

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

01

SÉRIE

Estudos de  
Direito Público



A restituição da  
contribuição  
previdenciária dos  
inativos

—◆—  
Em razão de emenda  
inconstitucional

edits

Editora da UESC



A restituição da  
contribuição  
previdenciária dos  
inativos

---

Em razão de emenda  
inconstitucional



## Universidade Estadual de Santa Cruz

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA  
JAQUES WAGNER - GOVERNADOR

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO  
OSVALDO BARRETO FILHO - SECRETÁRIO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ  
ADÉLIA MARIA CARVALHO DE MELO PINHEIRO - REITORA  
EVANDRO SENA FREIRE - VICE-REITOR

---

DIRETORA DA EDITUS  
RITA VIRGINIA ALVES SANTOS ARGOLLO

Conselho Editorial:

Rita Virginia Alves Santos Argollo – Presidente  
Andréa de Azevedo Morécula  
André Luiz Rosa Ribeiro  
Adriana dos Santos Reis Lemos  
Dorival de Freitas  
Evandro Sena Freire  
Francisco Mendes Costa  
José Montival Alencar Junior  
Lurdes Bertol Rocha  
Maria Laura de Oliveira Gomes  
Marileide dos Santos de Oliveira  
Raimunda Alves Moreira de Assis  
Roseanne Montargil Rocha  
Sílvia Maria Santos Carvalho

---

CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

01 SÉRIE  
Estudos de  
Direito Público



A restituição da  
contribuição  
previdenciária dos  
inativos

◆  
Em razão de emenda  
inconstitucional

Ilhéus-Bahia

  
Editora da UESC

2013

Copyright ©2013 by CARLOS VALDER DO NASCIMENTO

Direitos desta edição reservados à  
EDITUS - EDITORA DA UESC

A reprodução não autorizada desta publicação, por qualquer meio,  
seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

Depósito legal na Biblioteca Nacional,  
conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

PROJETO GRÁFICO E CAPA  
Alencar Júnior

DIAGRAMAÇÃO  
Deise Francis Krause

REVISÃO  
Genebaldo Pinto Ribeiro  
Paulo Roberto Alves dos Santos  
Roberto Santos de Carvalho

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

N244 Nascimento, Carlos Valder do.  
A restituição da contribuição previdenciária dos inativos : em razão de emenda inconstitucional / Carlos Valder do Nascimento. – Ilhéus, BA : Editus, 2013.  
104 p. – (Série Estudos de Direito Público ; v. 1).  
  
Inclui referências.  
ISBN: 978-85-7455-326-9  
  
1. Contribuição previdenciária – Servidor público.  
2. Previdência Social. 3. Aposentados - Contribuição Previdenciária. I. Título. II. Série.

CDD 368.40981

---

**EDITUS - EDITORA DA UESC**  
Universidade Estadual de Santa Cruz  
Rodovia Jorge Amado, km 16 - 45662-900 - Ilhéus, Bahia, Brasil  
Tel.: (73) 3680-5028  
www.uesc.br/editora  
editus@uesc.br

EDITORA FILIADA À



Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias

## Sumário

<b>Apresentação da série</b> .....	7
<b>Apresentação do volume</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I - REFORMA CONSTITUCIONAL E SUBVERSÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO</b> .....	11
1.1 Subversão do processo legislativo .....	13
1.2 Direitos fundamentais e vinculação do legislador .....	18
1.3 Reforma constitucional: imunidade parlamentar & impunidade .....	21
1.4 Exacerbação do Estado legislador .....	23
<b>CAPÍTULO II - RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR</b> .....	27
2.1 Surto expansionista do Estado intervencionista .....	29
2.2 Grave violação ao princípio constitucional da moralidade .....	32
2.3 Legislação construtiva e o risco do dano .....	36
2.4 Responsabilidade objetiva do Estado .....	38
2.5 Teoria do risco administrativo .....	40
<b>CAPÍTULO III - NULIDADE DO ATO LEGISLATIVO FRAUDULENTO</b> .....	47
3.1 O equilíbrio da democracia depende da minoria representativa .....	49
3.2 Ilegitimidade do procedimento adotado pelo legislativo ....	53
3.2.1 <i>Reforma da previdência e saques milionários</i> .....	53
3.2.2 <i>O parlamento não comporta a república da compra de votos</i> .....	56
3.3 Nulidade absoluta de ato legislativo fraudulento .....	58
3.4 Controle do ato legislativo fraudulento .....	62
<b>CAPÍTULO IV - RESTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DOS INATIVOS</b> .....	67
4.1 Contextualização do tema .....	69
4.2 Configuração de fraude perpetrada contra as instituições democráticas .....	74

4.3 Caixa dois constitui uma prática criminosa segundo o STF .....	76
4.4 Tentativa de reduzir o mensalão a mera infração eleitoral .....	79
4.5 Pressupostos do caixa dois no plano da corrupção .....	81
4.5.1 <i>Corrupção como elemento fundante do caixa dois</i> ..	81
4.5.2 <i>Representatividade</i> .....	84
4.5.3 <i>Jurisdição popular</i> .....	89
4.5.4 <i>Abuso de poder do Legislativo</i> .....	91
4.6 Inconsistência das teses defensivas.....	92
4.7 Conclusões .....	96

<b>Referências</b> .....	101
--------------------------	-----

## **Apresentação da série**

A Universidade Estadual de Santa Cruz, movida pelo desejo de sistematizar e colocar à disposição do público acadêmico a obra do professor Carlos Valder do Nascimento, um dos docentes da Casa na área jurídica com maior produção publicada, decidiu fazer uma coletânea de seus trabalhos, fartamente conhecidos no país, mas pouco explorados pela comunidade acadêmica interna.

Os estudos constantes do presente livro formam a obra intitulada Série ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO desvelados pela essencialidade de sua doutrina. Referem-se a diversos trabalhos escritos pelo referenciado no campo da pesquisa e do magistério a partir de 1983 e, portanto, correspondente a sua trajetória de mais de três décadas no Departamento de Ciências Jurídicas desta Universidade.

O **primeiro volume** da série, sob o título de **A restituição da contribuição previdenciária dos inativos – Em razão de emenda inconstitucional**, constitui-se dos seguintes artigos: Reforma constitucional e subversão do processo legislativo; Responsabilidade do Estado legislador; Nulidade do ato legislativo fraudulento e Restituição da contribuição dos inativos.

O trabalho exaustivo de pesquisa levou o autor a um patamar elevado em face da natural repercussão dos pontos de vista esposados e pela diversificação de sua obra com trânsito por diversos ramos do conhecimento jurídico. Assim, pôde, ao longo do tempo, participar diretamente das discussões dos mais variados temas polêmicos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, sendo por este várias vezes citado em seus julgados, credenciando-o como um autor acatado no cenário jurídico brasileiro.

Daí, a observação do jurista Ives Gandra da Silva Martins:

Conheço Carlos Valder há mais de trinta anos. Jurista de prestígio nacional e autor de sólida obra no campo do Direito Tributário -- alguns em co-autoria comigo --, granjeou como advogado, professor e jurista, desde o início de sua carreira, conhecimento de seus pares e admiração pela objetividade e segurança com que sempre tratou dos temas a que se dedicou e sobre os quais escreveu.

É um professor de Direito com a preocupação de preservação do direito de defesa dos valores democráticos e um idealista, que vê na cátedra forma de colaborar com o desenvolvimento do País...<sup>1</sup>

Não bastasse isso, a doutrina que desvela na formulação de suas teses jurídicas, bem construídas, como foi o caso da coisa julgada inconstitucional, lhe valeu a devida notoriedade. Além disso, tantas foram as contribuições, visando à formação do convencimento dos magistrados, reveladas no número da expressiva jurisprudência que têm dado primazia as suas manifestações doutrinárias, seja pelos tribunais superiores, seja pela justiça de primeiro grau. Tem sido igualmente citado em várias obras de conceituados juristas pátrios.

Cabe ressaltar que, ao longo da sua profícua carreira acadêmica, a ser finalizada no próximo ano, grande foi a sua participação no debate oral e escrito de temas polêmicos e relevantes do cenário jurídico brasileiro.

Como consequência desse esforço acadêmico empreendedor, é que se pode colher, contemporaneamente, o fruto do seu labor forjado no amadurecimento profissional e, em verdade, dessa vontade persistente nasce uma coletânea reveladora do fôlego produtivo do docente, em razão do seu conteúdo substantivo.

---

<sup>1</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Emenda dos precatórios**: fundamentos de sua inconstitucionalidade. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 9. Prefácio.

## **Apresentação do volume**

O presente volume cuida, especificamente, da contribuição previdenciária dos inativos, criada pela Emenda Constitucional 41, de 19-12-2003, que suscitou acirrados debates no Supremo Tribunal Federal e, finalmente, ali teve seu desfecho em última e definitiva instância pela sua constitucionalidade. Entretanto, observou-se que a mesma exação foi votada e aprovada pelo Congresso Nacional mediante compra de votos e de partidos políticos, culminando com o emblemático caso do chamado mensalão.

Tendo em vista a presença da falta de decoro parlamentar que permeou o mencionado processo legislativo e, após decisão da Suprema Corte no sentido de constatar que realmente ocorreu a compra dos parlamentares para aprovar a referida emenda, agora verifica-se que é possível questionar, ainda que em Primeira Instância, a sua inconstitucionalidade, permitindo a interposição de ação própria para discutir a efetiva nulidade em razão do modo como ocorreu a referida votação no Congresso Nacional.

Outra vez não se levou na devida conta o pronunciamento da Soberania Popular sob pretexto de que ela não poderia motivar as decisões judiciais plasmadas quase sempre no positivismo normativista. Todavia, não se pode deixar de considerar os aspectos axiológicos impregnados no conteúdo normativo, pois só assim se fará justiça. É a isto que se propõe o presente estudo.

Observe-se que os capítulos I, II e III, cujos conteúdos estão apresentados em obra anterior, foram revisitados sob nova ótica.

# C A P Í T U L O I

## REFORMA CONSTITUCIONAL E SUBVERSÃO DO PROCESSO LEGISLATIVO

### **Sumário**

- 1.1 Subversão do processo legislativo
- 1.2 Direitos fundamentais e vinculação do legislador
- 1.3 Reforma constitucional: imunidade parlamentar & impunidade
- 1.4 Exacerbação do Estado legislador

## 1.1 Subversão do processo legislativo

Insta colocar, de forma preliminar, que uma postura crítica acerca de determinado texto legal se impõe de maneira imperativa, levando-se em conta o *modus faciendi* da criação jurídica. Sem embargo da fluidez de qualquer preceito jurídico, comprometida fica sua legitimidade se, no seu processo de construção legislativa, tenha sido afetada por fatores exógenos. Sobressai-se, então, como reluzente essa questão da legitimidade do poder político, se seus representantes, a quem cabe dispor sobre o direito positivo, encontrem-se sob suspeição, de modo a romper com o elo de confiança que robustece a tessitura da relação social<sup>1</sup>.

As relações promíscuas entre público e privado, alimentadas por uma rede dominante de corrupção, culminando com a comercialização de votos, comprometem a lisura do processo legislativo. Assim, não há como convalidar a fraude moral na instituição de contribuição sob pretexto de financiamento da seguridade social.

No caso vertente, a multicitada relação jurídico-tributária não se aperfeiçoou porque inquinada do vício de fundo, visto decorrer de norma inconstitucional. É que, para obter a aprovação da emenda, o Executivo criou embaraço ao livre exercício da atividade legislativa, caracterizando tal comportamento, inclusive, crime de responsabilidade à luz do direito posto.

De sorte que, operando no campo da nulidade, constitui um obstáculo a sua exigência, porquanto a

---

<sup>1</sup> ARBONIÉS, Eugenio L. ; SOSNA, Maria Rosa. **Semblanza de Hermann Heller y su obra "Teoría del Estado"**. Buenos Aires: Lumiere, 2000. p. 72.

ordem jurídica não acolhe pretensão desse jaez, por incompatível com a regularidade do processo legislativo e que, inclusive, poderia ter sua tramitação suspensa em decorrência de controle judicial, como admite o ministro José Carlos Moreira Alves:

Nesses casos, a inconstitucionalidade diz respeito ao próprio andamento do processo legislativo, e isso porque a Constituição não quer -- em face da gravidade dessas deliberações, se consumada -- que sequer se chegue à deliberação, proibindo-a taxativamente. A inconstitucionalidade, se ocorrente, já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformar em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição<sup>2</sup>.

Configura hipótese de violação de direitos em decorrência da função legislativa, pelo caráter abusivo do poder de legislar<sup>3</sup> a partir do momento em que a norma

---

<sup>2</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, DF, n. 99, p. 1031-1032, [20--?]. [Trimestral?].

<sup>3</sup> O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental que, encontrado suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos estatais.

A norma estatal, que veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes

tem seu efeito concretizado. Ora, se o agir do parlamentar é suscetível de reprovação por conduta que agride a ordem jurídica, há de se concluir, inclusive, pela caracterização de responsabilidade do Estado por ato legislativo viciado.

Essa ideia – força dominante no processo legislativo fraudulento – coloca em dúvida a legitimidade do produto de sua atividade primordial, induzindo ao sentimento de que nem tudo que vem do Estado deve ser recebido sem restrições, sem espírito crítico. Talvez seja essa a mais séria tentativa de impor um direito positivo que tem, no dinheiro, o fundamento maior de sua realização. Sem dúvida, é necessário levar em conta a violência na imposição de leis que não coadunam com o interesse da sociedade. Essa é a causa do surto desordenado de um fazer legislativo fragmentário que serve, com efeito, para ocultar a exacerbação tributária, em face da gradativa decomposição do regime político.

Quando a autoridade, no desempenho de suas funções públicas, desborda do estrito cumprimento do mandato popular, colocando seu voto na vala comum de negócios escusos, ela usurpa de uma delegação outorgada pelo povo, o que desqualifica a representatividade e a democracia; há crise do regime político representativo e, em consequência, os atos praticados, nessa condição, incorrem em vício, do latim *vitium*, em razão da irregularidade que permeia sua prática institucional.

---

do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.

Na hipótese vertente, tem-se que o ato configura defeituoso, tanto pelo aspecto de forma quanto de fundo, se dele se pode dizer que se operou no plano do consentimento viciado. Deveras, os pontos veiculados à sociedade, pelos órgãos de imprensa, demonstram que a compra de votos afetou a manifestação de vontade, induzindo o parlamentar ao exercício de seu mister motivado pelo enriquecimento ilícito, o que torna inoperante suas deliberações de voto.

Circunstâncias que nortearam a aprovação da Emenda Constitucional, da maior gravidade, colocam em xeque as deliberações do corpo legislativo, a proclamar vício de inconstitucionalidade. Como se vê, a garantia de maioria para o governo foi alcançada, redundando, essa conduta, danos irreversíveis. Com efeito, o núcleo essencial do direito adquirido restou lesionado, importando redução do benefício garantido constitucionalmente. O que o poder legislativo “não pode é subverter ou desfigurar o valor e a garantia constitucionais inscritos em cada um dos diversos preceitos relativos aos direitos fundamentais”<sup>4</sup>, como adverte Vieira de Andrade citado por Rui Medeiros<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Entretanto, não é despropositado afirmar ser a expressão “direitos e garantias individuais’ equivalente a direitos e garantias fundamentais. Ora, esta última designa todo o título e abrange os direitos sociais, que assim não poderiam ser eliminados. Certamente, esta última interpretação parece mais condizente com o espírito da Constituição em vigor, incontestavelmente uma ‘constituição social’”(grifos do autor), Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. p. 294).

<sup>5</sup> MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil do estado por actos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 327.

Se o Judiciário se ausenta do dever de guardar a Constituição, torna-se necessário proclamar com Paulo Bonavides que urge

Acordar o povo, congregar a juventude, mobilizar os trabalhadores em defesa da Constituição. Se cair este derradeiro baluarte da independência nacional, que é a Lei Maior, as luzes da liberdade se apagarão em nosso País e uma noite de servidão descerá suas espessas trevas sobre os destinos desta Nação<sup>6</sup>.

Em texto sob o título *A implosão da República*, Maria Sylvia Carvalho Franco denuncia as relações venais de poder visando a “saquear o país, empobrecer e despolitizar o povo, destruir esperanças, distorcer direitos constitucionais”<sup>7</sup>. Acentuando com veemência que o grupo que dele se apossou pouco se empenhou em criações materiais ou do espírito, e os eleitores,

[...] em vez de estadistas com projeto político, receberam burocratas autoritários e subservientes. [E acrescenta:] Esses atores encenam a decadência da democracia, invertendo, em suas condutas, valores básicos. Assim, a reforma da Previdência – rápida em confiscar funcionários menores ou mal representados, célere em ceder a corporações fortes como a magistratura ou o Ministério Público – é dita corajosa, por romper ‘privilégios’, quando de fato, pusilânime, expropriou indefesos (grifo do autor)<sup>8</sup>.

