da ditadura) até os dias atuais, reflexos das ocorrências e legislações a nível nacional.

2. Constituição Federal de 1946

A Constituição Federal de 1946 – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – acompanhou os modelos das Constituições de 1891 e 1934. O texto promulgado em 18 de setembro de 1946 previa a separação dos Poderes, determinando a existência de três, independentes e, idealmente considerados, harmônicos entre si: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O Chefe do Executivo - ao mesmo tempo Chefe de Estado e Chefe de Governo - era o Presidente da República, eleito diretamente pelo povo, por meio de sufrágio universal e secreto, para um mandato de cinco anos. O Legislativo era o Congresso Nacional, formado pela Câmara dos Deputados, encarregada de representar o povo e pelo Senado Federal, destinado a representar os Estados. Os Deputados eram eleitos para um período de quatro anos, pelo sistema de representação proporcional. Os Senadores, que eram eleitos por votação majoritária simples, tinham mandato de oito anos e eram três para cada Estado, renovando-se a cada quatro anos, por um terço ou dois terços.

A Carta de 1946 tratou do Poder Judiciário em seu Título II, Capítulo IV. Na Seção I, artigo 94, foram citados os órgãos que compunham o Judiciário, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos, Juízes e Tribunais Militares, Juízes e Tribunais Eleitorais e Juízes e Tribunais do Trabalho. O órgão máximo do Poder Judiciário já era o Supremo Tribunal Federal.

Tendo por base o Princípio da Independência dos Poderes, sendo salvas as situações apresentadas pela mesma Constituição, de acordo com o artigo 95, os Magistrados gozavam de garantias como, vitaliciedade, só perdendo o cargo através de sentença judiciária; inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, seguindo-se o procedimento legal e irredutibilidade de rendimentos. Por outro lado, para assegurar a imparcialidade dos julgados, como trazia o artigo 96, aos Juízes era vedado o exercício de qualquer outra atividade pública, mesmo estando em disponibilidade, exceto o Magistério secundário e

superior, também não podiam receber nenhuma porcentagem em causas que estivessem presidindo, nem exercer atividade político-partidária.

Na mesma Seção I foram elencadas as atribuições dos Tribunais, de eleger seus Presidentes e demais órgãos dirigentes, propor ao Legislativo a criação ou extinção de cargos, a valoração de seus vencimentos, a elaboração de regimentos para organização de seus cargos, bem como a concessão de férias e licença aos Serventuários e Juizes subordinados. Na Seção VI, juntamente com a Justiça do Trabalho, a Constituição trata especificamente do espaço territorial de que trata esta pesquisa: a Justiça nos Estados.

De acordo como artigo 124, observadas as garantias, proibições aos Magistrados e ainda, a competência dos Tribunais, os Estados podiam organizar a sua Justiça. A Lei de Organização e Divisão Judiciária não podia ser alterada pelo prazo de cinco anos, a contar do dia em que entrava em vigor, a não ser com proposta fundamentada pelo Tribunal de Justiça. Poderiam ser criados Tribunais de Alçada, inferiores aos Tribunais de Justiça.

Para que alguém ingressasse no quadro da Magistratura, fazia-se necessário participar de um concurso de provas, patrocinado pelo Tribunal de Justiça com o apoio do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, onde a indicação dos candidatos era feita, preferencialmente, por lista tríplice. A promoção dentro do quadro de Juizes se dava por merecimento ou antigüidade, alternadamente, onde, no primeiro caso, dependia de listra tríplice do Tribunal.

Para o preenchimento de vagas no mesmo, a regra era parecida, mudando apenas que os Juizes apontados por merecimento poderiam pertencer a qualquer entrância³, já por antigüidade, deveria ser Juiz da última entrância (3ª), podendo ser recusado o mais antigo apenas por votação de três quartos dos Desembargadores, repetida a votação quanto aos demais. Um quinto dos cargos do Tribunal era ocupado por Advogados e membros do Ministério Público, de notório

³ As entrâncias significam a divisão das Comarcas de um Estado em três grupos: primeira, segunda e terceira entrâncias – de acordo com o número da população, o número de eleitores, a renda estadual e municipal e a movimentação forense de feitos judiciais.

saber jurídico, reputação ilibada e dez anos de atividades forenses, de forma que, sendo escolhido o membro de uma entidade, através de lista tríplice, uma futura vaga seria ocupada por um representante da outra classe.

Apenas por meio de proposta do Tribunal era modificado o número de seus representantes, bem como ele tinha a competência de julgar os Juízes pertencentes à instância⁴ inferior, por crimes comuns ou de responsabilidade. Os Desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, tanto nos crimes comuns como de responsabilidade, eram julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Poderiam ser criados, temporariamente, os Juízes de Paz, que viriam a substituir, exceto em casos de julgamento final ou recorríveis e competentes para, além de outras finalidades, habilitar e celebrar casamentos.

3. Regime dos Atos Institucionais

No início do Governo Militar, o poder foi dominado por um Comando Militar Revolucionário, que passou a determinar prisões políticas de todos aqueles que acompanhavam o Presidente deposto – João Goulart, ou apenas com ele simpatizavam, ou fossem de encontro ao regime autoritário implantando, ou até mesmo simplesmente tivessem pensamentos de esquerda.

Foi expedido Ato Institucional que afirmava manter as regras constitucionais em vigor, mas fazia diversas cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos. O Marechal Humberto de Alencar Castello Branco foi eleito Presidente por um tempo complementar de três anos, tendo o seu governo baseado no Ato Institucional supracitado e outros Atos Complementares.

Uma nova crise abriu espaço para o AI-2, em 27 de outubro de 1965, e outros Atos, como o AI-3 e o AI-4. Este último, de 07 de dezembro de 1966, regulava o procedimento a ser acompanhado pelo Congresso Nacional, para que fosse votada uma nova Constituição, que teve seu projeto apresentado pelo Governo. Em 24 de janeiro de

⁴ Níveis presentes no Poder Judiciário – p. ex, os Juízes alagoanos de primeira, segunda e terceira entrâncias, fazem parte da primeira instâncias e os Desembargadores do Tribunal de Justiça compõem a segunda instância.

1967, ela foi promulgada, resumindo as alterações institucionais efetuadas na Carta de 1946 em que acabava, após ter sofrido vinte e uma Emendas e o choque de quatro Atos Institucionais e trinta e sete Atos Complementares, impossibilitando de ser sustentada a boa atuação do Direito Constitucional em vigor.

O Ato Institucional de n.º 4 trouxe um forte impacto às instituições brasileiras, pois como explicava seu preâmbulo, esse Ato entendia “imperioso dar ao país uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução”. Então, a Revolução provocava alterações nas instituições atuantes.

O clima de intolerância e imposição está bem presente no que Evaldo Vieira chama de “gestação” do Ato Institucional de n.º 5. Em um discurso, um Deputado eleito pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB) da Guanabara convidou a população a não ir à parada militar organizada para 07 de setembro, no chamado Dia da Independência. Aconselhava também às pessoas que não tivessem comprometimento com oficiais ligados, de qualquer forma, com as violências e barbaridades praticadas pelo governo federal. Insatisfeitos, os militares requereram do Supremo Tribunal Federal alguma atitude judicial em relação àquele parlamentar, por ter ofendido a honra e a dignidade das Forças Armadas.

Ocorre que o Congresso Nacional, por meio de votação dos seus membros, entendeu em manter a imunidade parlamentar do Deputado, em respeito à integridade da tribuna cameral. Um dia após essa decisão, em 05 de dezembro de 1968, o AI-5 foi assinado pelo então Presidente Costa e Silva, fechando o Congresso Nacional, as Assembléias Estaduais e Câmaras Municipais; cassando os mandatos de Parlamentares; suspendendo por dez anos os direitos políticos de qualquer pessoa; demitindo, removendo ou pondo à disposição funcionários públicos de qualquer ente público; demitindo e removendo Juízes; suspendendo as garantias do Poder Judiciário; decretando Estado de Sítio sem qualquer impedimento; confiscando bens por corrupção; julgando crimes políticos em Tribunais Militares; legislando por Decreto e outros Atos Complementares e proibindo o exame, por parte do Poder Judiciário, de recursos impetrados por pessoas acusadas com base no AI-5.

De acordo ainda com Evaldo Vieira:

O Brasil construído pelo Ato Institucional n.º 5 ficou com marcas indestrutíveis. Destas marcas, não se deve esquecer as prisões sem acusação formal e sem mandado, além dos graves abusos de poder e das torturas praticadas em presos.⁵

Na Exposição de Motivos intitulada “À Nação” do Ato Institucional n.º 1, de 09 de abril de 1964, foi afirmado que aquela Revolução se investia de Poder Constituinte, pregando que:

Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical de Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisso seja limitada pela normatividade anterior a sua vitória.

De acordo o artigo 7º, §§ 1º e 2º daquele Ato, ficaram suspensas por seis meses as garantias constitucionais ou legais de estabilidade e vitaliciedade, onde, através de investigação sumária, os detentores dessas garantias podiam ser demitidos ou dispensados, ou também, com vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço, colocados em disponibilidade, aposentados, transferidos para reserva ou reformados por meio de Decreto do Presidente da República ou, pertencendo ao quadro dos servidores estaduais, por Decreto do Governador do Estado, quando agissem contra a “segurança” do país, o regime “democrático” e a probidade administrativa pública, sem prejuízo à aplicação ainda das sanções penais. Os servidores municipais também estavam incluídos naquele artigo, só que o Decreto seria do Governador do Estado, mediante proposta apresentada pelo Prefeito Municipal.

Isso trazia uma grande instabilidade, pois alguns cargos – como exemplo o de Juiz – precisam de um profissional estável, para que ele saiba que qualquer que seja a sua decisão em uma causa, terá seu cargo garantido. Ninguém o poderá prejudicar por não ter sido favorável ao interesse de alguém. Sendo-lhe negada essa estabilidade, o funcionário passa a ser parcial, sentindo-se obrigado a seguir alguns caminhos em seus atos para não perder o ser posto.

⁵ VIEIRA, Evaldo. *A República brasileira: 1964 – 1984*. São Paulo: Moderna, 1985.

Outra prova do que era a imposição naquela época é o artigo 7º, § 4º, que pregava:

§ 4.º O controle jurisdicional desses atos limitar-se-á ao exame das formalidades extrínsecas, vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como da sua conveniência ou oportunidade.

Significando que eles - Presidente ou Governador - poderiam possuir e apresentar qualquer motivo que fosse de seu interesse, que não seria apreciado nem vetado pela Justiça nunca. Bem como assim, não poderiam ser questionadas a conveniência e oportunidade da decisão, se o governo entendia que tal decisão deveria ser apresentada naquele momento, ninguém poderia - por motivo legal: o Ato - ir de encontro. A Justiça estava de mãos atadas para atuar contra qualquer arbitrariedade.

O Comando Supremo da Revolução, no artigo 1º do Ato Institucional n.º 9 de 25 de abril de 1969, regulou a atuação dos encarregados pelos Inquéritos e Processos que apuravam a responsabilidade pela prática de crimes contra o Estado ou seu patrimônio e a Ordem Política e Social, ou ainda por atos de Guerra Revolucionária.

Como se vê em diversas normas do período, no Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, mais uma vez estava presente a limitação da atividade do Poder Judiciário, em que o caráter impositivo do governo do momento é explicitado no artigo 19, quando trata:

Art. 19. Ficam excluídos da apreciação judicial:

I – os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo Federal, com fundamento no Ato Institucional de 09 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste;

II – as resoluções das Assembléias Legislativas e Câmara de Vereadores que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, a partir de 31 de março de 1964, até a promulgação deste Ato.

Enfim, este foi um período marcado por um governo ditador, que legalizava e legitimava suas próprias atividades, impedindo qualquer atuação do Poder Judiciário que as julgasse ou colocasse em questionamento.

4. A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda n.º 01

Quanto ao Regime Federativo, a Constituição da República Federativa do Brasil fortaleceu principalmente a União, em detrimento dos Estados, trazendo em seu art. 13, a diminuição acentuada da auto-organização daqueles entes federados. Se ainda deixou a competência residual, foi muito distante do rol de poderes ofertados à União, pois o que restava não era quase nada. Para completar, forneceu à União uma grande ingerência nas próprias finanças estaduais, por meio do sistema dos fundos, onde a aplicação era planejada e fiscalizada pelos órgãos centrais. Com muita coerência, afirmava Themístocles Cavalcanti que “faltaram à Constituição certas medidas que permitissem manter um equilíbrio necessário à preservação das autonomias estaduais”.⁶

Foi mantido o presidencialismo, com a predominância política para o Executivo, sendo o Presidente da República a autoridade máxima. De acordo com o art. 76 da Constituição, o Presidente era eleito pelo sufrágio de um colégio eleitoral, em sessão pública e por meio de votação nominal. Esse colégio eleitoral era composto por membros do Congresso Nacional e por delegados das Assembléias Estaduais.

A Constituição que foi promulgada em 24 de janeiro de 1964 entrou em vigor em 15 de março de 1967, no momento em que estava assumindo o mandato para a Presidência o Marechal Arthur da Costa e Silva. Sofrendo grande influência da Carta de 1937, forneceu grandes poderes à União e ao governo federal; reorganizou o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas; atualizou a estrutura orçamentária, possibilitando o orçamento-programa e os programas plurianuais de investimento e buscou combater a inflação com políticas fiscais.

Mostrando-se a mais autoritária das Constituições, excetuando-se a de 1937, diminuiu a liberdade pessoal, autorizando a suspensão de direitos e garantias tutelados constitucionalmente. Trouxe maiores limitações também quanto ao direito à propriedade, permitindo a desapropriação de terras para fins de reforma agrária, através de pagamentos de indenização com títulos da dívida pública.

⁶ CAVALCANTI, Themístocles. *Estudos sobre a Constituição de 1967*. [S.l.], 1967, p. 13.

Sendo o Presidente Costa e Silva declarado temporariamente impedido de cumprir seu mandato pelo AI-12, de 31 de agosto de 1969, o governo foi entregue aos Ministros do Exército, da Aeronáutica e da Marinha de Guerra, que concluíram o novo texto – a Emenda Constitucional n.º 01 à Constituição de 1967 – que foi promulgado em 17 de outubro de 1969 e entrou em vigor em 30 de setembro de 1969. Em verdade não era apenas uma Emenda, mas uma Constituição, só servindo a estratégia para que acontecesse a outorga, já que integralmente o conteúdo era de uma Carta e, para completar, foi intitulada de Constituição da República Federativa do Brasil. Foi modificada por 25 Emendas Constitucionais, vindo a 26ª para convocar a Assembléia Nacional Constituinte para a elaboração de uma nova Carta Nacional.

A Constituição de 1967 tratou do Poder Judiciário em seu Capítulo VIII, do Título I (Da organização nacional). Sendo este Capítulo dividido em Seções, na 1ª foram colocadas as Disposições Preliminares e, nas demais, foram regulamentadas as funções e atividades dos órgãos que compõem o Poder Judiciário da União. Na Seção VIII, a Carta versou sobre a Justiça dos Estados.

Respeitando o que era colocado pela Constituição Federal, o artigo 108 trouxe as garantias oferecidas aos Juízes, quais sejam, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos; bem como, no artigo 109, os impedimentos daqueles profissionais exercerem qualquer outra função pública, fora o Magistério, receber percentagens em processos de sua atuação e a competência dos tribunais estaduais, tendo cada Estado o direito de organizar o seu Poder Judiciário.

Para o ingresso na carreira da Magistratura, conforme o artigo 136, era necessário que o candidato se submetesse ao exame de provas e títulos, que era promovido pelo Tribunal de Justiça, juntamente com o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil. A promoção se dava por entrâncias (dos Municípios mais distantes e de menor quantidade populacional para os mais próximos e maiores – do interior para a Capital), por antigüidade e merecimento, alternadamente, seguidas as regras preestabelecidas.

Para o acesso ao Tribunal os procedimentos também eram os da antigüidade e merecimento alternados, sendo o primeiro apurado na última entrância e o outro, por meio de lista tríplice. No

preenchimento do Tribunal, um quinto de suas vagas era reservado para representantes dos Advogados com prática habitual da profissão e do Ministério Público, sendo indicados alternadamente e por meio de lista tríplice, todos com idoneidade moral e notório merecimento, com no mínimo dez anos de prática forense.

Competia ao Tribunal, privativamente, processar e julgar os componentes do Tribunal de Alçada e os Juízes da instância (grau) inferior, nos crimes comuns e de responsabilidade, exceto quando em caso de eleição, em que a competência era da Justiça Eleitoral.

Com a mesma organização da Constituição de 1967, a Emenda n.º 01, nomeada de Constituição da República Federativa do Brasil, em seu Capítulo VIII, tratou do Poder Judiciário, trazendo as mesmas garantias aos Juízes (vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade de vencimentos), seus impedimentos (exercício de funções outras diversas do Magistério, recebimento de custas em processos, prática de atividades política-partidárias) e a competência do Tribunal de Justiça Estadual.

Na Seção I (Das Disposições Gerais) foram enunciados os órgãos ou conjuntos orgânicos que eram habilitados para o exercício da função jurisdicional. Havia um tratamento diferenciado quanto a esta disposição, pois, enquanto a Constituição, em seu art. 27, atribuiu ao Congresso Nacional o Poder Legislativo da União, ao Presidente da República, no art. 73, o Poder Executivo também da União, quando tratou do Poder Judiciário, enumerou todos os órgãos que o compõem, não só federais, mas também estaduais. Com isso, o Judiciário se tornou uno, não havendo distinção entre o Judiciário Federal e o Estadual, como se distinguia o funcionamento do Legislativo, por exemplo, a nível federal e estadual.

O caráter federal ou estadual do Judiciário estava ligado apenas à sua vinculação à estrutura constitucional e administrativa da União ou dos Estados. Assim, no art. 112, a Constituição apresentou como órgãos que compõem o Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Magistratura, o Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais, Tribunais e Juízes Militares, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes do Trabalho e os Tribunais e Juízes Estaduais.

O Tribunal competente tinha a possibilidade de determinar, em caso de interesse público, por meio de escrutínio secreto com voto

de dois terços de seus membros efetivos, sendo fornecidas condições de defesa, a remoção ou disponibilidade de Juiz de categoria inferior ou de seus próprios Juízes, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.

Da Seção II à IX, a Constituição versou sobre os órgãos que integravam o Poder Judiciário, onde nos deteremos à de n.º IX, por tratar dos Tribunais e Juízes a nível de Estado. O texto condicionou o ingresso na Magistratura à submissão a concurso de provas e títulos. Para ocupar cargos isolados não era independente de concurso. Entendia-se que, exceto os Juízes Togados, com investidura limitada e os Juízes de Paz, temporários, os demais Juízes (concursados) integravam a carreira da Magistratura, que se estendia da primeira instância, a inferior, à mais alta, o Tribunal de segunda instância. Sendo então a dispensa de concurso dirigida apenas àqueles de investidura temporária.

Na Constituição de 1946, o concurso para Magistratura vitalícia era somente de provas. A Constituição de 1967 introduziu o exame com provas e títulos, sendo realizado, como dito supra, pelo Tribunal de Justiça com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, seguindo-se a ordem de classificação. A Emenda n.º 7 inovou, trazendo a possibilidade de se condicionar o ingresso à Magistratura à realização de curso de preparação. Ressaltando-se que a aprovação neste, não excluía o concurso de títulos e provas.

Interessante destacar que na promoção dos Juízes, feita de entrância para entrância, por antigüidade e merecimento, alternadamente, em que quando por merecimento, a indicação era feita por lista tríplice, o texto promulgado em 1967 incluía “quando praticável”, sendo esta frase retirada da Emenda n.º 1 de 1969. Mas isso não significava que inexistindo possibilidade de se estabelecer lista tríplice, por exemplo, por falta de um terceiro inscrito para a promoção, tornava-se dispensável ou até mesmo proibida a indicação dos inscritos ou inscrito para aquela indicação. Mesmo que só tivesse um Juiz esperando por merecimento, devia este ser indicado para promoção.

A Emenda n.º 7 tornou obrigatória a promoção do Juiz que figurasse pela quita vez consecutiva em lista de merecimento. Esta regra era investida de boa intenção, pois pretendia impedir que causas

subalternas viessem a prevalecer indefinidamente, prejudicando um Magistrado. Mas, há quem alegue que esta colocação desnatura o procedimento, pois a regra é que seja feita uma lista tríplice pelo Tribunal, para escolha de um pelo Chefe do Executivo. Com esta obrigação, é retirada deste a possibilidade de escolha, sendo criada uma promoção por antigüidade dentro do merecimento.

De acordo com a redação dada pela Emenda n.º 7, em caso de antigüidade o Tribunal só poderia recusar o mais antigo, através do voto da maioria absoluta de seus membros ou daqueles que integrem o Tribunal Pleno, repetindo-se a votação até que fosse fixada a indicação. Aquela Emenda também voltou a cobrar dois anos de exercício na entrância para que o Juiz seja promovido, pois na Carta de 1967 eram pedidos três. No acesso à segunda instância também se aplicava, alternadamente, a antigüidade e o merecimento. Era ainda reservado o quinto constitucional para representantes do Ministério Público e dos Advogados.

Uma das grandes inovações trazidas pela Emenda n.º 7 foi a de que nos Tribunais de Justiça com mais de vinte e cinco membros, fosse criado um órgão especial que, por organização interna, exercesse as atribuições do Pleno, quer administrativas, quer jurisdicionais, promovendo inclusive a uniformização da jurisprudência. A lei estadual ficou encarregada de dispor sobre a escolha dos componentes deste órgão. Poderia ser também colocada como condição ao acesso à segunda instância a participação e aprovação em cursos de aperfeiçoamento de Magistrados.

A lei poderia criar, através de proposta do Tribunal de Justiça: Tribunais inferiores de segunda instância – os Tribunais de Alçada; Juízes Togados, com vitaliciedade temporária, que poderiam substituir os vitalícios e tinham competência para julgar causas de pequeno valor e crimes a que não seja cominada pena de reclusão; Juízes de Paz, também temporários, que celebravam e habilitavam para casamento e Justiça Militar estadual, composta por duas instâncias.

O Tribunal de Justiça tinha competência para julgar, exceto em causas eleitorais, os membros do Tribunal de Alçada e os Juízes de instância inferior, bem como de propor a alteração do número de seus membros ou dos membros dos Tribunais inferiores de segunda instância, sendo esta competência dada também ao órgão especial que fazia as vezes do Pleno.

No Título V, das Disposições Gerais e Transitórias, o art. 181 determinou que os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964 ficavam aprovados e excluídos da apreciação do Judiciário. Isso significava que os atos de que trata este artigo, seriam aprovados se baseados nos Atos Institucionais ou nos Atos Complementares que dos mesmos decorrem, se forem “legais” em relação a eles. Seguindo a mesma trilha, a cláusula de exclusão de apreciação judicial significava pura e simplesmente a exclusão da apreciação do mérito do ato.

O Comando Supremo da Revolução era um órgão de fato, formado pelos comandantes e chefes do exército, da marinha e da aeronáutica, que assumiu o poder com a saída de João Goulart da Presidência da República, até a posse de Castello Branco, em 15 de abril de 1964. Assim, tais atos se estenderam de 1º a 15 de abril de 1964.

Também eram tidos por aprovados e excluídos de julgamentos os atos do Governo Federal, compondo aqui os três Poderes, que tivessem por base os Atos Institucionais e Complementares e seus efeitos, como também os atos dos Ministros Militares e seus efeitos, quando tivessem exercendo temporariamente a Presidência da República. Ainda as Resoluções das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, que tenham cassado mandatos eletivos ou declarado impedidos Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores que estivessem exercendo estes cargos, bem como os atos de natureza legislativa, todos que tiveram por fundamento os Atos Institucionais.

No art. 202 da Emenda, havia a determinação de que os Estados promovessem a “Reforma do Judiciário”, fazendo a adaptação de sua estrutura ao que manda a Constituição e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional, dentro do prazo de seis meses da entrada em vigor daquela, extinguindo ainda o cargo de Juiz Substituto da segunda instância. Estes Juízes ficariam em disponibilidade, recebendo os vencimentos integrais, até que fossem reaproveitados. A Emenda permitiu ainda a criação de contenciosos administrativos – processos e decisões no âmbito administrativo - tanto a nível federal como estadual, sem poder jurisdicional, para causas fiscais, previdenciárias e de acidentes do trabalho.

5. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988

Mesmo com a instalação da ditadura em 1964, alguns grupos lutavam pela normalização democrática e pela conquista, concretização do Estado Democrático de Direito e teve grande aumento após o Ato Institucional n.º 5, considerado o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. As ruas foram tomadas com as eleições dos Governadores em 1982, intensificando-se no início de 1984 em busca de eleição direta para Presidente da República, pela busca do reequilíbrio nacional, que só poderia realmente acontecer com uma nova ordem constitucional, que reorganizasse o pacto político-social. Não sendo satisfeitas as vontades, lançaram a candidatura de Tancredo Neves, então Governador de Minas Gerais, à Presidência da República, que concorreria no Colégio Eleitoral.

Em sua campanha, dissertou as bases da Nova República em um famoso discurso proferido em Maceió:

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, 'com prudência e moderação', as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que 'se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários', e o que é mais importante, 'pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira'. E assim, finalmente, a Nova República 'será iluminada pelo futuro Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã'.

Com apoio do povo para a construção da Nova República, a eleição de Tancredo Neves, em 15 de janeiro de 1985, foi tida como o princípio de uma nova fase da história das instituições políticas brasileiras, chamada por ele próprio de "Nova República", que deveria ser democrática e social, concretizando-se através da Constituição que seria elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, que ele convocaria logo que assumisse a Presidência da República. Acontece que Tancredo faleceu sem nem assumir o cargo.

Quem ocupou o posto foi o Vice-Presidente José Sarney. Através da Emenda n.º 26 convocou a Assembléia Constituinte. A Constituição de 1988 trouxe um texto avançado, com inovações nacionais e mundiais. Foi considerada a “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, por ter tido grande participação popular no momento de elaboração e principalmente por muito se direcionar ao cumprimento da cidadania.

Na Constituição Federal de 1988, artigo 92, mais uma vez são elencados, desde o nível nacional ao estadual, os órgãos que têm a função jurisdicional: Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça; Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; Tribunais e Juízes do Trabalho; Tribunais e Juízes Eleitorais; Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Tendo o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional.

Segundo o artigo 93, por iniciativa do Supremo Tribunal Federal, Lei Complementar tratará do Estatuto da Magistratura, com base nos princípios de que o ingresso para a Magistratura, com cargo inicial de Juiz Substituto, será por concurso de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, com observância na ordem de classificação. Os Juízes obtêm as garantias de vitaliciedade com dois anos de exercício do cargo, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e sofre as mesmas proibições das Cartas anteriores - artigo 95.

A promoção se dá de entrância para entrância, por antigüidade e merecimento, alternadamente. Quando por merecimento, deve o Juiz ter pelo menos dois anos de exercício naquela entrância e estar na primeira quinta parte da lista de antigüidade da mesma, salvo se não existir satisfazendo essas exigências, quem aceite a vaga. O merecimento é constatado com base na presteza e segurança na prática de sua profissão e pela freqüência e aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento. O Tribunal só pode recusar o membro mais antigo, por voto de dois terços de seus componentes, repetida a votação até que se fixe o indicado, bem como é obrigatória a promoção do Magistrado que seja indicado três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento.

Para acesso ao Tribunal de Justiça há a apuração da antigüidade e do merecimento na última entrância, alternadamente, onde um quinto das vagas será preenchido por membros do Ministério Público e de Advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, ambos atuando na carreira por mais de dez anos, indicados por lista sêxtupla por seus órgãos de representação. Com esta em mãos, o Tribunal elaborará uma lista tríplice que será encaminhada ao Chefe do Executivo para escolha.

Respeitando as determinações da Constituição Federal, os Estados podem organizar sua Justiça, sendo a competência dos Tribunais ditada pela Constituição Federal e o Código de Organização Judiciária elaborado pelo Tribunal de Justiça. Por meio de Lei do Estado, por proposta do Tribunal, pode ser criada a Justiça Militar Estadual.

