

RDJ

REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

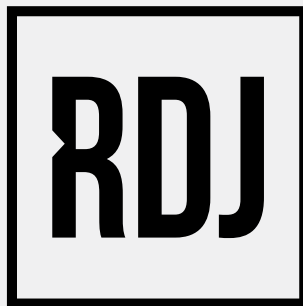
2015
V.106·nº1

TJDFT

PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL
E DOS TERRITÓRIOS



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

TJDFT

PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL
E DOS TERRITÓRIOS

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO
FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS**

DESEMBARGADOR GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA
Presidente

DESEMBARGADORA CARMELITA INDIANO AMERICANO
DO BRASIL DIAS
Primeira Vice-Presidente

DESEMBARGADOR WALDIR LEÔNIO JÚNIOR
Segundo Vice-Presidente

DESEMBARGADOR ROMEU GONZAGA NEIVA
Corregedor da Justiça



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

BRASÍLIA/VOL. 106/ n° 01 - 2015



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

PRODUÇÃO

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Desembargadora Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias

SECRETARIA DE JURISPRUDÊNCIA E BIBLIOTECA

Tadeu Costa Saenger

SUBSECRETARIA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA – SUDJU

Kelen Bisinoto Evangelista de Oliveira

Milene Adriana da Silva Gibson

SERVIÇO DE REVISTA E EMENTÁRIO – SEREME

Fabiana Lustosa Pires

Adriana Salerno Re

CORPO EDITORIAL

CHEFIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL

Desembargadora Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Desembargadores titulares

José Jacinto Costa Carvalho (Presidente)

Flavio Renato Jaquet Rostirola

Nilsoni de Freitas Custódio

Desembargadora suplente

Vera Lúcia Andrighi

CONSELHO EDITORIAL

Doutor Álvaro Luis de Araújo Sales Ciarlini (Distrito Federal); Doutor Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (Distrito Federal); Doutor Edgar Guimarães (Paraná); Doutor Fabrício Motta (Goiás); Doutor Fredie Didier (Bahia); Doutor Geilson Salomão Leite (Paraíba); Doutora Geilza Fátima Cavalcanti Diniz (Distrito Federal); Doutor Héctor Valverde Santana (Distrito Federal); Doutor Ingo Wolfgang Sarlet (Rio Grande do Sul); Doutor Jefferson Carús Guedes (Distrito Federal); Doutora Lígia Maria Silva Melo de Casimiro (Ceará); Doutor Luciano Ferraz (Minas Gerais); Doutor Maurício Leal Dias (Pará); Doutor Miguel Etinger de Araújo Júnior (Paraná); Doutor Paulo Afonso Cavichioli Carmona (Brasília); Doutor Thiago Marrara (São Paulo); Mestre Cristiano Chaves de Farias (Bahia); Mestre Cláudio Peneda Madureira (Espírito Santo), Mestre Pablo Stolze (Bahia).

COMISSÃO CIENTÍFICA

Serviço de Revista e Ementário – SEREME

Fabiana Lustosa Pires

Adriana Salerno Re

Sandra Venâncio de Araújo

Alexandre da Silva Lacerda

Ana Cláudia Nascimento Trigo de Loureiro

PARECERISTAS

Doutor Bruno Dantas (Distrito Federal); Doutor Celso de Barros Correia Neto (Distrito Federal); Doutor Christiano Cassetari (São Paulo); Doutor Egon Bockman Moreira (Paraná); Doutor João Castellar (Rio de Janeiro); Doutor Luciano Camargo Penteado (São Paulo); Doutor Norberto Mazai (Distrito Federal); Doutor Raul Miguel (São Paulo); Doutor Ruitemberg Nunes Pereira (Distrito Federal); Pós-Doutor Silvio Romero Beltrão (Pernambuco); Doutor Thiago Felipe Vargas Simões (Espírito Santo); Doutor Tiago Joffily (Rio de Janeiro); Doutor Zulmar Fachin (Paraná); Doutora Cíntia Rosa Pereira de Lima (São Paulo); Doutora Cynthia Bisinoto Evangelista de Oliveira (Distrito Federal); Doutora Juliana Oliveira Domingues (São Paulo); Doutora Raquel Tiveron (Distrito Federal); Doutoranda Christiany Pegorari (São Paulo); Doutoranda Luanna Tomaz (Pará); Doutoranda Marília de Ávila e Silva Sampaio (Distrito Federal); Doutoranda Marlene Fátima Fagundes de Paiva (Santa Catarina); Doutorando Amauri Feres Saad (São Paulo); Doutorando André Pires Gontijo (Distrito Federal); Doutorando Daniel Ribeiro Silva (Bahia); Doutorando Eduardo Viana Portela Neves (Rio de Janeiro); Doutorando Fabrício Castagna Lunardi (Distrito Federal); Doutorando Gabriel de Britto Campos (Distrito Federal); Doutorando Murillo Giordan Santos (São Paulo); Doutorando Rodrigo Pereira de Mello (Distrito Federal); Doutorando Salomão Resedá (Bahia); Mestre Alexandre Raslan (Mato Grosso); Mestranda Ana Cláudia Loiola de Moraes Mendes (Distrito Federal); Mestrando André Adriano do Nascimento da Silva (São Paulo); Mestre Adriano Barbosa (Distrito Federal); Mestre Alessandra Torres Vaz Mendes (Distrito Federal); Mestre Alex Fernandes Santiago (Minas Gerais); Mestre Atalá Correia (Distrito Federal); Mestre Bruno Moraes

Faria Monteiro Belém (Goiás); Mestre Cláudia Maria Las Casas Brito Lamas (São Paulo); Mestre Conrado Paulino da Rosa (Rio Grande do Sul); Mestre Emerson Alves Andena (Minas Gerais); Mestre Enio César Gonçalves Pimenta (Minas Gerais); Mestre Fabiano Augusto Piazza Baracat (Paraná); Mestre Fernanda Heloísa Macedo Soares (Goiás); Mestre Fernando Antônio Calmon Reis (Distrito Federal); Mestre Humberto Cunha dos Santos (Distrito Federal); Mestre Ivan Rodrigues (Ceará); Mestre Jose Evandro Zaranza (Rio Grande do Norte); Mestre Juliano Vieira Alves (Distrito Federal); Mestre Leonardo Barreto Moreira Alves (Minas Gerais); Mestre Leonardo Gomes de Aquino (Distrito Federal); Mestre Leonardo Pimentel Bueno (Distrito Federal); Mestre Luciano J. Alvarenga (São Paulo); Mestre Marcello Soares Castro (Distrito Federal); Mestre Marcelo Zenkner (Espírito Santo); Mestre Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (Distrito Federal); Mestre Nicholas Merlone (São Paulo); Mestre Rafael Freitas Machado (Distrito Federal); Mestre Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira (Tocantins); Mestre Renata Malta Vilas-Bôas (Distrito Federal); Rômulo de Andrade Moreira (Bahia); Mestre Ronny Charles (Pernambuco); Mestre Sarah Caroline de Deus Pereira (Mato Grosso); Mestre Simone Genovez (Mato Grosso); Mestre Susana de Moraes Spencer Bruno (Distrito Federal); Mestre Thiago Luís Sombra (Distrito Federal); Mestre Vinícius Abdala (Maranhão).

ELABORAÇÃO DAS NOTAS DE JURISPRUDÊNCIA

Adriana Salerno Re, Fabiana Lustosa Pires, Sandra Venâncio de Araújo, Flávia de Castro Moraes e Kelen Bisinoto Evangelista de Oliveira

ELABORAÇÃO DA MATÉRIA SOBRE O CENTRO JUDICIÁRIO DA MULHER
Assessoria de Comunicação Social – ACS

FOTOS

Assessoria de Comunicação Social – ACS

REVISÃO TEXTUAL DAS EDITORIAS “DESTAQUE” E “ARTIGOS”

José Adilson Rodrigues, Luciana Soares Sargio e Alexandre da Silva Lacerda

REVISÃO TEXTUAL DA EDITORIA “JURISPRUDÊNCIA”

Juliana Cristina Bomfim dos Santos Milhomem, Kelen Bisinoto Evangelista de Oliveira, Milene Adriana da Silva Gibson, Adriana Salerno Re e Ana Cláudia Nascimento Trigo de Loureiro

REVISÃO JURÍDICA

Gabinete da Desembargadora Carmelita Brasil
Gabinete da Primeira Vice-Presidentência
Assessoria da Primeira Vice-Presidentência
Subsecretaria de Doutrina e Jurisprudência
Serviço de Revista e Ementário

PRODUÇÃO GRÁFICA

Coordenação de Serviços Gráficos – CSG

PROJETO GRÁFICO

Núcleo de Editoração e Reprografia – NUER

ENCADERNAÇÃO E ACABAMENTO

Núcleo de Encadernação e Acabamento – NUAE

IMPRESSÃO

Núcleo de Impressão – NUIMP

Produção gráfica realizada pela Coordenação de Serviços Gráficos – CSG
| SEG | TJDFT
Publicação semestral da RDJ. Jul-Dez/2014. ISSN 0101-8868
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
SIG Quadra 04, lote 417, Subsolo, Sala S25 – CEP 70610-440
Telefones: (61) 3103-4642 e 3103-4644
E-mail: sereme@tjdft.jus.br

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a permissão expressa do Editor.