Dentro dessa linha, veja-se o pensamento de Laymert Garcia dos Santos e Francisco de Oliveira:

---

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 166.

<sup>7</sup> FRANCO, Maria Sylvia Carvalho. A implosão da República. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. 5, 18 set. 2005.

<sup>8</sup> Ibidem.

Os paradoxos não param de proliferar: no poder, o Partido dos Trabalhadores paga mensalão para deputados da direita votarem leis neoliberais.

Parafraseando o filósofo, só existe uma verdade universal no capitalismo contemporâneo: o mercado. Por isso mesmo, o neoliberalismo considera que o Estado não deve governar para a sociedade.

É o que o presidente e o seu staff vinham escrupulosamente fazendo, até mesmo quando votos foram comprados para obter a aprovação da reforma da Previdência e da Lei de Biossegurança<sup>9</sup>.

É inquestionável, por qualquer ângulo examinado, que a emenda da contribuição dos inativos, além de não ter resquício de essência previdenciária, foi editada sob forte suspeita de fraude, em face do comportamento censurável de parte de membros do Parlamento brasileiro, uns do mesmo partido da situação e outros, em número expressivo, da chamada “*base aliada*”, cujos votos foram objeto de negociatas.

## **1.2 Direitos fundamentais e vinculação do legislador**

Simple expediente de remeter a solução da questão da contribuição dos inativos às vias eleitorais, enaltecendo as urnas, para uma solução a ser alcançada conforme o voto, além do constrangimento alvitado pela sugestão, revela a importância do Judiciário no caso. Ademais, a democracia não decorre disso, unicamente, mas agrega outros valores – cidadania e direitos fundamentais – por exemplo, que qualificam a dignidade, razão maior da luta existencial do homem.

---

<sup>9</sup> SANTOS, Laymert Garcia dos; OLIVEIRA, Francisco de. Tem limite? **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. 5, 18 set. 2005.

Desigual foi o tratamento dispensado aos inativos pelo seu tom casuístico, direcionado, específico, sem atentar para o caráter universal que deve nortear o direito da igualdade. Tornou-se o único grupo selecionado pelo legislativo a pagar duas vezes o mesmo imposto, retirando recursos da mesma fonte de rendimentos de natureza salarial. Criou, então, regras desvinculadas da dimensão proibitiva do retrocesso dos direitos fundamentais de conquista histórica.

Essa cláusula de vinculação do legislador formulada por H. Krüger e dos atos legislativos pelos direitos, liberdades e garantias tem por escopo, conforme José Joaquim Gomes Canotilho, vedar:

Às entidades legiferantes possibilidades de criarem atos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanção de leis inconstitucionais lesivas de direito, liberdades e garantias. As normas consagradoras de direitos, liberdade e garantias constituem, nesta perspectiva, normas de competência negativa, porque estabelecem limites ao exercício de competência das entidades públicas legiferantes<sup>10</sup>.

Os direitos fundamentais, sob égide do estado social, limitam a competência estatal de modo a coibir o retrocesso social. Isso quer dizer, conforme Gomes Canotilho, que os direitos sociais e econômicos “uma vez alcançados ou conquistados passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”<sup>11</sup>. Reconhecer essa proteção, de direito subjetivamente adquirido, delimita o marco legislador, caso contrário, “justificará a sanção de inconstitucionalidade

---

<sup>10</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 592.

<sup>11</sup>Ibidem, p. 474.

relativamente a normas manifestamente aniquiladoras das chamadas conquistas sociais”<sup>12</sup>.

O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser, a partir do entendimento ali esposado e tornado de acatamento obrigatório, porque constituído em norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana, base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.

Tem-se acentuado que a dignidade da pessoa humana e, eventualmente, até se confunde com a igualdade jurídica. Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas... É esse acatamento pleno a princípio que tornam legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções<sup>13</sup>.

Para Klaus Tipke:

*La Constitución no otorga al legislador poderes en blanco para establecer a su capricho el contenido de las leyes. El poder de la mayoría parlamentaria elegida democráticamente está sometido los derechos fundamentales. La Constitución identifica la democracia con el Estado de Derecho. Es tarea del Tribunal Constitucional impedir que la legislación tenga un contenido que abandone de modo injustificable el ámbito del Derecho, en concreto de los principios de Justicia. El Tribunal Constitucional es también el guardián de la moralidad fiscal. El vigilante de dicha mora. El grado con que asuma esta labor depende de que opte por el judicial self-restraint o el judicial activism<sup>14</sup>.*

---

<sup>12</sup>Ibidem, p. 475

<sup>13</sup>ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida Digna: direito, ética e ciência (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos) In: \_\_\_\_\_ (coord.) **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 37-39.

<sup>14</sup>TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. (Bestuerungsmoral und Steuermoral). Madrid: Marcial Pons, 2002. p. 99-100.

Justamente por isso é que José Joaquim Gomes Canotilho ensina que guardar a Constituição não constitui um simples gesto de retórica alimentado por infundáveis discussões semânticas para justificar o injustificável. Mas garantir que situações estabilizadas não sejam conspurcadas com iniciativas legislativas que tornem ineficazes os direitos fundamentais e alertando para a necessidade de manutenção e garantia do núcleo essencial dos direitos relativos à dignidade humana, como em suas palavras:

A eficácia jurídica imediata que hoje se reconhece se aos direitos fundamentais traduz a mutação esperada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei transitou-se para a idéia de lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais. De imediato, e de acordo com a concepção liberal de direitos fundamentais como direitos de defesa perante os poderes, a atualidade vinculante significava indisponibilidade (pelo menos no seu cerne essencial) destes direitos pelo legislador e possibilidade de invocação dos mesmos contra as próprias entidades legiferantes<sup>15</sup>.

### **1.3 Reforma constitucional: imunidade parlamentar & impunidade**

A Constituição Federal não se resume a um amontoado de prescrições normativas que permita ser emendada, ou melhor, remendada tal qual uma colcha de retalhos tecida artesanalmente, mas que, também, recusa a sucumbir-se em sua concepção originária. Antes de tudo, representa um plexo normativo, cujo conteúdo

---

<sup>15</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição vinculante e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 363.

harmonioso, conformado por regras e princípios, concorre para revestir-lhe consistência sistêmica. Entretanto, vem sendo desfigurada com reformas legislativas comprometedoras de sua estrutura funcional e de concepção.

O processo legislativo, nele incluídas as leis e emendas, ao invés de se constituir em um instrumento de promoção social e, portanto, a serviço do interesse do homem, apenas tem servido para a manutenção de privilégios intoleráveis conseguidos ilegalmente por força de pressões corporativas ou de leis casuísticas.

Da mesma forma, muitos dos políticos têm se valido do instituto da imunidade parlamentar para encobrir toda a sorte de ilícitos penais, como é o caso dos parlamentares investigados, que repetem os “*casos de delinquência coletiva como o célebre assalto da máfia dos anões do orçamento*”<sup>16</sup>. Todos eles, pela qualidade da prática criminosa, frequentam o repertório das figuras tipificadas no Código Penal Brasileiro, conforme dá conta a revista Veja:

Aqui, a imunidade parlamentar, que dá uma série de privilégios ao deputado ou senador, em vez de ficar restrita à palavra e ao voto, que são instrumentos essenciais no desempenho da função parlamentar, foi ampliada para crimes comuns – como estelionato, seqüestro, extorsão, formação de quadrilha<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup>ESCOSTEGUY, Museu vivo do Código Penal. Acredite: 22% dos parlamentares estão sob suspeita de ter cometido algum crime – numa lista que inclui seqüestro, extorsão, estelionato... **Revista Veja**, São Paulo, edição 1964, p. 54, 12 jul. 2006. Semanal.

<sup>17</sup>Ibidem, p. 56.

Ressalte-se que tudo isso vem sendo coberto pelo guarda-chuva da imunidade que os parlamentares inventaram em causa própria, alargando-se, de tal forma, que lhes permite gozar do beneplácito da impunidade, até com a convivência de alguns de seus pares.

#### 1.4 Exacerbação do Estado legislador

A exacerbação do Estado legislador é patente. Disso tem resultado uma avalanche de emendas, constatando-se que hoje, no Brasil, se legisla pelo atacado, suprimindo direitos históricos conquistados pelos trabalhadores e pela sociedade. Sua atuação tem ultrapassado as demarcações estabelecidas pela ordem jurídica, conquanto advirta Sérgio Sérulo da Cunha,

[...] existem realmente limites absolutos ao poder do Estado, e direitos humanos absolutamente invioláveis; em nenhuma circunstância, por exemplo, será admissível a tortura<sup>18</sup>.

A esse propósito cumpre destacar a observação de Heloísa Lück, alinhando-se ao pensamento de Fritjoff Capra manifestado em *O ponto de mutação*.

No campo jurídico, por exemplo, o acúmulo de preceitos legais gerou um torvelinho de leis que os profissionais da área não entendem, de tal modo a demonstrar que analogicamente “a corrente principal de idéias se divide em dúzias de riachos”<sup>19</sup>, chegando a esgotar a própria fonte.

---

<sup>18</sup>CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 158.

<sup>19</sup>LÜCK, Heloísa. **Pedagogia interdisciplinar: fundamentos teórico-metodológicos**. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 29.

Deduz-se disso que a Constituição não pode ser modificada ao bel prazer de interesses meramente circunstanciais, nivelando-a ao procedimento ordinário. Isso evidencia a quebra do pacto federativo, prevalecendo unicamente a vontade da União pelo desprezo absoluto da participação dos corpos legislativos estaduais nesse processo de mudança como se verifica nos Estados Unidos. Então, no Brasil, a rigidez que se impõe na formulação de reforma constitucional acha-se minimizada, porque não contou com a anuência de um dos entes de Federação – os Estados federados – na persecução desse desiderato.

Por outro lado, é flagrante o desrespeito aos postulados básicos que delimitam as cláusulas intocáveis da Constituição, revelado pelo procedimento abusivo utilizado na edição de emendas, que já ultrapassam a casa de cinquenta. Com essa prática, seu núcleo central vem perdendo a condição de ponto referencial, indispensável à conformação do sistema normativo.

Revela notar que tais enunciados estruturantes são os que a singularizam, isto é, que dizem respeito ao seu próprio cerne, expressão esta que

[...] designa o conjunto das disposições constitucionais imodificáveis, protegidas contra revogação. São elas que conferem identidade à Constituição, de modo que sua modificação caracterizaria ruptura, a substituição de uma Constituição por outra<sup>20</sup>.

Neste ponto, Sérgio Sérvulo da Cunha aduz que a reforma constitucional não tem o condão de afetar a identidade do sistema, acrescentando com absoluta propriedade:

---

<sup>20</sup>Ibidem, p. 137.

Também prevalece o princípio preexistente, fundante ou estruturante, quando se procurar introduzir na Constituição, mediante emenda, norma ou princípio novo que o contraria. Disposições de sobredireito exercem em geral função de garantia das demais: assim, por exemplo, as que preservam o cerne e as que tratam do controle de constitucionalidade<sup>21</sup>.

Sendo certo que a lei timbra pelo seu caráter de generalidade, vez que essa configura uma das suas características intrínsecas, não menos verdade é que possa ser promulgada a pretexto de onerar um número limitado de contribuintes. Nítida, nesse caso, é a vulneração do postulado da igualdade na repetição dos encargos demandados pela sociedade em toda a sua abrangência.

---

<sup>21</sup>Ibidem, p. 284.

## C A P Í T U L O    I I

# RESPONSABILIDADE DO ESTADO LEGISLADOR

### **Sumário**

- 2.1 Surto expansionista do Estado intervencionista
- 2.2 Grave violação ao princípio constitucional da moralidade
- 2.3 Legislação construtiva e o risco do dano
- 2.4 Responsabilidade objetiva do Estado
- 2.5 Teoria do risco administrativo

## 2.1 Surto expansionista do Estado intervencionista

Com o surto expansionista do Estado intervencionista “a lei deixou de corresponder à vontade geral para afirmar a vontade da força política legislativa dominante”<sup>22</sup>. Insufladas pela participação impertinente do Executivo, as leis vão cedendo a sua característica de generalidade para dar prioridade unicamente ao elemento quantitativo. Aliada a uma representação desqualificada, mergulhada em uma série de escândalos, admite pretensão ressarcitória oponível ao Estado legislador<sup>23</sup>.

A inserção do critério da generalidade contraposto ao da individualidade impõe-se como um imperativo ético, que deve conformar o Estado de Direito em consonância com os postulados da isonomia e da proibição do retrocesso. Aqui, a incidência tem endereço certo, pois dirigida a destinatários determinados, descaracterizando, assim, o seu caráter geral. Nem a lei, nem a Emenda podem atuar na construção de um juízo valorativo, se o preceito não veicula um princípio geral que possa dilargar o campo da sua aplicabilidade.

Mesmo admitindo não ter havido redução do benefício dos inativos, como assenta decisão do Supremo Tribunal Federal, tal assertiva não merece prosperar. Não prospera porque a medida formada pelo parlamento implicou grave violação ao princípio do mínimo existencial. Como consequência, atentou contra os direitos não patrimoniais (como a periclituação da saúde, em razão da perda de receitas). Nesse sentido, o dano pode

---

<sup>22</sup>MEDEIROS, Rui. **Ensaio sobre a responsabilidade civil por atos legislativos**. Coimbra: Almedina, 1992. p. 10.

<sup>23</sup>Ibidem, p. 10.

ser de outra etiologia, como bem cobrado Antunes Varella, citado por Rui Medeiros:

No Direito Público aceita-se igualmente a existência de danos patrimoniais resultantes da violação de direitos pessoais. Assim, por exemplo, a pretensão de sacrifício do direito alemão (Autop ferunq sanspriech) garante a reparação dos danos patrimoniais derivados do sacrifício do direito à vida, à integridade física e à liberdade<sup>24</sup>.

Essa construção da teoria dos danos não patrimoniais sujeitos à tutela jurídica é o que se convencionou chamar de danos patrimoniais indiretos, já que “se restringe aos danos, em si mesmos, insuscetíveis de avaliações fecuniária”<sup>25</sup>. Tal circunstância, entretanto, não invalida a tese do seu caráter de ressarcibilidade, quebrando, assim, o dogma da patrimonialidade da obrigação, concedido pela Escola Aistórica nos albores do século XIX.

Qualquer que seja o poder, especialmente o legislativo, encontra ressonância na medida de sua utilidade social, origem de toda normatividade, consubstanciada por um processo ético orientado pelo postulado da legitimidade. Assim, a lei deve se legitimar, ser internalizada pela consciência jurídica do povo.

Conforme anota Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, presidente do Tribunal Superior Eleitoral na época:

‘Perplexos, percebemos, na simples comparação entre o discurso oficial e as notícias jornalísticas, que o Brasil se tornou um país de faz de conta’, disse. ‘Faz de conta que não se produziu o maior dos escândalos nacionais, que os culpados não sabiam – o que lhes daria uma

---

<sup>24</sup>Ibidem, p. 114.

<sup>25</sup>Ibidem, p. 114.

carta de alforria prévia para continuar agindo como se nada de mal tivessem feito. Faz de conta que não foram usadas as mais descaradas falcatruas para desviar milhões de reais, num prejuízo irreversível em país de tantos miseráveis. Faz de conta que tais tipos de abusos não continuam se reproduzindo à plena luz, num desafio cínico à supremacia da lei, cuja observação é tão necessária em momentos conturbados', afirmou o ministro, em seu discurso de posse no TSE.

A rotina de desfaçatez e indignidade parece não ter mais limites, levando os já conformados cidadãos brasileiros a uma apatia cada vez mais surpreendente, como se tudo fosse muito natural e devesse ser assim mesmo. São tantas e tão deslavadas as mentiras, tão grosseiras as justificativas, tão grande a falta de escrúpulos que já não se pode cogitar somente de uma crise de valores, senão de um fosso moral e ético que parece dividir o país em dois segmentos estanques: o da corrupção. 'Seduzido pelo projeto de alcançar o poder de uma forma ilimitada e duradoura; e o da grande massa comandada que, apesar do mau exemplo, esforça-se para sobreviver e progredir' (grifos do autor)<sup>26</sup>.

O advogado Anderson Bellini Aloísio, em artigo sob o título *A corrupção parlamentar pode invalidar as leis?*, responde:

Questão totalmente diferente do (infeliz e já costumeiro) desatendimento das promessas de campanha ou do abandono das plataformas políticas é a da extirpação da autonomia da vontade parlamentar, através da compra de votos.