6. Constituição do Estado de Alagoas de 1947

Nesta Constituição, o Poder Judiciário era exercido pelos Juízes Singulares, pelo Tribunal do Júri, Justiça Militar e outros órgãos apresentados pela Constituição Federal. Eram repetidas as garantias ofertadas aos Juízes: de vitaliciedade, perdendo seu cargo apenas por sentença judicial; de inamovibilidade, a não ser por promoção aceita, remoção a pedido ou quando for motivo de interesse público, fundamentado por votação de dois terços dos componentes do Tribunal de Justiça e irredutibilidade de vencimentos, sendo-lhes vedado o exercício em outra atividade que não o Magistério secundário e superior, o recebimento de porcentagens e custas processuais e a prática de atividades político-partidárias.

O ingresso na Magistratura se dava através de concurso de provas e títulos organizado pelo Tribunal de Justiça, sob o acompanhamento do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, cobrando a Constituição Estadual as necessidades de o candidato apresentar exame de sanidade mental, ser brasileiro, ter no máximo quarenta e cinco anos, a não ser que já exercesse outra função judiciária ou de Ministério Público e ser bacharel ou doutor em Direito.

A promoção de entrância para entrância se dava por merecimento e antigüidade, alternadamente. Era permitido ao Juiz não aceitar sua promoção, sem prejuízo em sua ordem de antigüidade, bem

como, ao candidato aprovado em concurso recusar a nomeação, portanto que isso não ocorresse três vezes, caso que acarretava a perda da validade de sua aprovação.

O Tribunal de Justiça tinha, segundo a Constituição Estadual, sede na Capital e jurisdição em todo o território estadual. Era composto por sete Desembargadores nomeados pelo Governador do Estado, promovidos dentre os Juizes de Direito, por merecimento e antiguidade alternadamente, já sendo garantido o quinto constitucional para os Advogados e representantes do Ministério Público.

7. Constituição do Estado de Alagoas de 1967

O texto original desta Constituição é datado de 11 de maio de 1967 e recebeu diversas Emendas Constitucionais. O Poder Judicial foi tratado no Capítulo V, do Título I (Da Organização Estadual), onde na Seção I foram colocadas as disposições preliminares.

O Poder Judicial do Estado era exercido pelo Tribunal de Justiça, pelos Juizes de Direito e pelo Tribunal do Júri. Poderia uma lei, por proposta do Tribunal de Justiça, criar tribunais inferiores de segunda instância; Juizes Togados em investidura de tempo limitado, com competência para julgamento de causas de pequeno valor e de crimes não sancionados com pena de reclusão, que também podem substituir os vitalícios; Justiça de Paz, temporária, que habilitava e celebrava casamento, bem como a Justiça Militar Estadual.

Sob o regime e atos da ditadura, a Constituição Estadual “apregoa” as garantias concedidas aos Magistrados na Constituição Federal: vitaliciedade, adquirida na primeira instância logo após dois anos de exercício, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Repete ainda as vedações ao Juiz, de exercer qualquer outra função que não o Magistério superior, público ou particular; receber porcentagem em processos que estejam tramitando em ser Juízo e exercer função político-partidária.

O Tribunal de Justiça tinha sua sede na Capital do Estado e abrangência jurisdicional em todo o seu território, compondo-se por onze Desembargadores, onde dependia de sua proposta, qualquer alteração no seu número de membros e na organização e divisão judiciária. A forma de ingresso no órgão máximo da justiça do Estado é o reflexo do que dispõe a Constituição Federal.

Os Juízes de Direito eram nomeados pelo Governador do Estado, para os cargos de início da carreira, através de indicações do Tribunal de Justiça, após se submeterem a um concurso público de provas e títulos promovido pelo Tribunal de Justiça com o acompanhamento do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

As condições para o ingresso na Magistratura eram: ser brasileiro nato ou naturalizado; bacharel ou doutor em Direito, com diploma de pelo menos dois anos; ter no máximo quarenta e cinco anos, a não ser que já fosse funcionário público efetivo estadual; apresentar exame de sanidade mental e ser aprovado no concurso. Segundo a Carta, as atribuições, encargos e deveres do Juiz deveriam ser dispostos no Código de Organização Judicial.

Para que se pudesse organizar e gerir a justiça alagoana, o Estado foi dividido em Comarcas, formadas por um ou mais Municípios, pertencentes a uma entrância que terá o provimento por um ou mais Juízes.

8. Constituição do Estado de Alagoas com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 14 de 19 de junho de 1980

O Poder Judiciário era composto pelo Tribunal de Justiça, Juízes de Direito e Tribunal do Júri; podendo ser criados por lei, mediante proposta do Tribunal de Justiça, os tribunais inferiores de segunda instância, Juízes Togados com tempo limitado de investidura, Justiça de Paz temporária e Justiça Militar Estadual.

A Constituição trazia mais uma vez as garantias concedidas à Magistratura: vitaliciedade, onde o Juiz só perderia o cargo através de sentença judiciária; inamovibilidade, excetuando o caso de interesse público e, ainda, irredutibilidade de vencimentos. Todas essas tendo por finalidade assegurar que o Juiz fosse imparcial, livre para decidir qualquer feito que com ele tramitasse. Para complementar este objetivo, o Juiz era proibido de, mesmo em disponibilidade, exercer qualquer cargo que não o Magistério superior, bem como receber por qualquer motivo porcentagens ou custas em demandas processuais.

Os Juízes de Direito eram nomeados pelo Governador do Estado para início de carreira, através de indicação do Poder Judiciário. Para ingresso na Magistratura o pretendente se submetia a concurso público de provas e títulos, promovido pelo Poder Judiciário

com a participação do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, podendo ser exigida dos candidatos a aprovação em curso de preparação para Magistratura. A promoção se dava por antigüidade e merecimento, alternadamente, de entrância para entrância.

De acordo com a Constituição, o Tribunal de Justiça, composto por onze Desembargadores, deveria ter sede na Capital e abrangência em todo o território alagoano. O acesso a ele poderia se dar por antigüidade, observada na última entrância, podendo ser recusado o Juiz mais antigo apenas por voto da maioria dos Desembargadores, repetindo-se a votação até que fosse fixado o nome, ou ainda seria possível acessar, por merecimento, alternadamente, sendo que nesta forma a listra tríplice era composta pelos nomes de Juízes de qualquer entrância. Era garantido um quinto das vagas aos Advogados e representantes do Ministério Público.

9. Constituição do Estado de Alagoas de 05 de outubro de 1989

Nesta Constituição – a vigente nos dias atuais, os órgãos integrantes do Poder Judiciário são: o Tribunal de Justiça, o Tribunal do Júri, os Juízes de Direito e Juízes Substitutos, o Conselho de Justiça Militar e outros Juízes que forem instituídos em lei. Como órgãos auxiliares, a Constituição trouxe o Conselho Estadual da Magistratura, a Corregedoria Geral de Justiça, a Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL e a Diretoria-Geral do Tribunal de Justiça.

O artigo 123 apresenta os princípios que regem a Magistratura. Nesta, o cargo inicial é o de Juiz Substituto de primeira entrância, onde o candidato ingressa por meio de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo respeitada para a nomeação a ordem dos classificados. A promoção de uma entrância para outra se dá por merecimento e antigüidade, alternadamente, precisando, no primeiro caso, o Juiz ter dois anos de exercício na presente entrância e compor a primeira quinta parte da lista de antigüidade daquela. É aferido o merecimento através dos critérios de presteza e segurança no exercício de sua atividade e por frequentar cursos reconhecidos de aperfeiçoamento ofertados pela Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL. O acesso ao Tribunal de Justiça ocorre por antigüidade e merecimento, alternados.

Para que um Juiz seja removido, posto à disposição ou aposentado é necessário o interesse público, fundado em decisão por voto de dois terços dos membros do Tribunal de Justiça, sendo-lhe assegurada a ampla defesa. A legislação tem por escopo impedir decisões arbitrárias, fundamentadas em simples intolerância ou incompatibilidade de pensamentos e atitudes políticas. São garantidas ao Magistrado a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, bem como lhe é proibido exercer outra atividade, exceto o Magistério; receber custas ou porcentagens em processos e fazer parte de atividades político-partidárias. Mais uma vez a intenção é que o Juiz seja imparcial, completamente desvinculado que qualquer influência ou chantagem.

De acordo com o artigo 137, o Juiz tem a faculdade de não aceitar a promoção que lhe é concedida, sem prejuízo em sua ordem de antigüidade, como também o candidato aprovado em concurso pode não aceitar a nomeação, portanto que isso não se passe duas vezes, caso que acarretará a invalidade de sua aprovação.

Podem ser criados por proposta do Tribunal de Justiça: Juizados Especiais, formados por Juízes Togados ou Togados e Leigos que conciliassem, julgassem e executassem causas cíveis de menor complexidade ou penais de menor potencial ofensivo, através de procedimento mais simplificado – oral e sumário – e Justiça de Paz, formada por cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competentes para casar, verificar o processo de habilitação e promover conciliações sem caráter jurisdicional.

10. Código de Organização Judiciária de Alagoas, Lei n.º 2.284 de 11 de agosto de 1960

Este Código trazia como órgãos integrantes do Poder Judiciário: o Tribunal de Justiça, a Corregedoria Geral de Justiça, os Juízes de Direito, o Tribunal do Júri, a Justiça Militar e outros órgãos instituídos na Constituição Federal. Como órgãos auxiliares a Norma Estadual apresentava o Ministério Público, o Conselho Penitenciário Estadual, o Juízo Arbitral, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil de Alagoas, Advogados, Assistentes Judiciários e a Polícia e, como órgãos auxiliares da administração da justiça os Tabeliães de Notas, Oficiais de Registros Públicos, Escrivães, Distribuidores, Contadores, Partidores, Avaliadores, Porteiros de Auditório,

Depositário Público, Oficiais de Justiça, Escreventes, Comissários de Vigilância e Funcionários da Secretaria do Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Justiça era o órgão supremo do Poder Judiciário, sendo formado por onze Desembargadores, nomeados pelo Governador, dentre os Juízes de Direito, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Os Juízes de Direito de 1ª instância também eram nomeados pelo Governador dentre os aprovados em concurso de provas e indicados por lista tríplice do Tribunal de Justiça. O concurso, organizado pelo Tribunal, com o acompanhamento do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, tinha como requisitos para os candidatos: serem maiores de vinte e cinco e menores de quarenta e cinco anos, exceto no caso de já serem serventuários da justiça ou membros do Ministério Público; terem idoneidade moral e conduta incensurável; serem eleitores no gozo de seus direitos; terem boa condição de saúde, atestada por médico oficial e estarem em conformidade com o serviço militar. A promoção se dava por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Os casos de disponibilidade do Juiz foram expressos de forma detalhada no artigo 166 do Código de Organização, ocorrendo na hipótese de supressão da Comarca ou Vara em que fosse titular e ele não passasse a ocupar outra que estivesse desocupada ou, de acordo com o que o artigo 131 leciona, para evitar que atuassem em um mesmo processo, conjuntamente, o Juiz com representante do Ministério Público, funcionários ou auxiliares de justiça, que sejam seus ascendentes, descendentes, sogros, genro ou nora, padrasto, madrasta ou enteado ou parentes consangüíneos até o terceiro grau.

Sendo o funcionário vitalício, afastava o exercício do último nomeado e, sendo o motivo superveniente à nomeação, ficava disponível o que deu lugar ao impedimento. Quanto ao caso anterior, restaurada a Comarca, Vara ou Juizado era obrigatório o aproveitamento daquele Juiz em disposição, que devia assumir o cargo dentro do prazo legal, sob pena de ser considerado abandono de cargo.

Segundo o artigo 168, o Juiz só podia perder o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado; por exoneração ou pedido; por aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade; quando em caso de invalidez comprovada; facultativa, quando prestou serviço público por mais de trinta anos; quando exercesse atividade

incompatível, excetuado o Magistério secundário e o superior. O Magistrado tinha o direito de responder em processo movido contra ele, sendo marcado prazo para alegar o que entendesse sobre os seus direitos e instruir, querendo, com documentos que embasassem suas alegações.

11. Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Alagoas, Resolução n.º 2 de 31 de dezembro de 1970

O Tribunal de Justiça Alagoano resolveu aprovar e promulgar os dispositivos pertencentes àquele Código, para que regessem a administração da Justiça do Estado de Alagoas. Para a execução de suas atividades, o Estado era dividido em Comarcas, formadas por um ou mais Municípios ou Distritos, classificadas em entrâncias (de primeira à terceira entrância). Alagoas representava uma única Circunscrição, com sua sede na Capital.

O Poder Judiciário era composto e exercido pelo Tribunal de Justiça, Corregedoria Geral de Justiça, Juízes de Direito, Tribunal do Júri e Justiça Militar; podendo o primeiro instituir outros órgãos, definindo-lhes atribuições de acordo com a Constituição. Eram órgãos auxiliares da Justiça: o Ministério Público, o Conselho Penitenciário do Estado, o Juízo Arbitral, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de Alagoas, os Advogados de Ofício, os Provisionados, Estagiários, Curadores, Assistentes Judiciários, Procuradores Judiciais e a Polícia. Eram também auxiliares administrativos da Justiça: os Tabeliães de Notas, Oficiais de Registros Públicos, Escrivães, Distribuidores, Contadores, Partidores, Escrivães dos Distritos, Avaliadores, Porteiros de Auditório, Depositários Judiciais, Oficiais de Justiça, Escreventes, Comissários de Vigilância, os Secretários da Secretaria do Tribunal de Justiça, da Corregedoria Geral de Justiça e os da Administração do Fóruns de Maceió, Palmeira dos Índios e Arapiraca.

O Tribunal de Justiça, órgão superior do Poder Judiciário Alagoano, com sede em Maceió, era composto por Desembargadores, nomeados pelo Governador do Estado. As vagas eram preenchidas por Juízes de Direito promovidos por antiguidade ou merecimento, alternadamente e por representantes do Ministério Público e Advogados.

Os Juízes de Direito também eram nomeados pelo Governador, ingressando na Magistratura por meio de concurso de provas e títulos realizado pelo Tribunal de Justiça com o acompanhamento do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil. Como requisitos de participação estavam: o de ser brasileiro nato ou naturalizado; ser bacharel ou doutor em Direito – diplomado há mais de dois anos; estar no exercício dos direitos políticos; estar quite com serviço militar; possuir idoneidade moral e conduta incensurável; ter devidas condições de saúde; ter no máximo quarenta e cinco anos de idade, exceto se já fosse servidor público estadual.

O Juiz ficava em disponibilidade quando era supressa a sua Comarca e não quisesse ir para uma que estivesse vaga, se não acompanhasse a mudança de sede do Juízo e em outros casos apresentados em norma. O Juiz perdia seu cargo por exoneração a pedido; por aposentadoria compulsória aos setenta anos; em caso de invalidez comprovada; por aposentadoria facultativa, com o exercício de mais de trinta anos do serviço público e por meio de sentença judicial transitada em julgado.

12.Código de Organização Judiciária de Alagoas, Lei n.º 4.804 de 09 de novembro de 1986

Em seus primeiros artigos a Lei dispõe que o território alagoano, para a administração da justiça, será dividido em Comarcas, formadas por um ou mais Municípios e classificadas por entrâncias.

O Poder Judiciário Alagoano era formado pelo Tribunal de Justiça, composto por onze Desembargadores; Juízes de Direito e Juízes Substitutos; Tribunal do Júri; Conselho da Justiça Militar e os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. São órgãos auxiliares da Justiça o Conselho Estadual da Magistratura, a Corregedoria Geral de Justiça, os serviços de Administração do Fórum, havendo Juiz Diretor, os Serviços Administrativos do Juizado de Menores e os Serviços Administrativos das Serventias Judiciais e Extrajudiciais.

O provimento para os cargos de Juiz de Direito e Juiz Substituto se dava por nomeação, promoção, remoção e reintegração. A vacância por sua vez ocorre, além dos casos de promoção e remoção, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração, demissão e falecimento do agente.

O ingresso na Magistratura acontecia por nomeação do Tribunal de Justiça dos aprovados em concurso público de provas e títulos, sendo vitalícia a atividade após dois anos de exercício como Juiz Substituto. Os requisitos para o candidato eram: ser brasileiro nato ou naturalizado; ser bacharel em Direito; estar em gozo dos direitos civis e políticos e quite com as obrigações eleitorais; sendo do sexo masculino, estar quite com o serviço militar; ser detentor de idoneidade moral e conduta incensurável; ter no máximo cinqüenta anos de idade, exceto se já exercesse cargo efetivo no serviço público estadual; portar cartão de inscrição no cadastro de contribuintes e Registro Geral e possuir título de habilitação em curso ofertado pelo Tribunal de Justiça para preparação de Magistrado. A promoção seria feita por merecimento e antigüidade, alternadamente.

A aposentadoria do Juiz era compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, facultativa após os trinta anos de serviço público e punitiva nos casos dispostos na Lei Complementar n.º 35 de 14 de março de 1979. A demissão do Juiz vitalício podia ocorrer por sentença judicial passada em julgado, obedecendo o que dispõe a Lei Orgânica da Magistratura. A exoneração dos mesmos será dada a pedido.

13. Código de Organização Judiciária de Alagoas, Lei n.º 6.020 de 02 de junho de 1998

Logo em seu artigo 1º o Código explica que vai expor sobre a constituição, estrutura, atribuições e competências do Tribunal de Justiça e dos demais órgãos de prestação jurisdicional; a estrutura, atribuições e competências dos órgãos de direção e fiscalização do Tribunal de Justiça e organização, classificação e disciplina das atividades dos Serviços Auxiliares da Justiça.

O Poder Judiciário Alagoano tem como órgãos integrantes, de acordo com o artigo 6º: o Tribunal de Justiça, os Juízes de Direito, Juízes Auxiliares e Juízes Substitutos, o Tribunal do Júri, Conselhos de Justiça Militar Estadual, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e os Juízes de Paz. De acordo com o artigo 7º fazem parte ainda de sua estrutura, o Conselho Estadual da Magistratura e a Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas - ESMAL.

Aos órgãos do artigo 6º está ligado o exercício da atividade-fim do Poder, que é o sanamento dos litígios. Ao Conselho cabe

controlar as atividades de disciplina dos órgãos e agentes judiciais da 1ª instância. Já a Escola tem por fim a promoção de cursos que aperfeiçoem e atualizem os membros da Magistratura.

O Tribunal de Justiça de Alagoas, órgão máximo do judiciário alagoano, é formado por órgãos jurisdicionais (Tribunal Pleno, Seção Especializada Cível, Primeira Câmara Cível, Segunda Câmara Cível, Câmara Criminal), órgãos de direção (Presidência, Vice-Presidência e Corregedoria-Geral de Justiça) e órgão de apoio operacional (Secretaria-Geral) e é composto por quatro quintos de Juizes da 3ª entrância, por antigüidade e merecimento e um quinto de Advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada e representantes do Ministério Público com mais de dez anos de exercício proporcional.

Quando há mais de uma Vara na Comarca, haverá Juizes de Direito na mesma quantidade das Varas existentes, sendo distribuídas as competências. Nas Comarcas em que só há um Juiz a competência é genérica, ou seja, este fica encarregado de todas as causas daquela jurisdição. Os Juizes estão organizados em 1ª, 2ª e 3ª entrâncias.

Quando um Juiz é promovido para uma entrância seguinte (a 2ª ou 3ª), a não ser que já tenha vaga em que ele possa se titularizar, passa a exercer o cargo de Juiz de Direito com Atribuições de Auxiliar, que tem por funções: operar em Juízos da entrância a qual foi promovido e componentes da Circunscrição em que foi colocado; praticar atividades auxiliares ao Juiz de Direito Titular; substituir os Juizes Titulares das Comarcas e Varas da entrância a que pertence, bem como os suceder transitória ou de forma permanente, em caso de vacância; servir como Juiz Substituto; atuar, excepcionalmente, em Juízos da entrância superior ou junto à Presidência do Tribunal de Justiça ou à Corregedoria Geral de Justiça.

Quando o candidato é aprovado em concurso público, entra como Juiz Substituto com as funções de: substituir os titulares de 1ª entrância na Circunscrição em que estejam cotados; exercer jurisdição temporária em Comarcas da 1ª entrância, quando vacantes e enquanto não houver titular; auxiliar Juizes Titulares; julgar, quando não estiver em substituição, os processos que a ele sejam redistribuídos; jurisdicionar os serviços de plantão em Comarcas com mais de uma Vara; substituir excepcionalmente Juiz da 2ª entrância e outras funções a ele atribuídas pelo Presidente do Tribunal de Justiça.

Na sede de cada Comarca há um Tribunal do Júri onde através de Juízes populares-leigos, são julgados os Crimes Dolosos Contra a Vida. O Conselho Estadual da Magistratura é formado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, pelo Vice-Presidente, pelo Corregedor-Geral de Justiça, como membros natos, bem ainda por dois outros Desembargadores, eleitos pelos pares.

O Estado de Alagoas é dividido em Circunscrições, Comarcas, Termos Judiciários e Distritos Judiciários. Cada Circunscrição é formada por grupos de Comarcas vizinhas ou próximas em que uma sirva de sede. A Comarca é formada por um ou mais Municípios, podendo ser compreendida uma ou mais Varas e um ou mais Termos. Os Termos Judiciários são os Municípios que compõem a Comarca, mas não funcionam como sede. O Distrito, pertencente à Comarca, tem a denominação e limites correspondentes ao da divisão administrativa.

14. Conclusão

Estudando o tema deste artigo, pode-se então perceber que o processo histórico é composto pela sucessão de fatos que vão sofrendo modificações e, conseqüentemente, mudando a forma de se apresentar de uma sociedade. À medida que as características desta sociedade se modificam, há mudanças em suas necessidades. Se as relações dos homens são outras, precisam ser diversas também as normas que as regulamentam. Com a implantação da ditadura em 1964, os valores sociais passaram a ser diferentes dos que existiam, o governo precisou de uma nova fórmula para reger a estrutura social.

O poder da União foi aumentado, centralizado em detrimento dos Estados Federados. Pode-se perceber, que por mais que existisse uma legislação estadual, eles estavam submissos, verticalmente, ao Governo Federal – à legislação que este impunha, aos Atos Institucionais autoritários e excludentes dos direitos e garantias dos homens e da autonomia e possibilidade de exercício das instituições – como exemplo o Poder Judiciário. Em tempos, mesmo que a legislação estadual apregoasse algo, a voz da ditadura falava mais alto, colocando as regras. Os direitos e as garantias podiam parecer visíveis, mas não eram praticados.

Quão gritantes são as diferenças, quando colocamos de um lado – os Atos Institucionais, que marcaram o início do Governo

Militar – um período impregnado por prisões políticas, julgamentos por crimes políticos, limitação de pensamento, cassação de mandatos parlamentares, suspensão de direitos políticos, demissão e remoção de funcionários públicos – inclusive Magistrados – suspensão das garantias do Poder Judiciário, confisco e de outro lado - a Constituição Federal atualmente em vigor – de 1988, tida por “cidadã”, que por meio de seus dispositivos traz normas de liberdade, igualdade e harmonia – como direitos e garantias fundamentais dos homens apresenta a igualdade perante a lei, sem diferenciação por qualquer natureza, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade de ir e vir, traz a liberdade de pensamento e sua manifestação, de só ser obrigado a fazer algo se em virtude de lei, a livre expressão da atividade intelectual, a segurança à propriedade, a tripartição dos Poderes – autônomos e harmônicos entre si. Normas que, mesmo desconhecidas ou por vezes não cumpridas, estão no topo da pirâmide do sistema legal brasileiro.

ASSINATURA DIGITAL E O CONTRATO ELETRÔNICO

Catarine Gonçalves Acioli

Advogada, mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Conceito de contrato eletrônico. 3. Formação do vínculo contratual no meio eletrônico. 4. O novo Código Civil brasileiro e os contratos eletrônicos. 5. A prática dos contratos eletrônicos. 6. O que é a assinatura digital? 7. O sistema de certificação digital brasileiro. 8. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo versa sobre a utilização de inovações tecnológicas como forma de garantir a realização de vínculo contratual seguro e válido no meio eletrônico, além de detalhar uma nova espécie de negócio jurídico originada com a prática comercial pela Internet, ou seja, o contrato eletrônico.

A partir dos contratos eletrônicos, a maioria dos negócios firmados pela Internet ocorrem sem a presença física dos contratantes e sem a necessidade de se materializarem num suporte físico (papel), podendo, então, ser facilmente alterados de maneira imperceptível, caso não seja utilizada alguma tecnologia de segurança dos dados.

Eis o grande motivo de preocupação dos comerciantes, consumidores e juristas com relação ao comércio eletrônico, pois ao utilizar os meios digitais para a formação dos contratos faz-se necessário levantar a questão sobre como se garantirá a segurança e a integridade dos dados nessa nova forma de contratação.

A tecnologia de segurança de dados atualmente considerada como mais eficiente para essa tarefa é a assinatura digital baseada na técnica de criptografia assimétrica, associada a um certificado digital emitido por um terceiro ente confiável.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a adequação da referida tecnologia de segurança ao ordenamento

jurídico brasileiro, e averiguar se esta é realmente capaz de garantir a elaboração de contratos eletrônicos válidos, tendo, portanto, os mesmos efeitos de uma assinatura tradicional.

Inicialmente, buscou-se especificar as particularidades dessa nova espécie de contratação, como também analisar qual seria o seu momento de conclusão diante do atual Código Civil brasileiro.

Em seguida, foram ressaltadas as principais dificuldades jurídicas na realização de contratos eletrônicos, em especial no que se refere à adequação de seu meio de prova (documento eletrônico) ao ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se, então, que há a necessidade de se reformular o conceito de prova documental, contido na doutrina, bem como o de assinatura, com vistas a adaptar as inovações tecnológicas às normas jurídicas da teoria contratual tradicional.

Prosseguindo, enfocar-se-á a forma de implementação do sistema de certificação digital brasileiro, dando destaque para sua regulamentação legal prevista na Medida Provisória nº 2.200-2/2001, que criou a Infra-Estrutura de Chaves Públicas brasileira.

Isto posto, ver-se-á que, embora existam obstáculos que necessitam ser vencidos, em especial no que se refere ao aspecto cultural, a prática negocial pelo meio eletrônico já pode se efetivar com segurança, credibilidade e de maneira juridicamente válida.

2. Conceito de Contrato Eletrônico

É inquestionável que a utilização dos computadores na vida cotidiana criou uma nova percepção de relações entre as pessoas, porém não tão profunda como ocorreu com a criação da Internet, rede mundial de computadores, que apesar de ter surgido a partir de uma interligação de computadores de universidades norte-americanas, passou a conectar culturas diferentes, informações e formas de negócios, tendo enorme destaque na era da globalização.

A revolução tecnológica, particularmente o uso da Internet, modificou, numa velocidade jamais imaginada nos séculos passados, as relações interpessoais, especialmente os negócios jurídicos. Isso porque introduziu uma nova forma de realizar contratos, além de abrir um novo mercado para empresas e até mesmo facilitar a realização de alguns atos administrativos.

Dessa forma, surgiu, como consequência de tais modificações, o comércio eletrônico, definido por ALBERTIN como “a realização de toda cadeia de valor dos processos de negócio num ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa das tecnologias de comunicação e de informação, atendendo aos objetivos de negócio”,¹ que vem aumentando a cada ano o número de adeptos.

Tais dados ressaltam o crescimento desse novo modo de fazer comércio, que vem modificando hábitos antigos da sociedade, permitindo aos seus usuários a substituição do papel por *bits* e *bytes* no momento da realização de um negócio jurídico. O principal aspecto do comércio eletrônico concerne ao fato de, conforme LAWAND, gerar diversas consequências em vários setores, seja no econômico, seja no político e social.²

Uma relevante consequência dessa nova maneira de fazer comércio foi o surgimento dos contratos eletrônicos, que se constituem em negócios jurídicos concluídos por meios informáticos, em que o acordo de vontades das partes assume o formato desmaterializado de *bits* e *bytes*.

Pode-se afirmar, ainda, que o contrato eletrônico que é formado e concluído pelo meio eletrônico é tido como contrato eletrônico *stricto sensu* (é o caso da compra de um programa de computador), enquanto aquele que se forma no meio eletrônico, porém se conclui no meio tradicional (é o caso da compra de um livro no *site* de uma livraria), corresponde ao contrato eletrônico *lato sensu*.

Assim, a característica primordial dessa espécie contratual é a sua formação eletrônica, tendo em vista que ela se origina e conclui inteiramente no instrumento eletrônico, fazendo uso de computadores (tanto de *softwares* como de *hardwares*) e de redes de computadores, como a Internet.