Solicita-se permuta/ Pídese canje/ On demande l'échange/ Si richiede lo scambio/ We ask for exchange/ Wir bitten um Austausch

EDITORIAL

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT sempre se notabilizou pela excelência de seus julgados, pela independência de seus juízes e pela firmeza com que cumpre sua mais alta missão: distribuir justiça a fim de propiciar a existência de uma sociedade fraterna e igualitária.

No afã de cumprir sua elevada missão, a Corte criou um veículo de divulgação de seus julgados e disseminação da produção científica, principalmente de seus magistrados: a Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ, que já teve editados cento e cinco números.

Disputada, no início, por todos os operadores de Direito, não só em Brasília, mas em todas as unidades da Federação, a RDJ ganhou respeitabilidade, e a tiragem seguiu uma linha ascendente contínua.

A inexistência da comunicação eletrônica, que só se tornou popular no Brasil anos mais tarde ao início da circulação da Revista, certamente foi um fator decisivo para sua importância sempre crescente, tornando-se uma fonte confiável de pesquisa jurisprudencial, mesmo porque passou a privilegiar, quase com exclusividade, a jurisprudência em detrimento da doutrina.

Exercendo mero juízo de constatação, registra-se que, há algum tempo, a Revista já não provoca o mesmo interesse que antes despertava em seus leitores.

Um dos elementos determinantes para diminuir, consideravelmente, a procura da Revista pelo público consolidado através do tempo foi o fácil acesso à jurisprudência do Tribunal, porquanto disponibilizados os acórdãos em sua íntegra por via eletrônica e sem custo para o interessado.

Acresce realçar que a preocupação com o equilíbrio e a preservação do meio ambiente, atualmente elevada à categoria de prioridade em todas as administrações, máxime as públicas, obrigou o TJDFT, também no particular, a repensar a Revista, produção que sempre foi extremamente cara à Administração do Tribunal. A RDJ passará a priorizar a doutrina e divulgará a jurisprudência de maneira mais objetiva, propiciando ao leitor o conhecimento dos principais fundamentos das teses jurídicas debatidas nos acórdãos.



**Desa. Carmelita Indiano
Americano do Brasil Dias**
*Primeira Vice-Presidente do
TJDFT e Editora-Chefe da RDJ*

Nesse contexto, a Comissão de Jurisprudência do TJDFT, a quem cabe representar os interesses da Revista dentro e fora da Corte, o Serviço de Revista e Ementário – SEREME, unidade vinculada à Subsecretaria de Doutrina e Jurisprudência – SUDJU, a Secretaria de Jurisprudência e Biblioteca – SEBI e a 1ª Vice-Presidência decidiram dar nova configuração à já clássica Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDFT.

As modificações são grandes e profundas.

Busca-se alcançar uma boa qualificação no sistema QUALIS da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

Vale destacar que, entre os requisitos exigidos pela CAPES, está a formação de um Conselho Editorial e, no particular, foram convidados a compô-lo eminentes juristas mestres e doutores de todo o Brasil. Acrescente-se o registro do ISSN da RDJ e ter-se-á a possibilidade de titulação, nos concursos públicos, para aqueles que tiverem seus trabalhos nela publicados.

Um dos cuidados tomados com a RDJ, nesta nova fase, foi o de ampliar o rol de autores, abrindo oportunidade para todos os operadores do Direito, os profissionais das áreas de Psicologia, Serviço Social, Sociologia, Filosofia, Economia e outras áreas do conhecimento, a fim de que o fenômeno jurídico seja estudado com uma visão holística, integradora. Esclareça-se que, segundo o Regulamento da RDJ, todos os trabalhos, antes de serem publicados, serão submetidos à análise de pareceristas da mais alta qualificação intelectual.

O SEREME trabalhou arduamente para esboçar o citado Regulamento, que, depois de examinado pela Primeira Vice-Presidência, foi debatido e aprovado pela Comissão de Jurisprudência, presidida pelo eminente Desembargador José Jacinto Costa Carvalho e composta, ainda, pelos ilustres membros Desembargadora Nilsoni de Freitas Custódio e Desembargador Flavio Renato Jaquet Rostirola, tendo como suplente a Desembargadora Vera Lúcia Andrighi.

Com efeito, já no artigo 2º do referido Regulamento, encontram-se traçados os renovados objetivos da Revista, que, resumidamente, são: incentivar a produção científica principalmente dos magistrados, com vistas a estimular o debate de temas relevantes para a Justiça Comum Estadual; fortalecer a cultura editorial; promover a memória institucional do TJDFT; e fomentar o intercâmbio de informações e de conhecimento entre TJDFT e o meio acadêmico e instituições nacionais e estrangeiras. Como não poderia deixar de ser, continua a Revista a divulgar a jurisprudência do TJDFT.

Neste mundo entrópico, escusado dizer os desafios enfrentados para remodelar em profundidade a RDJ, mas imperioso registrar as significativas contribuições recebidas, máxime dos servidores, a começar pelo Secretário de Jurisprudência e Biblioteca, Tadeu Costa Saenger, e a Subsecretária de Doutrina e Jurisprudência, Kelen Bisinoto Evangelista de Oliveira, responsável pelo SEREME.

Que nosso labor ultrapasse o entusiasmo e que seja a RDJ um eficiente instrumento para concretizar seus elevados objetivos, marcando uma importante etapa que se prenuncia de valor ímpar.

Mas como a “sabedoria” está nos fatos e não nas palavras, impõe-se conhecer a nova Revista.

10
DESTAQUE

34
ARTIGOS

216
JURISPRUDÊNCIA

Centro Judiciário da Mulher – Sucesso no enfrentamento da violência doméstica e familiar **10**

O papel do federalismo na proteção ambiental e no desenvolvimento das diferentes regiões brasileiras: os estados-membros como laboratórios de melhores modelos de proteção ambiental **34**

Reflexões sobre o encarcerado **59**

O dumping social e a aplicabilidade de medidas repressivas **67**

Desenvolvimento econômico e o abuso do poder econômico: “Uma visão sobre a dinâmica da economia brasileira e os meios coercitivos de combate à abusividade da concentração do capital e produção” **80**

Ação civil pública. Direito do consumidor. Legalidade de tarifas bancárias **216**

Ação direta de inconstitucionalidade **219**

Aposentadoria por invalidez **222**

Ativismo judicial **225**

Avanço escolar. Educação infantil. **227**

Cabimento do Mandado de Segurança **229**

Coação no curso do processo **232**

Comissão de corretagem **235**

Competência. Ação de reconhecimento de união estável que envolve benefício previdenciário **236**

Compensação da confissão espontânea com a reincidência. **238**

Confissão qualificada **241**

Conflito negativo de jurisdição **243**

Contribuição previdenciária **245**

Correção monetária e plano de previdência privada **247**

Clonagem de cartão de crédito **249**

Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil **14**

O conceito de “história efetual”, de Hans-Georg Gadamer, aplicado ao direito. **103**

A prorrogação locatícia ex lege e a exonerabilidade da garantia fidejussória: a imprescindibilidade, ou não, da anuência expressa do fiador na hipótese de prorrogação do contrato locatício **117**

A evolução do ordenamento jurídico voltado para as questões da criança e do adolescente **139**

A relativização da coisa julgada inconstitucional. **158**

A ineficácia da pena privativa de liberdade nos crimes contra a ordem tributária **182**