Quando o parlamentar não se conduz de acordo com sua consciência e, assim, afasta-se dos poderes que o mandato popular lhe outorga, agindo, não de acordo

---

<sup>26</sup>Discurso do ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, na sua posse como presidente do Tribunal Superior Eleitoral, em Brasília, DF, em 4 de maio de 2006.

com suas convicções, mas, recebendo favores para votar ou se conduzir em certo sentido, ele, parlamentar, emite vontade viciada, maculada, incompatível com o mandato recebido e, portanto, incapaz de gerar efeitos jurídicos válidos<sup>27</sup>.

## **2.2 Grave violação ao princípio constitucional da moralidade**

A Emenda Constitucional 41/2003, bem assim a lei de instituição da suposta “*contribuição do inativo*”, verdadeiramente um “*imposto de renda disfarçado em contribuição*”, pecam pela inconstitucionalidade, em face das nefastas consequências que vêm causando ao patrimônio privado. De fato, trata-se de legislação de legitimidade, no mínimo, duvidosa, porque contaminada por vício de origem, posto que fruto de processo legislativo desencadeado sem observância dos cânones do postulado da “*moralidade*”.

Em razão de desvio de conduta, os atos praticados pelo Congresso Nacional têm merecido a reprovação pública, porque a sociedade não lhe outorgou o mandato para o “*exercício da compra de votos*”, a fim de manipular resultados em favor de quem quer que seja. Eis aí um desempenho pífilo comprometedor da função de legislar, transformado por um número expressivo de parlamentares em um balcão de negócios, a impedir o livre desembaraço dos trabalhos legislativos.

O contribuinte não pode ficar à mercê dessas medidas de ocasião, obrigado a atender aos interesses

---

<sup>27</sup>ALOÍSIO, Anderson Bellini. **A corrupção parlamentar pode invadir as leis?** Porto Alegre: Marco Antonio Birnfeld, [200-]. Disponível em : <[http://www.espacovital.com.br/consulta/noticia\\_ler.php?id=258](http://www.espacovital.com.br/consulta/noticia_ler.php?id=258)>. Acesso em: 16 mar. 2013. p.1.

exclusivos da corporação governamental de plantão. É necessário lisura e seriedade, a fim de que o processo legislativo reflita a vontade do povo expressada nas urnas. Na verdade, como instrumento de barganha, mais tem servido aos parlamentares do que a sociedade.

Há, aqui, uma relação direta de natureza organicista (Ott Gierke e Jellinek), em razão do enlace entre o Estado e seus agentes (parlamentares). Pouco importa, nessa hipótese, a forma e o conteúdo de que se revestem tais atos, pois, mesmo sendo legislativos, guardam submissão ao ordenamento jurídico. Nenhuma das funções do Estado, inclusive, as executivas e jurisdicionais, escapam a esse controle, por força dos ditames cogentes da Carta Política.

Se, como de conhecimento geral, a legislação vem sendo construída por parlamentares, em troca de dinheiro vivo desembolsado pelo cidadão-contribuinte, não há como emprestar credibilidade a esse sistema de votação viciada. Neste sentido, cai por terra o dogma da soberania popular, porque se está diante do exercício desvirtuado de um poder, em razão do desempenho desqualificado de seus representantes no que toca a função de legislar.

É inquestionável que o Estado deu motivo ao dano, de modo exclusivo, ao produzir lesão efetiva mensurável patrimonialmente. Constata-se isso a partir da redução dos benefícios assegurados de maneira incondicional pela Constituição da República. Interferindo na esfera jurídica dos servidores inativos, mesmo em se tratando de instrumento normativo eivado de vício, vem acarretando prejuízos, em decorrência dos reflexos negativos irradiados na esfera da economia doméstica.

Dois aspectos avultam como da maior importância com referência a essa questão. O primeiro consiste no fato de que a Emenda Constitucional ensejou danos aos

proventos, reduzindo o poder de compra dos inativos. O segundo, em razão da superveniência do instrumento adotado. Pelo que se observa, o voto remunerado não vale absolutamente nada, principalmente, porque não se compraz com a confiança que lhe depositou o cidadão, no processo de representatividade política, para agir em conformidade com o interesse público.

É verdade que a competência para reformar constitucionalmente, embora questionável, há de ater-se aos limites fixados pelo “*legislador constituinte originário*”. Nunca se presenciou tamanha fúria legislativa, cuja dimensão ilimitada tem fugido ao controle eficaz, mesmo com a demonstração cabal de se tratar de um “*ilícito legislativo*” capaz de invalidar a proteção ao direito adquirido assegurado pela Constituição.

O princípio da moralidade tem natureza institucional, “na medida em que se apresenta como estruturante de toda e qualquer instituição”. Daí não se enquadrar no plano, mas ao Direito, na lição de Sérgio Sérulo da Cunha, acrescentando:

Em direito, o princípio da moralidade significa que as normas morais representam padrões de comportamento juridicamente exigíveis das autoridades e de todos os membros da Administração, e assim se enuncia: é juridicamente exigível das autoridades e dos membros da Administração a observância das regras morais<sup>28</sup>.

Essa prática reiterada de parlamentares, utilizando-se de meios pouco usuais, sobremodo escusos, para exercer suas funções, vem comprometendo, de forma crucial, a legitimidade de sua atuação no parlamento. Há excesso de leis e isso estimula a corrupção porque,

---

<sup>28</sup>CUNHA; S.S., op. cit., p. 1.

enquanto penaliza os menos influentes economicamente, protege a elite dominante que a elas se apega para afastar seus rigores, utilizando-se de mecanismos como “*inmunidade parlamentar*”, verdadeiro monumento à “*impunidade*”. O desconhecimento da lei também contribuiu para isso, conforme assevera José Lois Estevez:

*Otra causa de incumplimiento generalizado es la hipertrofia legislativa. Cuando se legisla en exceso, como sucede a menudo en las organizaciones políticas contemporáneas, no hay nadie capaz de conocer la inmensa mayoría de los textos legales. ¿Cómo entonces garantizar su observancia?*

*Las normas desconocidas por la mayoría de sus destinatarios sonden imposible. Y en la práctica, la ignorancia masiva equivale a universal repudio, como si se debiese a un acuerdo multitudinario para boicotear una disposición odiosa<sup>29</sup>.*

Contra esse mandamento atenta a corrupção em suas mais variadas manifestações espúrias: “*nepotismo, propinismo, oportunismo, caixa dois*”, as figuras tipificadas no Código Penal e vinculadas aos “*mensaleiros, sanguessugas*” e tantas outras fraudes forjadas pela mente fértil dos contumazes assaltantes dos cofres públicos, que pululam nos corredores do Congresso Nacional sem serem alcançados pelo braço policial.

O agir dos agentes políticos nessas condições, por incompatibilidade com o decoro parlamentar, não satisfaz aos ditames constitucionais, sobretudo por inadequação aos meios utilizados para se alcançar os fins colimados. Neste ponto, fere o princípio da impessoalidade, o que os coloca sob suspeição, visto que estão

---

<sup>29</sup>ESTÉVEZ, José Lois. **Fraude contra Direito**. Madrid: Civitas, 2001. p. 198-199.

atuando no interesse próprio ou de terceiros, desvirtuando, assim, a finalidade pública a que se destinam.

Por outro lado, segundo Sérgio Sérulo da Cunha, embora transparente e participativo, é difícil caracterizar o desvio de poder legislativo

[...] em alguns casos concretos é possível identificá-lo, como ocorreu na edição da lei 9985, de 7 de fevereiro de 1995 (Lei Humberto Lucena): ali, sob a aparência de uma norma geral anistiando crimes eleitorais, buscou-se afastar a imposição de condenação a um senador<sup>30</sup>.

Não se pode invocar o exercício soberano do poder de legislar, nem tampouco o modo genérico de incidir a lei, porque, aqui, o que se sustenta é a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional por ferir o postulado da moralidade. Em razão do desempenho culposo de parlamentares financiados com recursos do contribuinte em grupo determinado de pessoas cadastradas nos registros do Executivo, sentiu o efeito danoso de um ato individualizado e pessoal em decorrência da taxaçoão indevida. Nada tem a lei questionada de abstrata ou de geral, tendo em vista que visou apenas atingir uma categoria perfeitamente identificada. A hipótese não comporta monopólio estatal, pois nada trouxe em proveito dos inativos senão o aumento de suas agruras, ao en-sejar drásticas modificações de sua qualidade de vida.

### **2.3 Legislação construtiva e o risco do dano**

Para melhor explicar a equação dessa problemática, Duguit formulou a distinção entre leis normativas e leis construtivas, cujas ideias foram difundidas por

---

<sup>30</sup>CUNHA, S.S., op. cit., p. 154.

Georges Scelle. Nesses termos, a lei normativa seria uma regra de direito e a construtiva, por exteriorizar princípios, como produto da ação pessoal do legislador. Desse modo, funcionando como o ato administrativo, seria susceptível de causar danos aos particulares, ensejando, em razão disso, a responsabilização do Estado.

Por sua vez, seguindo a trilha de Duguit, Roger Brulle assegura que a responsabilidade civil do Estado legislador decorre do risco advindo de sua legislação construtiva que, na expectativa de tutelar um direito, lesa alguns indivíduos, colocando-se em contradição com seus objetivos. Por isso, contrapõe-se à necessidade de assegurar certo equilíbrio entre fruição dos bens e a perfeita distribuição dos encargos sociais, como em suas palavras:

*On peut conclure en somme sur ce point que la responsabilité de l'État législateur naît du risque que as législation construtive, ouvre technique et artificielle qui doit faire régner pour le bien de tous une norme de droit, ne lèse spécialement quelques individus, dont l'activité n'était pourtant pas contraire à la règle de droit que la loi se propose d'organiser ou de en mettre en oeuvre<sup>31</sup>.*

Não resta dúvida que se trata de um processo legislativo viciado, onde predomina a culpa e a licenciosidade de membros do Parlamento. Houve quebra de garantia pela ruptura emergencial de estrutura constitucional, em decorrência de comportamento incompatível com a ordem moral. Decerto, a disposição legislativa é conflitante na medida em que, ao tentar contemporizar o lado

---

<sup>31</sup>DUGUIT, Léon. **L'Etat, les gouvernants et les agents**. [S.l.]: A. Fontemoing, 1903. v. 14. Disponível em: <<http://scholar.google.com/scholar>>. Acesso em: 27 jul. 2006.

do governo, nega o direito incontestável dos “*inativos*” de não serem taxados “*duas vezes*” pelo mesmo fato gerador. Por isso, a sustentação jurídica da responsabilidade se assenta no postulado da moral social inscrito na ordem positiva.

O debate travado ao derredor das características do prejuízo que permita o dever de indenizar mereceu as seguintes observações de Gaston Jèze:

- a) deve ser uma indenização passível de mensuração pelos tribunais, se silenciada pela legislação;
- b) fundamenta-se essa aplicação no princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos;
- c) o prejuízo deve ser a consequência direta de uma disposição legislativa;
- d) o dano deve ser certo, atual e não eventual. E somente a partir do momento em que o dano é certo, que o recurso para indenização poderá ser recebido;
- e) o dano resultante da lei deve ser material, isto é, estimável em dinheiro;
- f) o prejuízo deve ser relativo a um direito verdadeiro e não somente a um interesse;
- g) o prejuízo deve ser especial. Toda lei tem por consequências vantagens e inconvenientes<sup>32</sup>.

## 2.4 Responsabilidade objetiva do Estado

Não é demasiado perceber que a controvérsia posta sob o erudito crivo do Judiciário permanece acesa pelo inconformismo dos juristas comprometidos com o direito justo e se funda no texto constitucional. Em um dos seus dispositivos, a regra da responsabilidade objetiva encontra guarida:

---

<sup>32</sup>JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1948. p. 97.

[...] as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa<sup>33</sup>.

Os casos previstos pela Constituição podem se originar de ações ou omissões imputadas às pessoas jurídicas de direito público, às de direito privado prestadoras de serviços públicos e aos respectivos agentes. São seus elementos constitutivos: a) existência do dano e do nexo causal; b) estar o agente no exercício efetivo ou aparente de suas funções; e c) ausência de causa excludente de responsabilidade, tais como: força maior, caso fortuito, fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima ou estrito cumprimento do dever legal, dentre outras.

Como se denota do raciocínio desenvolvido, o dano há de ser real e certo, com consequências imediatas ou supervenientes. Por sua vez, quanto ao nexo de causalidade, para sua configuração, torna-se imprescindível seja comprovada a existência de vínculo entre o dano e a ação ou omissão.

A “ação”, para os efeitos da teoria objetiva, somente se configura em razão de atuação mediante atos jurídicos, medidas e operações materiais, com a aderência dos elementos evidenciadores do dano e do nexo causal. A “omissão” pode advir da inércia, da falta ou insuficiência de atos jurídicos, de medidas, de operações materiais no contexto da Administração ou da ausência de atuação adequada em situação de risco ou do descumprimento de dever imposto pelo ordenamento jurídico.

A ideia da reparabilidade floresceu e tomou corpo a partir da percepção de que a culpa não era bastante

---

<sup>33</sup>CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 37, § 6º.

para alimentar todos os casos capazes de, com a mesma, manter vinculação estreita. Entretanto, subsiste a culpabilidade como seu elemento fundante, sem prejuízo da regra constitucional que lhe empresta contorno normativo, tanto que Caio Mário da Silva Pereira adverte: “regra geral, que deve presidir a responsabilidade civil, é a sua fundamentação na idéia de culpa”<sup>34</sup>.

## 2.5 Teoria do risco administrativo

É relevante assinalar que a regra sob comento tem seu lastro de concreção na teoria do risco administrativo, ou na *faute du service*, dos franceses. Distancia-se da teoria do risco integral como, de maneira equivocada, tem sido agasalhada para sustentar teses contra os interesses do Estado, como ora aqui revigorada na formulação engendrada pelo douto Ministério Público Federal.

Essa formulação doutrinária da responsabilidade objetiva desfocada da realidade pragmática, portanto sem fundamento na teoria da culpa, pode levar o Estado a assumir encargos excessivos, visto que poderá vir a ser chamado a cobrir todos os riscos decorrentes dos efeitos da causalidade, como adverte Guilherme Couto de Castro em raciocínio colhido de sua função jurisdicional:

E ler o art. 37 § 6º, da Constituição e deduzir que a responsabilidade objetiva decorre da ação administrativa, e não da omissão não ligada a dever específico de agir. Nem poderia ser diferente, pois isto implicaria cobertura, pelo estado, de boa parte dos riscos inerentes à vida

---

<sup>34</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 507.

coletiva. A chamada teoria do risco integral não tem cabimento, na espécie<sup>35</sup>.

No perpassar do tempo, a teoria do risco tem sofrido críticas contundentes, de modo especial, dos juristas franceses, pela supressão do seu elemento moral e sua redução à temática da causalidade. Entendem que afastar o conceito de culpa não importa simplificação haja vista que apenas o aspecto atinente à causa não permite até as raízes do dano. Eis o pensamento da doutrina francesa, sintetizado por Martinho Garcez Neto:

Finalmente, não há justiça em se responsabilizar quem nada fez de errado ou de ilícito, pela única circunstância de ter apenas uma ocasional intervenção na realização do dano, mesmo porque quem agiu de maneira incensurável não deve ser molestada<sup>36</sup>.

Na mesma linha, a observação de Miguel Maria de Serpa Lopes:

Igualmente o critério do Direito Francês, desde anteriormente ao Código de 1804, que tem sido fiel ao princípio da culpa. Em face do Código supracitado, o art. 1382 estabelece a responsabilidade por todo o fato do homem que representa a culpa<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup>CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 56-57.

<sup>36</sup>GARCEZ NETO, Martinho. **Responsabilidade civil do direito comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 100. LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: fontes contratualistas das obrigações – responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 166. v. 5.

<sup>37</sup>LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: fontes contratualistas das obrigações – responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 166. v. 5.

No plano da codificação germânica, a matéria pontifica com a identificação de dois elementos que lhe dão conformação: a) *rechtswidrig*, que configura ato ilícito, isto é, praticado contra direito; b) *verschulden*, caracterizado por seu caráter culposo, sendo, assim, a culpa fato determinante da responsabilidade, a teor dos §§ I e II do § 823 do BGB (Código Civil Alemão). Também é informado pelo critério da culpa, consoante Miguel Maria Serpa Lopes.

No direito germânico (BGB), princípio fundamental é o da culpa, elemento integrante da responsabilidade civil, como acontece no caso previsto no § 826, sendo que, em alguns casos, é necessário o dolo, pois a simples culpa não é suficiente<sup>38</sup>.

Do mesmo modo, o Código Suíço de Obrigações alberga esses dois requisitos, nos termos do seu art. 41. O Código Civil Italiano, como se infere do seu art. 2.042, contempla as mesmas condições, tendo a ilicitude como elemento fulcral do dano, ao disciplinar: “qualquer ato doloso ou culposo, que ocasione a outrem um prejuízo injusto”.