Na verdade, o meio pelo qual se perfaz o contrato eletrônico consiste no telemático, que equívale à utilização em conjunto de meios de telecomunicação (linhas telefônicas ou cabos de fibra ótica,

¹ ALBERTIN, Alberto Luiz. *Comércio eletrônico: modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação*. modelo, aspectos e contribuições de sua aplicação. São Paulo: Atlas, 2002, p. 15.

² LAWAND, Jorge José. *Teoria geral dos contratos eletrônicos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

por exemplo) e informáticos (computadores), permitindo a interconexão destes em redes de computadores.

Essa denominação de contrato eletrônico fundamenta-se na perspectiva estrutural do contrato, uma vez que esse tipo de contrato apenas difere do tradicional com relação à forma de manifestação da vontade e aperfeiçoamento do negócio jurídico, especialmente quanto a sua prova.

Contudo, consoante MONTENEGRO, “não é o elemento material utilizado pelas partes para expressar o seu encontro de vontades sobre determinado negócio que irá caracterizá-lo”.³ Evidente que o contrato realizado por meio eletrônico corresponderá a, por exemplo, um contrato de compra e venda ou de locação, ou qualquer outro tipo contratual previsto na legislação vigente, mas que adotará uma forma específica, ou melhor, o formato eletrônico de dados.

Portanto, não se almeja com a citada definição criar um novo tipo de contrato na teoria geral dos contratos, mas apenas pontuar um conceito para tais inovações no que elas diferem do modo contratual tradicional. Nesse sentido, DIAS conclui que “o meio não descora a natureza do contrato, mas afeta profundamente a sua constituição.”⁴

Devido ao seu aspecto fundamental de representar e registrar o consenso de vontades das partes em meio eletrônico, o contrato eletrônico tem gerado alguns questionamentos no âmbito jurídico, principalmente no que se refere, dentre outros, à formação do seu vínculo contratual, meio de prova e sua validade e partes contratantes.

3. Formação do vínculo contratual no meio eletrônico

A formação do vínculo contratual nos contratos concluídos por meio eletrônico é composta pelos mesmos atos que compõem o vínculo contratual tradicional, ou seja, as negociações preliminares, a proposta, a aceitação, além do momento e lugar de formação do vínculo poderem ser perfeitamente determinados de acordo com a legislação civil vigente, embora o meio eletrônico reserve algumas particularidades, que a doutrina já vem especificando melhor.

³ MONTENEGRO, Antonio Lindberg. *A internet em suas relações contratuais e extracontratuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.48.

⁴ DIAS, Jean Carlos. *O direito contratual no ambiente virtual*. Curitiba: Juruá, 2001, p.78.

Desse modo, as negociações preliminares, a proposta e a aceitação terão as mesmas características daquelas realizadas no meio tradicional. Por exemplo, a oferta contida em um *site* é tida como proposta pública, mas nada impede que o proponente envie sua proposta individual por *e-mail*, assim como poderia tê-lo feito por outra forma de correspondência.

Além disso, quanto à aceitação só não se aplica a sua espécie tácita, uma vez que é difícil comprovar que ela é coerente e oportuna pelo simples clicar de botões ou visita a um *site*, devendo a concordância da proposta ser expressa e clara, ainda que realizada em uma *homepage*.

No entanto, um dos aspectos da formação do vínculo contratual eletrônico diz respeito a se a proposta é realizada para pessoas presentes ou ausentes, o que influirá quanto à obrigatoriedade do proponente e ao momento de conclusão do vínculo contratual.

Na verdade, não se pode definir que o meio eletrônico sempre envolverá a ausência do oblato, tendo em vista que no meio eletrônico a distância entre as partes é compensada pelo que se entende por tempo virtual, porém inclusive este é capaz de interligar pessoas que se comunicam simultaneamente, por exemplo, mediante *chat* (salas de bate-papo) ou videoconferência, e neste momento elas podem firmar contratos, o que equipararia essa comunicação à feita entre pessoas presentes, da mesma forma que ao telefone.

Por isso, há que se discordar dos que entendem ou mesmo generalizam que os contratos eletrônicos apenas ocorrem entre pessoas ausentes; estes corresponderiam no meio informático àqueles realizados por *e-mail* ou por “clique” em uma *homepage*, haja vista que dependem do transcurso de um tempo entre a proposta e a manifestação de vontade do oblato.

Aplica-se, então, tanto aos contratos eletrônicos entre ausentes como entre presentes, as regras do diploma legal civil vigente, da mesma maneira que são aplicadas aos realizados pelo meio tradicional, bem como no que se refere às teorias que tentam explicar o momento de formação do vínculo contratual, prevalecendo a da agnição com a subteoria da expedição e, nos casos de pessoas ausentes com prazo determinado, aplicar-se-ia a teoria da agnição no formato da subteoria da recepção.

Pode-se perceber que a utilização de analogia para aplicar as normas vigentes aos negócios jurídicos firmados pela Internet é essencial, principalmente devido à falta de legislação específica, não podendo tais atos ficarem à margem do ordenamento jurídico e seus usuários sem um respaldo legal.

Com relação ao lugar de conclusão do contrato eletrônico, tem-se também adotado o lugar em que foi realizada a proposta, ou seja, subentende-se como este o lugar em que o proponente desenvolve sua atividade econômica, conforme dispõe o art. 435 do Código Civil vigente.

Entretanto, nessa espécie de formação do vínculo contratual há elementos bastante importantes que devem ser levados em consideração, quais sejam: a segurança e integridade do conteúdo e das partes contratantes, pelo fato de os contratos eletrônicos se concretizarem num ambiente instável e ainda em desenvolvimento, além de os valores da sociedade estarem voltados para a materialização das informações em um meio físico (papel, por exemplo).

No que se refere às partes contratantes de um contrato eletrônico, estas devem respeitar os mesmos requisitos subjetivos exigidos para a formação de contratos em geral. Tais requisitos referem-se à capacidade das partes para contratar, número de partes contratantes e existência de um consenso de vontades.

No entanto, a capacidade das partes é mais difícil de ser comprovada no meio eletrônico, uma vez que a ausência da presença física das partes compromete a integridade na identificação da outra parte contratante, salvo quando se utiliza de recursos tecnológicos para garanti-la.

Esses problemas quanto à integridade das partes de um contrato eletrônico podem ser solucionados a partir da utilização de tecnologias de segurança (como a assinatura digital com certificação eletrônica) que permitam identificar a real identidade da parte contratante, além de impedir que terceiros, estranhos à relação contratual, fraudem esta.

Cabe ressaltar também que certos agentes intermediários, como os provedores de acesso à Internet e a certificadora digital, não são partes contratantes, pois os primeiros somente possibilitam a

conexão do computador de um usuário à rede mundial de computadores, enquanto que a segunda tem a responsabilidade de emitir certificados com o objetivo de resguardar a integridade das partes contratantes, bem como do conteúdo do contrato.

4. O novo Código Civil brasileiro e os contratos eletrônicos

Com a vigência do novo Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/2002, o legislador perdeu uma oportunidade de regulamentar expressamente sobre os contratos eletrônicos, embora seja possível, a partir de uma hermenêutica integrativa, utilizar suas normas para garantir que tais espécies de contratos possam ser aceitos em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Alexandre Freire Pimentel afirmou em recente artigo publicado:

Ainda que se reconheça a omissão legislativa, esta não chega ao nível de lacuna, mas ainda que assim se considere, a contratação eletrônica pode ser validada através de exercício hermenêutico integrativo lastreado na aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.⁵

Assim, ainda que não exista previsão expressa no texto do novo Código Civil brasileiro, é necessário que se adaptem as normas atuais aos contratos eletrônicos, de modo que aquelas utilizadas para regular a formação do vínculo contratual tradicional também o serão na formação do vínculo contratual eletrônico.

De fato, codificar normas sobre contrato eletrônico poderia, inclusive, ocasionar um atraso da própria legislação, já que as tecnologias da informação evoluem rapidamente e a cada dia podem surgir novas tecnologias e soluções, o que tornaria a matéria codificada obsoleta em pouco tempo. A melhor opção para tais casos seria que a regulamentação das referidas matérias fosse realizada mediante leis esparsas sem ser inserida em codificações, a fim de tornar mais fácil suas atualizações.

⁵ PIMENTEL, Alexandre Freire. *Contratos eletrônicos*: um estudo confrontado em face das normas do velho e do novo código civil. Coord. LÔBO, Paulo Luiz Netto; JUNIOR LYRA, Eduardo Messias Gonçalves de. p. 298.

Cabe, então, analisar até que ponto podem-se aplicar, de maneira integrativa, as normas do supracitado diploma legal para tornar o contrato eletrônico válido em nosso ordenamento jurídico, e em que momento essa espécie contratual estaria concluída segundo tais regras.

Ao observar o disposto no art. 428 e seus incisos do Código Civil brasileiro, percebe-se que esta lei admitiu expressamente como idôneos os meios eletrônicos de comunicação para o perfazimento tanto da proposta como da aceitação, ao determinar até qual momento a proposta continua a ser obrigatória.

O inciso I do art. 428 refere-se aos contratos realizados entre pessoas presentes, no qual não foi fixado prazo para que fosse dada a aceitação, dispondo ao final que se considera presente a pessoa que contrata “por meio de comunicação semelhante”, o que supre a particularidade dos contratos eletrônicos (concluídos em salas de bate-papo virtual ou videoconferência) de realizar tais atos jurídicos mediante meio eletrônico, uma vez que o conteúdo de tais atos é semelhante aos realizados pelos meios tradicionais (verbal ou escrito).

No caso de contratos entre pessoas ausentes, o mencionado diploma legal versou sobre a obrigatoriedade da proposta nos incisos II e III do art. 428, que podem ser aplicados aos contratos eletrônicos realizados por *e-mail* ou por cliques em *homepages*, pois o que é relevante na determinação do momento da formação contratual é a instantaneidade entre a oferta e aceitação, ou melhor, a existência ou não de um espaço de tempo entre tais atos, já que para os contratos entre ausentes há um espaço de tempo considerável.

Portanto, há que se analisar se o consentimento eletrônico foi formado a partir da prática de atos instantâneos. Se for, equipara-se à proposta realizada por telefone; do contrário, assemelha-se aos vínculos constituídos por meio de correspondência epistolar.

Entretanto, este posicionamento não é unânime na doutrina, uma vez que há autores, como Alexandre Freire Pimentel⁶, que entendem ser os contratos eletrônicos unicamente contratos entre presentes, por apenas analisar sob o âmbito do meio de comunicação em que é realizado o contrato eletrônico, não dando ênfase à questão da instantaneidade.

⁶ PIMENTEL, Alexandre Freire. *Op. cit.*, p. 306.

Há ainda aqueles, como Luis Henrique Ventura,⁷ que entendem ser os contratos eletrônicos vínculos contratuais firmados entre pessoas ausentes, considerando que a proposta e a aceitação seriam realizadas em lugares diversos.

Com relação à fixação do momento em que a proposta é realizada no meio eletrônico para usuário determinado, o Código Civil brasileiro atual não dispõe sobre tal assunto, embora a Lei Modelo da UNCITRAL, em seu art. 15, tenha considerado como enviada quando entra no sistema informático fora do controle do proponente e como recebida no momento em que a proposta ingressa no sistema informático do oblato, o que permite que seja determinado mediante a hermenêutica integrativa.

Por outro lado, quando a oferta eletrônica for ao público (geralmente as realizadas em *sites* da Internet), aplica-se, perfeitamente, além da legislação consumerista, o art. 429 do novo Código Civil brasileiro, que disciplina a oferta ao público tradicional.

Assim, ainda que não exista a edição de legislação específica sobre os contratos eletrônicos, o Código Civil brasileiro não pode ser descartado, quer seja quanto às normas sobre a formação do vínculo contratual tradicional, inclusive vínculos contratuais atípicos, quer seja sobre provas de atos jurídicos, conforme será analisado adiante. Suas normas jurídicas adequam-se à necessidade de regulamentação do vínculo contratual eletrônico, assim como o próprio Código do Consumidor quando se tratar de relação de consumo.

5. A prática dos contratos eletrônicos

A prática de contratos vem sofrendo diversas transformações desde a Antigüidade até os dias atuais, além de refletir a nova dinâmica econômica e comercial, o que tem gerado uma necessidade de reformulação dos conceitos tradicionais na realização de negócios jurídicos.

Os avanços da telemática,⁸ juntamente com a massificação da Internet, que sai do âmbito das Universidades para

⁷ VENTURA, Luis Henrique. *Comércio e contratos eletrônicos*: aspectos jurídicos. Bauru: Edipro, 2001, p.49 e 50.

⁸ A telemática significa a junção de recursos de informática (hardware e software) com meios de telecomunicação, originando as redes de computadores, cuja interligação permitiu o aparecimento da Internet.

atingir o caráter comercial, além de se popularizar, possibilitaram a contratação sem a utilização de uma base documentária, gerando o declínio da era do papel e o surgimento de negócios mais interativos e instantâneos.

Diante dessa nova realidade origina-se a crescente e rápida prática dos contratos eletrônicos, que, apesar de inúmeras vantagens trazidas, deve ser realizada de forma cautelosa a fim de combater os riscos para uma perfeita formação de vínculo contratual.

Riscos que se traduzem, principalmente, em questões de cunho jurídico, tanto no âmbito do direito material como processual. Enquanto no âmbito material uma das principais questões jurídicas refere-se à validade da manifestação de vontade pelo meio eletrônico, de modo a refletir num conteúdo íntegro em que se possa identificar o emitente das declarações de vontade, no campo processual o maior problema reside no meio de prova de tais negócios jurídicos, pelo fato da volatilidade do meio eletrônico em que se perfazem ao permitirem uma modificação e adulteração de seu meio de prova sem que se perceba.

Surgem ainda questões sobre a forma de interpretação de tais contratos, se há possibilidade de integração das normas jurídicas vigentes, além da responsabilidade civil e dos limites do direito de privacidade restarem um tanto comprometidos, num meio em que a proteção aos dados se torna ponto primordial.

A solução para a maioria dos citados riscos compreende um complexo de atos que se inicia pela utilização correta de tecnologias de segurança que garantam integridade dos dados e das partes contratantes, seguida de uma melhor divulgação sobre os efeitos de tais tecnologias na prática negocial, para, inclusive, diminuir a resistência cultural quanto ao comércio eletrônico, e, por fim, a reformulação dos conceitos tradicionais do nosso ordenamento jurídico (como o de assinatura, certificação e meio de prova documental), para que os novos elementos advindos com os contratos eletrônicos sejam integrados às normas jurídicas vigentes.

Enfim, percebe-se que não basta suprir requisitos formais, conforme já analisados, para se ter uma prática de contratos eletrônicos válidos e livres de empecilhos; é preciso que se dê especial atenção aos requisitos tecnológicos como forma de resguardar a segurança jurídica nesse novo tipo de relação contratual.

Dessa forma, ao contratar pelo meio eletrônico, às partes contratantes cabe atentar para o uso de tecnologias de segurança que resguardecem tanto a segurança das informações dispostas no contrato eletrônico, como a autenticidade destas.

O contrato eletrônico tem como seu meio de prova o documento eletrônico, que compreende a representação desmaterializada do negócio jurídico realizado no meio eletrônico. Isto porque o documento eletrônico não está relacionado a um suporte físico (papel, por exemplo), mas sim constitui-se num conjunto de *bytes* podendo representar o conteúdo de um determinado contrato eletrônico.

A principal dificuldade em lidar com o termo “documento eletrônico” é que o mesmo não se adequa ao conceito existente de documento tradicional. Com relação a este, CHIOVENDA o definiu da seguinte forma: “documento em sentido amplo, é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação do pensamento, como uma voz fixada duradouramente.”⁹

Da mesma maneira, Moacyr Amaral Santos define documento como “a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo.”¹⁰

Assim, percebe-se que o conceito tradicional de documento, e que ainda perdura até os dias hodiernos, está relacionado com a materialidade, de modo a não separar a função representativa do documento de seu suporte físico tangível, restringindo o conceito de documento àqueles escritos, o que, diante da desmaterialização das informações, não mais corresponde ao ideal.

Na verdade, essa desmaterialização traduz-se no que está acontecendo hoje no meio eletrônico, ou seja, as informações, ao invés de serem representadas num suporte físico formado por átomos, são constituídas por uma sequência de *bits* que pode ser acessível a partir do uso de um computador e um *software* específico.

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *apud* MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 63.

¹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 2, p. 385.

Entretanto, a utilização de documentos eletrônicos ocasiona conseqüências jurídicas relevantes no que se refere a sua função de servirem de meio de prova de um contrato eletrônico. A primeira a ser apontada concerne à imprescindibilidade de serem preenchidos três requisitos essenciais a todo documento, seja escrito ou eletrônico: autenticidade, integridade e perenidade de seu conteúdo.

No caso dos documentos eletrônicos, a desmaterialização de seu suporte físico gera insegurança quanto a esses requisitos, uma vez que um documento eletrônico pode ser facilmente alterado inúmeras vezes sem que se perceba que isso foi realizado.

Além disso, durante a sua transmissão pela Internet um terceiro com más intenções pode interceptá-lo e enviá-lo modificado, ou mesmo, enviar outro documento, como se fosse o autor do inicial, sem que o destinatário tome conhecimento de tais atos fraudulentos.

Por isso, criou-se um certo preconceito quanto à utilização dessa espécie de documento como meio de prova. No entanto, os mencionados requisitos podem ser resguardados desde que seja utilizada alguma tecnologia de segurança a fim de conferir-lhes igual valor probante que o dos documentos escritos.

Cabe destacar que, diferentemente do documento escrito, o documento eletrônico não pode ser classificado em original e cópia, desde que não tenha sido reproduzido em um meio físico, tendo em vista que esse pode ser reproduzido várias vezes, mas manterá a mesma seqüência de *bits*, sem que seja perceptível a diferença entre suas reproduções e a matriz.

Ademais, com relação à aceitabilidade do documento eletrônico como meio de prova em um processo judicial, não foi idéia rejeitada pelo Código de Processo Civil brasileiro, já que juridicamente não há que se falar em impedimento com relação à apreciação do magistrado quanto aos meios de provas colhidos da tela do computador, embora a grande dificuldade ocorra no momento em que o juiz dá suas razões por ter aceitado esse novo meio de prova.

Contudo, o próprio Código de Processo Civil prevê, em seu art. 332, quais meios de provas são considerados idôneos pelo nosso ordenamento a fim de demonstrar a verdade sobre a existência ou inexistência de um fato. Senão vejamos:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.

Constata-se, então, que o CPC não enumerou taxativamente quais seriam tais meios de provas, permitindo não só aqueles previstos na lei, mas também os que fossem moralmente legítimos.

Além disso, no nosso ordenamento jurídico não existe hierarquia de provas, por consequência, não há como classificar um meio de prova inferior ou superior; desse modo, o magistrado livremente examinará os meios introduzidos no processo e decidirá por aquele que melhor formar seu convencimento com relação ao fato que se quer provar.

Faz-se necessário, todavia, observar se a produção desse meio de prova seguiu critérios de segurança e autenticidade.

A partir daí o documento eletrônico pode ser utilizado no processo como meio de prova válido, desde que algumas características dos documentos tradicionais, como a autenticidade de sua autoria e a integridade de seu conteúdo, sejam preservadas.

Conforme destacado anteriormente, o CPC não proíbe a utilização do documento eletrônico como meio de prova em um processo, assim como o próprio Código Civil brasileiro, de forma indireta, ao versar sobre a prova de atos jurídicos, previu, em seu art. 225, a possibilidade de seu uso, *in verbis*:

Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos não lhes impugnar a exatidão.
(Grifo nosso)

Destarte, o atual Código Civil brasileiro suprimiu a lacuna que poderia existir a respeito da aceitabilidade do documento eletrônico como meio de prova em processo judicial, de modo a permitir a inserção dessa espécie de documento sem sequer mencionar a necessidade prévia de alguma forma de certificação para que seja utilizada, desde que não lhes seja impugnada sua exatidão.

O referido dispositivo legal representa um avanço não apenas no sentido de permitir a utilização do documento eletrônico como

meio de prova válido, mas também por não mais exigir a certificação nas fotocópias dos documentos escritos inseridos nos processos, o que corresponde a um primeiro passo para acabar com o rigor formal no que concerne à autenticação de documentos particulares pelos tabelionatos.

Convém ressaltar que o supracitado artigo seguiu o mesmo caminho disposto na Lei Modelo da UNICITRAL, que, em seu art. 5º, versa sobre o reconhecimento jurídico dos negócios celebrados pelo meio eletrônico, não negando validade nem força obrigatória a tais atos. Tais dispositivos legais correspondem, então, a mais um reforço na tendência moderna de se dar prevalência ao conteúdo do documento, do que aos seus elementos materiais, para, dessa forma, permitir a eficácia probatória dos documentos eletrônicos.

Restou clara a necessidade de se reavaliar os conceitos atuais sobre documento, para adequar este à era da desmaterialização das informações e possibilitar uma utilização dos documentos eletrônicos como prova plena.

É evidente que os conceitos dispostos atualmente na doutrina tradicional e nos próprios diplomas legais eram adequados para a época em que foram criados, quando sequer se imaginava um computador ou redes de computadores, mas alguns reparos são precípuos para que tais conceitos sejam atualizados.

Assim sendo, um conceito ideal para documento deve privilegiar o pensamento ou fato que se quer perpetuar por este meio e não a coisa em que se materializam.

Por conseguinte, não importa se o seu conteúdo está representado por uma sequência de *bits*, por escrito em um papel, ou mesmo gravado em disquete ou *cd-rom*, mas sim que o registro dos fatos contidos em seu conteúdo se torne permanente, sem a necessidade de fixá-lo de modo inseparável em alguma coisa corpórea.

6. O que é a assinatura digital?

A tecnologia de segurança utilizada atualmente e responsável por garantir o envio de informações pela Internet sem que estas sejam alteradas é a assinatura digital baseada em criptografia assimétrica, ou

seja, utiliza-se um par de chaves,¹¹ sendo uma pública e outra privada, onde esta deve ser mantida em sigilo pelo signatário, para codificar as informações em formato eletrônico, a fim de se ter um maior controle sobre a criptografia e de se perceber se ocorreu alguma alteração no conteúdo das informações, bem como confirmar a autoria do possuidor do documento.

Segundo VOLPI, a assinatura digital compreende um mecanismo capaz de fornecer confiabilidade sobre a autenticidade do conteúdo e do autor do documento. É relevante destacar que não cabe relacionar a assinatura digital a uma determinada tecnologia, a fim de que possa esse conceito se adequar às inovações tecnológicas que certamente surgirão com o passar dos anos.¹²

Portanto, o correto é afirmar que a assinatura digital utilizada atualmente é baseada na técnica de criptografia assimétrica, nada impedindo que diante do surgimento de uma técnica de segurança mais aprimorada ela seja adaptada.

Essa é a tendência seguida pela maior parte das legislações estrangeiras que já regulamentaram a utilização da assinatura digital, como também na Lei Modelo da UNCITRAL, que prevê a neutralidade tecnológica, inclusive como um dos princípios dos contratos eletrônicos.

A referida tecnologia possui como fonte a criptografia, técnica surgida há muitos anos atrás,¹³ tendo sido bastante utilizada na época da Segunda Guerra como forma de esconder os segredos e planos sobre armamentos e táticas de batalha, consistindo num método para tornar as informações um conteúdo secreto e ininteligível, com o objetivo de evitar a descoberta da informação por terceiros não envolvidos naquela comunicação, a partir da utilização de códigos secretos. Estes hoje são conhecidos por chaves.

¹¹ Espécie de números que funcionam como o código secreto para encriptação e decriptação dos dados.

¹² VOLPI, Marlon Marcelo. *Assinatura digital: aspectos técnicos, práticos e legais*. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2001, p. 5.

¹³ Existem indícios de sua existência na Antigüidade no Egito e Mesopotâmia, cerca de 400 a.C. No Império Romano foi utilizada por Júlio César para codificar suas correspondências, tendo ocorrido na Idade Média a publicação dos primeiros livros sobre esse tema.

A criptografia garante a confidencialidade de um documento ao processá-lo por um conjunto de operações, transformando seu conteúdo em um texto cifrado. O emissor do documento envia, então, o texto cifrado, que será reprocessado pelo receptor, transformando-o novamente em um texto claro, igual ao emitido.

Desse modo, a assinatura digital corresponde ao resultado da aplicação de uma operação matemática baseada em algoritmos (um de função sem retorno – *hash function* - e outro de criptografia assimétrica), além de variáveis para a codificação que são o conteúdo do documento e a chave privada, de forma que para cada documento somente existirá uma assinatura digital possível.

Todas as operações supracitadas são realizadas de forma transparente pelos programas de computador utilizados para navegação na Internet e é justamente este o mecanismo utilizado para viabilizar as chamadas conexões seguras entre o usuário com os servidores *Web*, locais onde ficam hospedadas as *homepages* na Internet.

As conexões seguras são identificadas pelo famoso ícone do cadeado amarelo e pelo endereço eletrônico da *homepage* acessada começando por “https:” e não com “http:”. Para o estabelecimento de uma conexão deste tipo, o servidor *Web* transfere, para o computador do usuário, um certificado digital com sua chave pública, que será utilizada para identificar o servidor acessado, bem como para criptografar os dados que o usuário enviar (senhas ou número do cartão de crédito, por exemplo) para ele.

A partir deste momento, todas as informações enviadas pelo usuário serão criptografadas com a chave pública recebida e viajarão codificadas pela Internet. Assim, somente o servidor *Web* acessado, com a chave privada correspondente, poderá decodificar as informações enviadas pelo usuário.

Entretanto, um dos problemas encontrados nessa tecnologia de segurança de dados equivale à autenticidade da chave pública, que compreende a certeza de que a chave pública corresponde à chave privada do autor do documento.

É imprescindível garantir a autenticidade da chave pública nesse tipo de tecnologia de segurança, a fim de evitar que uma terceira

pessoa intercepte o documento, gere um par de chaves e atribua-lhe um autor diferente.

Sem a garantia de autenticidade da chave pública, segundo VOLPI, seria bastante fácil a alteração do documento original, inclusive criando-se um novo par de chaves, sem que o receptor perceba que houve falsificação da assinatura digital do emissor.¹⁴

No entanto, a falsificação da assinatura digital implica o ato de alterar o conteúdo do documento ou mesmo substituí-lo por outro e ao final adicionar uma assinatura digital gerada com um par de chaves diverso do emissor do documento original, e não o de violar o conteúdo que foi criptografado, uma vez que os algoritmos de criptografia assimétricos considerados seguros não possibilitam esta ação.

A respeito desse problema, MARCACINI observa que sua origem decorre da falta de relação direta entre o par de chaves, que é gerado aleatoriamente por um programa de computador, e a pessoa que se apresenta como seu titular.¹⁵

Percebe-se, então, que a sistemática da assinatura digital necessita de um instrumento para vincular o autor do documento, que utilizou a chave privada, à chave pública correspondente, criando, assim, uma relação direta entre esse e o par de chaves. Este instrumento é representado pelo certificado digital.

De fato, o certificado digital é uma mensagem eletrônica enviada junto com o documento eletrônico, que declara a utilização da assinatura digital naquele documento e a autenticidade da autoria, haja vista que é concedido por um terceiro ente capaz de controlar a criação e emissão das chaves, bem como certificar que o emissor do documento é realmente quem se diz ser.

Na verdade, o certificado digital ou eletrônico é uma assinatura digital de uma terceira pessoa com a finalidade única de certificar a chave pública do autor do documento e possui, juridicamente, caráter declarativo. Ele é obtido perante entes denominados por entidades certificadoras e são enviados pelo emissor do documento antes ou simultaneamente ao documento eletrônico.

¹⁴ VOLPI, 2001, p. 35.

¹⁵ MARCACINI, 2002, p. 93.

Todavia, a emissão e aquisição dos certificados digitais, bem como o controle quanto a sua validade no Brasil, são regulamentados e organizados pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas brasileira (ICP-Brasil), implementada pela Medida Provisória nº 2.200-2/2001, que continua em vigor por ter sido editada antes da Emenda constitucional nº 32/2001..

A atividade do ente certificador, ou autoridade certificadora, como dispõem alguns projetos de lei, é fundamental para a validade do sistema de assinatura digital, pois possui em sua base de dados a chave pública do emissor do documento e emite o certificado contendo a chave pública do emissor e a sua assinatura digital como uma forma de certificação, garantindo a segurança jurídica na declaração de autenticidade.