A multa tributária e seu efeito confiscatório **201**

Crime de desobediência na esfera da Lei Maria da Penha **251**

Cumulação de multa contratual e lucros cessantes **253**

Desclassificação de crime **255**

Despacho citatório e interrupção da prescrição **258**

Direito autoral **259**

Direito de arrependimento. Compra de passagens aéreas pela internet. **261**

Direito de arrependimento. Produto adquirido em residência. **264**

Direito sucessório **265**

Distinção entre racismo e injúria racial **268**

Estupro de vulnerável **270**

Falsa identidade **273**

Fornecimento de energia elétrica **274**

Guarda e responsabilidade **276**

Improbidade administrativa **278**

Inconstitucionalidade **280**

Indenização decorrente de posse tardia em concurso público **283**

Limite subjetivo da coisa julgada **285**

Matrícula em creche pública **287**

Não incidência de IPVA **289**

Obrigação alimentar e maioridade **291**

Ocupação irregular de terra pública no Distrito Federal **293**

Paternidade socioafetiva e anulação de registro de nascimento. **296**

Responsabilidade civil do Estado **299**

Responsabilidade objetiva **301**

Serviços advocatícios **304**

Solidariedade no código de defesa do consumidor **306**

Título de crédito. **308**

Violação de direito autoral **309**

Violência doméstica e familiar **311**

CENTRO JUDICIÁRIO DA MULHER

Sucesso no enfrentamento da violência doméstica e familiar

Educação, formação de parcerias e campanhas de conscientização têm sido meios pelos quais o Centro Judiciário da Mulher – CJM do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT vem executando, com sucesso, sua função de atuar no combate e prevenção à violência doméstica e familiar contra as mulheres. Cabe ao CJM propor medidas para o aprimoramento do aparelho judiciário, na política de prevenção e repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher e, também, a articulação interna e externa do TJDFT com outros órgãos governamentais e não governamentais. O funcionamento dos Centros Judiciários da Mulher foi estabelecido pela Resolução nº 128 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pela Resolução nº 13 do TJDFT, de 6 de agosto de 2012, que instalou e definiu as competências do CJM no TJDFT, instalado em 24 de setembro de 2012, efetivando o compromisso do Tribunal quanto à garantia dos direitos da mulher no DF.

Desde então, o Centro Judiciário da Mulher, coordenado pelos Juízes Ben-Hur Viza e Carlos Bismarck, tem atuado em todas as ações referentes aos procedimentos que envolvam a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, promovendo as mudanças políticas, estratégias e ações necessárias nos sistemas de controle e informação processuais existentes, sempre em consonância com as diretrizes do CNJ e do TJDFT.

As lides são julgadas nos Juizados de Violência Doméstica e nas varas com competência geral, designadas para atuar nessas causas. O Centro atua significativamente na prevenção e no combate a essa questão, hoje um dos maiores dramas das famílias afetadas pela disfuncionalidade – a violência doméstica. Em 2014, várias iniciativas voltadas à pacificação social vieram agregar valor à atuação do CJM.

Um projeto-piloto levou a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) à escola no Distrito Federal. O CJM, em parceria com a Secretaria de Educação do DF, promoveu a capacitação

de três turmas de orientadores educacionais da região administrativa de Ceilândia, cidade com alto número de ocorrências de violência contra a mulher. Os participantes, que lidam cotidianamente com estudantes e famílias, algumas delas marcadas pela violência, ouviram palestras de juízes, delegados e psicólogos e conheceram mais de perto os procedimentos e a aplicação da lei. As turmas capacitadas receberam, também, informações para auxiliar na identificação das mudanças comportamentais dos alunos que convivem com a violência doméstica no âmbito familiar. Foi abordada, ainda, a importância da escola como instrumento de esclarecimento acerca de questões de gênero. Informa o juiz Carlos Bismarck, titular do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Ceilândia e um dos coordenadores do Centro, que a capacitação dos orientadores das escolas públicas é a primeira de quatro etapas do projeto-piloto que, na sequência, alcançará diretores, professores e alunos.



2º Vice-Presidente do TJDFT, Des. Waldir Leônico Júnior, e Juízes Coordenadores do CJM, Carlos Bismarck Piske de Azevedo Barbosa e Ben-Hur Viza (da direita para esquerda), em seminário do projeto "Maria da Penha vai à Escola" – Fórum de Ceilândia, 2014.

Outro projeto inédito, este em parceria com a Delegacia Especial de Atendimento à Mulher – DEAM/PCDF, e conhecido como MPU-e, implementou, em 30 de setembro, a tramitação de medidas protetivas de urgência por meio eletrônico. A iniciativa agiliza a prestação jurisdicional para mulheres vítimas de violência doméstica que buscam a intervenção da Justiça. O projeto MPU-e foi pensado e articulado pelo juiz Ben-Hur Viza, coordenador do Centro Judiciário da Mulher do DF e titular do Juizado de Violência Doméstica e Familiar do Núcleo Bandeirante, e pela delegada chefe da DEAM/PCDF, Ana Cristina Melo Santiago. O sistema, que está em fase de testes na Circunscrição Judiciária do Núcleo Bandeirante, já conseguiu reduzir, de forma considerável, o lapso temporal entre o pedido de proteção e o deferimento da medida. Para o juiz Ben-Hur Viza, nos casos de violência doméstica, qualquer demora pode ser fatal. Explica que a Lei Maria da Penha prevê um prazo já reduzido, de 96 horas, para que a autoridade policial envie o pedido de medida protetiva de urgência, e o juiz de direito o decida. Com a MPU-e, é possível reduzir o prazo ainda mais. Relata o juiz que, em um dos processos do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVD FM do Núcleo Bandeirante, a decisão foi proferida e comunicada à autoridade policial em menos de quatro horas, a contar do instante em que a mulher comunicou o fato na DEAM.

A celeridade foi alvo, também, de outra iniciativa – um mutirão efetuado em três etapas, entre os meses de junho e agosto, realizou mais de mil audiências no Juizado de Violência Doméstica de Taguatinga. Informação e conscientização foram duas outras armas usadas para

empoderar as mulheres vitimizadas. No dia 10 de dezembro, o CJM publicou um banco de dados com mais de 200 instituições da rede de proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. A intenção é garantir mais agilidade aos encaminhamentos realizados e otimizar o tempo de atendimento, além de disponibilizar informações relevantes a essas mulheres e seu grupo familiar. Entre as áreas de atuação contempladas no banco estão direito, justiça, assistência social, saúde, segurança pública, violência, trabalho e previdência social. Para ampliar a consciência do problema, o CJM, em parceria com a Assessoria de Comunicação Social do TJDF, produziu um vídeo esclarecendo sobre os diversos tipos de violência doméstica tipificados pela Lei Maria da Penha, o qual também orienta as mulheres sobre como buscar proteção. A narrativa, encenada pela atriz Évile Macedo, representa uma história emblemática de situação de violência contra a mulher e mostra a atitude necessária para enfrentar o problema.

Em dezembro de 2014, o Tribunal firmou parceria com a Polícia Militar do DF, para promover atuação conjunta dos órgãos no atendimento a famílias em situação de violência doméstica, por meio do Centro de Polícia Comunitária e Direitos Humanos do 14º Batalhão de Polícia Militar e dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Núcleo Bandeirante e de Planaltina. No mês anterior, o CJM participou de capacitação de cerca de cem policiais do 25º Batalhão, que atuam no Núcleo Bandeirante, Candangolândia e Park Way. O trabalho com os militares tem o propósito de trazer-lhes informações úteis no enfrentamento de situações ligadas à violência doméstica.



O Centro aderiu, também, à campanha “16 Dias de Ativismo pelo Fim da Violência contra as Mulheres”, promovendo palestras sobre o tema. Criada em 1991 e realizada em mais de 130 países, a campanha tem o intuito de incentivar o debate e denunciar as várias formas de violência contra as mulheres.

O CJM foi criado em setembro de 2012 e trabalha em três eixos – policial, judicial e comunitário. Faz parte do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPECON, vinculado à Segunda Vice-Presidência do TJDF.

» Fórum de Ceilândia recebe Projeto “Maria da Penha vai à Escola”, em outubro de 2014



“Nos casos de violência doméstica, qualquer demora pode ser fatal.”

» Juiz Ben-Hur Viza, Coordenador do CJM, em aula durante o projeto “Maria da Penha vai à Escola”

REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Arnoldo Camanho de Assis

Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Graduado pela Universidade de Brasília, onde cursou o Mestrado em Direito e Estado. Pós-graduado pela Academia de Direito Internacional da Haia, na Holanda, e pela Universidade de Coimbra, em Portugal. Doutorando em Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Professor de Direito Processual Civil na Escola de Administração Judiciária do TJDF, na Escola da Magistratura do Distrito Federal, na ATAME - Pós-graduação e Cursos e no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Academia Brasileira de Direito Processual Civil.

REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

1. DADOS HISTÓRICOS

Em 2009, o então Presidente do Senado Federal, José Sarney, criou uma comissão de juristas a quem foi atribuída a tarefa de elaborar o anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil¹. Essa comissão de alto nível foi presidida pelo Ministro Luiz Fux e contou com as luzes de Teresa Arruda Alvim Wambier – relatora da comissão –, Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Santos Bedaque, Marcos Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. O anteprojeto foi entregue ao Senado Federal no fim do primeiro semestre de 2010, convertendo-se no Projeto de Lei do Senado (PLS) 166/2010. Aprovado o substitutivo ao projeto original no fim de dezembro de 2010, foi enviado à Câmara dos Deputados, onde recebeu o nº 8.046/2010, tendo sido devolvido ao Senado Federal com diversas modificações, até ser aprovado definitivamente em dezembro de 2014. Enfim, depois de tramitar por pouco mais de quatro anos no Congresso Nacional, o texto final foi enviado à sanção presidencial no dia 17 de dezembro de 2014.

Apenas para se estabelecer breve comparação com o modo pelo qual se deu o nascimento, por assim dizer, do CPC de 73, cabe destacar que a tarefa de revisar o Código de Processo Civil de 39 foi atribuída, isoladamente, a Alfredo Buzaid, em 1961, pelo então Ministro da Justiça do Governo Jânio Quadros, Oscar Pedroso Horta². Buzaid apresentou seu anteprojeto em janeiro de 1964, tendo sido revisto pelos professores José Frederico Marques e Luiz Machado Guimarães, bem como pelo Desembargador Luís Antônio de Andrade do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro³. O anteprojeto, revisto, foi encaminhado ao Congresso Nacional por mensagem do Presidente da República, Emílio Garrastazu Médici, em 2 de agosto de 1972. Pouco mais de seis meses depois, em 11 de janeiro de 1973, era promulgada a Lei nº 5.869, que instituía o CPC ainda em vigor.

Assim como se deu com o CPC de 73, em que há dispositivo específico sobre a *vacatio legis* (art. 1.220), no NCPC também há previsão para que entre em vigor após o decurso de um ano a contar da data da sua publicação oficial (art. 1.044).

¹ Neste estudo, optou-se por utilizar as siglas CPC para “Código de Processo Civil” e NCPC para “Novo Código de Processo Civil”.

² MIOTTO, Carolina Cristina. A evolução do Direito Processual Civil Brasileiro: de 1939 à análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível na internet: <http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/viewFile/135/66>. Consultado em 25 de janeiro de 2015.

³ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. História do Direito Processual Brasileiro – Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002, p. 268.

2. A ESTRUTURA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em termos estruturais, e normalmente, as legislações codificadas dividem-se em Partes, Livros, Títulos, Capítulos, Seções e Subseções. Nos termos da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 – editada em atenção ao comando constante do art. 59, parágrafo único, da Constituição da República –, “o agrupamento de artigos poderá constituir Subseções; o de Subseções, a Seção; o de Seções, o Capítulo; o de Capítulos, o Título; o de Títulos, o Livro e o de Livros, a Parte” (art. 10, inciso V), sendo certo que as Partes ainda podem “desdobrar-se em Parte Geral e Parte Especial” (art. 10, inciso VI).

O CPC de 73 é dividido em cinco livros, mas, curiosamente, não há a primeira divisão, que bem poderia haver, em Parte Geral e em Parte Especial. Os temas que caberiam em uma Parte Geral, inexistente no CPC de 73, encontram-se no Livro I, destinado ao Processo de Conhecimento⁴ e ⁵. Os demais livros regulam o Processo de Execução (Livro II), o Processo Cautelar (Livro III), os Procedimentos Especiais (Livro IV), havendo, ainda, um livro destinado às disposições finais e transitórias (Livro V).

O NCPC é estruturado em Parte Geral e em Parte Especial, cada uma delas dividida em livros. A Parte Geral agrupa seis livros, que cuidam dos seguintes temas: Das Normas Processuais Cíveis (Livro I), Da Função Jurisdicional (Livro II), Dos Sujeitos do Processo (Livro III), Dos Atos Processuais (Livro IV), Da Tutela Provisória (Livro V) e Formação, Suspensão e Extinção do Processo (Livro VI). A Parte Especial condensa três livros, numerados em algarismos romanos (Livro I – Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento da Sentença; Livro II – Do Processo de Execução; e Livro III – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), mais um sem numeração, a que o legislador chamou “Livro Complementar”, que trata das disposições finais e transitórias.

A divisão do novo Código em Parte Geral e em Parte Especial não só propicia visão mais clara da estrutura da legislação codificada como, para além disso, facilita o manuseio, a consulta e a busca por temas específicos, que certamente poderão ser encontrados nos livros específicos acerca de cada assunto. Tudo isso sem prejuízo de prestar expressiva homenagem à já referida Lei Complementar nº 95/98.

Em termos de quantidade, o NCPC é um pouco menor, com 1.070 artigos⁶, contra 1.220 do CPC de 73.

⁴ José Carlos Barbosa Moreira, na apresentação de seu clássico “O Novo Processo Civil Brasileiro”, já afirmava, litteris: “Noutra oportunidade, se for possível, tentar-se-á redigir uma Teoria Geral do Processo Civil, para estudar os institutos fundamentais da nossa disciplina, inclusive aqueles que, versados embora no Livro I do novo diploma, sob a rubrica ‘Do Processo de Conhecimento’, com maior propriedade se inseririam numa Parte Geral a que o legislador não abriu espaço na estrutura do Código” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1986).

⁵ EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, citado pelo Ministro Luiz Fux, na Exposição de Motivos do NCPC (nº 33), leciona que “a ausência de uma parte geral, no Código de 1973, ao tempo em que promulgado, era compatível com a ausência de sistematização, no plano doutrinário, de uma teoria geral do processo. E advertiu o autor: ‘não se recomendaria que o legislador precedesse aos doutrinadores, aconselhando a prudência que se guarde o desenvolvimento do assunto por estes para, colhendo-lhes os frutos, atuar aquele’ (Comentários ao Código de Processo Civil: v. II. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 8). O profundo amadurecimento do tema que hoje se observa na doutrina processualista brasileiro justifica, nessa oportunidade, a sistematização da teoria geral do processo, no novo CPC”.

⁶ Este trabalho foi concluído no dia 2 de fevereiro de 2015, quando ainda não tinha sido sancionada a lei instituidora do NCPC. Em sendo assim, e diante da possibilidade de haver veto a algum dos dispositivos constantes do texto enviado à sanção, pode haver redução do total de artigos previstos.

3. ALGUMAS ALTERAÇÕES IMPORTANTES

Levando em consideração que o objetivo deste estudo é apenas o de fazer breves comentários a algumas das alterações a serem implementadas com o NCPC, optou-se por pinçar apenas um tema de cada um dos livros de ambas as partes do novo Código – nove livros no total, sem contar o Livro Complementar –, perfazendo um total de nove matérias a serem estudadas.

» 3.1. O DIÁLOGO DO JUIZ COM AS PARTES

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (NCPC, Parte Geral, Livro I – Das Normas Processuais Cíveis).

Como se sabe, o princípio do contraditório — um dos pilares em que se sustenta a atividade processual — impõe ao juiz, em termos teóricos e na visão clássica, imprescindível observação do binômio informação/reação, na precisa e atual lição do processualista italiano Sergio La China⁷, bem adaptada à realidade brasileira por Nelson Nery Júnior⁸. No plano pragmático, e em bases concretas, “contraditório” quer dizer que em processo não pode haver surpresas, circunstância que impõe, sempre, seja ouvida a parte contrária (audiatur et altera pars). Tal noção, ao longo do tempo, e dada a relevância constitucional do tema⁹, vem recebendo contornos mais amplos, de modo a agregar ao binômio tradicional (informação/reação) outro componente, o “diálogo” que o juiz deve estabelecer com as partes, de modo a materializar a ideia de cooperação no processo.

CUNHA, a esse propósito, destaca:

O contraditório, atualmente, tem uma dimensão maior, passando a ostentar uma noção mais ampla de contraditoriedade. Tal noção deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado, contribuindo na descrição dos fatos, na produção de provas e no debate das questões de direito¹⁰.

Daí, o acerto e a atualidade da regra contida no art. 10 do NCPC.