Perscrutando a doutrina francesa, a tese da responsabilidade do dano extrapatrimonial perpassa pela compreensão que se tenha do termo *dommage* inserto no art. 1382 do Código Civil Francês; assim assentado: “*Tourt fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui para la faute dequel il est arrivé, lè réparer*”.

Não se pode negar que a França acolheu, mas de modo tímido, parcial, tácito, a tese ora resistida. Encontrada, mesmo assim, somente em preceitos que, implicitamente, podem dar guarida a situações excepcionais.

---

<sup>38</sup>GARCEZ NETO, 2000.

Isso leva a deduzir que o *dano* previsto em sua codificação restringe-se à lesão patrimonial, pois, consoante adverte Wilson Melo da Silva, sua aceitação incondicional pelo legislador fica na dependência da exata conceitualização que se tenha a emprestar ao termo *dommage* do art. 1382 do Código de Napoleão<sup>39</sup>.

O direito espanhol reproduz a linguagem do preceito estatuído no art. 1382 do Código Civil Francês, disciplinando: “*El que por acción causa dano a outro, intervimento culpa o negligencia, está obligado a reparar el dano causado*” (CCE, art. 1902).

Assim, ao perquirir-se a amplitude da palavra dano, ainda se louvando em Wilson Melo da Silva,

[...] sempre se entendeu, ali, na pátria de Cervantes, que a única lesão de que cogitava a lei civil era a patrimonial simplesmente. [E acrescenta o referido autor:] *Every injury imports a damage though it does not cost the party a farthing; for damage is not merely pecuniary, but nay injury imports damage when man is thereby hindered of his right*<sup>40</sup>.

Já no direito anglo-americano não se encontra a fecundidade com o tema que foi desenvolvido pelos juristas alemães, franceses e italianos e, inclusive, no plano legislativo. Escassas, pois, são as regras dispendo sobre situações configuradoras de danos morais, visto que a preferência limita-se ao exame a partir de casos concretos. E isso se infere do comentário de Wilson Melo da Silva, a propósito da posição de Damages Hale:

---

<sup>39</sup>SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 129.

<sup>40</sup>MAYNE; SMITH apud *ibidem*, p. 190.

Para tal autor, os danos morais considerados isoladamente, isto é, quando não surjam acostados ou de envolta com danos materiais, ordinários não devem gozar jamais da proteção legal. Jungidos aos danos patrimoniais motivo para que, em os considerando, ordene o juiz, relativamente a eles, no *quantum* final da indenizações, uma parcela<sup>41</sup>.

E então e uma vez que, como *conditio sine qua non* para a reparação desses danos, os mesmos devam sempre aparecer associados aos danos patrimoniais, concluir-se-á que o dano moral para Hale seria uma espécie de acessório que não poderia viver independentemente do principal – o dano patrimonial e, por consequência, não seria reparável, senão quando reclamamos juntamente com o principal<sup>42</sup>.

Dessa visão, igualmente, não se afastaram os gregos e egípcios, cujos códigos estão assentados no princípio da culpa:

O código Civil da Grécia firmou igualmente o princípio da culpa, embora, em casos especiais, faça aplicações da responsabilidade objetiva, como no caso de mandatários sem poderes [art. 231], responsabilidade de fato dos prepostos na execução dos contratos [ art. 234] e da responsabilidade dos hoteleiros. Em outros casos, cria uma presunção de culpa, como no caso da responsabilidade pelo fato do animal doméstico ou pela guarda [art. 924]. [...]

O código Civil Egípcio, de 1948, que sofreu a influência das diversas legislações vigentes ao tempo de sua elaboração, rejeitou a teoria do risco para se filiar nitidamente à idéia de culpa. O princípio geral e fundamental

---

<sup>41</sup>Ibidem, p. 215.

<sup>42</sup>Ibidem, p. 216-217.

da responsabilidade consiste na obrigação de reparar incumbimento a quem causar um prejuízo por culpa<sup>43</sup>.

Pela conciliação havida entre a responsabilidade objetiva e subjetiva restou como fator preponderante a ideia de culpa na configuração da responsabilidade e, por consequência, seja obrigado ao que causou o dano o dever de repará-lo, consoante anota Miguel Maria de Serpa Lopes: “a noção de responsabilidade civil no Direito moderno ainda é preponderantemente calcada na idéia de culpa”<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup>LOPES, op. cit, p. 166.

<sup>44</sup>Idem, p. 165.

## C A P Í T U L O    I I I

# NULIDADE DO ATO LEGISLATIVO FRAUDULENTO

### **Sumário**

- 3.1 O equilíbrio da democracia depende da minoria representativa
- 3.2 Ilegitimidade do procedimento adotado pelo legislativo
  - 3.2.1 *Reforma da previdência e saques milionários*
  - 3.2.2 *O parlamento não comporta a república da compra de votos*
- 3.3 Nulidade absoluta de ato legislativo fraudulento
- 3.4 Controle do ato legislativo fraudulento

### 3.1 O equilíbrio da democracia depende da minoria representativa

Nem sempre a deliberação coletiva timbrada pelo voto de uma maioria eventual pode ser considerada como marco determinante da democracia. Esta é fruto da engenharia engendrada pela manifestação consciente da cidadania cuja ideia-força abre espaço para sua consolidação. Ademais, não poucas vezes tal expressão pode escamotear a realidade em face do modo como é construída.

Quer se dizer, com isso, que o processo de cooptação de parlamentares é fato que compromete a legitimidade do fazer legiferante. O equilíbrio dessa atividade, dosada de forma homogênea, é indispensável à configuração da representação popular. E na tentativa de estabelecer um tratamento igualitário do povo na tessitura de um regime democrático, pois:

*Suprimida la concepción de la homogeneidad nacional indivisible, entonces el funcionalismo de la pura verificación de la mayoría, sin razón y vacío de contenido, es lo contrario a la neutralidad y la objetividad; es tan sólo el despotismo de una mayoría cuantitativamente mayor o menor sobre la minoría oprimida*<sup>45</sup>.

No que se toca a essa questão, vale trazer à baila o posicionamento recente da Suprema Corte de Justiça do Brasil, cumprindo transcrever excerto do voto do Ministro Celso de Mello:

É que, como se sabe, deliberações parlamentares majoritárias (ou, até mesmo, unânimes) não se qualificam

---

<sup>45</sup>SCHMITT, Carl. **Legalidad y legitimidad**. Granada: Editorial Comares, 2006. p. 26.

como fatores de legitimação de atos eventualmente inconstitucionais que delas resultem, eis que nada pode justificar, considerando o próprio significado do regime democrático, a perversão das Instituições, notadamente quando os atos do Parlamento transgridem direitos, prerrogativas e garantias asseguradas pela Constituição da República.

Em uma palavra: deliberações parlamentares, ainda que resultantes de votações unânimes ou majoritárias, não se revestem de autoridade suficiente para convalidar os vícios gravíssimos da inconstitucionalidade, pois, se tal fosse possível, a vontade de um dos Poderes constituídos culminaria por subverter a supremacia da Constituição, vulnerando, de modo inaceitável, o próprio significado do regime democrático<sup>46</sup>.

Esse tom harmonioso que deve nortear o exercício da atividade legislativa não deve tolher a capacidade de iniciativa das minorias, como adverte Pinto Ferreira,

[...] a livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia [, acrescentando:] A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende a verdadeira democracia constitucional. A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o polo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu polo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia. O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão

---

<sup>46</sup>STF. Medida Cautelar e Mandado de Segurança 26441/DF. Rel. Min. Celso de Mello.

das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia<sup>47</sup>.

Para Geraldo Ataliba, na mesma linha aqui pontilhada, somente pode existir república democrática:

[... ] onde se assegure que as minorias possam atuar erigir-se em oposição institucionalizada e tenham garantidos seus direitos de dissensão, crítica e veiculação de sua pregação. Onde, enfim, as oposições possam usar de todos os meios democráticos para tentar chegar ao governo. Há república onde, de modo efetivo, a alternância no poder seja uma possibilidade juridicamente assegurada, condicionada só a mecanismos políticos dependentes da opinião pública.

A constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, não pode oprimir a minoria. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> FERREIRA, Luis Pinto. **Princípios gerais do Direito Constitucional moderno**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. p. 195-196. v.1.

<sup>48</sup> ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 24, n. 96, p. 189-194, out./dez.1987.

Impõe salientar, ademais, que o Parlamento brasileiro, nessa perspectiva, não reúne condições objetivas para legislar, tendo em vista o descrédito<sup>49</sup> a que chegou a partir do monumental escândalo do mensalão, das **fraudes em procedimentos licitatórios (sanguessugas), caixa dois, propinas, comércio de compra e venda de votos e outras negociatas com os cargos públicos**. Efetivamente, a minoria precisa com urgência melhorar essa imagem negativa do Poder Legislativo. Daí a inadequação do processo de elaboração das leis, conforme anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

---

<sup>49</sup>"A incapacidade de o positivismo responder à questão fundamental dos requisitos a que devem obedecer as leis para merecer o respeito moral levou ao formalismo da jurisprudência: também se não pergunta quais as condições que devem estar presentes nas decisões judiciais para merecer respeito moral dos seus destinatários ou dos cidadãos.

As concepções normativas preocuparam-se apenas com a construção formal do direito. Poderíamos dizer que a preocupação com o arquitecturado edifício jurídico teve como consequência uma ordem jurídica construída como uma hierarquia militar: o problema da justiça foi sacrificado à descrição das regras de competência: o critério do direito tornou-se meramente formal. A época contemporânea produziu um direito impecável na sua apresentação formal, mas despojado de alma. O estilo seco e sem adjectivos e linguagem fria e impessoal das leis denuncia uma ciência do direito que procura a perfeição dogmática, mas tantas vezes esquecendo que o direito existe para disciplinar a economia e a sociedade de modo justo, organizando direitos e interesses - e não para responder a problemas teóricos. A aversão do pensamento jurídico pelo adjectivo baniu da linguagem jurídica vocábulos como justiça, lealdade, razoabilidade, racionalidade, arbitrariedade, intolerável - apenas e gradualmente presentes na jurisprudência mais recente" (HOMEM, António Pedro Barbas. **O justo e o injusto**. Lisboa: A. A. F. D. Ed. Ltda., 2001. p. 44).

Em face do que se acaba de recordar, não é despropositado afirmar que o processo clássico de elaboração das leis é inadequado, sendo as medidas destinadas a obviar as suas inconveniências meros paliativos, insuficientes ou pouquíssimo úteis. De fato, esse processo se revelou inadequado para o estabelecimento das leis que devem impor equilíbrio entre os grupos sociais – as leis de arbitragem – como também para o das leis destinadas a servir de instrumento para a realização de uma política – as leis de impulsão.

Essa inadequação resulta, fundamentalmente, do irrealismo da representação e da incapacidade de um órgão coletivo, de caráter não-técnico, para o desempenho de uma atividade já de per si técnica – como o é o estabelecimento da lei –, ainda mais em matéria ou campus de caráter também técnico. No fundo, a inadequação do processo de elaboração das leis é a inadequação dos Parlamentos para o desempenho da função de legislar<sup>50</sup>.

## **3.2 Ilegitimidade do procedimento adotado pelo legislativo**

### *3.2.1 Reforma da previdência e saques milionários*

Importa salientar que a Emenda Constitucional n.º 41/2003, que pariu esse monstro, se acha contaminada pelo vírus da corrupção do processo legislativo, isto porque “boa parte dos congressistas está sob observação, majoritariamente aqueles que integram a base de apoio governista”<sup>51</sup>.

Como pode valer a produção legislativa transformada em balcão de negócio? Eis como a mídia vem reagindo a isso:

---

<sup>50</sup>FILHO FERREIRA, op. cit., p. 272-273.

<sup>51</sup>CRUZ, Valdo. *Desejos governistas. Folha de São Paulo, São Paulo, p. 10, 29 jul. 2005.*

Triste exemplo este que certos representantes da classe política passam à juventude! O cinismo é brandido como bandeira, no sujo balcão de varejo em que se mercadeja a moral e a ética a retalho, por qualquer vantagem pecuniária. A sociedade se espanta com o nível de dissimulação, engodo, perfídia, corrupção<sup>52</sup>.

Dá conta o noticiário jornalístico que grandes saques das contas do publicitário ocorreram em datas próximas às das principais vitórias do governo Lula no Congresso. Segundo o jornal Folha de S. Paulo, o cruzamento entre os tais saques e as vitórias do governo no Congresso

[...] revela uma coincidência que pode indicar a existência do ‘mensalão’, o pagamento de moeda a parlamentares em troca de apoio em votação na Câmara (grifo do autor)<sup>53</sup>.

Dedicando matéria exaustiva para demonstrar o vínculo de convergência entre saques x vitórias, aduz o jornal:

A aprovação das reformas tributária e da previdência, que interessavam diretamente ao governo, ocorreu nos meses com o maior volume de saques das contas das empresas das quais Marcos Valério é sócio em 2003. O levantamento foi feito pela Folha com base na lista de retiradas identificadas até agora pela CPI dos Correios e na conexão partidária dos sacadores. Os dados foram cruzados com os principais fatos políticos que aconteceram no governo Lula de 14 de janeiro de 2003, dia da primeira retirada, até a data da última, em 1º de outubro de 2004<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> MENTIRAS em ondas. *A Tarde*, Salvador, p. 9, 6 ago. 2005.

<sup>53</sup> CRUZ, idem.

<sup>54</sup> Idem.

Quanto à reforma da previdência, que contemplou a famigerada contribuição (imposto dos inativos), o conceituado jornal é conclusivo:

A votação e aprovação da Reforma da Previdência, em 17 e 27 de agosto daquele ano, coincidem com os saques de R\$ 2,58 milhões das contas de Marcos Valério. Desse valor, R\$ 2,53 milhões foram retirados pelo ex-tesoureiro do PL Jacinto Lemos. Todos os deputados do partido, que é aliado de primeira hora do governo, votaram a favor da reforma. O governo venceu por 357 a 123, 49 a mais do que o necessário. A reforma previdenciária estabeleceu a contribuição de servidores inativos e pensionistas (aumento de arrecadação estimado em R\$ 1 bilhão por ano) e tornou mais duras as regras para a aposentadoria do funcionalismo<sup>55</sup>.

O cerne da questão não é determinar a periodicidade do pagamento feito a deputados em troca de apoio político ou de votos, até porque os notórios ladrões dos cofres públicos não passam recibos, mas a constatação dos fatos escancaradamente veiculados na mídia diária. E é isso que põe em xeque o processo legislativo contaminado, em razão disso, por grave comportamento anti-social, alimentado por um sistema de corrupção fraudatório, que tem na legislação seu produto final, cujo vício de origem a torna ilegal e, em alguns casos, sobretudo, de emendas à Constituição, inconstitucionais.

Nesse sentido, o texto dos relatórios da CPI dos Correios e do mensalão confirma o repasse de dinheiro irregular aos políticos, acrescentando:

[...] que menos interessa a esse respeito é a periodicidade dos pagamentos. O fato importante, do qual não

---

<sup>55</sup>Idem.

podemos nos afastar, é o recebimento de vantagens indevidas<sup>56</sup>.

Tudo leva a crer que o propósito maior da reforma da Previdência, especialmente a instituição da contribuição dos inativos, não objetivou equacionar o déficit, talvez, apenas por comodidade ante a visível incapacidade da corporação governamental de enfrentar a sangria do erário, que alcança a escandalosa cifra de R\$ 70 bilhões anuais.

### 3.2.2 *O parlamento não comporta a república da compra de votos*

Fato é que os parlamentares não detêm poder ilimitado, nem o povo outorgou-lhes tanto. Exercem, isto sim, a função típica, qual seja, de construir o direito positivo para expressar delegação do povo que lhes ofertou um mandato popular para isso. O exercício dessa pretensão legislativa encontra óbice quando extrapola ou se desvincula do objetivo social para atender o casuismo de outro poder estabelecido.

Para recompor o *status quo* do cidadão a que se possa imputar o dano objeto da norma editada desatenta à realização do interesse público, o escopo da jurisdição torna-se inarredável. Há, na espécie, prejuízo retroativo a ser reparado, uma vez constatada a ofensa a direito conspurcado por plexo normativo desconforme ao texto da Constituição.

Impõe-se para o enfrentamento de Emenda Constitucional inconstitucional recorrer ao adequado instrumento processual, a fim de reverter o quadro desfavorável

---

<sup>56</sup>CPI dos Correios. **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. 2, 29 jul. 2005.

no plano da objetividade fático-jurídica. Se não se pode opor ao acórdão do STF, ao menos cabe arguir a suspensão dos efeitos dele emanados, inclusive, em sede de jurisdição cautelar.