Além dessas informações, o certificado deverá conter o nome e endereço eletrônico do autor do documento, o número do certificado, o nome da autoridade certificadora e a data de validade da chave pública do autor do documento.

Com relação à regulamentação da assinatura digital, muitos países como: França, estados Unidos, Alemanha, Espanha, Itália e Portugal já editaram leis definindo-a e determinando os procedimentos de sua utilização e em sua maioria seguiram o disposto na Lei Modelo da UNCITRAL e as Diretivas elaboradas pela Comunidade Econômica Européia, como por exemplo a Diretiva nº 1999/93/CE, que previu a abertura de mercado da atividade de certificação digital.

A Lei Modelo da UNCITRAL foi editada e aprovada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional em 16 de dezembro de 1996 e serve como um guia sobre o comércio eletrônico a fim de eliminar os obstáculos desnecessários ocasionados ao comércio internacional pelas insuficiências e divergências do direito interno que afetem esse comércio. Um de seus objetivos é o de buscar uma maior uniformização da legislação sobre comércio e documentos eletrônicos no plano internacional.

Sobre assinatura digital, a referida lei consagrou o princípio da neutralidade tecnológica e a definiu, em seu art. 2º, alínea “a”, como dados em formato eletrônico, associados a uma mensagem de dados, podendo ser utilizada para identificar o assinante da mensagem e indicar sua aprovação quanto ao conteúdo desta.

No Brasil, a regulamentação ainda não está completa, pois desde 1999 apenas encontram-se projetos de lei em tramitação pelo Congresso Nacional, embora um relevante passo tenha sido dado com a edição da Medida Provisória nº 2.200-2 de 24 de agosto de 2001, criando a ICP-Brasil.

O projeto de lei mais completo sobre assinatura digital foi o PL nº 1.589/99, elaborado pela OAB seccional de São Paulo e considerado o mais importante no assunto, pois discorria sobre a validade dos documentos eletrônicos e assinatura digital, adotando o sistema de criptografia assimétrica como base para tal tecnologia de segurança, além de manter a restrição aos tabeliães na atividade de certificação digital com fé-pública.

Por isso foi alvo de muitas críticas, o que levou ao surgimento de um projeto substitutivo, o PL nº 4.906-A/2001, de autoria do deputado Júlio Semeghini, tendo apensado ao novo texto os PLs nºs 1.483/99 e 1.589/99, bem como introduziu algumas modificações, como é o caso da reafirmação do princípio da neutralidade tecnológica ao possibilitar a utilização de outras técnicas, que não apenas a criptografia assimétrica, para servirem de base à assinatura digital e acabando com a reserva de mercado dos tabeliães ao garantir autenticidade perante terceiros dos documentos eletrônicos certificados por entes privados, além de reproduzir algumas disposições da parte inicial da Lei Modelo da UNCITRAL.

7. O sistema de certificação digital brasileiro

Ao contrário da certificação dos documentos manuscritos, que é exclusiva dos tabeliães e compõe-se do reconhecimento da firma do signatário do documento, a certificação digital ou eletrônica incide sobre a chave pública e sua relação com o autor do documento eletrônico.

Desse modo, uma vez expedido pelo órgão competente, a partir do certificado digital de um documento eletrônico garantindo que uma determinada chave pública pertence ao autor daquele, qualquer pessoa que possua um *software* específico (na maioria das vezes são utilizados os programas para navegação na Internet) poderá checar a autenticidade do documento ao ler os dados contidos no certificado.

Esse certificado poderá ser enviado antes ou juntamente com o documento eletrônico e permitirá que o receptor constate se há relação entre a chave pública contida no certificado e a assinatura

digital posta no documento, confirmando, conseqüentemente, a autoria deste, além de permitir que a resposta do receptor, quando houver, seja enviada ao emissor criptografada com a chave pública deste.

Por isso, caso um documento não contenha o seu certificado digital, não há como estabelecer uma relação de pertinência entre a chave pública enviada e o autor do documento eletrônico.

Houve muita discussão em torno da possibilidade de se restringir aos tabeliães a atividade de certificação digital, o que foi acalmado com a edição da Medida Provisória nº 2.200-2/2001 e com o Projeto de Lei nº 4.906-A/2001.

Segundo este projeto de 2001, tanto as entidades privadas como as públicas podem emitir certificados digitais com garantia de autenticidade perante terceiros, desde que essas entidades obtenham credenciamento junto ao Poder Público. As entidades que desejarem exercer a atividade de certificação deverão comunicar ao Poder Público e declarar que atendem às condições estabelecidas em lei para, desta forma, adquirirem o referido credenciamento.

Além disso, essa abertura de mercado não colocará em risco a atividade de certificação ao ponto de esta perder sua credibilidade, haja vista que o Poder Público estabeleceu como sua função o credenciamento, fiscalização e controle das atividades de certificação digital, originando, dessa forma, um modelo centralizado e unificado tanto para entidades públicas como privadas, embora tenha admitido outros meios de comprovação de autoria e integridade, inclusive os que não tenham seu credenciamento.

Essas modificações originaram muita polêmica tanto do lado daqueles que são favoráveis à abertura de mercado para a certificação quanto dos que são contrários e, como a matéria ainda se encontra em formato de projeto de lei, ainda há muito o que se discutir, principalmente com a população, que não tem sido bem esclarecida a respeito do assunto.

Contudo, as citadas modificações foram relevantes por colocarem o Brasil no caminho seguido pela maioria dos países ao estabelecer a abertura de mercado no campo das certificações digitais.

A Infra-Estrutura de Chaves Públicas brasileira (ICP-Basil) corresponde a um conjunto de órgãos reguladores das atividades das entidades certificadoras de documentos eletrônicos, uma vez que a

realização de contratos eletrônicos pela Internet vem crescendo a cada ano e algumas entidades privadas já emitiam certificados digitais, ainda que sem nenhum controle do Poder Público até a referida Medida Provisória.

A ICP-Brasil é composta por uma estrutura de órgãos dispostos hierarquicamente de modo a existir uma entidade gestora de políticas dessa infra-estrutura chamada *Comitê Gestor da ICP-Brasil*, formado por representantes dos seguintes Ministérios, que desempenham funções de relevante interesse público: Ministério da Justiça; Ministério da Fazenda; Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ministério da Ciência e Tecnologia; além da Casa Civil da Presidência da República e do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

Para executar essas políticas criadas pelo mencionado Comitê há um órgão raiz, denominado *autoridade certificadora raiz*, que opera conforme as definições do referido Comitê e que, segundo a citada medida provisória, consiste no Instituto de Tecnologia da Informação – ITI -, autarquia federal relacionada com o Ministério da Ciência e Tecnologia, que é responsável pela emissão, expedição, distribuição e revogação de certificados das autoridades certificadoras a ela subordinadas, assim como controla a lista de certificados expedidos por estas e executa atividades de credenciamento, fiscalização e auditorias nas autoridades certificadoras subsequentes a ela e nas autoridades de registro.

Às *autoridades certificadoras*, que podem ser entidades públicas ou privadas, cabe emitir, revogar e gerenciar os certificados digitais para os usuários finais, bem como manter listas atualizadas dos certificados expedidos e registro de suas operações. Cabe, ainda, a essas entidades a obrigação da transparência em suas atividades, para garantir segurança e consulta as suas operações realizadas.

Por fim, existem também as *autoridades de registro*, que são entidades públicas ou privadas operacionalmente vinculadas a determinada autoridade certificadora, com competência para identificar e cadastrar os usuários finais, na presença destes, e encaminhar as solicitações de certificados destes à autoridade certificadora. Há também casos em que uma mesma entidade concentra em si atividades de autoridade de registro e autoridade certificadora.

Constata-se ainda, que a mencionada Medida Provisória equiparou, no parágrafo 1º do art. 10, a presunção de veracidade dos documentos assinados com assinatura manuscrita àqueles que possuem assinatura digital e certificação digital disponibilizadas pela ICP-Brasil, com amparo na legislação vigente. Contudo, a referida Medida Provisória não obsta a utilização de outro meio de comprovação de autoria e integridade dos documentos, desde que as partes envolvidas na comunicação concordem que sejam emitidos por entidades não autorizadas pela ICP-Brasil.

Na doutrina brasileira podem-se encontrar posições favoráveis e contrárias à forma de estruturação da ICP-Brasil, porém, em sua maioria, os juristas brasileiros consideraram-na como um passo importantíssimo, especialmente quanto ao Governo manter um certo controle sobre as atividades de certificação desses documentos, a fim de garantir uma maior segurança para os usuários da Internet.

8. Conclusão

As tecnologias da informação trouxeram profundas modificações para as relações interpessoais dos indivíduos nas sociedades pós-globalização, especialmente quanto à realização de atos jurídicos e práticas negociais no meio eletrônico, como, por exemplo, os contratos eletrônicos, que, por sua vez, são representados pelo documento eletrônico.

Essa nova espécie de negócio jurídico preenche todos os requisitos necessários à formação de qualquer outro acordo de vontades e, apesar de ainda não possuir regulamentação legal específica, é perfeitamente possível, mediante uma hermenêutica integrativa, aplicar as normas dispostas no atual Código Civil brasileiro a essa espécie de contrato.

Ademais, constata-se que o momento de formação do vínculo contratual eletrônico ocorre de acordo com a existência ou não de um intervalo de tempo entre a prática da proposta e da aceitação, podendo se enquadrar tanto como contrato entre pessoas presentes (por *chat* ou videoconferência) como entre ausentes (por *e-mail* ou clique na *homepage*), do mesmo modo como ocorre com os contratos por telefone ou por correspondência epistolar.

Contudo, tais contratos possuem certas particularidades para que sejam dotados de segurança quanto à integridade e autoria das

informações que tráfegarão no seu meio de concretização, ou melhor, o documento eletrônico. Uma dessas particularidades refere-se à utilização de uma tecnologia de segurança, denominada assinatura digital, a fim de se atingir a segurança jurídica nos contratos eletrônicos.

Além disso, o documento eletrônico, mesmo diante da ocorrência de preconceitos, especialmente no âmbito jurídico, já pode ser admitido como meio de prova processual, devido às inovações trazidas pelo novo Código Civil, em seu art. 225, o que representa um passo importante para a prática de contratos eletrônicos e, conseqüentemente, para a evolução do comércio eletrônico no Brasil.

Dessa forma, percebe-se que a nova legislação em vigor aborda o tema de documento eletrônico mesmo que de maneira escassa, indicando a tendência de que o formato de tais documentos não impedirá que estes sejam utilizados como meio de prova válido.

Convém, também, que seja reformulado o conceito de prova documental, para atualizá-lo de acordo com as inovações tecnológicas e inserir o documento eletrônico como sua espécie, ao focalizar o documento a partir do fato que se quer perpetuar e não pelo seu suporte material.

Conforme ressaltado, a tecnologia de segurança que, atualmente, oferece melhor garantia de integridade e autenticidade do conteúdo de um documento eletrônico e, por conseguinte, a realização de contratos eletrônicos válidos, é a assinatura digital baseada na técnica de criptografia assimétrica, desde que a chave privada seja mantida em sigilo e que a pertinência entre a chave pública e o autor do documento seja resguardada por um ente confiável.

Embora não exista previsão legal específica para este tipo de assinatura, nada impede que lhes sejam aplicadas as normas existentes sobre assinatura, além da necessidade de realizar uma reformulação no conceito de assinatura a fim de privilegiar a função desta ao invés de sua forma.

A assinatura digital, quando associada a um certificado digital, produz efeitos jurídicos válidos em um documento, porém a implantação de um sistema de certificação digital eficiente e de confiança torna-se imprescindível.

A forma de implantação do sistema de certificação digital brasileiro tem gerado muitas repercussões no meio jurídico, dentre

elas constam da possibilidade de realizar a abertura de mercado para as entidades privadas no que se refere à certificação digital com garantia de autenticidade perante terceiros, o que representa um avanço no âmbito de regulamentação dos contratos eletrônicos, porém não gera nenhuma certeza de aprovação, tendo em vista que é apenas um projeto de lei que pode ser modificado a qualquer tempo, caso seja grande a pressão das classes desfavorecidas com tal medida.

Ademais, a forma de organização da ICP-Brasil, ao manter com o Poder Público o controle do credenciamento das entidades que ofertarão o serviço de certificação digital, dá uma garantia maior tanto na responsabilização de tais entes como na confiabilidade desta prestação de serviço, assim como tem seguido a tendência dos demais países que já legislaram sobre o assunto.

Devem-se, ainda, destinar esforços à fim de melhor divulgar a ICP-Brasil, bem como a legislação atual e os projetos de lei existentes no Brasil sobre o tema, para incluir nos debates sobre pontos polêmicos desse não somente a comunidade jurídica, mas também a população em geral, especialmente sobre a possibilidade de abertura de mercado das atividades de certificação de documentos eletrônicos para entidades privadas.

Portanto, um esclarecimento mais detalhado sobre o funcionamento e as garantias dessa tecnologia, com uma extensa divulgação em todos os ramos da sociedade, é essencial para eliminar os preconceitos e obstáculos quanto aos riscos do meio eletrônico, que não são piores do que os existentes no meio tradicional.

Destarte, por meio da análise doutrinária foi possível obter uma visão crítica quanto às principais condições a serem atendidas para permitir a inserção dos contratos eletrônicos num contexto de legalidade e segurança jurídica, o que, no caso do Brasil, não é mais uma realidade distante, embora seja preciso um maior compromisso por parte do Poder Público para melhor divulgar o nível de funcionalidade da aplicação da assinatura digital, bem como no que se refere à aprovação do mencionado projeto de lei para se ter uma regulamentação mais detalhada sobre a matéria, além de diminuir a principal forma de resistência: a cultura.

O USO DE MEDIDAS CAUTELARES NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Fábio da Costa Cavalcanti

Procurador Federal da Procuradoria Federal Especializada – FUNAI - AL e
Pós-Graduando em Direito Processual pela FEJAL – CESMAC

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As Fases Históricas do Direito Processual Civil. 3. O Novo Sincretismo do CPC. 4. Processo, Ação e Medida Cautelar. 5. Características das Medidas Cautelares. 6. Requisitos para a concessão das Medidas Cautelares. 7. Recursos Especial e Extraordinário. 8. As Medidas Cautelares no STF e no STJ. 9. Conclusão.

1. Introdução

Pretende-se com este trabalho esclarecer a natureza jurídica das medidas cautelares aforadas com o fito de sustar os efeitos de uma decisão de primeiro ou segundo grau, contra a qual foram interpostos os recursos especial ou extraordinário.

Como é cediço, os recursos extraordinário e especial somente possuem efeito devolutivo, não impedindo assim a execução provisória das decisões prolatadas pelos juízos de primeiro ou de segundo grau.

Não obstante a faculdade de executar provisoriamente o julgado, a possibilidade de sua modificação pelos tribunais superiores e a efetiva modificação de diversos deles despertava no espírito dos operadores do direito dúvidas deveras perturbadoras.

As reformas do CPC iniciadas pelo legislador em 1993 afastaram um pouco a possibilidade de geração de prejuízos para o demandante sucumbente, com a outorga ao relator de poderes para conceder efeito suspensivo às decisões, inclusive o chamado suspensivo ativo.

Todavia, a “subida” dos recursos extraordinários e especiais não é célere, dado o *iter* exigido por lei para a sua admissão no juízo *a quo* e pela possibilidade de interposição de agravo de instrumento

contra as decisões denegatórias da admissão proferidas pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Presidentes de Turmas Recursais dos Juizados Especiais Estaduais e Federais e juízos de primeiro grau.

Neste contexto é que surgiu o uso das medidas cautelares no STF e no STJ, com o fito de suspender os efeitos das decisões definitivas prolatadas, não obstante terem eles somente o efeito suspensivo, obstando assim a execução provisória de sentenças.

Em virtude das inovações introduzidas no ordenamento jurídico no que concerne ao direito processual civil, far-se-á uma análise histórica deste ramo do direito, distinguindo-se após as ações, medidas e o processo cautelar e as características e requisitos para a concessão de medidas cautelares. Ao final, serão analisados os recursos especial e extraordinário e os aspectos atinentes às medidas cautelares e a natureza jurídica.

2. As fases históricas do Direito Processual Civil

O Direito Processual Civil passou por diversas fases desde o seu surgimento como ramo do direito, a saber: immanentista; autonomista e instrumentalista.

No primeiro momento do direito processual civil, ou seja, na fase immanentista não havia qualquer menção à autonomia do processo. Segundo, Cintra *et al*¹ “a ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida”.

Dessa indissociabilidade exsurgia a inexistência do exercício de ação quando denegado o pedido formulado em juízo.

Após, foram concebidos os primeiros alicerces do Processo Civil autônomo pelo jurista Oskar Von Büllow que, tinha como estrutura a trilogia jurisdição, processo e ação.

Em obra clássica afirmaram Cintra *et al*² que:

¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 42.

² Cintra *et al*, 2000, p. 42.

Foi durante esse período de praticamente um século que tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual.

O CPC foi editado com base nesses ensinamentos, situando-se assim no período autonomista, consoante entendimento de Dinamarco³. Instituiu ele três processos autônomos, o processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar, além dos chamados procedimentos de jurisdição voluntária e os especiais de jurisdição contenciosa.

Todavia, perceberam os juristas que o alto grau de tecnicismo vinha impedindo a discussão do direito material em si, sendo inúmeros os processos extintos sem julgamento de mérito, ante falhas processuais, tornando-se o processo um fim em si mesmo na maioria dos casos.

Deste modo, surgiu a fase instrumentalista que pregava e prega a observância do direito Processual como instrumento para a realização do direito material, sem contudo descuidar dos postulados teóricos que fundamentam a existência autônoma dele.

O mestre Dinamarco⁴ assevera que:

[...]alguns estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional – o que abriu caminho para o realce hoje dado aos *escopos sociais e políticos* da ordem processual, ao valor do *acesso à justiça* e, numa palavra, à *instrumentalidade do processo*. (grifos do autor)

Jamais pode o direito processual ser um entrave para a prestação da tutela jurisdicional mas, permanece ainda latente entre diversos juristas e operadores, um apego excessivo às normas técnico-processuais, o que vem na prática ainda ensejando o perecimento de

³ DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 4 v., p. 255.

⁴ DINAMARCO, 2003, p. 257.

direitos em face de discussões que poderiam ser superadas em privilégio da discussão sobre o bem de vida objeto da demanda.

Assim, respeitada a autonomia científica do direito processual e observado o seu caráter instrumentalista, vêm os juristas hodiernamente cada vez mais pugnando pela mitigação da observância dos postulados técnicos, assegurado um mínimo indispensável que é o direito de defesa, buscando a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

3. O novo sincretismo do CPC

O legislador pátrio está indubitavelmente trilhando o caminho da consideração do direito processual como um instrumento para a efetivação dos direitos, sendo exemplo disto a edição das Leis n.º 10352 e 10444 de 2002 que, instalaram no Direito Processual Civil o chamado sincretismo entre os processos de conhecimento, cautelar e de execução, estejam eles inseridos no CPC ou em outros diplomas normativos.

Tramita hoje no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 3253/2004 encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República que ensejará a implementação do sincretismo total, haja vista a eliminação da dicotomia entre os processo de conhecimento e de execução das obrigações de pagar quantia certa, oriundas de títulos executivos judiciais, considerando que nas obrigações de entregar coisa certa, de fazer e não fazer tal dicotomia já foi eliminada pelas leis citadas acima.

Instituiu-se também no CPC uma espécie de fungibilidade entre as medidas cautelares e a antecipação de tutela, introduzida no art. 273, do CPC em 1994, existindo atualmente uma intensa polêmica doutrinária acerca da duplicidade desta fungibilidade, diante do fato de que no texto legal somente é permitida a concessão de cautelar, acaso requerida uma antecipação de tutela, quando presentes os requisitos para a concessão daquela.

Observa-se assim, a busca incessante da diminuição da morosidade que assola a prestação jurisdicional do país.

4. Processo, ação e medida cautelar

Analisar-se-ão assim as características das ações cautelares tendo sempre como pressuposto o novo paradigma do direito

processual, devendo-se observar que a menção à ação e ao processo sempre será feita com o rigorismo técnico imprescindível.

À míngua da técnica da antecipação dos efeitos da tutela que, como se disse algures somente foi introduzida no ordenamento em 1994, inseriu o legislador no CPC o processo cautelar, atribuindo-lhe a missão de salvaguardar o bem objeto da demanda, a fim de que ao final da contenda se mantivesse ele íntegro.

Câmara⁵ assim o caracteriza:

O processo cautelar é, pois, instrumento através do qual se presta uma modalidade de tutela jurisdicional consistente em assegurar a efetividade de um provimento a ser produzido em outro processo, dito principal. Ao contrário do que ocorre com os outros dois tipos de processo (cognitivo e executivo), o processo cautelar não satisfaz o direito substancial, mas apenas garante que o mesmo possa ser realizado em momento posterior, permitindo, assim, uma forma de tutela jurisdicional mediata.

Deve então o demandante demonstrar que há uma probabilidade de que o objeto que provavelmente lhe será outorgado ao final da demanda poderá perecer se não houver a intervenção do judiciário, sendo a sentença completamente inócua. Nesse caso é possível a concessão da medida cautelar.

Uma vez conceituado o processo, cabe agora diferenciar ação cautelar de medida cautelar.

Consiste o direito de ação em um direito subjetivo de todos, de acessar o Judiciário, a fim de que sejam dirimidas questões atinentes a um suposto direito lesado ou que esteja ameaçado de ser lesionado, atendidas as suas condições.

Vale ressaltar que, o interesse, a legitimidade e possibilidade jurídica do pedido, que são as condições da ação e a exigência de juízo investido de jurisdição, partes capazes e a demanda regularmente formada, conhecidos como pressupostos processuais são idênticos aos exigidos no processo de conhecimento, guardada a exigência de causas de pedir próximas específicas para as cautelares típicas.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 3. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 4. 3. v.

Os requisitos para a concessão de medidas cautelares denominados *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* serão vistos adiante, em face da adesão ao entendimento de que se constituem eles questões de mérito.

A ação seria então utilizada como uma expressão do exercício deste direito subjetivo por parte do litigante e a aposição do adjetivo cautelar identifica o manejo das normas atinentes ao processo cautelar.

A medida cautelar é magistralmente definida por Theodoro Jr.⁶ como sendo:

[...] a providência concreta tomada pelo órgão judicial para eliminar situação de perigo para direito ou interesse de um litigante, mediante conservação do estado de fato ou de direito que envolve as partes, durante todo o tempo necessário para o desenvolvimento do processo principal. Isto é, durante todo o tempo necessário para a definição do direito no processo de conhecimento ou para a realização coativa do direito do credor sobre o patrimônio do devedor, no processo de execução.

Vê-se assim que ela nada mais é do que uma nomenclatura atribuída à concessão do que fora requerido na ação cautelar, seja através de decisão interlocutória liminar, seja através da própria sentença de mérito.

No título III do CPC estão normatizados o procedimento geral e os procedimentos específicos para a propositura de ações cautelares.

Vale ressaltar que a utilização diversificada dos termos no foro nem sempre atende aos postulados teóricos.

5. Características das medidas cautelares

São características das medidas cautelares a instrumentalidade, temporariedade, revogabilidade, modificabilidade e fungibilidade, segundo Câmara⁷, valendo salientar que os estudos foram realizados com base nas cautelares puras.

Desta feita, tais assertivas não se aplicam em relação aos

⁶ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil; Procedimentos Especiais*. v. 2. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 362-363. v.3.

⁷ CÂMARA, 2001, p. 19.

procedimentos inseridos no processo cautelar pelo legislador que, ontologicamente não são cautelares.

Foi dito algures que o manejo da ação cautelar visa a salvaguardar o bem objeto do litígio ou a eficácia do provimento a ser prolatado em um processo principal.

Ora, verifica-se assim que a pretensão manifestada em juízo no sentido de que seja concedida uma medida cautelar e a sua eventual concessão constituem-se instrumento para a realização do processo principal.

Faz-se imprescindível distinguir temporariedade de provisoriedade.

Enquanto o temporário tem duração limitada no tempo, desaparecendo quando cumprido o seu mister, muito embora possuidora de duração limitada no tempo, é a coisa provisória substituída por uma definitiva, na precisa definição de Câmara⁸.

Deste modo, não resta qualquer dúvida acerca da temporariedade das medidas cautelares, haja vista ser a duração delas finita, condicionada ao provimento final da ação principal ou ao desaparecimento do perigo, sem que haja na própria ação cautelar um provimento definitivo.

A revogabilidade das medidas cautelares está intrinsecamente ligada ao desaparecimento dos requisitos para a concessão. Comprovada a inexistência em um dado momento do *fumus boni iuris* ou do *periculum in mora*, impositiva é a revogação da medida concedida.

Por fim, há a fungibilidade entre as medidas cautelares, expressamente prevista no art. 805, do CPC, que visa a impedir que haja uma excessiva constrição sobre o demandando, permitindo a substituição da medida originariamente concedida por outra menos gravosa.

⁸ Ibid., p. 20-21.

6. Requisitos para a concessão das medidas cautelares

São requisitos para a concessão das medidas cautelares o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, requisitos que devem coexistir para a concessão e manutenção de uma medida cautelar.

Consiste o *fumus boni iuris* na demonstração por parte do demandante na ação cautelar incidental ou preparatória, da probabilidade de existência de um direito material que, certamente lhe será concedido no processo principal.

Afirma-se a necessidade de se comprovar a probabilidade pelo fato de que a cognição realizada pelo magistrado se dá de forma sumária. Câmara⁹ afirma que o Estado-juiz deve se contentar apenas com a demonstração da aparência de existência do direito.

Já o *periculum in mora* se configura quando existente um fundado receio de que o provimento final do processo principal será inócuo.

Deve o demandante alegar fatos que ensejem a demonstração de que a ação principal em trâmite ou que se irá propor certamente será julgada favoravelmente por ser seu o direito e que se não lhe for concedida a medida cautelar, o julgamento de mérito favorável não poderá ser cumprido.

Sendo constatada em exame sumário a coexistência dos requisitos, deverá o magistrado conceder a medida pleiteada liminarmente ou quando do julgamento do mérito da ação cautelar.

Enumerou o CPC diversas ações cautelares, deixando o espaço para o requerimento de quaisquer outras medidas que se fizerem necessárias, considerando a fertilidade dos casos reais que não se subsumem às normas existentes, haja vista a impassibilidade de prever o legislador todos as hipóteses que precisam de uma tutela jurisdicional acauteladora. São as chamadas cautelares uninominadas, atualmente em desuso diante da maximização da antecipação de tutela que substitui o uso das cautelares uninominadas.

Vale ressaltar que negam os autores de forma veemente a natureza de ação cautelar a várias das que estão dispostas no CPC, ante a sua satisfatividade, característica que não se coaduna às medidas cautelares.

⁹ CÂMARA, 2001, p. 29.

É de se observar que alguns doutrinadores estão entendendo a impossibilidade de manejo das cautelares inominadas, com a introdução da antecipação dos efeitos da tutela no ordenamento, corrente que peca pelo excesso, haja vista a possibilidade de que sejam elas úteis em casos concretos.

7. Recursos especial e extraordinário

Os recursos especial e extraordinário estão previstos na Constituição Federal, respectivamente nos arts. 102, III e 105, III, justificando-se a sua existência na forma federativa adotada pela República do Brasil.

Arenhart & Marinoni¹⁰ afirmam que:

[...] não se prestam esses recursos constitucionais a exercer juízo sobre o mérito da decisão inquinada. Melhor explicando: através dos recursos extraordinário e especial não se reaprecia o caso posto ao crivo judicial. O recurso especial e o recurso extraordinário têm por finalidade principal assegurar o regime federativo, por meio do controle da aplicação da lei federal e da Constituição Federal ao caso concreto. Vale dizer que a finalidade desses recursos é assegurar que a lei federal e a Constituição Federal – por serem leis que devem ter o mesmo teor e a mesma aplicabilidade em todo o território nacional e para todas as causas – sejam corretamente aplicadas e interpretadas por todos os tribunais e juízes do país.

Esgotadas as vias ordinárias, podem as partes sucumbentes interpor o recurso extraordinário para o STF em decorrência de violação de norma constitucional e/ou para o STJ, alegando violação de lei federal, sendo chamados eles de recurso vinculados, diante da impossibilidade de alegarem-se questões diversas das elencadas na Carta Magna.