Entretanto, veja-se que, tomada em termos de estrita literalidade, a norma impõe ao relator no tribunal que, por exemplo, e ao verificar que o recurso de agravo de instrumento tenha sido interposto

⁷ Segundo Sergio La China, “... il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, il due aspetti o tempi essenziali: informazione, reazione; necessaria sempre la prima, eventuale la seconda (ma necessario che sia resa possibile!)” in “L’esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile”, Milano, 1970, pág. 394.

⁸ “Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”, in “Princípios do Processo Civil na Constituição Federal”, São Paulo: Revista dos Tribunais: 1992, p. 122/123.

⁹ Constituição da República, art. 5º, inciso LV: “aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

¹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. Disponível na internet: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo>. Consultado em 26/01/2015.

fora do prazo¹¹, antes de simplesmente negar seguimento ao recurso por manifesta intempestividade – matéria que, como se sabe, pode ser conhecida de ofício pelo relator –, ouça as partes, já que haverá de proferir decisão “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Seriam inúmeros os casos em que, mesmo diante de matéria passível de ser conhecida e apreciada de ofício pelo juiz ou pelo relator, haveria necessidade de ouvir, antes, as partes, valendo citar, dentre eles, aqueles relativos à perda de objeto da ação, incompetência absoluta, intempestividade da contestação, nulidade de citação, ausência de preparo, falta de peça necessária no agravo de instrumento etc.

CUNHA, mais uma vez, leciona:

Em virtude da atual dimensão conferida ao contraditório, o juiz deve submeter a debate entre as partes as questões jurídicas, aí incluídas as matérias que ele há de apreciar de ofício. Realmente, o exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, implicando a possibilidade de ser ouvido *também* em matéria jurídica.

Assim, por exemplo, se ao juiz a parte aparenta ser ilegítima ou a norma invocada parece-lhe inconstitucional, mas não houve qualquer discussão ou debate sobre o assunto, cumpre-lhe, antes de se pronunciar a respeito, determinar a intimação das partes para que se manifestem sobre tal matéria. Ainda que lhe caiba examinar o assunto de ofício, impende conferir às partes a oportunidade de colaborar com a formação do seu convencimento, influenciando, desse modo, na decisão a ser tomada.

Essa participação confere maior legitimidade à decisão, evitando, inclusive, a existência de surpresa: as partes não serão surpreendidas com decisão que trate de matéria a respeito da qual não houve prévio debate, nem sobre a qual deixaram dar sua contribuição¹².

É bastante possível, entretanto, que a doutrina e a jurisprudência venham a dar contornos um pouco mais estreitos à regra do art. 10 do NCPC, levando em conta não só a lógica do razoável¹³, como, também, a experiência do direito comparado. De fato, o Código de Processo Civil português¹⁴, em seu art. 3º, nº 3, estabelece que “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”.

¹¹ Nos termos do que dispõe o art. 1.002, § 5º, do NCPC, “excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de quinze dias”.

¹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório (...). Op. cit., disponível na internet: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo>. Consultado em 26/01/2015.

¹³ Tomaszewski esclarece que, “para Siches, ao contrário do que ocorre com a lógica da inferência, de caráter neutro e explicativo, a lógica do razoável procura entender os sentidos e nexos entre as significações dos problemas humanos e, portanto, dos políticos e jurídicos, assim como realiza operações de valoração e estabelece finalidades ou propósitos” (TOMASZEWSKI, Adauto de A., A Lógica do Razoável – um ensaio sobre o pensamento de Recaséns Siches e a atuação do operador do direito, Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar, vol. 1, n. 1, jul/dez 1998, p. 126/127).

¹⁴ A Lei portuguesa nº 41/2013, de 26 de junho, retificada pela Declaração de Retificação nº 36/2013, de 12 de agosto, aprovou o novo Código de Processo Civil de Portugal (em vigor a partir de 1º de setembro de 2013), revogando o anterior CPC português, que havia sido instituído pelo Decreto-Lei nº 44.129, de 28 de dezembro de 1961.

Note-se bem que, no direito processual civil lusitano, o dispositivo transcrito, que culmina por dispensar a observância do princípio do contraditório quando configurada hipótese de “manifesta desnecessidade”, não indica, todavia, que casos seriam esses. CUNHA, mais uma vez, aponta que a doutrina portuguesa vem procurando indicar as hipóteses em que o juiz estaria dispensado do contraditório:

Segundo António Santos Abrantes Geraldès, são limitadas as situações em que se permite ao juiz decidir qualquer questão sem ouvir as partes: a) para indeferir qualquer nulidade invocada por uma das partes; b) em matéria de procedimentos cautelares, quando necessário prevenir a violação do direito ou garantir o resultado útil da demanda, destacando-se, ainda, uma específica hipótese de decretação de falência sem respeito ao contraditório prévio (*Temas da reforma do processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 82). Para José Lebre de Freitas, João Redinha e Rui Pinto, o contraditório prévio pode ser dispensado em procedimentos cautelares, na execução (em que a penhora é, em certos casos, realizada sem audiência prévia do executado), não devendo ter lugar o convite para discutir uma questão de direito, ‘quando as partes, embora não a tenham invocado expressamente nem referido o preceito legal aplicável, implicitamente a tiveram em conta sem sombra de dúvida, designadamente por ter sido apresentada uma versão fáctica não contrariada que manifestamente não consentia outra qualificação.’ (*Código de Processo Civil anotado*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, v. 1, n. 4, p. 7, n. 9, p. 10)¹⁵.

Essa experiência bem poderia iluminar, no novo sistema processual brasileiro, a interpretação que se haverá de dar ao art. 10 do NCPC, de modo a fazer com que o juiz ficasse liberado de atender ao seu comando normativo em determinadas situações, com o que se estaria dando prestígio aos princípios constitucionais da celeridade processual e da razoável duração do processo¹⁶.

>> 3.2. CONEXÃO ENTRE PROCESSO DE EXECUÇÃO E PROCESSO DE CONHECIMENTO

Art. 55. Reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 1º Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput:

I - à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico; (...) (NCPC, Parte Geral, Livro II – Da Função Jurisdicional).

A questão relativa à modificação da competência quando há um processo de execução em curso em determinado juízo e, em outro, tramita um processo de conhecimento, de natureza declaratória, acerca do mesmo título extrajudicial que embasa a execução, não é nova. A jurisprudência já entendeu que, mesmo que o processo cognitivo versasse sobre tema que pudesse eventualmente repercutir no processo de execução, não seria possível reconhecer relação de prejudicialidade daquele em relação a

¹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. O princípio do contraditório (...). Op. cit., disponível na internet: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo>. Consultado em 26/01/2015.

¹⁶ Constituição da República, art. 5º, inciso LXXVIII.

este, sobretudo por não se poder aplicar ao feito executivo o disposto no art. 265, inciso IV, alínea a, do CPC de 73, diante da proibição constante do art. 791, inciso II, desse mesmo Código, a *contrario sensu*.

Posteriormente, passou-se a entender que, como o fundamento jurídico que autorizava a reunião de processos em razão de conexão era a necessidade de se evitar sentenças conflitantes, e já que o processo de execução não se prestava à prolação de sentença de mérito, então não haveria conexão entre o feito cognitivo e o executivo. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DE CONHECIMENTO. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONEXÃO.

1. A conexão tem por fundamento jurídico a necessidade de promover a reunião de feitos a fim de evitar a prolação de sentenças de mérito conflitantes em cada um deles.
2. Se o processo de execução não se presta à solução do mérito da causa, inexistindo, pois, possibilidade de prolação de sentença de mérito, não se justifica a reunião da execução e do processo de conhecimento com fundamento em conexão, ainda mais quando o processo executivo teve seu curso sobrestado até a resolução do processo de conhecimento.
3. Agravo de instrumento provido. (Acórdão nº 771991, 20130020185405AGI, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 19/03/2014, Publicado no DJE: 31/03/2014. Pág.: 211).

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, já vinha reconhecendo a existência de conexão entre processo de conhecimento e processo de execução. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO – POSTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL, EM COMARCA DIVERSA – ART. 100, INCISO IV, ALÍNEA ‘D’, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – PREQUESTIONAMENTO – OCORRÊNCIA – MÉRITO – CONEXÃO – ART. 103 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – EXISTÊNCIA – JULGAMENTO CONJUNTO – NECESSIDADE – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ECONOMIA PROCESSUAL – COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE DESPACHOU EM PRIMEIRO LUGAR – ART. 106 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – NÃO-DEMONSTRAÇÃO – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(...)