Neste caso, o imposto na sua roupagem contributiva, dada pelo STF, não tem causa eficiente, na medida em que grava proventos já tributados pelo Imposto sobre a Renda e Proventos de qualquer natureza, incidindo em *bis in idem*, o que cabe restituição de indébito; não sem antes admitir a caracterização da responsabilidade do Estado legislador e, como consequência, o dever de indenizar em face do dano moral sofrido pelo legitimado.

Constitui imperativo afastar do convívio social os protagonistas desse país de faz de conta de que falou o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, pela sua nocividade e pelos prejuízos que causam à coisa pública. Há necessidade de a sociedade se organizar para exigir a punição desses celerados que, acobertados pela imunidade, melhor dizendo *impunidade parlamentar*, praticam um verdadeiro festival de crimes sem ser molestados, pois quase sempre retornam ao Poder, com as mais cínicas desculpas para justificar o assalto praticado indiferente à repressão policial contra o bolso indefeso do cidadão contribuinte.

Para Fernando Whitaker da Cunha:

A teoria eleitoral brasileira, como sintoma de uma dissociação permanente, entre o Estado e a Sociedade, esteve sempre em desacordo com nossa realidade, e a experiência eleitoral é gravemente comprometida pela falta de politização do povo, que favorece a fraude e a corrupção<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup>CUNHA, Fernando Whitaker da. **Representação política e poder**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. p. 96.

Essa confraria, essa sinecura, essa malta de saltimbanco tem de ser contida a todo custo, haja o que houver. Não são eles, reunidos em assembleia, na sombra do poder, em conluio permanente, na persecução do enriquecimento fácil, que vão implementar, no Brasil, “a República dos Ladrões”. Não. A consciência jurídica engajada, comprometida com a ética e a sociedade, não permitirá que isso aconteça.

Não há interesse político de se fazer uma reforma de natureza tributária estrutural, em face da presença de certos segmentos e de determinadas categorias que insistem na preservação de privilégios corporativos, sendo mais cômodo exigir o sacrifício daqueles que não têm força para resistir à escalada fiscalista. Daí “la falta de confianza que se tiene en los votantes en los asuntos fiscales”<sup>58</sup>, tendo levado o cidadão a não acreditar nos bons propósitos do legislador, uma vez alimentado por essa cultura fisiológica que compromete o processo legislativo. Tanto que F. A. Von Hayer denomina esta situação como compra de votos, sistema de corrupção “*de la política ou democracia de ladrones*”.

### **3.3 Nulidade absoluta de ato legislativo fraudulento**

Derivada do latim *nullitas*, de *nullus*, a expressão “*nulidade*” é empregada, na terminologia jurídica, como designativa de nulo, nenhum. Assim se diz, conforme De Plácido da Silva,

[...] da ineficácia de um ato jurídico em virtude de haver sido executado com transgressão à regra legal, de que

---

<sup>58</sup>VON HAYER apud TIPKE, op. cit., p. 89.

possa resultar a ausência de condição ou de requisito de fundo ou de forma, indispensável à sua validade<sup>59</sup>.

Nela incorre, pois, a emenda questionada.

Configura a espécie nulidade absoluta que tem o condão de invalidar o processo legislativo que a concebeu, com consequências práticas na instituição posterior da malsinada exação que vem sendo arrecadada pelo Fisco. Desse modo, tem-se que a permanência de tal imposto ofende a estrutura e a filosofia adotadas pelo Sistema Tributário Nacional.

Para Martinho Garcez,

[...] as nulidades de pleno direito devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer dos atos ou dos efeitos e encontrá-los provados que, por isso, eles não operam *ipso jure*<sup>60</sup>.

A nulidade de pleno direito equivale à prescrição aos atos, quer administrativos, legislativos ou jurisdicionais, praticados em desconformidade com os comandos constitucionais. Ato legislativo desconforme à Constituição é destituído de aptidão para produzir efeitos válidos, em face do vício que o contamina e, por isso, pode ter declarada sua nulidade, mediante ação autônoma de impugnação, para afastar a situação constituída sob seu império.

Não há como a inconstitucionalidade que contamina o ato jurídico povoar o ordenamento legal, dando-lhe o contorno de conteúdo pronto e acabado, absorvido pelo vício que viceja no seu âmago. Nada pode

---

<sup>59</sup>DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 640.

<sup>60</sup>GARCEZ NETO, op. cit, p. 66.

ser definitivo pela mera aparência, senão por terem concorrido, para sua construção, elementos que, pela sua consistência, tenham sido concebidos conforme a equidade.

Não existe pertinência entre a lei iníqua, injusta e inconstitucional com a segurança jurídica, visto configurar coisas diametralmente opostas. A segurança jurídica pressupõe decisão conforme a constitucionalidade, encontrando no princípio da moralidade o pilar básico de sua sustentação; fora disso, é a consolidação de absurdo, como pretexto para tornar definitiva uma situação que não resiste ao menor argumento ético e jurídico.

Os valores morais, éticos, sociais são tão edificantes na construção do direito justo, que sem eles a sociedade seria levada ao caos. Então, esta colaboração de outros instrumentos é válida na busca incessante da eficácia das regras de direito, pois o sistema carece dessa sinergia, como adverte Federico Arcos Ramírez<sup>61</sup>. Há ilicitude quando o autor da lesão ofende os valores protegidos pela ordem jurídica, e cujo comportamento repercute negativamente no seio da sociedade<sup>62</sup>.

Para enfrentar essas situações, podem-se valer os interessados dos meios de impugnação. O que se quer é o restabelecimento do *status quo*, visto que a aplicação da lei seja o caminho para a disseminação da insegurança geral, pela possibilidade de se esconder a injustiça, a fraude e a inconstitucionalidade do ato legislativo, a despeito de se ter uma solução definitiva para determinados casos absurdos.

Nada impede aos prejudicados que suportaram os

---

<sup>61</sup>NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Por uma teoria da coisa julgada inconstitucional**. Lumem Júris: Rio de Janeiro, 2005. p. 130.

<sup>62</sup>Ibidem, 137.

efeitos de normas fraudulentas envidarem esforços no sentido de promover sua desconstituição. Assim, podem lançar mão de nova demanda cuja substância seja igual à primeira, uma vez provada a inconsistência da coisa julgada que, eivada de nulidade, teve comprometido seu conteúdo, não merecendo a chancela do sistema jurídico processual.

Por outro lado, não pode deixar de se recorrer ao instrumento processual mais adequado para remover os obstáculos advindos dessa situação atípica, que é a ação declaratória de nulidade absoluta insanável de ato legislativo. De inspiração romana, pois, derivada da querela nulitatis, pode ser utilizada com o objetivo de declarar a nulidade da relação jurídica viciada, fundada em preceito imoral ou inconstitucional.

Tal possibilidade funda-se no dispositivo constante de parágrafo único do art. 4º do CPC: “é admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”. Com essa regra, pôs-se fim às intermináveis discussões acerca do uso desse instrumento, após ter-se verificado a violação do direito. No caso vertente, busca-se o desfazimento de vínculo entre os sujeitos das relações intersubjetivas operado no campo das nulidades, prejudicando uma das partes no processo que o engendrou. Na espécie, o objeto da ação declaratória no tocante à relação jurídica instaurada.

Como se vê, a ação sob comento não brota do processo transitado em sede do STF que consagrou a norma hostilizada como constitucional, visto tratar-se de uma demanda que agora tem outro perfil no plano adjetivo, isto é, busca o desfazimento de ato do Estado legislador por vício de fundo.

No plano do controle de constitucionalidade, tem-se presente um ato jurídico público (construção legislativa) eivado de nulidade, visto ter nascido defeituoso na

origem, portanto, desde o momento em que foi concebido. Por esse motivo, trata-se de ato nulo que, conforme Jorge Miranda, é o que “não produz efeitos desde a origem, mas é necessária declaração de inconstitucionalidade ou decisão de não aplicação”<sup>63</sup>.

### 3.4 Controle do ato legislativo fraudulento

A denominada **contribuição previdenciária dos servidores inativos** vem rendendo bons dividendos aos cofres públicos, pois a arrecadação dela decorrente, embora expressiva, não alterou, em termos qualitativos, o perfil do gasto público. O desperdício de recursos financeiros dos contribuintes permanece incólume, levando a uma insatisfação generalizada da sociedade com esse comportamento, de menoscabo com a receita pública.

Ressalta-se, todavia, que, com o presente estudo, não se pretende renovar a discussão em torno do quanto ficou decidido pelo Supremo Tribunal Federal, dando como constitucional a Ementa 45. Nada obstante, tece considerações a respeito do entendimento adotado, visto que ainda permanece latente no imaginário dos inativos a ideia de se opor a essa taxação absurda.

Agora, há razões supervenientes, calcadas em fatos somente conhecidos a partir de apurações feitas pela Comissão Parlamentar de Inquérito dos Correios, dando conta das irregularidades cometidas pela incúria de alguns parlamentares. Soube-se, então, que a famigerada taxação somente tornou-se possível com o voto da folclórica base aliada. Esta, atuando à sorrelfa, de forma subterrânea, fez florescer uma nova classe de políticos mensaleiros, movidos, em sua consciência, pelo

---

<sup>63</sup>Ibidem, p. 172,177.

jogo sujo do vil metal impulsionador de seus votos deletérios e os fraudadores de licitação, conhecidíssimas sanguessugas, eméritos fraudadores de processos de licitação.

Reconhecendo fortes os elementos de convicção dos parlamentares, formados a partir do contundente conjunto probatório reunido no inquérito em evidência, o Ministério Público Federal entrou no Supremo Tribunal Federal contra os envolvidos no rumoroso escândalo, a fim de serem processados judicialmente. Presente nessa situação a culpabilidade desses agentes políticos, em razão do desvio de conduta e atitude incompatível com o exercício da função pública. Essa prática irregular põe sob suspeita o processo legislativo, que culminou com a aprovação da Emenda questionada. Há possibilidade de correção desse desvio no domínio judicial, mediante ação própria.

Não se postula, na hipótese, apenas a inconstitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos, mas, de maneira especial, o reconhecimento da conduta inadequada do legislador. É na sua ação que há de se buscar a caracterização do seu envolvimento ilícito. Aqui, o fato, além de ter vulnerado a lei constitucional, contribuiu, decisivamente, para lesionar o direito constituído, consolidado pelo sistema normativo.

Daí, a presença inescusável de vício orgânico ou formal no domínio do processo legislativo, contaminado por uma Emenda cuja virtude maior foi a de causar redução dos benefícios dos inativos, mesmo que assim não tenha entendido o STF; com o agravante de que sua aprovação se deu mediante grave ofensa à Constituição Federal, o que leva a se concluir pela existência de um fato atípico. Pode-se dizer que houve preterição de formalidades essenciais, inclusive, com a quebra de confiança no fazer legislativo.

Sem justo motivo, um grupo de pessoas se viu desfalcado, de uma hora para outra, de parte considerável do seu patrimônio. Assim, é inegável o sacrifício impingido aos aposentados e pensionistas, cujos encargos romperam com a bitola da proporcionalidade. Tal postura afetou o necessário equilíbrio na distribuição de ônus e encargos que, sobrevivendo o dano, rende ensejo à responsabilidade civil do Estado legislador.

Considerando que a matéria teve seu desfecho em última instância, com o Supremo Tribunal Federal julgando como constitucional a multicitada Emenda, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, não cabe re-discutir os temas analisados, em termos definitivos, naquela oportunidade. Existindo fatos novos, gravíssimos, comprometedores do processo legislativo, capazes de afetar o resultado em detrimento da ética do tributo, podem os prejudicados voltar à presença do Poder Judiciário para reverter a situação adversa que lhes foi imposta.

Com supedâneo nos elementos constantes da CPMI dos Correios, que concluiu pela existência de deputados mensaleiros, isto é, aqueles que a soldo do Executivo atuaram no domínio da esfera civil penal, o assunto poderá voltar a ser questionado no Juízo de primeira instância sob ótica da responsabilidade do Estado por atos legislativos.

Há excesso culposo e, portanto, a consagração do arbítrio em detrimento do servidor inativo, diante do comportamento ilícito no modo de atuar dos parlamentares. Essa prática nefasta não pode ser dissociada a exercício inerente à função legislativa, tanto mais porque afua contra eles uma variedade de crimes, perfeitamente capitulados no Código Penal.

No plano da processualística, em desfavor da União, revela-se exequível o manejo de uma ação

ordinária de responsabilidade civil ou objetiva, pois, cabível, na reparação por danos morais. Cabível, na espécie, recorrer-se ao socorro de declaratória de nulidade absoluta de ato legislativo, a fim de que uma vez reconhecida, possa-se restituir o valor total recolhido. Nessa hipótese cumulada com repetição do indébito tributário, perfeitamente compatível com a sistemática processual vigente. Com efeito, a conduta adotada por agentes do executivo não se compraz com a ordem jurídica democrática, regida superiormente pela Constituição da República.

O exercício temerário da função de legislar, por parlamentares pouco afeitos a uma postura ética, descompromissados com a honorabilidade, há de ser expiado pelo desrespeito flagrante ao princípio do mínimo existencial; sobretudo, por ter espicaçado a dignidade dos aposentados, o que redundava, ainda, em dever ressatório por parte do Estado, pois, “quando a lei, ainda sob a melhor inspiração, culmina por lesar interesses de um cidadão, ou de certo número de indivíduos, sujeita o Estado a ressarcir o dano causado”.

Como ficariam os valores recolhidos a título de contribuição previdenciária dos inativos no que diz respeito ao procedimento de sua restituição? Seria indispensável recorrer-se a uma ação autônoma visando a sua restituição? Sim. O Código Tributário Nacional oferece solução própria para a devolução de imposto pago indevidamente, cujo direito de restituição rege-se pela prescrição quinquenal.

É no domínio do Direito Processual que a matéria encontra guarida, recorrendo-se à figura típica de repetição do indébito. Desse modo, a saída passa pela iniciativa dos interessados em repor parte dos seus proventos confiscados, mediante oposição da Ação Declaratória de Nulidade Absoluta de Ato do Estado

Legislador cumulada com a Repetição do Indébito. Espera-se que, desta vez, o Judiciário repare a injustiça cometida, ao dar esse imposto a roupagem legal de que precisava o Executivo para escorchar determinado segmento da sociedade.

# CAPÍTULO IV

## RESTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DOS INATIVOS

### **Sumário**

- 4.1 Contextualização do tema
- 4.2 Configuração de fraude perpetrada contra as instituições democráticas
- 4.3 Caixa dois constitui uma prática criminosa segundo o STF
- 4.4 Tentativa de reduzir o mensalão a mera infração eleitoral
- 4.5 Pressupostos do caixa dois no plano da corrupção
  - 4.5.1 *Corrupção como elemento fundante do caixa dois*
  - 4.5.2 *Representatividade*
  - 4.5.3 *Jurisdição popular*
  - 4.5.4 *Abuso de poder do Legislativo*
- 4.6 Inconsistência das teses defensivas
- 4.7 Conclusões

## 4.1 Contextualização do tema

*‘O Brasil é este comício imenso de almas. Não são os ‘comensais do erário’. Não são as ‘ratazanas do tesouro’. Não são os ‘mercadores do Parlamento’. Não são as ‘sanguessugas da riqueza pública’. Não são os ‘falsificadores de eleições’. Não são os compradores de jornais. Não são os ‘corruptores do sistema republicano’. Não são os ‘oligarcas estaduais’. Não são os ministros da tarraxa. Não são os presidentes de palha. Não são os ‘publicistas de aluguel’. Não são os estadistas de impostura. Não são os diplomatas de marca estrangeira. ‘São as células vivas da vida nacional. É multidão que não adula, não teme, não corre, não recua, não deserta, não se vende’ (grifos nossos) <sup>64</sup>.*

A matéria, aqui, tem por escopo questionar a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 41, responsável pela reforma da previdência que, inclusive, criou a famigerada Contribuição Previdenciária dos Inativos. Na verdade, já tinha o STF decidido que o referido instrumento normativo gozava de plena higidez, pois nele não se vislumbrava qualquer arranhão ao texto constitucional, com o que não se comungava com o ponto de vista daquela Corte, aqui contraditada, especialmente, no que diz respeito à mencionada exaço.

Agora, diante de fatos comprovados no bojo da ação penal intentada pela Procuradoria Geral da República, entende-se que a tese esposada estava no caminho certo, à luz do entendimento do STF, que abriu a possibilidade real de se rever as regras consubstanciadas naquela emenda reformadora do regime previdenciário. Tomara

---

<sup>64</sup>FUNDAÇÃO CASA DE RUI BARBOSA. **Pensamento e ação de Rui Barbosa**. Brasília, DF: Senado Federal, 1999. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira). p. 371.

que o pensamento linear de alguns, mais uma vez, não frustrasse as expectativas dos que assumiram obrigações fundadas em ato normativo concebido sob o manto da ilicitude.