Esses recursos somente possuem o efeito devolutivo, inteligência do art. 542, § 2.º, do CPC

O recurso extraordinário pode ser interposto de uma decisão proveniente de juízos de 1.º grau, nos casos de execuções fiscais de

¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz & MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 589.

pequeno valor e de decisões de turmas recursais de juizados especiais federais ou estaduais.

É de se observar que o recurso especial somente é possível quando prolatada a decisão em última ou instância por tribunal regional federal ou tribunal de justiça, na dicção da constituição. Todavia, a lei 10259/2001 que instituiu os juizados especiais federais previu a interposição de recurso especial para o STJ, em decisões prolatadas pela turma nacional de uniformização, nos casos em que houve confronto com súmula de jurisprudência daquele tribunal.

A interposição dos recursos se dá através de petições autônomas, endereçadas aos presidentes dos tribunais, ao presidente das turmas recursais ou excepcionalmente ao juízo de 1.º grau, momento em que exporá o cabimento do recurso, observada a vinculação das alegações. Ouvida a parte recorrida, exerce o magistrado o juízo de admissibilidade do recurso, sem prejuízo do ulterior exame realizado pela corte, acaso admitido o recurso.

Da decisão que inadmite o recurso é cabível o agravo de instrumento também perante àquele magistrado que, após a oitiva do recorrido é obrigado a enviar o recurso para a instância devida.

Uma vez distribuído no tribunal superior, inicialmente no STJ acaso interpostos os dois recursos simultaneamente, caberá ao relator proferir as seguintes decisões: negar provimento ao agravo, inadmitindo assim o recurso; determinar a subida do recurso; uma vez instruído o agravo convertê-lo no recurso manejado determinando o seu prosseguimento; dar ou negar provimento ao recurso após a sua admissão em decorrência do agravo ou conversão no próprio recurso, dentre outras possibilidades.

8. As medidas cautelares no STF e STJ

Como se disse algures, têm essas medidas cautelares o intento de sustar a eficácia da decisão até o julgamento final dos recursos extraordinário e especial, atribuindo-lhes um efeito que não possuem, qual seja, o suspensivo ou suspensivo ativo.

Antes das reformas do CPC, era necessária a impetração de um mandado de segurança quando se almejava a concessão de efeito suspensivo a recurso que não o tinha.

Visando a economia processual, deu o legislador ao Art. 558, do CPC nova redação, possibilitando ao relator dos recursos a

concessão de efeito suspensivo, inclusive o ativo, ainda que originariamente não o possuísse, até que o mérito fosse julgado.

Dada a amplitude da normatização, nenhum óbice para que tal efeito fosse outorgado aos recursos extraordinário e especial.

Ocorre que, o tempo despendido desde a interposição até a efetiva chegada ao relator é assaz demorado, consoante demonstrado algures.

Neste ínterim, nada obsta a efetivação dos comandos expendidos na sentença o que ademais é a regra no processo civil hodierno como restou demonstrado.

Contudo, há casos em que mesmo nos tribunais superiores, máxime no STJ há profundas divergências entre as turmas e até entre as seções, o que enseja na maioria das vezes numa grande possibilidade de modificação das decisões.

Não seria justo portanto, que decisões extremamente precárias ensejassem a satisfação do direito antes do trânsito em julgado.

Arenhart & Marinoni¹ aduzem que:

O fim da cautelar, nesses casos, é suspender os efeitos da decisão recorrida, impedindo que dano grave seja ocasionado ao recorrente na pendência do processamento do recurso. Como é óbvio, e partindo-se da premissa do provimento de tais recursos, não é possível que a parte (o recorrente) sofra dano enquanto espera a decisão que reconhecerá o direito.

Passaram então os advogados e procuradores a utilizar-se das medidas cautelares, com o fito de imprimir efeito suspensivo a estes recursos, com supedâneo no art. 800, do CPC, com a redação que lhe deu a Lei n.º 8952/94 e no art. 14, § 5.º, da lei n.º 10259/01 que instituiu os juizados especiais federais.

Diversas eram as polêmicas acerca do juízo competente para julgar as medidas cautelares quando ainda não houvesse sido proferido o juízo de admissibilidade no juízo *a quo* e quando interposto o agravo em face da inadmissão.

No âmbito do STF, foram editadas as seguintes súmulas que afastam definitivamente as dúvidas:

¹ ARENHART & MARINONI, 2003, p. 639.

634 – Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.

635 – Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.

Inexistente o juízo de admissibilidade pelo presidente do tribunal ou pelo juiz de 1.º grau, deverá ser o pedido de medida cautelar para eles endereçado, sendo lógico que a decisão por eles proferida certamente dependerá da admissão ou não do recurso e da comprovação dos requisitos para a concessão da medida.

Da interpretação *contrario sensu*, infere-se o entendimento do STF, no sentido de que admitido o recurso pelo juízo *a quo* ou interposto agravo de instrumento contra a decisão que o inadmitiu, no STF deverá ser proposta a ação cautelar, neste caso pugnando pela concessão do efeito suspensivo dos efeitos da decisão vergastada pelo recurso extraordinário.

Tais entendimentos devem ser adotados *mutatis mutandis* aos recursos especiais.

Verifica-se, assim, que muito embora não observadas todas as características inerentes às cautelares, constituem elas efetivas medidas cautelares, conquanto asseguradores de situações jurídicas ainda discutidas.

Impende ressaltar que a concessão de medidas cautelares é situação excepcional e dependente de verificação de viabilidade recursal pelo atendimento dos pressupostos específicos e genéricos dos recursos, observados inclusive os entendimentos sumulados e a plausibilidade de provimento do recurso.

Exigem-se assim, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, devendo o magistrado competente para a apreciação da medida cautelar conceder a suspensão dos efeitos da decisão até o trânsito em julgado da decisão ou até o momento em que pelo menos um desses requisitos desapareça.

Diante dessas conclusões verifica-se a nomenclatura adequada seria ação cautelar todavia, são elas denominadas medidas cautelares em todos os julgamentos proferidos no STF e STJ.

9. Conclusão

Constata-se que as medidas cautelares propostas perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, as quais buscam suspender os efeitos das decisões vergastadas por recursos extraordinário e especial, são efetivamente ações cautelares.

A instrumentalidade, revogabilidade e a modificabilidade são características identificáveis nestas medidas, bem como os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão.

Corroboram também este entendimento as disposições insertas no art. 800, parágrafo único, do CPC e no art. 14, § 5.º, da Lei n.º 10259/01 que instituiu os juizados especiais federais, haja vista a inexistência de distinção entre quaisquer dos recursos, permitindo-se a aplicação também nos recursos especial e extraordinário, não cabendo ao intérprete distinguir onde o legislador não o fez, conhecido ditame exegético.

A reversibilidade das decisões recorridas é fundamento suficiente para justificar o manejo destas cautelares, observadas os demais requisitos inerentes a estas ações.

Todavia, é cediço que um dos entraves para que haja o desenvolvimento efetivo do país é a ausência de eficácia na prestação jurisdicional, cuja morosidade constitui elemento de insegurança para aqueles que pretendem no país investir.

Deve o judiciário rechaçar tentativas dos litigantes de protelar o cumprimento de decisões com a interposição de descabidos recursos, seguidos de pedidos de suspensão dos efeitos das decisões recorridas, sob pena de banalizar o uso de tão importante instrumento.

Sustar os efeitos de decisões vergastadas por recursos extraordinário e especial em alguns casos é a única decisão possível de ser prolatada, observados os parâmetros estabelecidos, sendo tais decisões consentâneas com os postulados modernos do Processo Civil.

Assim agindo, estará o magistrado prestando a tutela jurisdicional adequada e eficaz, cumprindo os ditames constitucionais insertos no título dos direitos e garantias fundamentais.

DIREITOS HUMANOS E A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO – DRU (*)

Fernando Facury Scaff

Advogado, Doutor em Direito pela USP, professor da Universidade Federal do Pará

SUMÁRIO:

I. Posição da questão. II. As vinculações constitucionais. III. A desvinculação das receitas da União através de vários fundos a) O fundo social de emergência – FSE; b) O fundo de estabilização fiscal – FEF; c) A DRU - desvinculação das receitas da União d) Diferenças e semelhanças entre estes fundos e) Consequências destas desvinculações. IV. A supremacia da Constituição. V. Conclusão.

I. Posição da questão

1. Entendo que o debate sobre direitos humanos e tributação não pode ficar cingido ao estudo dos direitos fundamentais dos contribuintes, que traduzem tão somente a primeira dimensão dos direitos humanos, mas deve ser abordada também sob o ângulo da segunda e terceira dimensão de direitos.

É nesse sentido que em outros trabalhos já defendi a existência do Princípio da Afetação para as Contribuições, o que obrigaria o sujeito ativo da obrigação a utilizar sua arrecadação nas finalidades que geraram sua criação¹, bem como que as contribuições se configuram como uma expressão dos direitos humanos de segunda dimensão². Defendo, portanto, que no sistema tributário brasileiro existem *tipos* que obrigam o Estado a agir, ou, pelo menos, a utilizar

(*) Parte deste trabalho já foi publicado na obra coletiva *Tributos e Direito Fundamentais*, organizada por Octávio Fischer (São Paulo, Dialética, 2004). O texto que ora se apresenta está acrescido da análise da Emenda Constitucional nº 42, de 19-12-2003, que ainda não havia sido promulgada na época da elaboração do texto original.

¹ As Contribuições Sociais e o Princípio da Afetação. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 98, p. 44-62, nov/03.

² Contribuições de Intervenção e Direitos Humanos de Segunda Dimensão. *In: Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico*. Martins, Ives Gandra (org.). Ed. RT, 2002, p. 394-422.

os recursos nas finalidades estabelecidas, sem que haja a possibilidade de serem usados estes recursos em fins diversos dos normativamente estabelecidos aquando de sua criação.

Desta forma, o ponto central deste trabalho é a análise de quatro Emendas Constitucionais que apartaram da arrecadação tributária valores para compor o Fundo Social de Emergência – FSE (EC de Revisão n. 01), posteriormente sucedido pelo Fundo de Estabilização Fiscal – FEF (EC n. 10 e EC 17) e, mais recentemente, como sucessor dos anteriores, a Desvinculação das Receitas da União – DRU (EC n. 27), que foi novamente alterada, tendo inclusive seu prazo dilatado até 2007, por força da EC 42, de 19-12-2003. Tais Emendas, em linhas gerais, desvincularam parcela dos recursos arrecadados pela União, possibilitando seu uso em outras finalidades que não aquelas constitucionalmente previstas.

Terá sido constitucional esta desvinculação de valores por parte das referidas Emendas Constitucionais? O afastamento desta receita das finalidades constitucionalmente estabelecidas, violou o Princípio da Afetação da Receita de Contribuições e o da Liberdade de Conformação do Legislador, pois a este disponibilizou meios financeiros mais restritos do que aqueles que a Constituição originalmente atribuiu? Terão sido apreciadas estas Emendas Constitucionais sob a ótica da Supremacia da Constituição?

Estas são algumas das indagações que se busca responder ao longo deste trabalho.

2. Pode haver quem pergunte se este assunto estaria correlacionado com o tema dos direitos humanos e a tributação. A resposta será pronta e rápida: *sim*. E isto por duas razões básicas: a primeira em razão de que se está a tratar de *tributação*, e não apenas de *direito* tributário. Desta forma, também o âmbito da destinação dos valores tributários arrecadados encontra-se inserido neste tema. E, em segundo lugar, porque este assunto se inscreve na necessidade de controle público e social do Estado, a fim de verificar se os valores arrecadados estão sendo utilizados nas finalidades alegadas³. E este tipo de atividade encontra-se inserido no âmbito dos direitos humanos

³ Alguns trabalhos já vêm sendo desenvolvidos neste âmbito. Um deles pode ser encontrado nos Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, RJ, vol. I, págs. 925-941, 1999, denominado “Controle Público e Social da Atividade Econômica”.

de terceira dimensão, que dizem respeito aos direitos difusos, única maneira de tratar do presente tema.

Desta maneira, a estranheza inicial acerca do assunto deve se desfazer logo em seguida, desde que compreendidos – e acatados – os dois diferentes âmbitos de análise acima descritos.

II. As vinculações constitucionais

3. A Constituição Federal de 1988, na sequência de suas anteriores, estabeleceu um sistema de Federalismo Participativo, através do qual algumas receitas deveriam ser compartilhadas com Estados e Municípios, bem como estabeleceu um mecanismo através do qual vinculou parcela das receitas arrecadadas a certas finalidades que entendeu fundamentais para o desenvolvimento do país.

4. No âmbito do Federalismo Participativo, a partição se dá com as receitas da União na seguinte proporção⁴:

IPI (art. 159, I e II, CF)

Transferência para Estados	21,5%
Transferência para Municípios	22,5%
Transferência para Estados Exportadores	<u>10,0%</u>
Total	54,0%

IR (art. 159, I, CF)⁵

Transferência para Estados	21,5%
Transferência para Municípios	<u>22,5%</u>
Total	44,0%

ITR (art. 158, II, CF)

⁴ Existe ainda a partição dos Estados com os Municípios, o que refoge ao âmbito deste trabalho.

⁵ Não foi incluído no rol o IR Retido na Fonte pago pelos Estados e Municípios, suas Autarquias e Fundações (art. 157, I e art. 158, I, CF), que não são recolhidos à União, constituindo-se como receitas destas Unidades Federadas subnacionais, porque, a rigor, não se trata de *federalismo participativo*, mas de uma técnica de não-tributação decorrente da imunidade recíproca (art. 150, VI, “a”, CF)

Transferência para Municípios 50%

IOF sobre ouro (art. 153, parág. 5o., CF)

Município de origem 70%

Estado de origem 30%

5. Ainda no âmbito constitucional, existem outras vinculações obrigatórias decorrentes da arrecadação tributária da União, assim discriminadas:

IPI + IR (art. 159, I, “c” CF)

Programa de Financiamento do Setor Produtivo 3,0%

Da Receita Resultante de Impostos (abatidos os recursos transferidos na forma do Federalismo Participativo - art. 212, CF)

Manutenção e Desenvolvimento do Ensino 18%

Contribuição Social do Salário Educação (art. 212, parág. 5o., CF)

Recursos destinados integralmente ao ensino fundamental público:

Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE

1/3

Secretarias Estaduais de Educação

2/3

Contribuição Social para o PIS-PASEP (art. 239, parágs 1o. e 3o., CF)

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, para financiar programas de desenvolvimento econômico

40%

FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador (seguro desemprego, abono salarial, entre outros programas sociais)

60%

Contribuição Social para o Lucro das Pessoas Jurídicas (art. 195, CF)

Seguridade Social 100%

Contribuição dos Trabalhadores e Empregadores para a Seguridade Social (art. 195, CF)

Fundo de Previdência e Assistência Social (benefícios previdenciários) 100%

6. Verifica-se, portanto, que a Constituição estabeleceu a fonte de arrecadação dos valores e sua destinação, seja de forma integral, seja partilhada. E quando decidiu dirigir novos recursos para outras finalidades, reforçando sua atuação naquele setor, procedeu à nova criação de fonte de recursos, dirigindo os mesmos para as novas finalidades estabelecidas, como pode ser visto nos seguintes casos em que Emendas Constitucionais criaram novas fontes de recursos e os destinaram a finalidades específicas:

Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPME
(EC 21/99 e 31/00)

Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza 25%

Ações do Ministério da Saúde 50%

Pagamento de Benefícios da Previdência 25%

Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre Petróleo (EC 33)

Pagamento de subsídios ao transporte de combustível, financiamento de projetos ambientais e de infra estrutura de transportes
100%

7. Além destas vinculações constitucionais, existem outras estabelecidas pela legislação ordinária, que não cabe aqui tratar, mas que, apenas a título de exemplo, menciona-se: a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica (cobrada sobre a importação de títulos e obras audiovisuais a serem exibidas em TV, cinema, etc. Lei 8.401/92) e o Adicional ao Frete para renovação da Marinha Mercante – AFRMM (Lei 9.432/97).

8. O que o Governo da União vem fazendo ao longo deste período, desde 1994 até os dias atuais, acerca desta destinação de recursos para estas finalidades específicas? É o que veremos a seguir.

III. A Desvinculação das Receitas da União através de vários Fundos

a) O Fundo Social de Emergência - FSE

9. No seio do processo de revisão constitucional previsto pelo art. 3o. do ADCT da CF/88, foi promulgada a EC de Revisão n. 01, de 01 de março de 1994, acrescentando os artigos 71, 72 e 73 ao ADCT, os quais criavam o Fundo Social de Emergência – FSE, com o alegado objetivo de *“sanear financeiramente a Fazenda Pública Federal e de manter a estabilidade econômica”*.

Além desses alegados objetivos, o texto do art. 71 mencionava, como que a *“dourar a pílula”*, que os recursos desse Fundo também poderiam ser aplicados:

- 1) no custeio de ações dos sistemas de saúde e educação;
- 2) na concessão de benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada;
- 3) podendo inclusive serem utilizados na liquidação de passivo previdenciário.

Estes 03 itens eram seguidos de um outro, amplíssimo, que permitia o uso dos recursos *“em outros programas de relevante interesse econômico e social”*.

Tal Fundo foi criado para vigorar apenas nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, e foi composto das seguintes fontes de recursos:

- a) O Imposto sobre a Renda retido na fonte sobre os pagamentos efetuados a qualquer título pela União, suas autarquias e fundações.
- b) A majoração decorrente das alterações produzidas pela Medida Provisória n.º 419 (aumento do IOF) e pelas Leis n.º 8.847/94 (aumento do ITR), 8.849/94 (aumento do IR), 8.848/94 (aumento do IRFonte), e a majoração da alíquota da CSLL e do PIS das instituições financeiras nos exercícios financeiros de 1994 e 1995.
- c) vinte por cento do produto da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, excetuados os acima mencionados.

Havia ainda uma disposição que possibilitava o acréscimo de outras receitas ao Fundo.

Um aspecto importante foi o expresse afastamento deste Fundo da exigência estabelecida pelo art. 165, §9º, II, do corpo permanente da Carta de 1988 (constante do parágrafo único do art. 71 incluído no ADCT), que dizia caber à Lei Complementar “estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como as condições para a instituição e funcionamento de fundos”. Desta maneira, tanto as normas da Lei 4.320/64 como as demais normas existentes a respeito (inclusive a Lei de Responsabilidade Fiscal, nº 101/00, que lhe sobreveio) deixaram de ser aplicadas à gestão do FSE.

b) O Fundo de Estabilização Fiscal - FEF

10. Ocorre que, esgotado o prazo de vigência do FSE, em 04 de março de 1996, foi promulgada a EC n. 10, através da qual sua vigência foi prorrogada retroativamente. O STF, através de acórdão da lavra do Min. Néry da Silveira, negou que existisse *periculum in mora* ou *fumus boni juris* que justificasse a concessão de Medida Cautelar⁶.

⁶ EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Medida Cautelar. 2. Fundo Social de Emergência. 3. Arguição de inconstitucionalidade de expressões constantes dos arts. 71 e § 2º; 72, incisos III e V, do ADCT da Constituição de 1988, com a redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 10, de 4.3.1996. 4. Controle de validade de emenda à Constituição, à vista do art. 60 e parágrafos, da Constituição Federal. Competência do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a). Cláusulas pétreas. 5. Os arts. 71, 72 e 73 foram incluídos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1, de 1º de março de 1994. 6. A Emenda Constitucional nº 10/1996 alterou os arts. 71 e 72, do ADCT, prorrogando-se a vigência do Fundo Social de Emergência, no período de 1º de janeiro de 1996 a 30 de junho de 1997. 7. A inicial sustenta que, exaurido o prazo de vigência do Fundo Social de Emergência a 31.12.1995, não poderia a Emenda Constitucional nº 10, que é de 4.3.1996, retroagir, em seus efeitos, a 1º de janeiro de 1996, pois, em assim dispondo, feriria o direito adquirido dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no que concerne à participação no Fundo a que se refere o art. 159, inciso I, da Constituição, e à incidência do art. 160 da mesma Lei Maior, no período de 1º de janeiro até o início de vigência da aludida Emenda Constitucional nº 10, de 4.3.1996. 8. Não invoca a inicial, entretanto, especificamente, ofensa a qualquer dos incisos do art. 60 da Constituição, sustentando, de explícito,

Registra-se que o STF utilizou-se de preceitos formalistas do processo civil para tratar de controle de constitucionalidade, o que é inapropriado, pois os princípios informativos são diversos, o que impede o uso direto, tal como realizado.

Esta prorrogação do FSE vigorou de 01 de janeiro de 1996 até 31 de julho de 1997 e foi rebatizado de Fundo de Estabilização Fiscal - FEF, que, em linhas gerais, mantinha todas as normas criadas pela EC de Revisão n. 01, excetuadas aquelas referentes ao ITR, cuja receita não foi mais atingida pelas normas do Fundo.

Merece realce o fato de que na nova redação do dispositivo que estabeleceu o afastamento de 20% da arrecadação de todos os impostos e contribuições da União, tenha sido destacado que comporiam este Fundo os “já instituídos ou a serem criados”. Ou seja, passou-se a considerar um afastamento total destas receitas das finalidades constitucionalmente estabelecidas, inclusive as receitas decorrentes de impostos ou contribuições que vissem a ser criados.

11. Findo o prazo de vigência, o FEF foi novamente prorrogado pela EC 17, de 22-11-97, e mais uma vez de maneira retroativa, de modo a que não houvesse solução de continuidade no apartamento da arrecadação da União. Seu prazo de vigência passou a ser até 31-12-99.

c) A Desvinculação de Receitas da União - DRU

12. Mais recentemente, através da EC 27, de 21 de março de 2000, foi criada uma figura denominada DRU – Desvinculação das

lesão ao art. 5º, XXXVI, à vista do disposto nos arts. 159 e 160, todos da Constituição. Decerto, dessa fundamentação poderia decorrer, por via de consequência, ofensa ao art. 60, I e IV, da Lei Magna, o que, entretanto, não é sequer alegado. 9. Embora se possa, em princípio, admitir relevância jurídica à discussão da quaestio juris, exato é, entretanto, que não cabe reconhecer, aqui, desde logo, o periculum in mora, máxime, porque nada se demonstrou, de plano, quanto a prejuízos irreparáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, se a ação vier a ser julgada procedente. É de observar, no ponto, ademais, que a Emenda Constitucional de Revisão nº 1, que introduziu, no ADCT, os arts. 71, 72 e 73, sobre o Fundo Social de Emergência, entrou em vigor em março de 1994, com efeitos, também, a partir de janeiro do mesmo ano. 10. Medida cautelar indeferida. ADI 1420 MC / DF. Min. NERI DA SILVEIRA. Julgamento: 17/05/1996.

Receitas da União, sucessora dos anteriores e defasados FSE e FEF, que desvinculou, no período de 2000 a 2003,

“vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais”.

Desta feita, as transferências decorrentes do Federalismo Participativo (arts. 153, § 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, “a” e “b”, e II), as transferências para o setor produtivo (art. 159, I, “c”), bem como as verbas referentes ao salário-educação (art. 212, § 5º) foram mantidas sem este corte.

13. A recente Emenda Constitucional 42, de 19-12-2003, que promulgou (mais uma) reforma tributária, encaminhada pelo PT – Partido dos Trabalhadores ao Congresso Nacional em abril de 2003, manteve o nome de DRU – Desvinculação de Receitas da União, e ampliou seu alcance, de forma a também incluir na desvinculação a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, já instituídos e os que vierem a ser criados, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

O art. 76 do ADCT passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2003 a 2007, vinte por cento da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais.

§ 1º O disposto no *caput* deste artigo não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios na forma dos arts. 153, § 5º; 157, I; 158, I e II; e 159, I, a e b; e II, da Constituição, bem como a base de cálculo das destinações a que se refere o art. 159, I, c, da Constituição.

Observa-se também que dentre as exceções à desvinculação estão as do *federalismo participativo* e as verbas destinadas para os *fundos de desenvolvimento*.

Ou seja, a EC 42/2003, além de ampliar o prazo da desvinculação até 2007, ampliou também o rol de tributos e

consectários desvinculado, mas ressaltou possíveis problemas políticos decorrentes de diminuição de receita de Estados e Municípios, bem como para o desenvolvimento de atividades produtivas no Norte, Nordeste e Centro-Oeste do Brasil.⁷

d) Diferenças e Semelhanças entre estes Fundos

14. Existem muito mais semelhanças entre o FSE e o FEF do que entre estes dois e a DRU.

Pelo menos na retórica, o FSE e o FEF (ECR 01, e EC 10 e 17) tinham por *finalidade* o “saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal” e a aplicação “prioritária” (o que não quer dizer exclusiva) de recursos a despesas associadas a programas de relevante interesse econômico e social. Se a efetiva destinação destes recursos tomou este rumo, ou mesmo qual a percentagem que recebeu esta destinação, não se pode afirmar no âmbito deste trabalho, pois seria necessário muito mais tempo e esforço na análise dos balanços financeiros da União para identificar estas parcelas. Contudo, registra-se, apenas para delimitar as diferenças, que pelo menos uma finalidade qualquer foi estabelecida nas normas constitucionais que criaram estes fundos, e que podem nos dirigir a uma análise sobre sua aplicabilidade.

No caso da DRU, sequer uma finalidade foi mencionada referente a esta massa de recursos despregada de qualquer vinculação a órgão, fundo ou despesa. Menciona-se apenas sua desvinculação, sem qualquer obrigação de uso direcionado em que sentido seja. Desta maneira, a finalidade da desvinculação toma apenas um sentido “técnico”, por assim dizer “apolítico”, pois não haveria a obrigação de sua utilização sequer nas finalidades sociais mencionadas, pelo menos na retórica, nas versões do FSE e do FEF.

15. Outra diferença diz respeito aos diferentes âmbitos de abrangência estabelecidos pelas referidas Emendas Constitucionais.

Enquanto no FSE e no FEF foram incluídas normas referentes a majoração de tributos, além do corte de 20% na arrecadação federal,

⁷ Apenas a título de curiosidade, registra-se o ímpeto “desvinculativo” da União, pois além destes preceitos de ordem constitucional, a Lei n° 10.261/01 desvinculou parcela de várias receitas decorrentes da exploração de petróleo de sua destinação original estabelecida pela Lei 9.478/97, o que foi prorrogado pela MP 2214/01.

na DRU ocorreu apenas a desvinculação de 20% de toda a arrecadação de tributos federais.

16. As “exclusões” do âmbito destes Fundos e da DRU também variaram.

No FSE e no FEF foram excluídas do corte de 20% da arrecadação tributária federal as receitas decorrentes do Federalismo Participativo, aquelas referentes ao salário-educação e as do PIS-PASEP (§§ 2º, 3º e 4º do art. 72 acrescido pela ECR nº 1, o que foi mantido pelas EC 10 e 17).

Na DRU as “exclusões” foram diferentes. Em um primeiro momento (EC 27), o afastamento se deu no âmbito das receitas decorrentes do Federalismo Participativo, das transferências para o setor produtivo, bem como das verbas referentes ao salário-educação (art. 212, § 5ª). Todas as demais verbas foram desvinculadas. No segundo momento (EC 42) o salário educação não foi poupado, tendo sido parte de sua receita também desvinculada. As demais exceções anteriores foram mantidas.

17. Outra diferença é que o FSE e o FEF se constituíram em “Fundos”, ou seja, além da desvinculação da receita, tiveram recursos de outras fontes, notadamente da majoração de certos tributos, os quais passaram a ter uma finalidade estabelecida pelas próprias Emendas Constitucionais que os criaram, atribuindo-lhes objetivos a serem alcançados.

No caso da DRU o que houve foi apenas a desvinculação de recursos, sem nenhuma atribuição de finalidades específicas, ou a afetação de outras fontes de receita.

18. Uma semelhança é o afastamento das normas jurídicas, previstas pela Constituição, para a “gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos” (art. 165, §9º, II, da CF).

Desta maneira, todos os preceitos estabelecidos encontravam-se afastados da incidência de normas como aquelas estabelecidas pela Lei 4.320/64, e da Lei Complementar 101/00 que trata da Responsabilidade Fiscal.

19. Por fim, para não alongar esta lista que poderia chegar a níveis maiores de detalhamento, observa-se a semelhança principal nestas 05 Emendas Constitucionais: todas reduziram o volume de recursos disponíveis para utilização obrigatória nas finalidades constitucionalmente estabelecidas.