II – As ações autônomas de declaração de inexistência da relação obrigacional possuem natureza jurídica idêntica à dos embargos do devedor, podendo, inclusive, substituí-los na hipótese de ajuizamento anterior, já que, repetir os mesmos fundamentos e causa de pedir nos embargos, implicaria litispendência;

III – Na espécie, há estrito liame de conexão entre a ação de execução das notas promissórias e a ação declaratória de inexistência de relação obrigacional, a determinar, em nome da segurança jurídica e da economia processual, a reunião dos processos (art. 103 do Código de Processo Civil), prorrogando-se a competência do juiz que despachou em primeiro lugar (art. 106 do Código de Processo Civil);

IV - Cumpre ao Juízo de Direito, que teve a sua competência prorrogada, se for o caso, conferir à ação declaratória de inexistência de relação obrigacional o tratamento que daria à ação de embargos com idêntica causa de pedir e pedido, determinando, inclusive, presentes os requisitos legais, a suspensão da execução;

(...)

VI - Recurso especial improvido. (REsp 1169422/AL, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 22/06/2012).

O exposto reconhecimento do NCPC acerca da existência de conexão entre o processo executivo e o cognitivo relativo ao mesmo título extrajudicial que embasa a execução pacífica o entendimento sobre o tema, impondo-se, assim, e sem mais questionamentos, a reunião dos feitos perante o juízo prevento, onde deverão ser decididos simultaneamente (art. 58, do NCPC¹⁷).

Vale notar, ainda, que, nos termos do art. 59 do NCPC¹⁸, o fato determinante da prevenção, em vez de ser o primeiro despacho – quando os feitos conexos corriam em separado perante juízos de mesma competência territorial – ou a citação válida – quando os processos conexos tramitavam em juízos de diferentes comarcas –, passou a ser o registro ou a distribuição da petição inicial. A definição única de prevenção também serve ao propósito de simplificação, viabilizando uma melhor compreensão do novo sistema processual.

» 3.3. PRAZO EM DOBRO PARA TODAS AS MANIFESTAÇÕES PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público. (NCPC, Parte Geral, Livro III – Dos Sujeitos do Processo).

Como bem se sabe, no sistema processual em vigor, a Fazenda Pública goza de vários benefícios processuais. Destacam-se, entre eles, em enunciação não exauriente, os prazos processuais diferenciados (art. 188 do CPC), a remessa necessária (art. 475 do CPC), a dispensa do adiantamento das despesas processuais (arts. 19 e 27, ambos do CPC), a dispensa de preparo para a interposição de recurso (art. 511, parágrafo único, do CPC), a prévia audiência dos respectivos representantes judiciais para a concessão de liminar em ação possessória (art. 928, parágrafo único, do CPC), a fixação

¹⁷ NCPC, art. 58. A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo prevento, onde serão decididas simultaneamente.

¹⁸ NCPC, art. 59. O registro ou distribuição da petição inicial torna prevento o juízo.

diferenciada de honorários advocatícios (art. 20, § 4º, do CPC), a dispensa de depósito prévio nas ações rescisórias (art. 488, inciso II, e parágrafo único, do CPC).

Esses benefícios, concedidos sob a argumentação básica de que “a Fazenda Pública apresenta-se em situação bastante diferenciada dos particulares, merecendo, portanto, um tratamento diverso daquele que lhe é conferido”¹⁹, são mantidos, em essência, no sistema processual que será instaurado com o NCPC.

No que se refere aos prazos processuais, contudo – em quádruplo para contestar²⁰ e em dobro para recorrer, nos termos do art. 188 do CPC de 73 –, o NCPC manteve o prazo diferenciado em benefício da Fazenda Pública, mas inova ao dispor que “a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais”. Assim, o benefício passou a ser o da dobra do prazo, sempre que este for fixado em favor da Fazenda Pública – a não ser nos casos definidos no art. 183, § 2º –, sem distinção entre “prazo para resposta” e “prazo para recurso”.

Essa nova sistemática, que impôs redução pela metade no prazo para a resposta da Fazenda Pública, certamente trará mais agilidade na tramitação dos feitos em que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público figurem no polo passivo da relação processual, vindo ao encontro da ideia de celeridade preconizada pelo novo ordenamento processual.

>> 3.4. SUSPENSÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS DE 20 DE DEZEMBRO A 20 DE JANEIRO

Art. 218. Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive.

§ 1º Ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei, os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública, e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições durante o período previsto no caput.

§ 2º Durante a suspensão do prazo, não se realizarão audiências nem sessões de julgamento. (NCPC, Parte Geral, Livro IV – Dos Atos Processuais).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou o art. 93, inciso XII, da Constituição da República, passando a dispor que “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente”. A partir daí, juízes e desembargadores passaram a marcar suas férias individualmente, fora dos períodos tradicionalmente utilizados para as férias coletivas, isto é, os meses de janeiro e julho de cada ano. Para fazer referência apenas ao âmbito da Justiça do Distrito Federal, subsiste o feriado compreendido entre os dias 20 de dezembro e 6 de

¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Dialética, 2011, 9. ed., p. 35.

²⁰ O verbo “contestar”, aqui, deve ser entendido em sentido amplo, alcançando, a rigor, todas as espécies de atitudes que a Fazenda Pública pode tomar em face da citação, ou seja, contestar, reconvir, oferecer exceção, impugnar o valor da causa, reconhecer a procedência do pedido e, até mesmo, ficar revel.

janeiro, nos termos do que dispõe o art. 60, caput, da Lei nº 11.697/2008, mantendo a tradição da Justiça Federal (art. 62, inciso I, da Lei nº 5.010/66).

O fim das férias coletivas, entretanto, culminou por criar situação difícil para os advogados, que, à conta do fato de o funcionamento da Justiça se dar de modo ininterrupto, deixaram de ter direito a um período de férias. A Ordem dos Advogados do Brasil, por atuação diligente de várias de suas seccionais, obteve a suspensão de prazos em diversas unidades da Federação, não havendo, contudo, uniformidade quanto ao período de suspensão, já que cada Corte culminou por fixar períodos distintos²¹.

A situação parece estar sendo resolvida agora, com o advento do NCPC, que, sem arranhar o comando constitucional, disciplina a suspensão dos prazos processuais durante o período compreendido entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive. Para deixar claro que isso não se confunde com férias coletivas, o dispositivo legal estabelece que, nesses dias, “os juízes, os membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública, e os auxiliares da Justiça exercerão suas atribuições”, ficando “ressalvadas as férias individuais e os feriados instituídos por lei”.

No caso particular da Justiça do Distrito Federal, então, preserva-se o feriado instituído pelo art. 60, caput, da Lei nº 11.697/2008 – 20 de dezembro a 6 de janeiro –, após o que haverá de iniciar-se a suspensão de prazos prevista no art. 218 do NCPC. Se os juízes e desembargadores resolverem tirar férias, haverão de marcá-las, individualmente, para ter início a partir do dia 7 de janeiro.

Nesse espaço de tempo – 20 de dezembro a 20 de janeiro –, além de os prazos estarem suspensos, também não se realizarão audiências nem sessões de julgamento.

>>3.5. TUTELA PROVISÓRIA

Art. 292. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (NCPC, Parte Geral, Livro V – Da Tutela Provisória).

O processo cautelar não existia, tal como conhecido hoje, no CPC de 39. Foi “criado”, por assim dizer, com o CPC de 73. BUZAID, na Exposição de Motivos do CPC de 73, disse, a respeito do Livro III:

7. Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do Livro III. Empregamos aí a expressão processo cautelar. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso direito processual era a função cautelar distribuída por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes. O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral,

²¹ <http://www.oab-ba.org.br/single-noticias/noticia/oab-da-bahia-conquista-ferias-de-30-dias-para-advogados-na-justica-comum/?cHash=e84d3f098e35462f40e8a62c2d875825>; <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI209546,51045-TJES+aprova+suspenso+de+prazos+em+janeiro+e+garante+ferias+aos>; http://www.trt3.jus.br/download/avisos/aviso_suspensao_prazos.pdf;

não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal.