Esta se oferece uma boa oportunidade para se manejar ação ordinária, mediante controle difuso de constitucionalidade ou mesmo ação direta de inconstitucionalidade, em jurisdição de controle concentrado. São duas hipóteses que se revelam viáveis na persecução do interesse a ser tutelado em face da questão que está a merecer a devida equação no âmbito Judiciário. Não se deve potencializar a segurança jurídica a fim de convalidar atos realizados com o objetivo de fraudar o direito, bem como espalhar o medo de que a decretação de inconstitucionalidade da Emenda possa causar o caos no ordenamento legal.

A rigor, não houve qualquer surpresa no desfecho dado pelo STF à ação penal 470, conhecida por mensalão, diante da constatação anterior da CPMI dos Correios. Esta demonstrou, de forma peremptória, sua existência real, a partir da denúncia formulada pelo ex-deputado Roberto Jefferson. As manobras ilegítimas e os votos secretos impediram que toda a quadrilha envolvida ao seu derredor fosse desbaratada e desmascarada. Disso resultou não sendo alcançados todos os parlamentares envolvidos com essa prática criminosa.

Com efeito, a referida comissão, apesar do ingente esforço despendido, não logrou alcançar o êxito desejado em razão do comportamento escuso daqueles que impediram a cassação das pessoas envolvidas nos graves fatos narrados pelo denunciante. De qualquer sorte, abriu o caminho para que a Procuradoria Geral da República, com base nos documentos por ela produzidos, instaurasse a ação penal 470 junto ao STF, que, aceitando a denúncia, deu consequência à mesma, nada

obstante os pedidos para desaforamento do processo sob pretexto de que alguns dos denunciados não gozavam da prerrogativa de função.

Não se pode negar a importância da argumentação deduzida pela maioria e o respeito ao contraditório, evidenciando a condução correta do julgamento. Vale registrar, todavia, que o processo ainda não se libertou das amarras das ordenações afonsinas, ao perder tempo precioso com excessivas formalidades burocráticas que, absolutamente, não alterariam como, de fato não alteraram, o mérito da questão. O caráter meramente quantitativo do texto do revisor, além de prolixo, contribuiu mais para atrasar os trabalhos do plenário com as suas indefectíveis 1.500 páginas.

Tanto que Marco Antonio Villa chamou a atenção para essa faceta burocrática do processo, aduzindo:

Apesar do longo julgamento, de muita retórica vazia, de um excessivo formalismo jurídico, o STF acaba se reencontrando com a Nação... Mas a forma corajosa que enfrentou os donos do poder merece ser louvada... Não faltam Constituição, códigos, leis, decretos, um emaranhado caótico. Mas nada consegue regular o bom funcionamento da democracia brasileira. Ética, moralidade, competência, eficiência e compromisso público simplesmente desapareceram<sup>65</sup>.

Diz a CF, de forma peremptória, que o poder emana do povo e em nome dele é exercido. Para a consecução desse desiderato o estruturou em três funções básicas a fim de cumprir os desígnios constitucionais, a saber: executiva, legislativa e judiciária. Segundo, ain-

---

<sup>65</sup>VILLA, Marco Antonio. **Mensalão**: julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira. São Paulo. p. 388-389.

da, a Carta Magna, o exercício dessas atividades deve se pautar por regras e princípios basilares que informam o regime democrático e a programática republicana.

O ideário político, como um legado do povo forjado no perpassar de sua trajetória histórica, vem sendo conspurcado pelos plantonistas que compõem a corporação governamental. Os políticos desviaram-se dos caminhos que deveriam trilhar na persecução do bem comum, preocupados que estão com seus negócios privados construídos e consolidados à sombra do poder e, portanto, na base de generosos recursos públicos incorporados ao seu patrimônio.

As disfunções que engendram a configuração desse quadro fincam suas raízes no processo eleitoral. Sua desfiguração pela presença nefasta do poder econômico tem sido sua causa determinante, na medida em que os partidos políticos vão se afastando de seus compromissos programáticos. E os desvios de conduta protagonizados pelos detentores do mandato popular não são devidamente apurados ou são esclarecidos com desculpas pueris.

Além da notória morosidade do Poder Judiciário, outros expedientes concorrem para agravar esse quadro desenhado no cenário político. Dentre eles, cumpre nomear: a imunidade parlamentar, o foro privilegiado, o voto secreto proferido nas Comissões Parlamentares de Inquérito, a representatividade própria e o custo da manutenção dessa máquina de fabricar leis, muitas delas, inúteis e desnecessárias, que é o Congresso Nacional.

A imunidade parlamentar, ao contrário do que se apregoa, de há muito perdeu a sua razão de ser, pois, ao invés de garantir ao parlamentar o uso da palavra, ela tem-se prestado para cobrir as fraudes por ele perpetradas. Transfigurou-se ao colocar fora do braço policial todas as transgressões capituladas no Código Penal

contra a Administração Pública. São inúmeras as figuras nele tipificadas como criminosas e, engenhosamente, por ele denominadas de caixa dois.

A imunidade, assim concebida, se afigura uma fórmula monumental de garantir a impunidade de políticos que fazem da corrupção sua profissão de fé. A maioria congressista jamais dela se utiliza em face de sua firmeza de caráter. Existem muitos no Parlamento que honram o mandato e são, inquestionavelmente, dotados da mais alta qualificação moral e intelectual que, lamentavelmente, têm que conviver com os detentores do mandato. O foro privilegiado concorre, também, para isso.

O voto secreto proferido no Plenário das Comissões de Inquérito, no interior do Parlamento, contribui fortemente para a cultura da impunidade parlamentar, na medida em que absolve os transgressores de decoro parlamentar. A Comissão Parlamentar Mista de Inquérito constitui um exemplo patético dessa assertiva. Muitos parlamentares, membros efetivos da honorária instituição do mensalão, escaparam de responder pelos seus atos criminosos.

Como se denota, o poder não está sendo exercido em nome do povo de modo a garantir os direitos fundamentais que lhe são assegurados pela CF. Nesse aspecto, verifica-se que os representantes não vêm cumprindo o papel que o povo lhes outorgou.

Se a crise existe, não se debite a iminência de conflito entre poderes como alardeiam os cínicos coniventes. Se crise há, possivelmente, não é por razão disso, não decorre dessa possibilidade pouco palpável. A causa pode ser buscada nas entranhas do próprio Poder Legislativo que, paquidérmico, não atende aos anseios do povo; serve, apenas, para forjar o ideal do enriquecimento através de expedientes pautados em interesses inconfessáveis.

É necessária a mobilização urgente da sociedade civil visando a alijar esse quadro deletério que essa maioria artificial e ilegítima continua a perpetuar: o crime continuado contra a Administração Pública. Torna-se imperioso o manejo dos instrumentos da ação popular e do *impeachment* para defenestar essas figuras caricatas dos quadros políticos pelos danos que vêm causando ao Erário.

#### **4.2 Configuração de fraude perpetrada contra as instituições democráticas**

Os elementos levantados ao longo dos anos pelos órgãos incumbidos do controle e fiscalização da administração pública, no plano do decoro parlamentar, evidenciaram, de modo claro, as circunstâncias em que se deu a reforma da previdência, que criou em seu bojo a famigerada Contribuição Previdenciária dos Inativos. Confirma-se que ela se operou num ambiente onde imperou a compra de votos em troca de apoio dos partidos políticos para o processo legislativo reformador fora do clima de normalidade, pois alimentado por grandes quantias em dinheiro.

Por conseguinte, se assim se configurou o retrato fiel desse jogo sujo, dúvida não prospera de que se está diante de uma farsa que foi a votação e aprovação da Emenda Constitucional n.º 41. Daí, seu nítido caráter de inconstitucionalidade enquanto produto espúrio de congressistas que se transformaram em mercadorias e se deixaram comprar com o dinheiro público, a fim de votar a favor de um projeto petista de perpetuação no poder, em detrimento do regime democrático, o que foi cabalmente demonstrado pelo Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios já tinha chegado antes à mesma conclusão, inclusive, elaborando um quadro

comparativo entre a farta liberação de recursos financeiros e os dias de votação da referida emenda. Flagrante a absoluta falta de decoro dos parlamentares que, nesse procedimento, não honraram a sagrada soberania popular, embora o Supremo tenha se aprofundado na equação fático-jurídica da matéria.

Trata-se a espécie de uma gravíssima fraude ao direito e ao quanto dispôs o constituinte originário que não previu a contribuição dos inativos no quadro constitucional da tributação. Demais disso, o ato fraudatório não pode ganhar foro de definitividade e legitimidade, devendo ser extirpado do texto constitucional em homenagem ao postulado da moralidade. Cuida, pois, de ato viciado que não se compraz com a regularidade do quadro normativo modelado pela Constituição da República.

Não há como convalidar a fraude legislativa para validar sua inserção no sistema legal, que não comporta arranjo dessa natureza. Ninguém pode ser beneficiado ou prejudicado em função de ato simulado, produto do comportamento incompatível com a moralidade. Tanto é assim que o direito adquirido torna-se insustentável quando o seu titular age de forma contrária ao direito porque escoado em lei inconstitucional.

Há consenso no sentido de que a moral deve modelar o procedimento, seja de pessoa física, seja do ente estatal. É preciso, portanto, afastar a unilateralidade de que o Estado é intocável e pelos seus atos sofram os cidadãos. O homem é um ser, uma realidade palpável e o Estado uma abstração criada, no plano jurídico, para atender suas demandas libertas do estado de natureza, que está mergulhado na insegurança.

Seria um contrasenso admitir essa lógica, construída em falsa premissa, de que os fins justificam os meios para atingir um objetivo, mesmo em detrimento do bem comum. Seria menos caber o esforço, direcionando na

busca de restaurar o elo perdido na senha despudorada do gestor de infidelidade a representatividade popular que alimenta a democracia.

Diante disso, a lesão causada pelos corruptos ao tecido social combatido com o seu *modus operandi* torna exequível sua reparação em sede jurisdicional. Não se deve, pois, desencorajar qualquer iniciativa nesse sentido, que redundaria em negativa ao acesso ao Judiciário. A decisão tomada pelo STF, reconhecendo a atitude nefasta dos mensaleiros, autoriza, sem dúvida, arguir em juízo a inconstitucionalidade da Emenda n.º 41.

Se assim não for, perde toda força do julgamento do mensalão que, embora dando como procedente a ação penal n.º 470, alguns ministros do STF entendem que tal não justifica a invalidade da cobrança da contribuição previdenciária dos inativos. Nessa parte não lhes assiste razão, pois a prevalecer nessa tese todos os benefícios e vantagens auferidas de forma ilegal igualmente poderiam ser incorporados ao patrimônio **das pessoas, sob de se dar um tratamento diferenciado para situações iguais.**

#### **4.3 Caixa dois constitui uma prática criminosa segundo o STF**

O termo *caixa* é polissêmico na medida em que, na terminologia jurídica, é dotado de várias significações, aqui, sendo empregado para designar a técnica consistente no registro de operações envolvendo dinheiro em termos de recebimentos e pagamentos promovidos por partidos políticos. Pressupõe-se, nessa linha, a contabilização de bens e valores, no caso, doações de campanhas eleitorais a fim de que, posteriormente, possam ser prestadas *a posteriori* contas à Justiça Eleitoral.

No plano eleitoral, isso não aconteceu relativamente a alguns políticos ou partidos, que agiram com a

finalidade deliberada de falsear a verdade. Constatou-se, assim, que, para a consecução desse desiderato, a formação de uma quadrilha perfeitamente identificada pelo STF, composta por três núcleos para a realização de atividade criminosa: política, financeira e operacional, numa trama artilosa, que conseguiu arrancar somas vultosas dos cofres públicos.

Foi através dessa sistemática fraudulenta, portanto, adremente estruturada com o intuito deliberado de causar prejuízo ao erário é que surgiu a figura nefasta do denominado *caixa dois*. Numa tentativa de afastar o conteúdo ilícito que encerra tal prática, os espartos tentaram difundir a ideia de que se tratava, apenas, de recursos financeiros doados por empresários e não contabilizados.

Com efeito, é de fácil percepção o seu caráter de ilegalidade em face do objetivo ou intenção de não se prestar contas dos mesmos. E, assim, visando a escamotear a verdade em decorrência de não colocar clara a situação decorrente da manobra fraudulenta perpetrada pelos chamados *mensaleiros*. Constitui, pois, como devidamente provado em sede de jurisdição constitucional, em empréstimos financeiros simulados que, por eles, nunca foram pagos.

Aos atores dessa cena burlesca faltou dignidade para assumir as obrigações contraídas, ainda que simuladas, mesmo porque do dinheiro recebido, uma parte destinava-se aos gastos vinculados às suas promoções e campanhas de candidatos e a outra incorporada aos seus patrimônios pessoais. Este é o motivo determinante pelo qual não foi declarado por empresas ou políticos aos órgãos de fiscalização, porquanto se trata de mecanismo utilizado ilegalmente em campanhas eleitorais.

Os prejuízos causados dão a exata dimensão da extensão dos graves fatos apurados pelo STF cujos tipos

penais podem ser encontrados em vários dispositivos do Código Penal, dentre eles, avulta assinalar, conforme enquadramento feito pelo Supremo: lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, corrupção ativa e passiva, evasão de divisas, peculato e outros contra a administração pública. Este é seguramente o saldo de quanto apurado pelo STF.

Desqualificar o sistema representativo implica menoscar o princípio da soberania popular e, portanto, fraudar a democracia. Nesse aspecto, em sua obra *Fraude contra derecho*, José Lois Estévez coloca com propriedade:

Esto, claro está, de Derecho, porque de hecho, todos los partidos políticos se conducen, en su estructuración y funcionamiento (todo mundo lo sabe), en fraude a los principios democráticos: el líder manda; El decide quiénes serán por el partido, los representantes populares, En las ata, mediante el voto público en las Cámaras, aun cuando se haya prohibido los mandatos imperativos, etc.<sup>66</sup>

Conquanto o STF tenha mapeado o *iter criminis* em toda sua etiologia, à luz do conjunto probatório confinado nos autos do mensalão, não se descarta também que, pelo grave prejuízo causado aos cofres públicos, fortes indícios poderiam ser levados em consideração. Entretanto, em decorrência da farta prova colhida, demonstrou os seus contornos reais.

Essa ressalva torna-se necessária para espantar a ladainha dos defensores milionários dos *mensaleiros* de que seus clientes seriam absolvidos por falta de provas. Esqueceram, com toda sua fama e sabedoria, que,

---

<sup>66</sup>ESTEVEZ, op.cit. p. 151.

de igual forma, a prova tem efeito demonstrativo, em termos da formação do juízo de convencimento a que se recorre, valendo-se do somatório de leis que importem em sua constitutividade e levando ao fato material.

Nesse sentido, veja-se o entendimento de De Plácido e Silva que enriquece o ponto de vista aqui esposado:

E a prova da fraude se faz por todos os meios permitidos em direito, admitindo-se mesmo sua evidência em face de indícios e conjecturas, tanto bastando à verificação do prejuízo ocasionado a outrem pela prática do ato oculto ou enganoso. A fraude, assim, firma-se na evidência do prejuízo causado intencionalmente, pela oculta maquinação<sup>67</sup>.

#### **4.4 Tentativa de reduzir o mensalão a mera infração eleitoral**

A ideia de reduzir o mensalão a singela infração eleitoral, atribuindo-lhe a condição de caixa dois, não passou de uma tentativa de reverter o quadro desfavorável desenhado no cenário nacional contra seus mentores. A farsa montada não encontrou a mínima ressonância no conjunto probatório incorporado ao bojo da ação penal n.º 470, que dissecou os fatos nas pretensões da quadrilha que comandou o esquema da compra de votos e de partidos políticos.

Ao contrário do que se propalava, a concepção do mensalão foi bem engenhosa, tratando-se efetivamente de uma série de práticas ilícitas perpetradas por um grupo organizado com o objetivo de saquear o erário a fim de financiar os partidos a partir da compra de parlamentares que se transformaram em mercadorias, con-

---

<sup>67</sup>DE PLÁCIDO E SILVA, op. cit., p. 640.

forme lembrou o Ministro Joaquim Barbosa. Segundo a Procuradoria Geral da República, constituiu o mais atrevido e ousado escândalo de corrupção que se tem notícia na história do país. Assim, a tentativa de atribuir ao mesmo apenas a reunião de recursos financeiros como sobra de campanhas não se revelou consistente.