E este é o ponto principal da afronta à Constituição, que será adiante melhor detalhado, pois os valores que a Constituição estabelece como devendo ser utilizados obrigatoriamente em determinada finalidade não podem ser reduzidos ao bel prazer do legislador de plantão, mesmo que investido de poderes de reforma da Carta.

e) Consequência destas Desvinculações

20. A consequência deste procedimento foi a possibilidade de redução dos valores gastos nas finalidades constitucionalmente estabelecidas.

Analisando as informações acima, verifica-se que foi reduzido substancialmente o volume de recursos disponibilizado pela Constituição para as seguintes finalidades⁸:

- a) Manutenção e Desenvolvimento do Ensino, que o art. 212 estabeleceu em 18% da receita resultante de impostos federais.
- b) Financiamento de programas de desenvolvimento econômico (art. 239, CF, parcela dos recursos do PIS-PASEP).
- c) Financiamento de programas vinculados ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador, tais como seguro desemprego, abono salarial, etc. (Art. 239, CF, também parcela dos recursos do PIS/PASEP).
- d) Financiamento da Seguridade Social, decorrente de recursos da Contribuição Social sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas (art. 195, CF).
- e) Novamente o financiamento da Seguridade Social é afetado, pois são desvinculados 20% da arrecadação da Contribuição Social dos Trabalhadores e Empregados para a Seguridade Social (art. 195, CF).

⁸ Deve-se registrar as diferenças entre as “inclusões” e “exclusões” dentre as distintas Emendas Constitucionais, o que acarreta modificações na listagem dependendo do período analisado.

f) Financiamento de ações na área de saúde, pois 20% da CPMF – Contribuição Provisória de Movimentação Financeira é desvinculado de suas finalidades, não sendo desvinculados os percentuais destinados ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza e para a Seguridade Social, expressamente excepcionados (EC 21/99 e 31/00).

g) Financiamento de subsídios ao transporte de combustível, financiamento de projetos ambientais e de infra estrutura de transportes, em razão de desvinculação de 20% dos recursos da CIDE do petróleo (EC 33)⁹.

Isto no âmbito constitucional, pois foram desvinculados também os recursos legalmente estabelecidos que acima mencionamos apenas “en passant”.

Mas será que esta “desvinculação” de recursos ou “atribuição de outras finalidades”, foi apenas uma hipótese decorrente de uma análise normativa ou aconteceu na realidade? O que nos dizem os documentos de trabalho e os dados econômicos?

21. A Exposição de Motivos nº 77 do Ministério da Fazenda, firmada pelo Ministro Pedro Malan em 28/05/2001, apresentando o Relatório de Gestão Fiscal do 1º quadrimestre de 2001¹⁰, menciona valores arrecadados em várias rubricas orçamentárias com montantes “líquidos”, pois já excluída a DRU. Vale a transcrição, a despeito de ser um pouco longa, e com grifos apostos¹¹:

“2) Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social:

Obtém-se no Siafi o valor registrado na conta de Receita Realizada, 19114.00.00 – na fonte 154 - Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social, detalhando por Natureza de Receita. Neste caso identificam-se as contribuições, as multas e juros referentes a elas, **mas já**

⁹ Como acima registrado, esta desvinculação ocorreu de forma legal, e não constitucional (Lei nº 10.261/01 e MP 2214/01), o que, por si só, já daria um amplo debate acerca da constitucionalidade destas normas.

¹⁰ Exigência constante do art. 20, da LRF (LC 101/00).

¹¹ http://www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/lei_responsabilidade/1_quadrimestre.pdf

sem a parte vinculada à DRU (20%) - Desvinculação de Receitas da União;

3) Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor:

Obtém-se no Siafi o valor registrado na conta de Receita Realizada, 19114.00.00 – na fonte 156 - Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor, considerando tanto a parte do funcionário como do empregador. A partir da publicação do Relatório Resumido referente ao bimestre janeiro/fevereiro, essas duas informações estão sendo retiradas, com base em dispositivos distintos: A contribuição do empregado com base no dispositivo do artigo 19, § 1º, inciso VI, “a”. A contribuição do empregador com base na exclusão das duplicidades, artigo 2º, § 3º. **Filtrar a fonte já promove a exclusão da DRU – Desvinculação de Receitas da União, pois esta é classificada na fonte Recursos Ordinários;**

2) Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social:

Obtém-se no Siafi o valor registrado na conta de Receita Realizada, 19114.00.00 – na fonte 154 - Contribuição de Empregadores e Trabalhadores para a Seguridade Social, detalhando por Natureza de Receita. Neste caso identificam-se as contribuições, as multas e juros referentes a elas, **mas já sem a parte vinculada à DRU (20%)- Desvinculação de Receitas da União;**

3) Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor:

Obtém-se no Siafi o valor registrado na conta de Receita Realizada, 19114.00.00 – na fonte 156 - Contribuição para o Plano de Seguridade Social do Servidor, considerando tanto a parte do funcionário como do empregador. A partir da publicação do Relatório Resumido referente ao bimestre janeiro/fevereiro, essas duas informações estão sendo retiradas, com base em dispositivos distintos: A contribuição do empregado com base no dispositivo do artigo 19, § 1º, inciso VI, “a”. A contribuição do empregador com base na

exclusão das duplicidades, artigo 2º, § 3º. **Filtrar a fonte já promove a exclusão da DRU – Desvinculação de Receitas da União, pois esta é classificada na fonte Recursos Ordinários;**

4) Contribuição para o Custeio das Pensões Militares:

Obtém-se o valor do Siafi identificando a Natureza da Receita 121114.00 – Contribuição para o Custeio das Pensões Militares, gestão Orçamento Fiscal e da Seguridade Social. **Multiplica-se por 0,8 para excluir a parcela contabilizada para a DRU; visto que a fonte de destinação é comum em ambas;**

5) Contribuição para o Programa de PIS/PASEP:

Obtém-se o valor do Siafi segregando na consulta da Receita Realizada, líquida, a fonte 140 – Contribuição para o PIS/PASEP. **Desta forma, já ficam excluídas as Desvinculações das Receitas da União - DRU;”**

Demonstra-se desta forma que os relatórios de gestão já apresentam números expurgados pela DRU, o que indica que estes recursos estão sendo utilizados em outras finalidades que não aquelas constitucionalmente referidas. Ou, pelo menos, que o gestor financeiro não está *obrigado* a utilizá-lo desta forma, pois desonerado pela EC 27. Assim, desde a apresentação da Lei Orçamentária Anual, os valores indicados – e os que serão executados –, trazem montantes inferiores do que aqueles que se projeta arrecadar, e, conseqüentemente, do que os efetivamente arrecadados.

22. Procedimento semelhante pode ser encontrado na Exposição de Motivos 196, de 26 de setembro de 2001, através da qual o mesmo Ministro da Fazenda, Pedro Malan, encaminha ao Presidente da República o Relatório de Gestão Fiscal referente ao 2º quadrimestre de 2001¹². Idêntica desvinculação de receitas é efetuada na “base” das informações disponibilizadas. Logo, o que é efetivamente disponibilizado para ser gasto na finalidade constitucionalmente estabelecida é, pelo menos, 20% menor do que o efetivamente arrecadado.

¹² www.tesouro.fazenda.gov.br/hp/downloads/lei_responsabilidade/2_quadrimestre.pdf

23. Analisando-se o balanço da União referente ao ano de 2002, e cingindo-nos apenas à questão da obrigatoriedade da transferência de 18% da arrecadação de impostos federais para a manutenção e o desenvolvimento do ensino, encontramos o seguinte quadro¹³:

“2 - BALANÇO ORÇAMENTÁRIO

2.3 - Execução da Despesa com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Conforme definido no art. 212 da Constituição Federal, os gastos do Governo Federal com a Manutenção e Desenvolvimento do Ensino não podem ser inferiores a 18% da receita líquida arrecadada dos impostos. **Esta, é a obtida após a dedução das Transferências Constitucionais, mais as Desvinculações das Receitas da União – DRU.**

TABELA II.25 – DEMONSTRATIVO DAS DESPESAS EXECUTADAS COM MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO - UNIÃO – 2002 E 2001 (em R\$ milhões)

ESPECIFICAÇÃO	2002	2001
Receita de Impostos (A)	106.159	90.129
Transferências para Estados, DF e Municípios (B)	52.308	43.907
Transferência para o DRU – Desvinculação de Receita da União	22.385	15.413
Receita Líquida de Impostos (D = A - B - C)(1)	31.466	30.809
Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (E)(1)	10.189	9.181
Part. Manutenção e Desenvolv. Ensino na Receita Líquida (E/D) %	32,4	29,8

FONTE – SIAFI/Secretaria do Tesouro Nacional

- (1) Base de cálculo: considera-se o disposto no § 3º do artigo 72 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos da Emenda Constitucional n.º 17, de 1997.
- (2) A denominação “Manutenção e Desenvolvimento do Ensino” inclui todos os projetos e as atividades que se enquadram nessa classificação na Lei do Orçamento e que consta do

¹³ <http://www.cgu.gov.br/bgu2002/VolumeI/003.pdf>

arquivo encaminhado para a STN pela Secretaria de Orçamento Federal.

- (3) O limite mínimo de 18% da participação das despesas “

Verifica-se, portanto, que o afastamento de recursos obrigatórios no âmbito da manutenção e desenvolvimento da educação, em razão da DRU, foi da ordem de R\$ 15 bilhões em 2001 e de R\$ 22 bilhões em 2002, consoante dados oficiais divulgados no balanço da União referente ao ano de 2002.

Logo, os 18% decorrentes da arrecadação de impostos federais que deveriam ser *obrigatoriamente* utilizados na manutenção e desenvolvimento da educação simplesmente deixaram de ser 18%, para ser um percentual inferior!

24. Poder-se-ia perguntar: Para onde vão estes recursos desvinculados de suas finalidades constitucionais?

Nota distribuída à imprensa em 27/01/2000, pelo Ministério do Planejamento¹⁴, quando ainda se debatia a criação da DRU esclarece um pouco esta pergunta ao mencionar que:

“3) Não vai haver redução de recursos destinados à Previdência. A contribuição dos empregadores e trabalhadores para a previdência continuará sendo integralmente destinada ao pagamento de benefícios previdenciários. As contribuições previdenciárias ao INSS em 2000 (R\$ 53 bilhões) não serão suficientes para cobrir o pagamento dos benefícios aos aposentados do INSS (R\$ 63 bilhões). Assim, além das contribuições do INSS serem destinadas integralmente ao pagamento de benefícios, o Tesouro Nacional será obrigado a cobrir o déficit (R\$10 bilhões) com recursos de outras fontes.

4) Os recursos vinculado aos gastos com saúde referem-se àqueles arrecadados por conta da CPMF, projetadas em R\$ 17 bilhões para o ano 2000. Apesar da DRU incidir sobre a referida contribuição, os recursos destinados ao Ministério da Saúde em 2000 somam R\$ 19,7 bilhões, ou seja, R\$ 2,5 bilhões superior ao valor arrecadado pela CPMF. Assim, o

¹⁴ http://www.planejamento.gov.br/noticias/conteudo/geral/nota_imprensa_dru.htm

recurso retirado da Saúde e da Educação pela DRU retornam a essas áreas, não significando perdas (...).

A DRU não destina qualquer recurso ao pagamento de juros.”

A se ter como verdadeiras as informações divulgadas, verifica-se que embora tenha havido a desvinculação dos recursos das finalidades constitucionalmente estabelecidas, o montante desvinculado está sendo destinado para as mesmas finalidades.

Então, para que serviria esta desvinculação?

25. Outro documento oficial disponibilizado na Internet pode nos dar outra pista sobre o assunto. Trata-se do documento extremamente interessante e realista, intitulado “Vinculações de Receitas dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social e o Poder Discricionário de Alocação dos Recursos do Governo Federal”, firmado genericamente pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Orçamento Federal, Assessoria Técnica, de fevereiro de 2003¹⁵.

Como o nome já indica, este documento visa debater a necessidade do Governo Federal em prosseguir com a DRU, e demonstra as vantagens deste tipo de procedimento. Com alguns gráficos muito bem elaborados, o documento faz uma análise dos recursos desvinculados, ou seja, aqueles que não possuem nenhuma vinculação constitucional ou legal, e menciona que:

Em 1988, os recursos da União de livre alocação representavam 55,5% do total das receitas do Tesouro, enquanto que, em 1993, a participação caiu para 22,9%. No exercício de 2002, considerando-se a parcela da DRU, apenas 19,4% dos recursos da União eram isentos de vinculação, e a previsão para 2003 é que este percentual seja de 19,7%.

Ainda segundo o documento, foram vários os fatores que causaram toda esta redução de flexibilidade orçamentária, sendo que

O principal foi a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, juntamente com diversas legislações posteriores, criaram uma série de destinações específicas para as receitas do Governo Federal.

¹⁵ www.planejamento.gov.br/arquivos_down/sof/Vinculacoes_Consolidado.pdf

Em razão de tudo isso, a busca de um *superávit primário* fica dificultada em decorrência do excesso de vinculações de receitas, pois estes resultados ficam “congelados” em suas rubricas originárias. Daí a justificativa perseguida pela argumentação desenvolvida no citado documento da manutenção da DRU para além de 2003.

Ou seja, o que pretende o Governo Federal com a DRU é dar maior flexibilidade orçamentária, o que não quer dizer que, pontualmente, parcela dos valores apartados não seja utilizada nas finalidades constitucionalmente determinadas. O trecho a seguir bem demonstra este escopo:

“Apesar de a DRU contribuir para a ampliação dos recursos livres do orçamento Fiscal da União, a obrigatoriedade de pagamento de algumas despesas acaba revertendo essa situação. A Lei no 10.407, de 10 de janeiro de 2002 - Lei Orçamentária Anual - LOA 2002, aloca R\$ 17,2 bilhões de receitas do orçamento Fiscal para o financiamento das despesas do orçamento deficitário da Seguridade Social. **Na LOA, o montante de receitas de contribuições sociais desvinculadas por meio da DRU é de R\$ 20,5 bilhões.** Assim, apenas R\$ 3,3 bilhões são efetivamente liberados para serem utilizados livremente no orçamento Fiscal, (...). Situação equivalente ocorre em 2003.”

E, enfim, ao final do documento surge a identificação do verdadeiro problema, pois:

“A LRF ao determinar que as receitas vinculadas serão utilizadas exclusivamente para atender o objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso (art. 8º, parágrafo único), intensificou o problema de vinculações orçamentárias. Dessa maneira, **tem-se verificado o crescimento, durante os últimos exercícios, do montante de receitas vinculadas que não podem ser destinadas ao pagamento de gastos cuja finalidade seja diferente da definida, nem ao pagamento de juros, encargos e amortização da Dívida Pública do Governo Central.**”

Desta forma, parcela do que tiver sido desvinculado poderá até ser destinado às finalidades constitucionalmente previstas, pois as despesas obrigarão ao pagamento destas parcelas, **mas uma parte dos**

valores será destinada ao pagamento de “juros, encargos e amortização da Dívida Pública do Governo Central”.

Este é o ponto central da discussão: **ao desvincular os recursos das finalidades constitucionalmente previstas, poder-se-á até mesmo destinar uma sua parcela para fazer frente às despesas decorrentes destes gastos, mas outra parte deverá ser utilizada no pagamento da dívida pública.**

IV. A Supremacia da Constituição

26. O que foi visto na análise desenvolvida acima, é que as Emendas Constitucionais 01 (de Revisão), 10, 17, 27 e 42 retiraram, em variados graus, percentagens que a Constituição Brasileira destinava obrigatoriamente à finalidades específicas, tais como educação, saúde, seguridade social e outras semelhantes, que se traduzem no que há de mais central no âmbito dos direitos sociais.

E isto se traduziu em uma rotina que se segue desde 1994, em sucessivos governos, através de distintas Emendas Constitucionais, com o beneplácito do Congresso Nacional, e o silêncio do Supremo Tribunal Federal, pois nada do que acima foi descrito foi-lhe submetido à análise, excetuada a apreciação da ADI 1420-MC/DF, cujo relator foi o Ministro Néri da Silveira, julgada em 17/05/1996 (ementa transcrita acima, em nota de rodapé), e que tratava apenas do FSE, e tão-somente quanto à sua retroatividade. Nada foi submetido ao Supremo Tribunal Federal quanto aos aspectos de violação dos direitos humanos por parte do afastamento destes valores do orçamento público vinculado da União, para ter maior “flexibilidade” em sua gestão, ou ainda, para poder restringir direitos sociais em prol do pagamento de juros, encargos e amortização da dívida.

Não está a União autorizada a assim proceder pela Carta de 1988, especialmente em razão do que dispõe o art. 167, IV, que veicula o Princípio da Não-Afetação, mas que, ao mesmo tempo, se traduz em uma obrigação de Afetação (vinculação) das receitas que não forem decorrentes de impostos¹⁶, *literis*¹⁷:

¹⁶ Para este assunto remeto o leitor ao meu “As Contribuições Sociais e o Princípio da Afetação”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 98, nov/03, págs. 44-62.

IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo.”

O procedimento adotado através destas Emendas Constitucionais acarretou a utilização de verbas vinculadas (afetadas) a uma destinação para outros fins que não aqueles constitucionalmente previstos, e que, *in casu*, afetaram vastamente a concretização dos direitos humanos (ou, como deseja parte da doutrina, dos *direitos fundamentais sociais*) por falta de recursos para sua implementação, destinados a outras finalidades.

A “flexibilização” do orçamento não implica em necessariamente aviltar e afrontar a Constituição, podendo ser feita através da desvinculação estabelecida nas leis ordinárias, ou mesmo através de outras normas que possibilitem o uso de eventuais saldos (desde que não contingenciados de maneira irregular).

27. Da forma ocorrida, este é o típico case de invocação da Supremacia da Constituição. O Supremo Tribunal Federal vem tratando deste tema em alguns (poucos) julgados mais recentes. Um deles, que trata da matéria de maneira bastante adequada, é ADI 2.010-MC/DF, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, cuja ementa, na parte que trata da matéria, ficou assim lançada:

“RAZÕES DE ESTADO NÃO PODEM SER INVOCADAS PARA LEGITIMAR O DESRESPEITO À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A invocação das razões de Estado - além de deslegitimar-se como fundamento idôneo de justificação de medidas legislativas - representa, por efeito das gravíssimas consequências provocadas por seu eventual acolhimento, uma ameaça inadmissível às liberdades públicas, à supremacia da ordem constitucional e aos valores democráticos

¹⁷ Já com a redação que lhe deu a EC 42/2003.

que a informam, culminando por introduzir, no sistema de direito positivo, um preocupante fator de ruptura e de desestabilização político-jurídica. Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. **A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental.** A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito. Se, em determinado momento histórico, circunstâncias de fato ou de direito reclamarem a alteração da Constituição, em ordem a conferir-lhe um sentido de maior contemporaneidade, para ajustá-la, desse modo, às novas exigências ditadas por necessidades políticas, sociais ou econômicas, impor-se-á a prévia modificação do texto da Lei Fundamental, com estrita observância das limitações e do processo de reforma estabelecidos na própria Carta Política.”

Na ementa acima parcialmente transcrita, verifica-se a tese da Supremacia da Constituição, com a defesa da Carta acima das discricionariedades e do pragmatismo governamental. Não se deve reger a análise da Constituição pela fluidez do regime econômico de conjuntura. Esta possui uma dinâmica que não comporta modificação da estrutura constitucional para a ela se adequar.

O fato de terem sido estas alterações decorrentes de uma série de Emendas Constitucionais não permite que se argumente o fato de que se trata de uma norma constitucional de idêntica hierarquia, pois o Supremo Tribunal Federal em outra oportunidade já decidiu que Emendas Constitucionais podem ser inconstitucionais, caso violem cláusulas pétreas (art. 60, §4º, IV, CF)¹⁸, em acórdão da lavra do Relator Ministro Sydney Sanches, que ficou assim ementado:

¹⁸ ADI 939-DF, caso em que declarou inconstitucional a EC nº 03, na parte em que permitia a incidência do IPMF – Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira no mesmo ano de sua criação, por violar o direito fundamental à anterioridade tributária, que nada mais é do que uma expressão da segurança jurídica, do princípio da não-surpresa.

“1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.).”

Desta forma, o fato de serem emendas constitucionais não afasta a inconstitucionalidade flagrante decorrente da agressão aos direitos humanos de segunda geração (direitos fundamentais sociais) fruto do afastamento de recursos fiscais constitucionalmente destinados a educação, saúde e seguridade social, conforme acima evidenciado.

V. Conclusão

28. Desta maneira, entendo que o procedimento que vem sendo adotado pelo Governo Federal para tratar desta matéria malfez a Constituição e a coloca em um patamar idêntico ao de uma norma inoportuna, que impede a gestão financeira saudável do Brasil. É a tese da ingovernabilidade que paira como ameaça à concretização constitucional desde sua promulgação¹⁹. A classe dirigente brasileira se comporta como se a Constituição pudesse, e devesse, ser afastada para a concretização de seus objetivos de governo, e não que o exercício do governo devesse estar subsumido às normas constitucionais. A idéia de Supremacia da Constituição não encontra guarida na cultura técnico-burocrática brasileira. É imperioso levar ao Supremo Tribunal Federal esta matéria, pois cabe a ele a guarda da Constituição, embora dela todos sejamos intérpretes.

¹⁹ Sobre este assunto sugere-se a leitura de meu texto *A Constituição Econômica brasileira em seus 15 anos*, In: *Constitucionalizando Direitos – 15 Anos da Constituição Brasileira de 1988*, RJ, Renovar, 2003. Fernando Facury Scaff (org.), p. 259-304.

O ISS E OS PLANOS DE SAÚDE

Marcus Rômulo Maia de Mello

Promotor de Justiça em Alagoas. Titular da 3ª Promotoria Coletiva da Fazenda Pública Municipal da Capital. Pós-graduado em Direito Público pela UFAL. Professor do CCJUR. Ex-professor de Direito Administrativo da UFAL

SUMÁRIO

1. A matriz constitucional do Imposto Sobre Serviços.
2. Limitações constitucionais à Lei Complementar nº 116/03.
3. A definição de serviços como obrigação de fazer.
4. A polêmica envolvendo o ISS e os planos de saúde.
5. Evolução legislativa.
6. Precedentes judiciais dos tribunais superiores.
7. A regulamentação dos contratos de Planos de Saúde.
8. A natureza jurídica dos contratos de Planos de Saúde.
9. Conclusão.

1. A matriz constitucional do imposto sobre serviços

Nossa Constituição não se preocupou apenas em traçar as limitações ao poder de tributar. Sua natureza analítica levou-a a minudenciar todo o sistema tributário nacional, inclusive discriminando os impostos que podem ser instituídos e cobrados por cada ente da federação. Mesmo a *competência residual* e a *extraordinária*, afetas à União, possuem matriz constitucional, nos termos e limites do artigo 154. Dessumê-se, pois, que o sistema tributário nacional tem seus contornos delineados na própria Constituição Federal, devendo as normas infraconstitucionais render homenagem aos seus preceitos e princípios.

No que tange aos municípios, permitiu-lhes a Constituição, no artigo 156, III, que cobrassem imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISS ou ISSQN – exceto quanto aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e os de comunicação, a exemplo da telefonia, sobre os quais incide o ICMS – Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – por força do disposto no artigo 155, II. A *imunidade tributária recíproca* conferida pelo artigo 150, VI, *a*, e §2º da Constituição da República afasta a incidência do ISS sobre serviços públicos prestados pelos entes políticos, suas autarquias e fundações quando estiverem ligados as suas finalidades essenciais ou sejam delas decorrentes (*art. 150, §2º, in fine*).

Para assegurar a uniformidade do Sistema Tributário a Constituição Federal conferiu a Lei Complementar Nacional competência para “*estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária*”, bem como, em relação aos impostos, para discriminação dos respectivos *atos geradores, bases de cálculos e contribuintes* (art. 146, III, *a*). No tocante ao ISS, atribuiu a Lei Complementar Nacional, no artigo 156, §3º, I a III, competência para fixar o piso e o teto de sua alíquota¹, excluir sua incidência em exportação de serviços para o exterior e regular a concessão e revogação de isenções, benefícios e incentivos fiscais². A instituição do tributo cabe a lei ordinária municipal.

Voltando ao texto constitucional, o ISS tem por esteio o artigo 156, III, da CF, que preceitua, *ipsis litteris*: “*Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: (...) III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar*” (Grifo nosso). A parte final está a informar que os municípios somente podem instituir e cobrar o imposto sobre os serviços previamente definidos em lei complementar. Importantes vozes dissonantes consideram que tal interpretação deixaria os municípios à mercê de uma norma elaborada no plano federal, ferindo de morte a autonomia desses entes políticos. O STF, porém, cristalizou o entendimento de que é taxativa a lista de serviços constante na lei complementar nacional, sendo defeso aos municípios cobrar imposto sobre serviços nela não previstos. Ficou, assim, assentado que só poderá haver exigência de ISS com base em serviços definidos na lei complementar.

2. Limitações constitucionais à lei complementar nº 116/03

Antes da promulgação da atual Constituição da República o ISS era regulado pelo Decreto-Lei nº 406/68 – com acréscimos e alterações promovidos pelo Decreto-Lei nº 834/69 e pela Lei Complementar nº 56/87. O Mencionado preceptivo legal foi recepcionado pela nova Carta Constitucional. O fenômeno da

¹ Inciso I com redação dada pela Emenda Constitucional nº 37/93. A EC nº 37 também acrescentou o artigo 88 dos ADCT, cujo inciso I fixa a alíquota mínima do ISS em 2% (dois por cento) enquanto não for definida outra em lei complementar.

² Inciso III acrescentado pela Emenda Constitucional nº 37/03.

recepção, no dizer de Alexandre de Moraes³, consiste “no acolhimento que uma nova constituição posta em vigor dá às leis e atos normativos editados sob a égide da Carta anterior, desde que compatíveis consigo”. Tal fenômeno não só acolhe materialmente as leis compatíveis com a nova ordem constitucional, como também, consoante menciona o citado autor, *garante a sua adequação à nova sistemática legal*. Significa dizer que o sobredito decreto-lei não só foi recepcionando como ganhou nova roupagem, adquirindo o *status* de lei complementar a fim de adequar-se formalmente à exigência dos artigos 146 e 156, §3º da Constituição Federal. Presentemente vige a Lei Complementar nº 116/03, de 31.07.2003, que não está imune às críticas, já que tem sido objeto de acaloradas controvérsias, como, aliás, é recorrente em matéria de legislação tributária.

Qualquer atividade presente na lista de serviços anexa a lei complementar é passível de cobrança de ISS? Ainda que sua natureza revele que tal atividade não é serviço? A questão é de suma importância, constituindo-se, hoje, o nó górdio da questão em matéria de ISS, porque, não raro, as listas que se sucedem vêm incluindo, na prática, atividades que não podem ser reputadas como serviços. Ocorre que a CR não atribuiu a lei complementar competência para definir o que é ou não serviço. Não existe a figura de *serviços por definição legal*! É imprescindível que a atividade citada seja, efetivamente, um serviço e **sua definição é matéria do orbe do direito privado, refoge ao âmbito de definição do direito tributário.**

Alias, nesse aspecto, o *artigo 110 do Código Tributário Nacional* esclarece que “a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias”.

Dissecando o tema, expõe Kiyoshi Harada⁴:

³ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 546.

⁴ HARADA, Kiyoshi. *ISS. Imposto Sobre Serviços*. Lei Complementar nº 116/03. Tributação de Sociedades Profissionais. Orgs. Ives Grandra da Silva Martins e Marcelo Magalhães Peixoto. Curitiba: Juruá, 2004, p. 619.

O terceiro aspecto diz respeito à possibilidade ou não de o legislador ordinário definir, a seu talante, os serviços de qualquer natureza a serem tributados pelo ISS. Penso que não existe, nem pode existir essa liberdade discricionária do legislador complementar de transformar em serviço aquilo que não o é, nem pode ser. Desde o advento da primeira lista, os diversos itens de serviços vêm sendo elaborados de forma aleatória, sem maiores considerações de natureza jurídica.

Ora, para elaborar a lista de serviços é preciso, antes de mais nada, conceituar o que é serviço. **Se a Constituição Federal utilizou a expressão 'serviços de qualquer natureza' para fixar a competência impositiva municipal, sem dizer o que é, obviamente, o conceito dado pelo direito privado é vinculante** (grifo nosso), não podendo o legislador tributário alterar esse conceito. Isso está expresso no art. 110 do CTN.