Pois justamente o processo cautelar, o mais novo dos três tipos de processo, não sobreviverá à reforma. Na Exposição de Motivos do NCPC, o Ministro Luiz Fux esclarece que, “com a finalidade de simplificação”, desapareceu o Livro III, relativo ao processo cautelar. Isso não quer dizer que tenha desaparecido, por arrasto, a possibilidade de se obterem “medidas preventivas, conservatórias e incidentes” nem, mais ainda, de se antecipar a prestação jurisdicional. Essa função acautelatória passou a poder ser exercitada – entenda-se: requerida e deferida – sem a necessidade de se instaurar um processo autônomo, preparatório ou incidental, podendo-se dizer o mesmo em relação à concessão da tutela antecipada, isto é, à obtenção do resultado almejado antes do momento normal de entrega da prestação jurisdicional – a sentença.

Extrai-se da Exposição de Motivos do NCPC:

Extinguiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida. Disciplina-se também a tutela sumária que visa a proteger o direito evidente, independentemente de *periculum in mora*.

O Novo CPC agora deixa clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e de tutela à evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de [in]eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito. Também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de



periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano.

Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares²².

O Livro V da Parte Geral do NCPC talvez seja a maior inovação do novo sistema processual, já que, sob o título “Da Tutela Provisória”, passará a concentrar a regulamentação acerca da tutela provisória de urgência – cautelar ou antecipada –, que pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental, ou à tutela provisória da evidência, que haverá de ser concedida independentemente da materialização de periculum in mora. A exata compreensão do que seja “tutela provisória” e a distinção entre “tutela de urgência” e “tutela da evidência” serão de fundamental importância para o dia a dia da atividade judiciária.

FUX ressalta:

A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas **antes** ou **no curso** do procedimento em que se pleiteia a providência principal.

Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada.

Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado **nos mesmos autos** em que tiver sido formulado o pedido de urgência.

As opções procedimentais acima descritas exemplificam sobremaneira a concessão da tutela cautelar ou antecipatória, do ponto de vista procedimental²³.

²² Exposição de motivos do NCPC, n° 3.

²³ Exposição de Motivos, ibidem. Os destaques em negrito são do texto original.

A desnecessidade de ajuizamento de mais de uma ação para que se formule o pedido principal e o pedido acessório deixa ver que, com modificação de tal envergadura, busca-se alcançar não só o propósito de conferir verdadeira efetividade ao processo como, além disso, a pretensão de materializar o ideal de simplificação, que é um dos princípios que nortearam a reforma processual.

>> 3.6. A OPÇÃO LEGISLATIVA DE PERMITIR AO JUIZ QUE BUSQUE SALVAR OS PROCESSOS

Art. 315. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício. (NCPC, Parte Geral, Livro VI – Formação, Suspensão e Extinção do Processo).

Quando escreveu sobre o capítulo das nulidades processuais no CPC de 73 (arts. 243 a 250), PONTES DE MIRANDA salientou:

“O que logo surpreende o leitor do Código de Processo Civil é que, no Título V, onde se trata das nulidades, a lei mais se preocupasse com as regras jurídicas contrárias à nulidade, ou à sua decretação. O legislador traduziu bem o seu propósito político de salvar os processos²⁴.

Aqui, parece que o legislador manteve-se fiel a esse mesmo propósito, qual seja, o de salvar os processos, já que o juiz, sempre que possível, haverá de conceder à parte oportunidade de corrigir o vício, antes de proferir decisão sem resolução de mérito.

O dispositivo legal destacado aponta de modo firme para a noção de que o processo é meio e não fim em si mesmo, devendo-se prestigiar a ideia de que não se há de superestimar a forma em detrimento do conteúdo – e o conteúdo, a rigor, é a solução do direito material, a que serve o processo. Além disso, reforça a noção de que, em princípio, nada há em processo que não possa ser sanado, ficando ratificada a ideia de que não pode haver nulidades processuais absolutas ou relativas. Há, apenas, nulidades – algumas são passíveis de conserto (nulidades sanáveis ou supríveis), outras, não (nulidades insanáveis ou insupríveis).

A esse respeito, PONTES DE MIRANDA, mais uma vez:

As confusões que resultam do emprego das expressões ‘nulidades absolutas’ e ‘nulidades relativas’, no direito processual civil, levam-nos a evitar o emprego delas, convindo só aludirmos à sanabilidade e à insanabilidade²⁵.

Cabe destacar, ainda, que esse dispositivo legal harmoniza-se com o art. 10 do NCPC, anteriormente comentado, na medida em que busca permitir as correções possíveis, a fim de que o processo tenha curso regular. De igual forma, a regra ora em comento encontra eco no art. 931, parágrafo único, do NCPC, que impõe ao relator, antes de considerar inadmissível o recurso, a obrigatoriedade de concessão de prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 353.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 355 e 356.

>> 3.7. A PARTICIPAÇÃO DE AUTOR E RÉU NO SANEAMENTO DO PROCESSO

Art. 355. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 371;

IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de cinco dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV; se homologada, a delimitação vincula as partes e o juiz.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. (NCPC, Parte Especial, Livro I – Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento da Sentença).

Antes de abordar o tema destacado – a participação das partes no saneamento do feito –, é fundamental fazer breve comentário ao nome do Livro I da Parte Especial do NCPC: “Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento da Sentença”.

A reforma introduzida pela Lei nº 11.232/05 culminou por criar profunda separação entre os títulos executivos judiciais e os títulos executivos extrajudiciais no que se refere ao meio pelo qual se passaria a realizar a satisfação do direito neles reconhecido. De acordo com o espírito da reforma introduzida pelo diploma legal ora referido, os títulos judiciais (art. 475-N, em enunciação taxativa) submeter-se-iam às regras do cumprimento da sentença²⁶, instaurada como fase subsequente à prolação da sentença, dentro do mesmo processo em que o julgado foi proferido, da seguinte forma:

- i) as sentenças que reconhecessem a existência de obrigação de fazer ou não fazer passariam a ser cumpridas por meio do que se contém no art. 461 do CPC;
- ii) as sentenças que reconhecessem a existência de obrigação de entregar coisa passariam a ser cumpridas por meio do que se contém no art. 461-A do CPC; e

²⁶ Com exceção da execução contra a Fazenda Pública e da execução da prestação alimentícia, que continuaram a ser realizadas sob as luzes do processo de execução (arts. 730 e 731 e 732 a 735, respectivamente).

iii) as sentenças que reconhecessem a existência de obrigação de pagar quantia certa passariam a ser cumpridas por meio de execução, nos termos dos demais artigos do Capítulo X do Título VIII do Livro I do CPC de 73 (arts. 475-J a 475-R).

Já os títulos extrajudiciais (art. 585 do CPC, em enunciação exemplificativa) submeter-se-iam aos rigores do processo de execução, que deveria ser instaurado a partir de propositura de ação.

Com a nova estrutura dada ao NCPC, fica claro que o cumprimento da sentença integra, efetiva e definitivamente, o processo de conhecimento, cabendo aplicar-se o processo de execução, a que o NCPC destinou livro autônomo, apenas e tão somente aos títulos executivos extrajudiciais²⁷. É bem verdade que há dois capítulos no Livro II da Parte Especial (“Do Processo de Execução”) que cuidam da execução contra a Fazenda Pública e da execução de alimentos, mas apenas, em ambos os casos, quando a pretensão se fundar em título extrajudicial (arts. 909 e 910, respectivamente).

A solidez dos pilares do NCPC ratifica as bases do sistema processual e facilita a exata compreensão de sua estrutura.

Muito bem. Feitas essas considerações iniciais quanto ao nome dado ao Livro I da Parte Especial, passa-se à análise do conteúdo do dispositivo legal destacado.

Aqui, o NCPC disciplina o saneamento do processo, organizando os passos a serem tomados em direção à sentença. Nos termos do art. 355 do NCPC, o juiz deverá resolver as questões processuais pendentes, se houver; delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; definir a distribuição do ônus da prova; delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; e designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

Fora a obrigação de “definir a distribuição do ônus da prova” e “delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito”, o conteúdo da decisão de saneamento não discrepa muito do que hoje se lê no art. 331, § 2º, do CPC. A novidade fica por conta dos parágrafos desse artigo, que autorizam as partes a pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes na decisão (§ 1º) e a apresentar ao juiz, para homologação, a delimitação consensual das questões de fato e de direito necessárias à solução da causa (incisos II e IV). Tal delimitação, acaso homologada, vincula as partes e o juiz.

Não fosse isso o bastante, em termos de inovação no que se refere ao saneamento e à organização do processo, cabe ainda mais um comentário, relativo ao parágrafo terceiro desse artigo.