Desenganadamente, o mensalão compunha-se de núcleos bem estruturados, direcionados à persecução de atividade relativa ao famoso caixa dois já testado com sucesso em Belo Horizonte na campanha política para governador. O sentimento era de que esse comportamento não poderia ser tomado como irregular e sua utilização em prol do projeto político dos petistas. Tal não passou de um ledro engano, até porque se trata de uma postura que não se coaduna com a *práxis* democrática.

Nesse ponto, inquestionável é a observação da Ministra Cármen Lúcia:

Acho estranho e muito grave que alguém diga com toda tranquilidade que houve ‘caixa dois’. Caixa dois é crime. Caixa dois é uma agressão à sociedade brasileira. Mesmo que só tivesse sido isso, não é pouco (grifo do autor)<sup>68</sup>.

E a afirmação definitiva do relator, Ministro Joaquim Barbosa, acolhida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal:

Houve a compra de parlamentares para consolidar a base aliada do novo governo. Parlamentares que funcionaram como mercadorias em troca de pagamentos<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup>PEREIRA, Daniel. Mensalão: A Justiça fez história. **Veja**, São Paulo, p. 71, 17 out. 2012.

<sup>69</sup>Ibidem, p. 34.

Segundo Marco Antonio Villa, no respeitante à compra de votos, assim se manifestou o relatório do mensalão:

O relator destacou que os pagamentos eram costumeiramente em altos valores, acima de cem mil reais. Tinha sido realizados ao longo de dois anos e concentrados nos momentos de votações importantes para o governo... os parlamentares haviam funcionado ‘como verdadeiras mercadorias’. Segundo Barbosa, a compra de apoio parlamentar teria destravado vários temas polêmicos, como o citado ou a reforma da Previdência (grifo do autor)<sup>70</sup>.

Por sua vez, a Ministra Rosa Weber, dando ênfase à compra de votos, chegou à conclusão de que o ato analisado constituiu voto comprado em votações e apoio no Congresso Nacional. Nessa perspectiva, entendeu como fato consumado a existência de um “conluio para a compra de votos”, visando a aprovação de matérias de interesse menores em troca de dinheiro vivo arrecadado dos cofres públicos, através de manobras fraudulentas<sup>71</sup>.

## **4.5 Pressupostos do caixa dois no plano da corrupção**

### *4.5.1 Corrupção como elemento fundante do caixa dois*

O termo “*corrupção*”, aqui, será empregado para designar o chamado caixa dois consistente em vantagens financeiras obtidas mediante a compra de votos, dando surgimento ao chamado mensalão, pelo fato de

---

<sup>70</sup>VILLA, op. cit., p. 295, 298, 299.

<sup>71</sup>Ibidem, op. cit., p. 333-334.

o seu recebimento ser feito mensalmente aos parlamentares com recursos retirados dos cofres públicos, constituindo, assim, um retrato cabal da total ausência de decoro parlamentar. Derivada do latim *corruptus*, a palavra é designativa de forma de comportamento incompatível com a ética, a moralidade e a virtude civil.

O esvaziamento da função legislativa configura desvio de finalidade, na medida em que há convergência entre “caixa dois”, “imoralidade” e “corrupção”, comportamentos esses merecedores de censura pública porquanto, nessa hipótese, o político vale-se

[...] de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em que grau de compreensão e amplitude [...] merecendo inafastável desfazimento<sup>72</sup>.

Sobressai-se, então, como reluzente essa questão da legitimidade do poder político, se seus representantes, a quem cabe dispor sobre o direito positivo, encontram-se sob suspeição, de modo a romper com o elo de confiança que robustece a tessitura da relação social.

A quebra de confiança não se compraz com os desígnios republicanos, por isso a advertência de Otto Bachof no sentido de que o legislador deve atentar para os mandamentos cardeais da lei moral, ou, pelo menos, não os renegar conscientemente, pois

Embora o direito seja apenas, nas conhecidas palavras de George Jellinek, um mínimo ético, a verdade é que

---

<sup>72</sup>GIACOMUZZI. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 155.

não deixa nunca de ser justamente um mínimo ético, pois de outro modo também não será direito<sup>73</sup>.

Antes de tudo, convém salientar que se trata de mandato como modelo de representação política no qual o papel do parlamentar se pontifica como uma relação de confiança no interesse dos representados. Não há, aqui, uma aspiração de direito individual, mas sim o exercício do mandato eletivo.

Mas a indignação não é apenas de cunho político, é também moral, na medida em que afeta a representatividade. Sucede, entretanto, que a motivação maior do candidato processado não é prestar um serviço público de qualidade, mas resolver seu drama pessoal. Seu objetivo, sem dúvida, é encontrar guarida na sombra da impunidade, assegurada pela generosa imunidade parlamentar, produto espúrio do processo legislativo viciado.

Os partidos políticos se distanciam a cada dia do povo, já que vêm cuidando de interesses meramente pessoais e corporativos. A campanha eleitoral é alimentada pela esperteza com o apoio pesado do poder econômico. Então, a eleição se realiza tendo como suporte o clientelismo e a utilização criminosa da máquina pública.

Nessa linha, misto de deslealdade e má-fé, transparece razoável que o cidadão se oponha a essa simulação tão ao gosto dos que não honram o mandato, conspurcado pela pecha de venais a soldo da corporação governamental, que faz dessa prática o trampolim para a conquista do poder sem limites.

---

<sup>73</sup>BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Atlântida, 1951. p. 42-43.

As relações promíscuas entre público e privado, alimentadas por uma rede dominante de corrupção, culminando com comercialização de votos, comprometem a lisura do processo legislativo, tendo o mensalão como ponto de referência maior. Este é o responsável pela corrosão dos pilares morais de sustentação da atividade pública, o que contamina e torna ilegítima a produção legislativa, agravada, ainda, com a conivência de uma pseudo-representatividade política.

Qualquer que seja o poder, especialmente o Legislativo, encontra ressonância na medida de sua utilidade social, origem de toda normatividade, consubstanciada por um processo ético orientado pelo postulado da legitimidade. Assim, a lei deve se legitimar, ser internalizada pela consciência jurídica de um povo.

#### 4.5.2 Representatividade

Há crise sim, mas da representatividade na qual não é exercida a força do povo, senão em causa própria por aqueles que têm se apropriado do patrimônio público para satisfação de interesses privados. Há, sim, consenso nacional da existência de quadrilhas que agem com desenvoltura no âmbito do Poder Legislativo, agora, desbaratadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O mensalão constitui um *quadro* de como os políticos flagrados representam a banda podre do parlamento que se espraia pelas áreas federal, estadual e municipal. A prática professada pelo grupo bem demonstra que essa gente dá mau exemplo de um comportamento voltado para a desqualificação da democracia e, sobretudo, para deslustrar uma atividade tão importante.

O esperneio do presidente da Câmara dos Deputados em nada contribui para a práxis democrática. Ao contrário, busca criar uma situação artificial em razão

de fase de efeito no sentido do não cumprimento de decisão do STF. Pura bravata, até porque essa hipótese jamais poderia ser concretizada. É pena que, como deputado, revele sua completa ignorância da hermenêutica constitucional.

Como se vê, nunca houve preocupação com a ordem axiológica em face da banalização dos valores por parte dos petistas, decorrente da exortação intimidatória inconsequente. Essa convocação veicula tom provocativo, segundo Dora Kramer, pois “significa uma apropriação de prerrogativa pública para uso partidário”<sup>74</sup>. Episódios gravíssimos de assaltos aos cofres públicos têm sido uma constante “seja no campo da política ou no terreno da ilegalidade comprovada”<sup>75</sup>.

Sendo certo que se o STF decidiu em última e definitiva instância que os parlamentares protagonistas do mensalão condenados devem perder os mandatos, não existe outra saída senão o seu cumprimento. Não há como se remediar tal situação, mesmo que se admitisse tenha sido considerada injusta. Na verdade, a suspensão dos direitos políticos, decorrente da condenação criminal, implica imediata cassação do mandato parlamentar, nos termos da CF.

Apropriar a soberania popular para uso partidário incentiva o povo contra o Supremo. Ameaçar acolher políticos condenados, questionar sua autoridade e suscitar crises artificiais caracterizam a defesa do quadro de macroadeliquência forjado no mensalão, devidamente comprovado. É uma tentativa sórdida de ver fatos gravíssimos sob a ótica da legalidade para confundir o povo

---

<sup>74</sup>KRAMER, Dora. Apreciação indevida. **A Tarde**, Salvador, p. B1, 18 dez. 2012. Caderno Político.

<sup>75</sup>Ibidem.

imaturado e tripudiar a inteligência dos ministros do STF em flagrante desrespeito ao Poder Jurídico.

Essa é a causa do surto desordenado de um fazer legislativo fragmentário que serve, com efeito, para ocultar a exacerbação do poder econômico em face da gradativa decomposição do regime político. O candidato sob suspeição pode desqualificar o mandato e enxovalhar a democracia, exacerbando a crise do regime político representativo.

A representação política participativa em que se funda a democracia, por seu turno, encontra agasalho na cidadania que dela se nutre, concorrendo, assim, para seu constante aperfeiçoamento na satisfação das demandas sociais, econômicas e culturais. O que interessa, sobretudo, é que a soberania popular persevere em sua faina na persecução do bem-estar da sociedade.

Paulo Paim, presidente da Comissão de Direitos Humanos do Senado da República, reconhece a omissão desse poder, inclusive quanto a sua falta de higidez moral, ao asseverar:

O Congresso Nacional precisa assumir, de fato, as suas atribuições e prerrogativas. Precisa ser cada vez mais a caixa de ressonância de indignação da sociedade. Creio eu que, na verdade, o Congresso vem atuando, nos últimos 20 anos, apenas de forma pontual, baseado em interesses pessoais, corporativos ou mediante negociações com os governantes e com o poder econômico<sup>76</sup>.

A República não é uma sinecura, nem uma forma de seguradora universal, tendo como norte a caridade ou a compaixão das pessoas necessitadas ou não. Não

---

<sup>76</sup>PAIM, Paulo. A omissão em tempo de democracia. Folha de São Paulo, São Paulo, p A3, 19 fev. 2012.

é, também, um instrumento de assistência social, “mas um modo de viver em comunidades que tem por fim a dignidade dos cidadãos”<sup>77</sup>. Assim, embora tenha o dever de agir no plano assistencial, deve fazê-lo “como reconhecimento de um direito que deriva do fato de sermos cidadãos”<sup>78</sup>.

É certo que o sistema político continua se nutrin-do de financiamentos espúrios de dinheiro canalizado do chamado caixa dois, operado pelos *mensaleiros*, conforme ressalta Norberto Bobbio:

Os votos como qualquer outra mercadoria podem ser comprados. Esta é a razão fundamental pela qual o dinheiro pode corromper a república. Quem tem mais dinheiro tem mais votos. Há um contínuo paralelo entre o mercado real e o mercado dos votos.

A falta de absoluta transparência dos governantes tem possibilitado a escalada de práticas forjadas na simulação. Com efeito, é o que Norberto Bobbio conven-cionou chamar “de poder oculto que se esconde porque se sente tanto mais forte quanto mais secreto”<sup>79</sup>.

Os males republicanos constituem uma ameaça constante à democracia e sua sintomatologia advém de funções “entendidas aqui como aqueles grupos de ho-mens fiéis a um líder que tem por fim principal obter vantagens e privilégios”<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup>BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MAT-TEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário Político**. Brasília, DF: UnB, 1993. p. 69

<sup>78</sup>Ibidem, p. 96.

<sup>79</sup>Ibidem, p. 109

<sup>80</sup>BOBBI, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Direitos e deveres na Repú-blica**: os grandes temas da política e de cidadania. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus, 2007.

Partindo-se da ideia de Norberto Bobbio, assim como os votos podem ser objeto de compra, também as consciências de alguns servidores são suscetíveis de contrair a mesma patologia. Daí, para combater a corrupção na República, não se pode descartar a eficiência da mídia. E, ainda, o apoio da sociedade organizada, já que ambas são capazes de neutralizar a blindagem dos que se valem de tal expediente para afastar qualquer condenação aos seus atos ímprobos.

Registra-se que em pesquisa *Ibope Opinião* feita a pedido da revista *Veja*, chegou-se à conclusão de que os deputados e senadores não têm qualquer compromisso com os interesses e desejos da sociedade. E pasmem, lá, no Congresso, só estão a serviço de grupos políticos (31%) e de seus próprios interesses (63%), juntando as duas coisas chega-se ao expressivo percentual de (94%).

Os dados são contundentes e evidenciam o verdadeiro sentimento da sociedade, a quem o Estado deve servir por meio dos diversos poderes constituídos, cada um com o seu papel. A pesquisa, segundo o periódico, revela que os entrevistados classificaram seus representantes como desonestos, insensíveis aos interesses da sociedade e mentirosos<sup>81</sup>.

Por outro lado, 76% dos entrevistados não se lembram de qualquer medida de um deputado que tenha sido importante para sua cidade ou sua região. A mesma pergunta foi feita com relação aos senadores, obtendo-se o expressivo percentual de 83%. Isso confirma, de modo inquestionável, que eles são intocáveis, pois,

---

<sup>81</sup> CARNEIRO, Marcelo; PEREIRA, Camila. **Desonestos, insensíveis e mentirosos**. *Veja*, São Paulo, edição 1993, p. 54, 31 jan. 2007.

[...] não prestam contas à sociedade. Gastam dinheiro público como se fosse deles [E ainda:] Eles só se mobilizam mesmo para aumentar o próprio salário. Ganham mais do que a imensa maioria de seus pares de países muito mais ricos que o Brasil<sup>82</sup>.

#### 4.5.3 *Jurisdição popular*

A expressão “*o poder emana do povo*”, cunhada pela Constituição, não se perde no labirinto da inutilidade como professam os profetas do formalismo inconsequente. Carrega ao revés forte dose de sustentabilidade que se projeta na realidade em que é conformada. Não revela a todas as luzes uma concepção polissêmica, ambígua, mas, sobretudo, reafirma a prevalência da dignidade da pessoa humana que se acha acima de qualquer pretensão estatal desarrazoada.

Fato é que os legitimados pelo voto, representantes meramente formais, que têm assento no Parlamento, não vêm respondendo, a altura, à expectativa da sociedade. Além de perdidos no emaranhado do círculo vicioso do poder corrompido, são filhos de um processo eleitoral fisiológico, quer, pela nefasta influência do poder econômico, que afasta a concorrência salutar, não permitindo, em consequência, a renovação dos quadros políticos partidários.

Ao aparelhar o aparato do Estado para a satisfação de interesse privado de forma acintosa, tais políticos profissionais ampliam, consideravelmente, de forma injustificável, seu patrimônio pessoal mediante o famigerado expediente já consagrado nas hostes da política, como enriquecimento ilícito, ainda engordado pelo dinheiro grosso do mensalão.

---

<sup>82</sup>Ibidem, p. 54.

Na verdade, não se pode negar a existência de tratamento diferenciado, no Brasil, entre as classes, rica e pobre, evidenciando, com isso, que o Estado democrático que se tem circunscreve-se ao mundo da aparência. O processo eleitoral, sob o domínio do patrimonialismo, fragiliza a democracia, cedendo lugar ao regime oligárquico, que ainda não pode ser extirpado da vida política.

Ao prefaciar a obra de Friederich Muller *Quem é o Povo?* Fábio Konder Comparato, inspirado em Aristóteles, assevera:

O estagirita não teria, assim, nenhuma dificuldade em reconhecer no regime político brasileiro, em que a esmagadora maioria pobre vota regularmente segundo o interesse e sob a influência dominante dos ricos, uma autêntica oligarquia, em que pese à aparência democrática com que se desenrolam os rituais da nossa vida política<sup>83</sup>.

O processo legislativo em bases corruptas não instrumentaliza as relações emancipatórias necessárias ao aprimoramento do convívio social. Nessas condições, padece de vício contaminador de sua validade e por isso sua constitucionalidade pode ser questionada.

O decoro parlamentar configura, segundo Antônio Houaiss, “postura exigida de parlamentar no exercício de seu mandato”,<sup>84</sup>, diz, portanto, respeito ao recato no comportamento e, sobretudo, “acatamento das normas

---

<sup>83</sup>COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: MULLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.17.

<sup>84</sup>HOUAISS, Antônio et al. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 922.

morais; dignidade, honradez, pundonor, e seriedade nas maneiras”.<sup>85</sup> Desse modo, quem age fora desses parâmetros pode se tornar inelegível, isto é, não pode ser eleito para cargo político, por não atender às prescrições postas no texto constitucional.

O agir dos agentes políticos nessas condições, por incompatibilidade com o decoro parlamentar, não satisfaz aos ditames constitucionais, sobretudo por inadequação aos meios utilizados para se alcançar os fins colimados. Neste ponto, fere o princípio da impessoalidade, o que os coloca sob suspeição, visto que estão atuando no interesse próprio ou de terceiros, desvirtuando, assim, a finalidade pública.