Poder-se-ia redargüir que o CTN não goza de status jurídico mais privilegiado que a LC nº 116/03, posto que ambos são leis complementares⁵, de sorte que qualquer antinomia entre o artigo 110 do CTN e dispositivos da LC 116/03 resolver-se-ia em favor desta última pelo princípio da especialidade. Não obstante, ainda que inexistisse o artigo 110 do CTN, sua vedação persistiria, sob pena de afronta ao texto constitucional, que limitou o agir da lei complementar ao determinar que o imposto é sobre serviço e não sobre qualquer outra forma de prestação.

Conforme anotou Hugo de Brito Machado⁶:

Não é necessário que o conceito de serviço esteja no Direito Privado. Muito menos que ele esteja definido em norma de direito privado. Para que ele não possa ser alterado pelo legislador tributário basta que esteja, como está, na Constituição Federal, pois sua alteração pelo

⁵ O CTN foi concebido como lei ordinária, mas foi recepcionado como lei complementar, cumprindo o papel constitucional de norma geral de direito tributário, referida no artigo 146, III, da CF, posto que seu conteúdo era próprio dessa espécie de lei. Nesse sentido, vide voto do Min. Moreira Alves no julgamento do Recurso Extraordinário nº 101.084-PR.

⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *O ISS e a LC 116* – O ISS e a Locação ou Cessão de Direito de Uso. São Paulo: Dialética, 2003, p. 125.

legislador implica evidente alteração da norma Constitucional na qual está albergada.

Com efeito, a alteração de qualquer conceito albergado por qualquer norma implica alteração dessa norma. Se o legislador altera um conceito que está em uma norma da Constituição, portanto, altera a própria Constituição.

Tal opinião também é partilhada por Roque Antônio Carraza⁷, que leciona:

Entendemos que a lei complementar não pode prever 'serviços por definição legal', tributáveis pelo ISS.

Por outro giro verbal, a lei complementar não pode considerar serviços, para fins de tributação por via de ISS fatos que não os sejam. Isto feriria, dentre outros, o direito subjetivo do contribuinte de só ser tributado pela pessoa política competente e nos estritos termos da Constituição.

Já sabemos que a partilha nacional de competências tributárias, se, por um lado, favoreceu as pessoas políticas, por outro, veio ao encontro dos interesses dos virtuais contribuintes, que só podem ser tributados por quem de direito (a pessoa política competente) e na forma prevista no Diploma Magno.

Transplantando estas idéias para o nosso campo, só os serviços de qualquer natureza (exceção feita aos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ambos aludidos no art. 155, II, da CF) podem ser alvos de tributação por meio de ISS. Como corolário disso, **fatos que não tipifiquem serviços estão fora do alcance deste imposto.** (Grifamos).

De tudo isso se extrai que não podem ser tributados fatos que não possam ser qualificados como serviços conforme as regras de direito privado. Resta saber o que são serviços. É o precitado autor quem dá a definição: serviço de qualquer natureza, para fins de tributação por via de ISS, é a prestação, a terceiro, de uma utilidade (material ou imaterial), com conteúdo econômico, sob regime de direito privado (em caráter negocial)⁸.

⁷ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 831.

⁸ CARRAZA, 2002, p. 828.

3. A definição de serviços como obrigação de fazer

Iterativos precedentes judiciais do Pretório Excelso firmaram na jurisprudência e em remansosa doutrina a convicção de que *a prestação de serviços traduz-se numa obrigação de fazer*. Tome-se, à guisa de ilustração, o Recurso Extraordinário nº 116.121-SP, no qual aquele Sodalício decidiu pela não incidência de ISS sobre locação de bem móvel, ao argumento, desenvolvido pelo Eminentíssimo Min. Marco Aurélio de Mello, de que “*somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento*”. Resta que apenas as *obrigações de fazer* podem sujeitar-se à incidência do ISS, ao passo que as *obrigações de dar* não se consubstanciam em fatos tributáveis pelo ISS, ainda que constem na lista de serviços da lei complementar.

O imbróglio reside na dificuldade de se distinguir umas obrigações das outras, uma vez que ambas constituem-se em obrigações positivas! Debruçando-se sobre o tema, Sílvio de Salvo Venosa⁹ aduz:

A obrigação de dar é aquela em que o devedor compromete-se a entregar uma coisa móvel ou imóvel ao credor, quer para constituir novo direito, quer para restituir a mesma coisa ao seu titular.

(...)

Maria Helena Diniz (1983, v. 2:87) ainda acrescenta que, na obrigação de dar, a *tradição* é imprescindível, o que não ocorre na obrigação de fazer. Ademais, na grande maioria das obrigações de fazer, é costume enfatizar que a pessoa do devedor é preponderante no cumprimento da obrigação, o que não ocorre nas obrigações de dar. (Grifo original).

Trazemos à liça o escólio de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁰, *in verbis*:

As obrigações de dar, que têm por objeto **prestações de coisas**, consistem na atividade de dar (transferindo-se a propriedade da coisa), entregar (transferindo-se a posse

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 2. v. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 81 e 101.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; e PAMPLONA, Rodolfo, Filho. *Novo Curso de Direito Civil*. 2. v. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 42 e 55.

ou detenção da coisa) ou restituir (quando o credor recupera a posse ou a detenção da coisa entregue ao devedor)".

(...)

Nas obrigações de fazer interessa ao credor a própria atividade do devedor. Em tais casos, a depender da possibilidade ou não de o serviço ser prestado por terceiro, a prestação do fato poderá ser fungível ou infungível.

Nesse diapasão, resta-nos perquirir em que modalidade de contrato os planos de saúde se enquadram; constituem, eles, obrigações de fazer, sujeitas à tributação pelo ISS, ou obrigações de dar?

4. A polêmica envolvendo o ISS e os planos de saúde

Copiosa jurisprudência, amparada em abalizada doutrina, sustenta que as empresas operadoras de planos de saúde desenvolvem atividade de natureza securitária. Os partidários dessa tese aduzem que os planos de saúde são contratos de seguro, cuja prestação consubstancia-se numa obrigação de dar, consistente em ressarcir despesas médicas, repondo certa quantia em dinheiro, jamais numa obrigação de fazer, portanto não seria serviço e, por conseguinte, não seria passível de tributação por ISS.

Tal aceção foi capitaneada por Aires F. Barreto¹¹, que preleciona:

a) a empresa de plano de saúde não é prestadora de serviços; b) os fatos por ela realizados, espelhados nos contratos, configuram seguro-saúde, porque: b.1) seus dispêndios são futuros e incertos (álea); b.2) é nítido o risco segurável; b.3) sua remuneração (prêmio) não guarda nenhuma equivalência com o montante a ser despendido, sendo sempre devida, haja ou não indenização (ressarcimento) futura; b.4) deve indenizar quantias vultosas, ainda que o valor recebido (prêmio) possa ter sido insignificante; b.5) o timbre indelével de sua atividade consiste, pois, na reunião de todos os caracteres próprios do seguro, no campo da saúde.

¹¹ BARRETO, Aires Fernandino. *ISS na Constituição e na Lei*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 184.

Marcelo Magalhães Peixoto e Lais Vieira Cardoso¹² complementam:

Destarte, as empresas que exploram a atividade 'plano de saúde' não são prestadoras de serviços. Apesar de estarem arroladas na lista de serviço, isso não legitima a cobrança do ISS, pois a Lei Complementar não tem o condão de prever como incidência de tributação sobre serviço algo que não o é.

No mesmo sentido é o escólio de José Souto Maior Borges¹³:

Só os médicos (sujeitos passivos) podem prestar assistência médica (aspecto objetivo, matéria tributável, pressuposto do tributo). E os planos de saúde? São apenas instrumentos ou avenças que formalizam e viabilizam contratualmente a execução dos serviços de assistência médica, esses sim, tributáveis pelo ISS.

Plano de medicina em grupo não é prestação de serviço – é apenas uma formalização tipificadora do respectivo contrato. Convênio não é serviço – é apenas uma 'conditio juris' para a execução dos serviços de assistência médica a que alude o item 5¹⁴.

A quizila permeia os contratos celebrados pela operadora do plano de saúde com seus conveniados, usuários do plano. Quanto aos contratos celebrados pela operadora do plano com os profissionais da saúde, não há réstia de dúvida de que o ISS é devido. Por eles, hospitais, clínicas, ambulatorios, laboratórios, profissionais da saúde etc. obrigam-se a prestar seus serviços aos usuários do plano, quando solicitados por estes, nos limites do contrato, mediante prévia apresentação de um cartão de identificação e autorização da operadora que, em contrapartida, obriga-se a remunerar tais serviços de acordo com tabela de preço previamente ajustada.

¹² PEIXOTO, Marcelo Magalhães; e CARDOSO, Lais Vieira. Comentários à lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03. In: ISS – LC 116/03. Curitiba: Juruá, 2004. p. 385.

¹³ BORGES, José Souto Maior. ISS – Seguro Saúde. *Revista de Direito Tributário*, vol. 61, p. 61.

¹⁴ O autor se refere a item da lista de serviços anterior, editada pela já revogada Lei Complementar nº 56/87.

Sua atividade enquadra-se como serviço de saúde e assistência médica prevista no tópico 4 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/03, em quaisquer subitens (serviços de medicina, análises clínicas, hospitais, obstetrícia, nutrição, odontologia, terapia etc.), exceto nos subitens 4.22 e 4.23, vez que não se cuida de serviço de plano de medicina em grupo e planos de saúde. Neles, o *fato impositivo* é a prestação do serviço realizado pelo hospital, clínica, ambulatório, médico, odontólogo, terapeuta, nutricionista etc. A *base de cálculo* é o valor que eles recebem da empresa de plano de saúde como pagamento pelos serviços prestados aos seus afiliados. O *sujeito passivo direto da obrigação tributária* é o hospital, a clínica, o ambulatório ou o profissional da saúde que realizou o serviço e não a empresa de plano de saúde, ainda que esta possa funcionar como *responsável tributário*.

São nos contratos celebrados entre a operadora de plano de saúde e os usuários que reside o imbróglio. De acordo com suas regras, a primeira se obriga a, mediante certa remuneração, oferecer serviços de saúde próprios¹⁵ ou de terceiros, credenciados ou não. São os serviços descritos nos itens 4.22 e 4.23 da notabilizada lista de serviços. Não há que se falar em bi-tributação, pois, *in casu*, o *fato gerador* é o serviço que a empresa de plano de saúde presta aos seus conveniados. A contribuinte é a empresa operadora de plano de saúde. A *base de cálculo* do ISS é a soma do preço pago mensalmente pelos usuários do plano. Nesse último sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do **Recurso Especial nº 226.747-SP**¹⁶, tendo como relator o Min. José Delgado:

Tributário. ISS. Base de Cálculo. Valor do Serviço. Preço Bruto. Empresas de assistência médica.

A quantificação da base de cálculo para incidir o ISS a ser pago pelas empresas que exercem atividades de plano de saúde (prestando serviços de assistência médica, hospitalar e laboratorial) é medida pela totalidade do preço mensal pago pelos

¹⁵ Não podemos olvidar que muitas das operadoras contam hoje com clínicas, hospitais e ambulatórios próprios e com profissionais de saúde empregados sob regime de contrato de trabalho.

¹⁶ RESP 226.747-SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª T, j. 13.04.00, DJU 22.05.00, p. 78.

seus associados, isto é, pela receita bruta sem qualquer desconto¹⁷.

Interpretação do art. 9º, do DL nº 406/68.

O preço do serviço, base de cálculo do ISS, deve corresponder à exata medida da receita própria auferida pelo contribuinte em consonância com o desempenho específico de sua atividade profissional (Eduardo D. Botallo, in “ISS – Problemas atuais”, Ver. Dir. Tributário, vol. 71, Malheiros, p. 39).

Recurso especial improvido.

5. Evolução legislativa

Quem primeiro fez constar os planos de saúde como serviços tributáveis foi a Lei Complementar nº 56/87, que acrescentou nova lista de serviços ao Decreto-Lei nº 406/68. Mas se faz premente reconhecer a ancianidade da querela, pois, mesmo antes, alguns municípios já cobravam ISS dos planos de saúde, enquadrando-os como ***serviços de agenciamento, corretagem e intermediação***. Todavia, requisito insuperável para configuração de agenciamento, corretagem ou intermediação é o resultado útil, ou seja, a remuneração por tais serviços só é devida se houver a conclusão do negócio. Não é

¹⁷ Algumas legislações municipais permitem que se deduzam determinadas despesas. É o caso do Município de Maceió/AL, cujo artigo 51-B, II, do Código Tributário Municipal, fixa a *base de cálculo* do ISS dos Planos de Saúde no “*preço do serviço, deduzidas as parcelas correspondentes aos valores despendidos, em decorrência desses planos, com hospitais, clínicas, médicos, odontólogos, e demais atividades de que trata o item 4 da lista de serviços, já tributados pelo Imposto sobre Serviços*”. Trata-se, a nosso ver, de um equívoco, pois parte da premissa de que se evita a bi-tributação, mas, consoante assaz citado acima, nos dois casos os contribuintes e os fatos geradores são inteiramente distintos: num caso o contribuinte é a empresa de plano de saúde e o fato gerador é a prestação de serviços previstos nos itens 4.22 e 4.23 da lista anexa à LC nº 116, ao passo que no outro caso o contribuinte é o hospital, a clínica, o médico, o odontólogo etc, e o fato gerador são os serviços por eles prestados, previstos nos itens 4.01 a 4.21 da lista supracitada. Ademais, a previsão é inconstitucional, pois o artigo 146, III, alínea “a”, da CR determina que lei complementar nacional é quem deve definir a base de cálculo dos impostos e, *in casu*, a LC nº 106/03, em seu artigo 7º, determina que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, ou seja, a renda bruta, sem qualquer desconto, exceto o de seus §§ 1º e 2º, o que não é o caso.

o que ocorre com os planos de saúde, onde inexistia comissão, quer seja por parte de médicos e hospitais, quer seja por parte dos conveniados, que se obrigam a pagar à operadora do plano, ainda que não venham a utilizar os serviços médicos disponibilizados.

A lista de serviços do Decreto-Lei nº 406/68, com redação determinada pela LC nº 56/87, incluiu os planos de saúde nos itens 5 e 6, nos seguintes termos:

5. Assistência médica e congêneres previstos nos itens 1,2 e 3 desta Lista, prestados através de planos de medicina de grupo, convênios, inclusive com empresas para assistência a empregados;

6. Planos de saúde, prestados por empresa que não esteja incluída no item 5 desta Lista e que se cumpram através de serviços prestados por terceiros, contratados pela empresa ou apenas pagos por esta, mediante indicação do beneficiário do plano.

Com o advento da novel Lei Complementar nº 116/03, uma nova lista de serviços foi editada, utilizando-se, o legislador, de uma técnica diferente, consistente em definir em cada item um determinado serviço de forma genérica para, a seguir, esmiuçar em subitens as espécies que ingressariam naquela especificação. Assim, o item 04 define o gênero: *serviços de saúde, assistências médicas e congêneres*. Segue-lhe uma longa lista de subitens, onde a espécie “plano de saúde” está definida nos tópicos 4.22 e 4.23, a saber:

4.22 – Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres;

4.23 – Outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário.

Como se vê, não houve nesse tema nenhuma mudança substancial de uma lista de serviços para a outra. A nova lista procurou ser mais detalhista, discriminando os planos de saúde individuais, coletivos e conveniados e abrangendo as modalidades de assistência médica, hospitalar e a odontológica; Diferenciou as várias modalidades de contratos celebrados, para alcançar tanto aqueles em que os profissionais da saúde são contratados pela operadora de plano de saúde, como também os credenciados e as cooperativas. Todavia,

mudança substancial não houve. Dessume-se, pois, que as alterações acerca da incidência do ISS sobre os planos de saúde remonta a priscas eras.

6. Precedentes judiciais dos tribunais superiores

Nos tribunais superiores inexistem decisões categóricas a respeito do tema. A dificuldade reside no fato de que os casos concretos só chegam àquelas Cortes em sede de recurso excepcional – extraordinário ou especial – encontrando obstáculos jurídicos que impedem o conhecimento do recurso.

Em nível de recurso extraordinário, especificamente nos casos de planos de saúde, é virtualmente impossível aferir a natureza jurídica das atividades das operadoras de planos de saúde, sem revolver matéria fática ou ensejar a interpretação de cláusulas contratuais e contrato-social, o que vai de encontro às *Súmulas nº 279* (*para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*) e *454* (*simples interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário*). Exemplo disso é o paradigmático *RE 115.308-3*¹⁸, amiúde citado pelos defensores da tese de que descabe ISS sobre a atividade dos planos de saúde, mas cujo desfecho foi o não conhecimento do recurso extraordinário, nos dizeres de seu relator, Min. Néri da Silveira, para quem:

Relevar conotar que o acórdão, examinando, em concreto, as atividades da recorrida, asseverou cuidar ela da 'cobertura de custos de assistência médica hospitalar'... **esses aspectos de fato da controvérsia são insuscetíveis de reexame, na instância rara, a teor da Súmula 279. (...) Não caberia sequer, nesta instância, discutir cláusulas incertas no contrato da recorrida com seus associados, em face da Súmula 454.**

No âmbito do STJ, o empecilho reside no fato de que a alteração acerca da limitação da incidência do ISS ao conceito de serviço é matéria de índole constitucional, até porque, não se pode olvidar, as leis municipais instituidoras do ISS sobre planos de saúde seguem modelo de lista de serviços anexa à lei complementar

¹⁸ RE 115.308-3/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, 1ª T., j. 17.05.88, DJU 01.07.88.

nacional. Cite-se, à guisa de ilustração, o **RESP nº 196.277-SP**¹⁹, quando, em seu voto, afirmou o Min. Rel. Milton Luiz Pereira:

Acrescente-se, ainda, que discutir sobre eventual contrariedade da LC 56/87 em face da Constituição Federal, a respeito da conceituação da atividade securitária, ou apreciar a sugerida usurpação de competência da referida lei complementar, em razão do disposto no artigo 22, VII, da Carta Política, são questões estranhas ao Recurso Especial, pois a competência para examinar violações ao texto constitucional está afeta ao Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Extraordinário.

O conhecimento de recurso especial em casos que tais também encontra obstáculo nas **Súmulas nº 5** (A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial) e **7** (A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial). Com efeito, observe-se o julgamento do **RESP 126.049-SP**²⁰, cuja ementa a seguir se transcreve:

Processual civil. Tributário. ISS. Empresa prestadora de assistência médico-hospitalar: natureza jurídica da atividade. Se o tribunal 'a quo', certo ou erradamente, diz que o contrato entre a recorrida e seus beneficiários é 'tipicamente de natureza securitária', não tem o STJ, através de recurso especial, como contrariar tal afirmação, sob pena de maltrato aos verbetes da Súmula 5 e Súmula 7/STJ. Recurso não conhecido.

Em trecho de seu voto, o Min. Adhemar Maciel diz:

a recorrida, em seu memorial, insiste que o Tribunal de Alçada teve como fato consumado que os contratos entre a AMIL e seus beneficiários são tipicamente de natureza securitária. Não há prestação de serviços por parte da AMIL. Logo, para contrariar tal entendimento judicial, ter-se-ia que rebuscar provas e examinar os contratos, o que se acha sumularmente vedado pelo STJ. Tenho para mim que a recorrida está com razão. Para contrariarmos o acórdão atacado, teríamos que

¹⁹ RESP 196.277-SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª T., j. 04.09.01, DJU 25.03.02, p. 180.

²⁰ RESP 126.049-SP, Rel. Min. Peçanha Martins. Rel. p/ acórdão Min. Adhemar Maciel. 2ª T., j. 4.12.97. DJU 25.2.98, p. 46.

esmiuçar cláusulas contratuais e os estatutos da AMIL, a fim de apurar qual o relacionamento dela com seus beneficiários e com os médicos, dentistas e hospitais. Aliás, foi o que levou o Ministro NÉRI DA SILVEIRA a não conhecer do RE n. 155.308-RJ, como se viu²¹.

Note-se que mesmo no caso do supracitado **RESP n° 226.747-SP** (n. de rodapé n° 9) – que fixou o entendimento de que a base de cálculo do ISS sobre serviços de planos de saúde é a totalidade do preço mensal pago pelo associado – o julgamento passou ao largo da discussão acerca da natureza securitária das atividades de planos de saúde, pois a recorrente abdicou, nesse ponto, de sua pretensão. Assim, dispôs o Relator, Min. José Delgado, *in verbis*:

É de se registrar, desde logo, que a recorrente, não obstante tenha perseguido, no curso da ação intentada, eximir-se, por inteiro, do pagamento do ISS, sob a alegação de ser empresa de seguro, restringiu seu inconformismo, unicamente, à questão de serem definidos os valores que devem integrar a base de cálculo do mencionado imposto.

Em diversos casos envolvendo a rede UNIMED de cooperativa médica de vários municípios, aquela Corte, à frente o Ministro José Delgado, entendeu que estão sujeitas à cobrança de ISS as cooperativas de serviços médicos que atuam no ramo de planos de saúde oferecendo seus serviços a terceiros, não cooperados. Ressalte-se que tais decisões, mais uma vez, não enfrentaram diretamente a questão da natureza securitária dos contratos de plano de saúde, a não ser de forma oblíqua, por via transversa. Nesse sentido²²:

Tributário. ISS. Cooperativas Médicas. Incidência.

As Cooperativas organizadas para fins de prestação de serviços médicos praticam, com características diferentes, dois tipos de atos: a) atos cooperados consistentes no exercício de suas atividades em

²¹ Da mesma forma: RESP 206.397/SP, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª T., j. 23.05.2000, DJU 01.08.2000, p. 237.

²² RESP n° 254.549-CE, Rel. Min. José Delgado, 1ª T., j. 17.08.00, DJU 18.09.00, p. 105. No mesmo sentido: RESP n° 487.854-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., j. 03.06.04, DJU 23.08.04, p. 182; AgRg no Agravo de Instrumento n° 497.328-MG, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª T., j. 01.06.04, DJU 13.09.04, p. 204.

benefício de seus associados que prestam serviços médicos a terceiros; b) atos não cooperados de serviços de administração a terceiros que adquiram seus planos de saúde.

Os primeiros atos, por serem típicos atos cooperados, na expressão do art. 79, da Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971, estão isentos de tributação. Os segundos, por não serem atos cooperados, mas simplesmente serviços remunerados prestados a terceiros, sujeitam-se ao pagamento de tributos, conforme determinação do art. 87 da Lei 5.764/71.

As cooperativas de prestação de serviços médicos praticam, na essência, no relacionamento com terceiros, atividades empresariais de prestação de serviços remunerados.

Incidência de ISS sobre os valores recebidos pelas cooperativas médicas de terceiros, não associados, que optam por adesão aos seus planos de saúde. Atos não cooperados.

Recurso provido.

O posicionamento, porém, está longe de pacificar a discussão quanto à natureza jurídica dos contratos de planos de saúde, que o diga a ressalva do entendimento do Min. Luiz Fux, materializada nos autos do **RESP nº 332.148-RR**²³:

ISS. COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS.

Essas entidades não exercem qualquer espécie de serviço ou fornecimento de mãos-de-obra, mercê de não visarem o fim lucrativo ensejador da incidência. A forma de associação corporativa implica em impor a obrigação tributária aos médicos cooperativados pelos serviços que prestam.

Acaso as cooperativas empreendam a venda de planos de saúde com o intuito de lucro devem pagar IOF, excluindo, portanto, o ISS, pela ausência de tipicidade do fato gerador e pela interdição de que o mesmo fato possa sustentar duas exações. Ressalva do entendimento do relator.

²³ RESP nº 332.148-RR, Rel. Min. Luiz Fux. 1ª T., j. 23.04.02, DJU 24.06.02., p. 205. No mesmo sentido: RESP nº 418.352-SC, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., j. 13.08.02, DJU 23.09.02, p. 256.

Entretanto, o entendimento firmado nesta Primeira Turma afirma a incidência do ISS sobre valores recebidos pelas cooperativas médicas de terceiros, não associados, que optam por adesão aos seus planos de saúde.

Recurso desprovido, com a ressalva do entendimento do relator.

Em seu voto, o Eminentíssimo Min. Luiz Fux assim se posiciona:

nada obstante, em quaisquer olhos de ver é inequívoco que essas empresas que vendem planos de saúde não prestam nenhum serviço, senão promete reembolso de despesas de serviços prestados por outrem, os médicos, estes sim devedores tributários da exação sub examem.

Ora, se para caracterizar o serviço, exige-se obrigação de fazer resta inequívoco que quer se trate de venda de planos de saúde, quer se trate de cooperativas, não há qualquer prestação de serviços, sendo cobertura de custos de serviços prestados por outrem.

Aliás, outro raciocínio não poderia ser empreendido sob pena de o mesmo fato gerador embasar dois tributos distintos, violando a cláusula pétrea que inibe a bi-tributação.

A atividade, assim, encarta-se com mais precisão na obrigação de 'dar' do que na de 'fazer', impondo a incidência de outro tributo que não o ISS. Isto porque a atividade essencial dessas empresas é a de 'seguro-saúde', já que em vínculo aleatório, a permitir o reembolso das despesas engendradas pelo segurado.

Entretanto, muito embora tenha no sentido acima exposto, rendo-me ao escopo uniformizador deste Superior Tribunal de Justiça....

A toda evidência, o caso em testilha está a merecer solução definitiva, o que, a nosso ver, só será possível através do controle concentrado realizado pela Corte Suprema, mediante ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade dos itens 4.22 e 4.23 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Nacional nº 103/03.

7. A regulamentação dos contratos de planos de saúde

O novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), ao regular os contratos de seguro, dispôs no artigo 777 que “o disposto no presente

Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias". Já o artigo 802 preceitua que "não se compreende nas disposições desta Seção a garantia do reembolso das despesas hospitalares ou de tratamento médico (...)".

Os dois preceitos são como o Ouroborus da mitologia grega – a representação da cobra mordendo o próprio rabo. Enquanto o art. 802 manda que não se aplique a Seção III (Do seguro de Pessoa) às garantias de reembolso de despesas médicas e hospitalares, o art. 777 ordena que se aplique supletivamente todo o Capítulo XV (Do Seguro), com suas três seções: Seção I (Disposições Gerais), Seção II (Do Seguro de Dano) e Seção III (Do Seguro de Pessoa), no que couber, aos seguros regidos por leis próprias! O cotejo dos dois preceptivos legais pode conduzir à ilação de que o reembolso de despesas médicas e hospitalares não é contrato de seguro.

O Decreto-Lei nº 73, de 21.11.66, normatizou os seguros-saúde em suas "*disposições gerais e transitórias*", determinando que sua finalidade é oferecer **cobertura aos riscos de assistência médico-hospitalar** (art. 129), cuja garantia consiste em pagamento em dinheiro (art. 130, *caput*) ao prestador do serviço médico, sendo a liberdade de escolha do médico ou hospital condição obrigatória do contrato (art. 130, §2º). O referido decreto-lei previa, ainda, a fixação de percentual de participação obrigatória dos segurados nos sinistros (art. 131, *caput*), ou seja, uma parte das despesas médicas seria paga pelo próprio segurado. Esse percentual seria fixado levando-se em conta os índices salariais dos segurados e seus encargos familiares (art. 131, §2º). Finalmente, condicionava o pagamento das despesas cobertas pelo Seguro-Saúde à apresentação da documentação médico-hospitalar que possibilitasse a identificação do sinistro.

São regras jurássicas quando cotejadas com a configuração hodierna dos planos de saúde. A uma, porque, por vezes, inexistente a figura do terceiro prestador de serviço, a exemplo de quando as empresas operam com clínicas, laboratórios e hospitais próprios; A duas, a liberdade de escolha do médico ou hospital nem sempre existe, havendo contratos, em sua maioria, que limitam a faculdade de opção do usuário aos profissionais e entidades previamente credenciadas, de sorte que se o usuário utiliza profissional ou rede hospitalar não credenciada, terá de pagar as despesas do próprio bolso para, ao depois, ser reembolsado pela operadora do plano, em valor tabelado, geralmente menor que o preço efetivamente cobrado pela consulta ou

despesa hospitalar. Alfim, a contrapartida do usuário subsiste apenas nos “contratos de co-participação”, sendo que a regra é a inexistência de contrapartida por parte do usuário do plano.