#### *4.5.4 Abuso de poder do Legislativo*

As prerrogativas atribuídas, no plano da representatividade, aos deputados e senadores devem ser realizadas dentro de um quadro de normalidade política, tendo a decisão como elemento fundante. E isso deve refletir na condução do processo legislativo em respeito ao mandato popular que lhes foi confiado pelo povo para legislar em seu nome, paramentado pelo interesse público. Eis a meta que deve ser perfilhada pelos referidos parlamentares, de forma incondicional, sob pena de permanente suspeição.

O desvio de conduta não se compraz à práxis republicana, sendo, portanto, incompatível com cânones constitucionais que realçam a democracia como uma profissão de fé. Significa menoscabo à cidadania, distorção da noção de representatividade popular. Tal reflete de modo direto no processo legislativo que se funda

---

<sup>85</sup>Ibidem.

na prática da imoralidade, colocando de lado qualquer esforço ético, o que caracteriza improbidade administrativa decorrente da ausência de decoro parlamentar.

Nessa perspectiva, desenvolve-se um quadro onde se constata que a presença nítida do exercício abusivo do direito no âmbito do processo legislativo, a compra de voto e de apoio político de parlamentares, especialmente os da chamada **base aliada**, maculam o decoro parlamentar. A matéria está consubstanciada no art. 55 § 1º da CF.

Estar-se, pois, diante de um ato legislativo contaminado por vícios insanáveis que, embora produzindo efeitos, deve ter sua inconstitucionalidade decretada definitivamente na jurisdição constitucional em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Nada impede, todavia, que a matéria seja apreciada como primeira instância, controle difuso, o que já vem ocorrendo com certa parcimônia, tendo em vista que a matéria ainda não está devidamente pacificada.

#### **4.6 Inconsistência das teses defensivas**

A condenação dos *mensaleiros* não se processou num tribunal de exceção, nem lhes foi negado o contraditório, tampouco exagero no enquadramento das penas. Transcorreu dentro do devido processo legal assegurada, como foi, a ampla defesa. Na verdade, a defesa não encontrou elementos sólidos para contraditar o voto do relator que, apesar de muito longo, evidenciou seu conteúdo substantivo. Desconstituiu, ou melhor, nem tomou conhecimento da tese fajuta do caixa dois levantada pelos causídicos, até porque configurava mera invenção dos que a conceberam, constituindo-se em uma tentativa desesperada de apagar a prática criminosa adotada.

Decididamente, a defesa ficou a cargo de vários advogados conceituados no mundo jurídico; apesar de regularmente remunerados, com honorários a peso de ouro, não estiveram à altura da fama de que são dignitários pelo conhecimento que ostentam na seara criminal. Não encontraram, por certo, argumentos convincentes para contraditar o indefectível voto do relator Joaquim Barbosa. Preferiram, à míngua de elementos formadores do convencimento dos juízes da Suprema Corte, sustentar a tese do caixa dois, talvez, porque não tipificada pelo Código Penal.

Porque, não perfazendo figura tipificada em lei, houve uma tentativa de enquadramento dos fatos como singela infração eleitoral sem conotação ilícita, nomeados como caixa dois. Nesse aspecto, incorreram em erro de percepção quanto à adequação da matéria, permitindo ao Supremo desconstituí-la ao longo do julgamento. Ao tentar atribuir aos fatos questão de somenos importância, correram o risco previsível de terem sua tese rechaçada pelo Supremo como efetivamente aconteceu. As críticas formuladas em tom de desabafo pela defesa podem até ser assimiladas, mas não justificam a inconsistência dos argumentos por ela veiculados em favor dos réus.

Mesmo que se admitisse tenha a Corte se lastreado na denominada teoria do domínio do fato, ainda assim não mereceria prosperar esse entendimento. Na verdade, o conjunto probatório que deu amparo ao voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa, demonstrou a exata dimensão dos fatos que, pela sua gravidade, também estavam inseridos no conceito de caixa dois que, igualmente, foi considerado crime, conforme a respeito se pronunciou a Ministra Cármen Lúcia.

A constatação, durante a tramitação da ação penal 470, foi da existência de uma quadrilha incrustada no

coração da República para a prática de atos delituosos. Tanto que, devidamente articulada, como demonstrado pela Procuradoria Geral da República, formada por um núcleo político, um financeiro e operacional, a fim de atender os desígnios de um grupo de perpetuação no poder.

Nessa linha, o comportamento de seus membros chegou à transgressão de vários dispositivos do Código Penal. Não se revelou tão simplório como quiseram transparecer as peças defensivas. O que se verificou foi saque aos cofres públicos para financiamento de interesses privados, sem qualquer conexão com a demanda da sociedade, dentro da filosofia condenável de que os meios justificam os fins.

O desdobramento dos fatos apurados no curso da ação penal 470 estremeceu o país e evidenciou a vulnerabilidade das instituições democráticas. O menoscabo pela coisa pública de degenerescência de agentes públicos reunidos com um único objetivo, ou seja, conspurcar o devido processo legislativo, mediante a compra de votos de partidos, visando a aprovação da reforma da previdência que, antes de assumir o Governo, os petistas eram contra.

A estratégia adotada pela defesa dos *mensaleiros* não convenceu, pela nítida inconsistência de sua única tese formulada, diante da gravidade dos fatos. Não é verossímil que pudessem ser enquadrados no chamado caixa dois que, segundo seus mentores, apenas abrigava dinheiro não contabilizado, tido como sobra de recursos financeiros empregados nas campanhas eleitorais encetadas pelos profissionais vinculados aos partidos políticos pelos quais concorriam ao pleito.

Para os autores da tese defensiva, que buscava explicar os comportamentos que levaram à instauração da ação penal 470, não houve o que pudesse comprometer os réus nela arrolados. Todos eles, na medida do acordo prévio dos seus defensores, no sentido de enveredar

para um único caminho de que a fórmula do caixa dois permitia, era incapaz de causar qualquer lesão ao erário, ocultando o fato de que o dinheiro dele decorrente não era alimentado por verbas públicas, porque disfarçado em empréstimos bancários simulados que nunca foram pagos.

Chegou-se ao requinte de uma lei descrever operações simuladas, dando contornos de legalidade aos contratos celebrados com um estabelecimento bancário que goza do maior conceito no concerto do sistema financeiro nacional. Nela, se louvou o TCU, induzido a erro, para ter como regular os instrumentos que possibilitavam às empresas embolsar bonificações decorrentes de veiculação de propaganda (Lei 12.232).

Tanto que Marco Antônio Villa aduziu em seu livro **Mensalão** a questão com muita propriedade, ao falar sobre o voto do Ministro Ayres Britto, *in verbis*:

No processo de votação acabou recebendo emendas que faziam referência às licitações em andamento e, inclusive, aos contratos já encerrados. Era um verdadeiro escândalo, pois a lei servia para dar legalidade aos contratos do Banco do Brasil com as agências de Marcos Valério. E pior: foi usada pela Min. Ana Arraes, do Tribunal de Contas da União, para dar regularidade aos citados contratos. Brito foi incisivo; ‘Essa lei foi preparada intencionalmente, para contestar os autos desta Ação penal 470’. Disse mais: ‘É possível definir como um atentado veemente, desabrido e escancarado ao artigo 5º, inciso 36 da Constituição’. E não parou aí: ‘Um trampo, me permitam a coloquialidade, à função legislativa do Estado’. Recordou também que ‘tribunal de contas não é órgão judicante. Não faz parte do Poder Judiciário’ (grifos do autor)<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup>VILLA, op. cit., p. 261.

## 4.7 Conclusões

O aparato investigatório que tem na Polícia Judiciária, no Parlamento e no Ministério Público seu marco exponencial mostrou-se impotente para combater a ação nefasta de uma quadrilha que se instalou no coração da República. Somente agora, com relativo atraso, é que o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de mandar seus graduados componentes para o xadrez.

O cinismo, a desfaçatez e a mentira deram tônica à atividade exercida pelos arautos da moralidade que, de repente, se transformaram em autênticos assaltantes dos cofres públicos. A prática da macrodelinquência, segundo o STF, desencadeou a figura carimbada com o título de mensalão, criado para enriquecer uns poucos em detrimento da sociedade. A fim de se livrarem do estigma de criminosos, os parlamentares resolveram atribuir tal operação o título de caixa dois.

Entendiam eles que, ostentando esse título, poderiam escapar do braço policial em face de sua não previsão pelo Código Penal. Essa foi a tese sustentada pela defesa, no sentido de impô-la aos ministros do STF. A encenação ridícula não mereceu prosperar, sendo abortada pela verse de Joaquim Barbosa e fortalecida pela qualificação moral e intelectual de Celso de Mello.

Esse comportamento ensejou a edição de uma Emenda Constitucional inconsistente, porque produto de um processo legislativo viciado, adentrando, assim, pelo campo da inconstitucionalidade formal. De sorte que sujeita ao crime do controle difuso ou mesmo concentrado. O STF confirmou de forma categórica que, efetivamente, houve a compra de votos de parlamentares e de partidos sem o que a Emenda 41 jamais seria aprovada.

Trata-se de uma absurda violência perpetuada contra a soberania popular, colocando em risco a sua própria representatividade, além de transcender a exclusiva competência do poder constituinte que implorou tal matéria no núcleo fora do campo de deliberação do legislador ordinário, que é o atual Congresso Nacional. É preciso restabelecer, portanto, a ordem constitucional conspurcada.

Houve inobservância das regras procedimentais, por se tornar o processo legislativo um instrumento mercantilista, protagonizado por políticos e agentes públicos do alto escalão da República desprovidos de qualquer senso moral. Houve exacerbação das prerrogativas asseguradas pela Constituição Federal aos membros do Congresso Nacional, ao teor do seu art. 55, § 1º, que cuida do decoro parlamentar.

Circunscreve, pois, a existência ao âmbito do controle difuso ou incidental que pode ser arguido em sede jurisdicional perante qualquer juiz ou tribunal. Neste caso, afasta o argumento sempre invocado, às vezes, com certa dose de irresponsabilidade política, de que a interferência judiciária é indevida porque encontra resistência na margem de atuação relativa à questão de separação dos Poderes. Aqui, entretanto, o que se pretende é a rigidez do processo legislativo, como ensina Celso de Mello:

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da

Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade<sup>87</sup>.

Não há como convalidar atos dessa natureza, atentatórios à democracia, por terem traído a confiança do povo e maculado a Constituição Federal, que não pode conviver com um elemento estranho em seu bojo a dispor da filosofia que orientou sua feitura, tornando-a uma instituição cidadã. Dizer que os aspectos levantados pelo judiciário no mensalão não autorizam a decretação da invalidade da norma que criou a contribuição, é dizer que seu esforço foi em vão e a prática há de se perpetuar.

Com efeito, apesar disso, entende-se, como aqui já sustentado, que a matéria relativa à contribuição pode ser contraditada e em sede jurisdicional. Se assim não fosse, perderia o sentido do controle difuso de constitucionalidade. E as discussões ao seu derredor se circunscreveriam apenas ao campo teórico, sem qualquer proveito prático capaz de dar uma solução adequada ao caso vertente.

O Estado, no campo de sua circunscrição normativa, não pode se utilizar de seu poder coercitivo para impor uma obrigação de dar lastro a atos comprovadamente inválidos. São estes, por excelência, ilegítimos e, como tal, não concorrem de maneira alguma para o aperfeiçoamento da relação jurídica em face de sua contaminação pelo vício do decoro parlamentar decorrente

---

<sup>87</sup>STF. ADI n.º 466/DF, Rel. Min. Celso de Mello RTJ n.º 136/26.

do processo legislativo fraudulento, conforme apurou o Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o processo legislativo alterou a regra do jogo, de modo a afetar seu produto final, que é a norma constitucional de revisão em razão de um procedimento incompatível com o decoro parlamentar mediante uso de fraude ao direito. O ato fraudulento criou uma obrigação de surpresa, ao instituir tributo sem causa justa, caracterizando, portanto, um processo eivado de vício cuja convalidação torna-se impossível dentro do ornamento jurídico, que impede esse tipo de intervenção a fim de remover obstáculo advindo da norma criada de forma ilícita.

O caso não se resume a uma simples e prosaica equação matemática, como, aliás, aventou Luiz Flávio Gomes, posto prevalecer no presente o entendimento segundo o qual o vício processual legislativo é insanável, porque prejudicou financeiramente terceiros. Neste ponto, assiste razão aos que tiveram sua remuneração subtraída por método nada ortodoxo. Os atos praticados pelos *mensaleiros* não podem ser considerados sob qualquer hipótese, tendo presente que realizados ao arrepio da lei.

O reconhecimento da inconstitucionalidade não quebra a hegemonia da segurança jurídica nem leva o sistema legal ao caos como insinua os menos avisados. A expectativa é no sentido do reparo que deve ser feito aos prejudicados, em homenagem ao postulado maior da democracia republicana conspurcado por políticos que não respeitam o mandato popular, maculando o exercício da representação daqueles que os elegeram com esse objetivo.

Restaurar a moralidade pública é dever que se impõe, não só pela necessidade de se preservarem as instituições republicanas, tão imprescindíveis à consolidação

da democracia participativa, mas, principalmente, garantir a normalidade do processo eleitoral cuja confiabilidade ainda deixa muito a desejar.

Não resta a menor dúvida de que a impunidade acobertada pela imunidade ganhou foro de generalidade, passando de exceção à regra. É evidente que esse comportamento não condiz, absolutamente, com os postulados republicanos em face de causar grave lesão à ordem social.

Para coibir essa prática, impõe-se a organização da sociedade civil e a fiscalização mais severa dos gastos públicos destinados ao financiamento de convocações extraordinárias do Congresso Nacional, a fim de deliberar sobre o nada.

## Referências

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BISOL, Rossana. Dialética social do direito. In SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. (org.) **Introdução crítica ao Direito**. 4. ed. Brasília, DF: Universidade Brasília, 1993.
- BOUUAERI CLAEYS, I. Reflexões sobre as bases de uma política fiscal. In: TAVOLARO, Agostinho Toffoli et al. (coord.) **Princípios tributários no direito brasileiro comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- FRANCO, Maria Sylvia Carvalho. **A implosão da república**. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 set. 2005.
- GOMES, João Carlos Teixeira. **Perversão tributária**. *A Tarde*, Salvador, 25 ago.2004.
- LARENZ, Karl. Direito Justo. **Fundamento de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 2001.
- LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e |Direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos**. 3. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: fontes contratuais das obrigações - responsabilidade civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. v. 5.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira: 1993.
- MELLO, Celso de. **STF proíbe poder público de coagir contribuinte**. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/253475>>. Acesso em 11 abr. 2005.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: garantia da constituição e controle da constitucionalidade. Lisboa: Coimbra Editora, 2002.

NASCIMENTO, Fernando Rios do. **Olhando para um lado**. *Agora*, Itabuna, 7-9 jan. 2006.

PAIM, Paulo. **A omissão em tempo de democracia**. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 fev. 2012.

**PARADOXO da Esquerda**. In: *Folha de São Paulo*, São Paulo, 8 jan. 2006.

PORTELLA, Eduardo. A terceira universidade. In: LÁZARO, André (org.). **Visão e ação: a universidade no século XXI**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 1999. (Coleção Universidade, 4.).

REIS, Elcio Fonseca. **O estado democrático de direito. Tipicidade tributária: conceitos indeterminados e segurança jurídica**. *Revista Tributária e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 34, set./out. 2000.

RIGAUX, François. **A lei dos juizes**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SÁ, Lydio. **O Supremo conta o direito. A Tarde**, Salvador, 9 set. 2004.

\_\_\_\_\_. **Por uma visão atualizada do direito na teoria e na prática. A Tarde**, Salvador, 6 jan. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reinventar la democracia**. *Reinventar el Estado*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

ZANNONI, Eduardo. **A crise de la razón jurídica**: Buenos Aires: Astrea, 1980.



**IMPrensa UNIVERSITÁRIA**

---

IMPRESSO NA GRÁFICA DA **UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ** - ILHÉUS-BA

# 01

Os dados levantados pelos órgãos incumbidos do controle da administração pública no plano do decoro parlamentar evidenciaram as circunstâncias em que se deu a reforma da previdência que criou, em seu bojo, a contribuição previdenciária dos inativos. Se assim se configurou o retrato fiel desse jogo sujo, dúvida não prospera de que se está diante de uma farsa que foi a votação e aprovação da EC n° 41. Daí seu nítido caráter de inconstitucionalidade enquanto produto espúrio de congressistas que se transformaram em mercadorias e se deixaram comprar com o dinheiro público a fim de votar a favor de um projeto petista de perpetuação no poder em detrimento do regime democrático, o que foi demonstrado pelo STF.

ISBN 978-85-7455-326-9



9 788574 553269