Atualmente, a **Lei nº 10.185/01** dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde. A **lei nº 9.656/98**, por seu turno, dispõe sobre planos e seguros privados de assistência à saúde e seu art. 1º, inciso I, define os planos privados de assistência à saúde:

Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos ou integrantes de rede própria, credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

Na verdade, para efeitos fiscais, a definição legal adotada pelo legislador é irrelevante, pois, da mesma forma que é inadmissível a previsão de serviços por definição legal para cobrança de ISS, tampouco a atribuição legal de natureza securitária a determinada atividade que não a tenha faz elidir a incidência do ISS. A questão há de se resolver debruçando-se sobre o caso em concreto.

8. A natureza jurídica dos contratos de planos de saúde

A nosso ver, enxergar nos planos de saúde mera atividade securitária é focalizar a questão sob uma visão míope. Com efeito, é possível que em seu alvorecer as empresas de planos de saúde tenham operado com contratos de seguro, mas sua atividade rapidamente evoluiu para verdadeira prestação de serviços. Destarte, sobreleva seu caráter de prestadora de serviços: propiciam aos seus clientes a

comodidade, a segurança e a facilidade de contar com assistência médica organizada, apurado corpo clínico e hospitalar, próprio ou terceirizado, por sistema de credenciamento ou não, onde os clientes dispõem de uma lista elaborada pela empresa, com profissionais, clínicas e hospitais selecionados, disponíveis ao associado mediante a simples apresentação de cartão de identificação, sem nenhuma contraprestação de sua parte. Todo esse complexo sistema envolve a organização, controle, fiscalização e atendimento às reclamações, constituindo-se em verdadeiro serviço no conceito ordinário da elocução, diferente daquele prestado no atendimento médico.

Não obstante careçam os contratos de planos de saúde de precisa definição jurídica, é irreprochável que as operadoras oferecem serviços consistentes nas mais diversas modalidades de planos, com alcance no Brasil e no exterior; ambulâncias próprias e, em determinados casos, até aeronaves adaptadas para UTI, para transporte de seus clientes; hospitais e laboratórios próprios; corpo técnico capacitado e toda uma carteira de profissionais altamente gabaritados para atender a sua clientela.

Deve-se admitir que a atividade ainda guarda certa semelhança com o seguro, uma vez que o contrato, de certo modo, é informado pela *álea*, consistente na possibilidade de o cliente pagar a mensalidade e não utilizar os serviços ofertados pela operadora. As semelhanças, porém, por aí acabam.

Carlos Roberto Gonçalves²⁴ considera contrato de seguro como *"aquele pelo qual uma das partes, denominada segurador, se obriga, mediante o recebimento de um 'prêmio', a 'garantir interesse legítimo' da outra, intitulada segurado, 'relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados' (CC, art. 757)". Segundo o escólio do ressabido autor, nos contratos de seguro "o principal elemento é o risco, que se transfere para outra pessoa (...) que assume o risco mediante recebimento de um prêmio, que é pago geralmente em prestações, obrigando-se a pagar ao primeiro a quantia estipulada em indenização para a hipótese de se concretizar o fato aleatório, denominado sinistro. O risco é o objeto do contrato e está sempre presente, mas o sinistro é eventual: pode ou não ocorrer. Se*

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, 3. v. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 473.

inocorrer, o segurador recebe o prêmio sem efetuar nenhum reembolso e sem pagar indenização”.

A noção de risco, segundo o precitado autor, aludindo à lição de Pedro Alvim, é *“a mesma de um acontecimento ou evento, algo que ocorre por fato da natureza ou do próprio homem”*²⁵. Tal concepção há muito deixou de se confundir com a *“noção de perigo que provoca um dano”*. **Hodiernamente, o evento segurável não necessita ser danoso, podendo o risco assumido pela seguradora consistir num acontecimento feliz para o segurado, a exemplo de educação futura dos filhos, a sobrevivência, no seguro de vida (seguro de sobrevivência), ou mesmo a formação de capital a ser usufruído pelo segurado após certo tempo ou quando atingir determinada idade. Daí porque é preferível conceituar o risco como “o acontecimento possível, futuro e incerto, ou de data incerta, que não depende somente da vontade das partes”.**

A vantagem desse contrato para a seguradora consiste em celebrá-los em grande número e, baseada em cálculo de probabilidades de ocorrência de sinistros, fixar prêmio suficiente para indenizar os que ocorrerem e ainda obter um lucro razoável. Tanto maior será a vantagem quanto menor a probabilidade de os sinistros ocorrerem.

E no caso dos planos de saúde? Não passa pela cabeça de ninguém fazê-lo e não usá-lo! Nele não funciona o binômio “menos sinistro – maior lucratividade”. A vantagem das operadoras está na sua carteira de conveniados, que lhe permite celebrar com terceiros (hospitais, clínicas, profissionais da saúde) contrato de prestação de serviços a preços mais vantajosos que aqueles cobrados em uma consulta particular. Atualmente as operadoras de planos de saúde têm investido em hospitais e clínicas próprias, barateando ainda mais os serviços. A diferença entre a mensalidade paga pelo usuário e aquilo que ele efetivamente usa, eis aí a mais valia das empresas que operam com planos de saúde hoje. O barateamento de custos passou a ser essencial à lucratividade. Não estaria desnaturada a natureza securitária?

Outrossim, se os planos de saúde fossem contratos de seguro, o “risco” assumido pela seguradora seria o de assistência médica,

²⁵ Ob. Cit., p. 477.

hospitalar ou odontológica. O “sinistro”, portanto, seria a realização de tais assistências, cujas despesas seriam cobertas (indenizadas) pela seguradora. Ocorre que no contrato de seguro, conquanto o risco esteja sempre presente, o **sinistro é eventual**, pode ou não ocorrer. E se sua ocorrência for certa, ao menos o termo deve ser incerto para ambas as partes: segurado e segurador. Ora, nos planos de saúde inexistente esse elemento eventual do sinistro. Sua ocorrência está à mercê da vontade do segurado, como um **direito potestativo** de fazê-lo exsurgir.

Com efeito, as pessoas têm planos de saúde para usá-lo e o fazem repetidamente. **Como medida profilática, de saúde preventiva**, realizam exames de toda ordem (cardíacos, neonatais, hemogramas etc), fazem terapias, check ups, consultam-se com médicos, freqüentando alergistas, nutricionistas, cardiologistas, dermatologistas, ginecologistas, urologistas, oftalmologistas e toda a sorte de especialistas, não necessariamente porque estejam com problemas de saúde, mas com o intuito de preveni-los!

Também a noção de risco como *acontecimento possível, futuro e incerto, ou de data incerta, que não depende somente da vontade das partes*, para citar o conceito de Pedro Alvim, está ausente nos contratos de planos de saúde. Neles, o único risco que não existe é o de o segurado não vir a usá-los. Inexiste neles tal elemento aleatório, que escapa à vontade das partes. A ocorrência do sinistro depende exclusivamente, não do capricho, mas da decisão do segurado, pois, em se tratando de saúde, a vontade se confunde com a necessidade.

9. Conclusão

Feitas estas considerações, resta concluir que, malgrado a opinião daqueles que consideram os planos de saúde como contratos de seguro, cremos que sua atividade consiste tipicamente numa obrigação de fazer e não numa obrigação de dar. Trata-se de verdadeiro serviço prestado aos conveniados, em tudo distinto do atendimento médico e hospitalar que ele resguarda, daí não haver porque se falar em bi-tributação.

A *álea*, nos contratos de planos de saúde, resulta da incerteza quantos aos dispêndios a serem efetuados pela operadora, que não guardam nenhuma correlação com o valor da mensalidade paga pelo usuário do plano. Todavia, na atividade securitária o risco está ligado

a evento futuro, incerto quanto ao seu tempo ou sua própria ocorrência, e que independe somente da vontade das partes, ao passo que nos planos de saúde sua utilização, dentro dos limites contratuais, sujeita-se ao arbítrio do usuário.

Finalmente, nos contratos de seguro o risco é elemento sempre presente, mas o sinistro é eventual, dependendo de acontecimento incerto, casual, fortuito ou acidental, circunstância que vai de encontro ao *modus operandi* dos planos de saúde, cuja utilização, consistente no atendimento médico-hospitalar, é uma faculdade do usuário.

**PARTE II – ASSENTOS DO CONSELHO
SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
ALAGOAS E RECOMENDAÇÕES E
RESOLUÇÕES DA CORREGEDORIA-
GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE
ALAGOAS**

**SECRETARIA DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS**

O Procurador-Geral de Justiça Substituto do Estado de Alagoas, na qualidade de Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, faz saber que na 3ª reunião ordinária do ano 2003, realizada no dia 26 de fevereiro, o referido Colegiado elaborou e aprovou os textos dos seus Assento e Súmula nº 001/2003, nos seguintes termos:

Assento 001/2003

“Na promoção ou remoção por merecimento, considera-se causa direta de interrupção da consecutividade, o fato de o interessado não se inscrever para todos os cargos em concurso, pelo critério de merecimento”.

Súmula 001/2003

“É vedado ao integrante da carreira do Ministério Público, na condição de membro de Centro de Apoio Operacional, o exercício de qualquer atividade funcional cometida a órgão de execução”.

Sala Doutor Joubert Câmara Scala, em Maceió (AL), 06 de março de 2003.

(a) *Dilmar Lopes Camerino*
Presidente do CSMP

* publicada em 07/03/03

**SECRETARIA DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS**

O Procurador-Geral de Justiça Substituto do Estado de Alagoas, na qualidade de Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, faz saber que na 4ª reunião ordinária do ano 2003, realizada no dia 12 de março, o referido Colegiado elaborou e aprovou o texto do seu Assento nº 002/2003, nos seguintes termos:

ASSENTO 002/2003

“Não havendo habilitação nas remoções provenientes da Lei nº 6.339/02, expedir-se-á edital de promoção”

Sala Doutor Joubert Câmara Scala, em Macció (AL), 13 de março de 2003.

Dilmar Lopes Camerino
Presidente do CSMP

* publicada em 14/03/2003

SECRETARIA DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

O Procurador-Geral de Justiça Substituto do Estado de Alagoas, na qualidade de Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, faz saber que na 5ª reunião ordinária do ano 2003, realizada no dia 24 de março, o referido Colegiado elaborou e aprovou o texto do seu Assento nº 003/2003, nos seguintes termos:

ASSENTO 003/2003

“Para as remoções voluntária e por permuta, exige-se, pelo menos, um ano de efetivo exercício no órgão de execução em que o agente ministerial exerce suas funções, ressalvada a excepcionalidade de nenhum dos interessados preencher esse requisito.”

Sala Doutor Joubert Câmara Scala, em Maceió (AL), 04 de abril de 2003.

Dilmar Lopes Camerino
Presidente do CSMP

* publicada em 07/04/2003

SECRETARIA DO CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS

O Procurador-Geral de Justiça Substituto do Estado de Alagoas, na qualidade de Presidente do Conselho Superior do Ministério Público, faz saber que na 12ª reunião ordinária do ano 2003, realizada no dia 06 de agosto, o referido Colegiado elaborou e aprovou o texto do seu Assento nº 004/2003, nos seguintes termos:

ASSENTO 004/2003

“O Arquivamento determinado por órgão do Ministério Público de 1º grau, de peças informativas que narrem matéria de natureza criminal, sem intervenção da autoridade judiciária, deverá ser submetido a reexame do Conselho Superior.”

Sala Doutor Joubert Câmara Scala, em Maceió (AL), 13 de agosto de 2003.

Carlos Alberto Torres
Presidente do CSMP

* publicada em 14/08/2003

ESTADO DE ALAGOAS
MINISTÉRIO PÚBLICO
CORREGEDORIA GERAL

Recomendação nº 001/03

Recomenda a observância do princípio do órgão natural de execução ministerial, por parte dos Promotores de Justiça que oficiam perante os Centros de Apoio Operacional do Ministério Público do Estado de Alagoas.

O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Alagoas, no uso da atribuição prevista no art. 16, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 15/96,

CONSIDERANDO as relevantes funções desempenhadas pelos Centros de Apoio Operacional do Ministério Público do Estado de Alagoas;

CONSIDERANDO a necessidade de compatibilizar as atividades dos Centros de Apoio Operacional com as prerrogativas inerentes aos órgãos ministeriais de execução;

CONSIDERANDO o posicionamento adotado por parte do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Alagoas, em deliberação acerca do Processo nº 1.170/01, a partir de voto do Senhor Conselheiro Relator;

CONSIDERANDO o disposto no art. 33, inciso V, da Lei nº 8.625/93, assim como no preceituado pelo art. 23, inciso V, da Lei Complementar Estadual nº 15/96;

RECOMENDA:

Art. 1º - Que os membros do Ministério Público, integrantes das equipes dos Centros de Apoio Operacional, exerçam o mister de órgãos auxiliares da atividade funcional do Ministério Público, podendo desempenhar outras atividades, desde que compatíveis com suas finalidades.

Art. 2º - Que os membros do Ministério Público, integrantes das equipes dos Centros de Apoio Operacional, abstenham-se de realizar quaisquer atos de execução, tais como:

I – instaurar procedimentos administrativos;

II – tomar depoimentos;

III – requisitar perícias e exames;

IV – realizar inspeções;

V – ingressar com ações judiciais.

§1º - Podem ser realizados atos de execução, pelos integrantes das equipes dos Centros de Apoio Operacional, quando estes tiverem sido designados, pelo Procurador-Geral de Justiça, para atuação em conjunto ou em separado com o órgão ministerial de execução.

§2º - A designação, mencionada no parágrafo anterior, deve ser precedida do conhecimento e da anuência, por escrito, do órgão natural de execução.

§3º - Cópia da portaria de designação deve constar dos autos.

Art. 3º - Que os órgãos ministeriais de execução, que tiverem interesse em receber apoio na atividade fim, nos termos desta recomendação, solicitem a designação de integrantes dos Centros de Apoio Operacional, indicando a extensão do apoio desejado.

Art. 4º - Esta recomendação entra em vigor na data da sua publicação.

Maceió, 06 de fevereiro de 2003.

Lean Antônio Ferreira de Araújo
Corregedor-Geral

**ESTADO DE ALAGOAS
MINISTÉRIO PÚBLICO
CORREGEDORIA GERAL**

Recomendação nº 003/03

Recomenda aos membros do Ministério Público que atuam na área criminal, a tomada de providências para assegurar o fornecimento dos dados que irão formar a estatística judiciária criminal.

O Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de Alagoas, no uso da atribuição prevista no art. 16, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº 15/96,

CONSIDERANDO a importância da estatística judiciária criminal para as funções estatais de prevenção e repressão aos delitos;

CONSIDERANDO que a estatística judiciária criminal tem por base o boletim individual, na forma do art. 809 do Código de Processo Penal;

CONSIDERANDO a necessidade de se manter atualizados os dados que formam a estatística judiciária criminal;

CONSIDERANDO a função do Ministério Público de defensor da ordem jurídica, nos termos do *caput* do art. 129 da Constituição Federal;

RECOMENDA:

Art. 1º - Que os membros do Ministério Público, que oficiam na área criminal, quando do trânsito em julgado das ações penais, pugnem pelo envio do boletim individual, devidamente preenchido, à repartição encarregada da estatística criminal.

Art. 2º - Esta recomendação entra em vigor na data da sua publicação.

Maceió, 22 de abril de fevereiro de 2003.

Lean Antônio Ferreira de Araújo
Corregedor-Geral

ESTADO DE ALAGOAS
MINISTÉRIO PÚBLICO

RECOMENDAÇÃO Nº 001/2004

AS CORREGEDORIAS-GERAIS DA JUSTIÇA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS, no uso de suas atribuições legais, e

CONSIDERANDO a necessidade de propiciar uma maior rapidez na confecção do termo de auto de prisão em flagrante, tendo em vista que a demora para lavratura do auto vem causando alguns transtornos às pessoas que são inquiridas nas Unidades Policiais deste Estado;

CONSIDERANDO a necessidade de se colher a assinatura das pessoas que são inquiridas quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, de forma separada, uma vez que a peça individualizada diminuirá sensivelmente o tempo dos seus comparecimentos à Delegacia de Polícia, máxime que os condutores são, geralmente, policiais militares;

CONSIDERANDO a imprescindibilidade de desburocratizar o acesso à Justiça, proporcionando melhores condições de trabalhos à Polícia Judiciária, face os reclames constantes da sociedade;

CONSIDERANDO que todas as pessoas assinam o termo, sem prejudicar a seqüência das outivas, apenas a aposição das assinaturas são feitas em peças individualizadas;

CONSIDERANDO as dificuldades enfrentadas pela Instituição Policial para esclarecer os crimes ocorridos neste Estado;

RESOLVEM:

Art. 1.º **RECOMENDAR** aos Excelentíssimos Senhores Juízes e membros do Ministério Público Estadual, o seguinte:

- a) que recepcionem o auto de prisão em flagrante em termos separados, desde que não violem preceitos e princípios constitucionais;
- b) que o auto de prisão em flagrante deve vir acompanhado da nota de culpa, da nota dos direitos constitucionais, da comunicação da prisão à família e ao Juízo e de outros documentos exigidos por lei.

Art. 2.º RESSALTAR, por fim, a imperiosa necessidade do cumprimento da presente recomendação.

Maceió, 14 de setembro de 2004.

<i>Des. Estácio Luiz Gama de Lima</i>	<i>Lean Antônio Ferreira de Araújo</i>
Corregedor-Geral da Justiça	Corregedor-Geral do Ministério Público

**MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
CONSELHO SUPERIOR**

RESOLUÇÃO Nº 001/2004

Regulamenta o art. 26 da Lei nº 8.625/93 e o art. 6º da Lei Complementar Estadual nº 15/96, disciplinando, no âmbito do Ministério Público de Alagoas, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal, e dá outras providências.

O Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Alagoas, Órgão censor da função investigativa do Ministério Público, no uso das atribuições que lhe são conferidas pela Lei Complementar nº 15 de 22 de novembro de 1996,

CONSIDERANDO que o exercício da ação penal não depende exclusivamente de prévio inquérito policial;

CONSIDERANDO que cabe ao Ministério Público a condução dos procedimentos que instaurar, sendo vedada a presidência de inquérito policial;

CONSIDERANDO o que dispõem o art. 26, da Lei Federal nº 8.625/93, e o art. 6º, da Lei Complementar Estadual nº 15/96;

CONSIDERANDO a necessidade de disciplinar, no âmbito do Ministério Público de Alagoas, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal;

CONSIDERANDO a orientação expedida pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, no sentido de uniformizar os procedimentos investigatórios criminais conduzidos pelo Ministério Público;

CONSIDERANDO a necessidade de efetivar o combate à criminalidade, primando pelo resguardo do poder punitivo estatal,

RESOLVE:

Capítulo I

DA DEFINIÇÃO E FINALIDADE

Art. 1º. O Procedimento Investigatório Criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitória, instaurado e presidido pelo Ministério Público e terá por fim a obtenção dos esclarecimentos necessários à apuração de infrações penais de ação penal pública.

Parágrafo único. O Procedimento Investigatório Criminal:

I – não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos da Administração Pública;

II – não constitui pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal.

Capítulo II

DA INSTAURAÇÃO

Art. 2º. O Procedimento Investigatório Criminal poderá ser instaurado:

I – de ofício, pelo membro do Ministério Público com atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal, por qualquer meio, entre os quais:

a) comunicação originada de outro membro do Ministério Público, de autoridade judicial ou policial ou ainda de qualquer outra autoridade;

b) requerimento de qualquer pessoa do povo;

c) representação da vítima ou de seu representante legal, quando a lei exigir;

II – pelo membro do Ministério Público designado pelo Procurador-Geral, em caso de discordância da promoção de arquivamento de peças informativas ou indeferimento do pedido de instauração.

§ 1º. Da decisão que indefere o requerimento de instauração de Procedimento Investigatório Criminal, caberá recurso para o Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de 10(dez) dias.

§ 2º. A designação a que se refere o inciso II deverá recair sobre membro do Ministério Público diverso daquele que promoveu o arquivamento.

Art. 3º. O Procedimento Investigatório Criminal será instaurado por portaria, devidamente registrada e autuada, com a indicação do objeto a ser investigado e deverá conter:

I - a descrição do fato objeto da investigação ou esclarecimentos e o meio ou a forma pelo qual dele se tomou conhecimento;

II - o nome e a qualificação do autor da representação, se for o caso;

III – a determinação das diligências iniciais;

IV – Comunicação ao Conselho Superior do Ministério Público.

Parágrafo Único. Se, durante a instauração do Procedimento Investigatório Criminal, for constatada a necessidade de investigação de outros fatos, o membro do Ministério Público poderá aditar a portaria inicial ou determinar a extração de peças para instauração de outro Procedimento Investigatório Criminal.

Art. 4º. Em poder das peças informativas, o membro do Ministério Público poderá:

I - promover a ação penal cabível;

II – instaurar Procedimento Investigatório Criminal;

III – encaminhar peças para o Juizado Especial Criminal, caso a infração seja de menor potencial ofensivo;

IV – promover, fundamentadamente, o respectivo arquivamento;

V – requisitar a instauração de Inquérito Policial.

Capítulo III

DA INSTRUÇÃO

Art. 5º. Sem prejuízo de outras providências inerentes à sua atribuição funcional e legalmente previstas, o membro do Ministério Público, na condução das investigações, poderá:

I - fazer ou determinar vistorias e inspeções;

II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados e dos Municípios;

III – requisitar informações e documentos a entidades privadas;

IV – notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais;

V – acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária;

VI – acompanhar cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidas pela autoridade judiciárias.

§ 1º. O prazo fixado para a resposta às requisições do Ministério Público será de 10-(dez) dias úteis, a contar do recebimento, salvo em casos de relevância e urgência ou em casos de complementação de informações, casos em que o prazo será de 48 horas.

§ 2º. Ressalvadas as hipóteses de urgência, as notificações para comparecimento devem ser efetivadas com antecedência de 48 horas, respeitadas, em qualquer caso, as prerrogativas legais pertinentes.

§ 3º. A notificação deverá mencionar o fato investigado e a faculdade do notificado de se fazer acompanhar de advogado.

§ 4º. No exercício de suas funções, ou para assegurar o cumprimento de suas determinações, o membro do Ministério Público poderá requisitar o auxílio de força policial.

Art. 6º. O Ministério Público, na condução do Procedimento Investigatório Criminal, ouvirá o(s) investigado(s), salvo:

I – quando haja dificuldade em fazê-lo;

II – em situações justificadas de urgência;

III – quando, de qualquer modo, possa acarretar prejuízo à eficácia dos provimentos jurisdicionais cautelares.

§ 1º. A oitiva do(s) investigado(s) será realizada, preferencialmente, ao final do Procedimento Investigatório Criminal.

§ 2º. Na notificação, o investigado será cientificado desta condição e da faculdade de se fazer acompanhar de advogado.

§ 3º. O investigado poderá, no curso do Procedimento Investigatório Criminal, requerer a juntada de documentos e outras diligências.

Art. 7º. As diligências serão documentadas em auto circunstanciado.

Art. 8º. As declarações e depoimentos serão tomados por termo.

Art. 9º. Quando necessária, a diligência poderá ser deprecada ao membro do Ministério Público local, assinalando-se prazo razoável para cumprimento, sendo facultado ao membro do Ministério Público deprecante o acompanhamento da(s) diligência(s).

Parágrafo Único. A depreciação poderá ser feita por qualquer meio hábil de comunicação, devendo ser formalizada nos autos.

Art. 10. Para fins de instrução do Procedimento Investigatório Criminal ou ajuizamento de ação penal dele decorrente, as cópias de documentos originais poderão ser autenticadas pelo membro do Ministério Público ou servidor designado.

Art.11. A pedido da pessoa interessada será fornecida comprovação escrita de comparecimento.

Art. 12. O Procedimento Investigatório Criminal deverá ser concluído no prazo de 60(sessenta) dias, permitida, se necessário, prorrogação por igual período, mediante motivação, com comunicação ao Conselho Superior do Ministério Público.

Capítulo IV

DA PUBLICIDADE

Art. 13. Os atos e peças do Procedimento Investigatório Criminal são públicos, nos termos desta Resolução, salvo disposição legal em contrário ou razões de interesse público.

Parágrafo único. A Publicidade consistirá:

I – na expedição de certidão, mediante requerimento da parte diretamente interessada, do Poder Judiciário, do Ministério Público e de outros órgãos públicos;

II – na concessão de vistas dos autos, nos termos do inciso I deste artigo;

III – na extração de cópias nos termos do inciso I deste artigo;

IV – na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do Procedimento Investigatório Criminal, observados o princípio da não culpabilidade e as hipóteses legais de sigilo;

Art.14. O sigilo das investigações poderá ser decretado pelo presidente do Procedimento Investigatório Criminal, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato o exigir, observadas as garantias do investigado e de seu advogado.

Capítulo VI

DA CONCLUSÃO E DO ARQUIVAMENTO

Art. 15. A conclusão do Procedimento Investigatório Criminal será comunicada ao Conselho Superior do Ministério Público e, se for o caso, a denúncia será oferecida no prazo legal contado desta data.

Art. 16. Se o presidente do Procedimento Investigatório Criminal se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação penal pública, deverá promover o arquivamento dos autos ou das peças de informação, fazendo-o fundamentadamente, recorrendo, de ofício, ao Conselho Superior do Ministério Público.

Art. 17. Se houver notícia de outras provas relevantes, poderá o membro do Ministério Público requerer o desarquivamento dos autos.

Capítulo VI

DAS DISPOSIÇÕES ESPECIAIS

Art. 18. Ressalvadas as substituições decorrentes de faltas e impedimentos legais, caberá ao membro do Ministério Público que detenha a respectiva atribuição:

I – receber, após protocolo e distribuição, as representações, notícias-crime e peças informativas;

II – instaurar e presidir o Procedimento Investigatório Criminal;

§ 1º. O conflito de atribuições será dirimido pelo Procurador-Geral, nos termos da Lei Orgânica do Ministério Público.

§ 2º. É admitida a atuação simultânea no mesmo Procedimento Investigatório Criminal:

I – de mais de um membro do Ministério Público;

II – de membro do Ministério Público da União e dos Estados;

§ 3º. Incumbe ao Procurador-Geral:

I – instaurar e presidir o Procedimento Investigatório Criminal, pessoalmente ou mediante delegação, quando a autoridade noticiada ou investigada gozar de prerrogativa de foro em razão da função, conforme disciplinado na Constituição Federal e nas Constituições Estaduais;

II – expedir e encaminhar as requisições e notificações, quando tiverem como destinatários:

- a) Chefe do Poder Executivo da União ou dos Estados;
- b) Ministros de Estado ou Secretários Estaduais;
- c) Membros do Congresso Nacional ou das Assembléias Legislativas;
- d) Membros dos Tribunais de Contas da União e dos Estados;
- e) Membros do Supremo Tribunal Federal ou dos Tribunais Superiores, ou ainda dos órgãos do Poder Judiciário em segundo grau de jurisdição;
- f) Membros do Ministério Público de segunda instância.

Capítulo VII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 19. Na instrução do Procedimento Investigatório Criminal aplicam-se, no que couber, as normas do Código de Processo Penal e a legislação especial pertinente.

Art. 20. A qualquer momento da investigação, diante de abuso ou omissão do membro do Ministério Público, mediante decisão fundamentada e aprovada previamente pelo Conselho Superior do Ministério Público, poderá o Procurador-Geral designar outro agente ministerial para o Procedimento Investigatório Criminal.

Art. 21. Cada Promotoria de Justiça manterá controle atualizado do andamento de seus Procedimentos Investigatórios Criminais, remetendo, semestralmente, relatório à Corregedoria Geral do Ministério Público, para fins estatísticos e de conhecimento.

Art. 22. Os membros do Ministério Público deverão promover, no prazo de 30(trinta) dias, se for o caso, a conversão, em Procedimento Investigatório Criminal, das peças informativas em trâmite.

Art. 23. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

16ª Reunião Ordinária do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Alagoas, realizada em 06 de outubro de 2004, em Maceió/AL, na Sala Doutor Joubert Câmara Scala.

CONSELHEIROS:

Dilmar Lopes Camerino - José Carlos Malta Marques - Luciano Chagas da Silva - Francisco José Sarmiento de Azevedo - Geraldo Magela Barbosa Pirauá - Walber José Valente de Lima.