Com efeito, veja-se que, apesar de o NCPC proclamar que é o juiz quem dirige o processo (art. 139 do NCPC) e de se saber que ele é o destinatário da prova, cabendo-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, “determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, bem como indeferir “as diligências inúteis ou meramente protelatórias” (NCPC, art. 368 e parágrafo único), o juiz deverá, na decisão de

²⁷ E, bem entendido, “aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença”, nos exatos termos do art. 770 do NCPC.

saneamento e de organização do processo, e desde que a causa apresente complexidade em matéria de fato ou de direito, designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes.

Trata-se de verdadeira concretização normativa do princípio da cooperação, de modo a permitir que as partes e o juiz vão construindo o caminho pelo qual o processo deve seguir rumo à solução da causa. Nessa audiência, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Nada mais positivo para a resolução do processo. Uma coisa é a decisão monocrática, individual – legítima, é certo, mas decorrente apenas da autoridade de que o juiz se encontra investido. Outra coisa é a decisão para cuja concreção as partes foram chamadas a participar, cooperando para que se chegue à solução justa do litígio. Essa decisão é igualmente legítima, claro, mas sua legitimidade talvez recrudesça em face do diálogo que o juiz estabelece com o autor e o réu, que haverão de se sentir igualmente responsáveis pelos rumos que o processo irá tomar.

>> 3.8. A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DOS VENCIMENTOS DO EXECUTADO

Art. 832. São impenhoráveis:

(...)

IV – os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

(...)

X – a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de quarenta salários mínimos;

(...)

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como relativamente às importâncias excedentes a cinquenta salários mínimos mensais (...). (NCPC, Parte Especial, Livro II – Do Processo de Execução).

A questão referente à impenhorabilidade do salário do devedor é matéria que sempre polarizou opiniões. O tema é, em si, sensível, mas ganha especial importância quando se coloca o tempero do advérbio de modo “absolutamente”, de que se valeu o legislador no caput do art. 649 do CPC.

Houve grave dissenso jurisprudencial sobre a questão: i) “absolutamente” quer dizer “absolutamente”, ou seja, os vencimentos são absolutamente impenhoráveis, em estrita e literal interpretação dos exatos termos do texto legal; ou ii) o vocábulo “absolutamente” deve compaginar-se com o princípio da efetividade da execução, que se realiza no interesse do credor. Em sendo assim, e segundo essa segunda corrente, os vencimentos podem ser penhorados até o limite de trinta por cento (30%),

porque essa é a margem consignável, de que o trabalhador pode dispor para contratar empréstimos e viabilizar o desconto das parcelas devidas para a sua quitação diretamente em folha de pagamento.

As teses jurídicas chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, que culminou por pacificar a questão, proclamando a impenhorabilidade absoluta dos vencimentos²⁸.

Eis que, agora, o NCPC lança novas luzes sobre o tema, dispondo que a regra da impenhorabilidade absoluta “não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como relativamente às importâncias excedentes a cinquenta salários mínimos mensais”. Essa segunda possibilidade quer dizer que, caso o devedor receba valor superior a cinquenta salários mínimos mensais, o que ultrapassar esse quantum pode ser objeto de penhora.

Com isso, e diante de hipóteses bem definidas de exceção à regra geral da impenhorabilidade absoluta, parece bastante provável haver mudança no entendimento jurisprudencial já pacificado no seio da Corte Superior de Justiça, mas não para permitir penhora em determinado percentual. A penhora, nos termos da lei, poderá incidir em relação ao valor que exceder a cinquenta salários mínimos. Resta saber se esses cinquenta salários mínimos haverão de ser entendidos como valores recebidos a título de salário pelo devedor ou o seu saldo em conta-corrente. Em qualquer dos dois casos, e ao menos à primeira análise, dada a realidade brasileira atual, parecem ser bastante restritas as possibilidades de vir a se materializar a exceção ora em comento.

>> 3.9. SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Art. 936. Na sessão de julgamento, depois da exposição da causa pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao recorrente e ao recorrido, e ao membro do Ministério Público, nos casos de sua intervenção, pelo prazo improrrogável de quinze minutos para cada um, a fim de sustentarem suas razões nas seguintes hipóteses:

(...)

VIII – no agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência; (...). (NCPC, Parte Especial, Livro III – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais).

O Livro III da Parte Especial do NCPC trouxe diversas modificações importantes, destacando-se, dentre elas, o fim da figura do revisor nos julgamentos colegiados; o fim do agravo retido; o fim dos embargos infringentes, mas, em compensação, o advento de nova técnica de julgamento não unânime de apelações (art. 941 do NCPC); o incidente de resolução de demandas repetitivas, entre outras.

Uma dessas importantes alterações refere-se à possibilidade de haver sustentação oral no julgamento do recurso de agravo de instrumento.

²⁸ STJ, REsp nº 1.184.765-PA, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

Veja-se, entretanto, e desde logo, que, nos termos do que dispõe o art. 1014 do NCPC, cabe agravo de instrumento nas seguintes hipóteses:

Art. 1014. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito da causa;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuir o ônus da prova nos termos do art. 381, § 1º;
- XII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Essa possibilidade – que, a rigor, quando ainda não passava de mera especulação já era motivo de grave preocupação entre os julgadores de segundo grau, que antecipavam demora ainda maior nas sessões de julgamento, já que caberia sustentação oral não só nas apelações, mas também nos agravos – parece, agora, bem delimitada pelo dispositivo em análise.

Com efeito, veja-se que, das doze possibilidades previstas para o cabimento de agravo de instrumento, em apenas uma delas – quando tiver sido interposto de decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência – é que caberá eventual sustentação oral. Em todas as demais, continua a valer a velha sistemática, pela qual não há sustentação oral em agravo de instrumento.

Tal medida é salutar, e por dois motivos:

- a) destaca a grande importância dos agravos que vierem a ser interpostos contra decisões que versem sobre tutela provisória de urgência ou da evidência, permitindo ao advogado da parte agravante que, ao sustentar oralmente durante a sessão de julgamento, chame a atenção para detalhes que podem repercutir na resolução do mérito da causa; e
- b) não transforma a sessão de julgamento em “sessão de sustentação oral”, já que os demais agravos de instrumento continuarão a ser julgados pelo sistema em vigor, no qual não se permite sustentação oral.

CONCLUSÕES

Em comparação com o CPC em vigor, o texto do NCPC introduz profundas modificações no sistema processual brasileiro, em termos de estrutura e de conteúdo, que devem ser trazidas desde logo ao conhecimento de todos os estudiosos do Direito, sobretudo daqueles que se dedicam à atividade judiciária, para que, no período de *vacatio legis* – a lei nova entrará em vigor no prazo de um ano após a sua publicação –, possam ir se familiarizando com as novas técnicas e, especialmente, com o novo modo de atuação, no processo, de cada um dos operadores do Direito Processual.

Este estudo não teve, nem de longe, a mais mínima pretensão de esgotar o tema referente às alterações que serão introduzidas com o NCPC. Buscou-se, muito ao contrário, apontar uma importante alteração em cada um dos seis livros da nova Parte Geral e em cada um dos três livros da nova Parte Especial. Com tal metodologia, pretendeu-se chamar a atenção para a necessidade de compreender o novo sistema processual como um todo, alertando para a obrigatoriedade de o intérprete se comprometer a estudar a fundo e sistematicamente o NCPC, para que possa extrair dele o seu máximo potencial.

Nos termos da Exposição de Motivos do NCPC, os trabalhos da comissão que elaborou o anteprojeto orientaram-se por cinco objetivos fundamentais²⁹:

- “1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e,
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”.

Esse, o norte que deve inspirar a aplicação de cada dispositivo do novo sistema processual. Cada juiz, cada advogado, cada membro do Ministério Público tem, a partir de agora, a tarefa de pavimentar a estrada para o futuro, buscando soluções interpretativas que efetivamente alcancem os propósitos da comissão de reforma. A jurisprudência e a doutrina farão a sua parte, iluminando o caminho a seguir.

É hora de colocar mãos à obra.

²⁹ Exposição de Motivos do NCPC, nº 3.

REFERÊNCIAS

1. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2014.
2. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Dialética, 2011.
3. _____. O princípio do contraditório e a cooperação no processo. Disponível na internet: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo>. Consultado em 26/01/2015.
4. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
5. LA CHINA, Sergio. L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile. Milano: 1970.
6. PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. História do Direito Processual Brasileiro – Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo. São Paulo: Manole, 2002.
7. MIOTTO, Carolina Cristina. A evolução do Direito Processual Civil Brasileiro: de 1939 à análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Disponível na internet: <http://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/viewFile/135/66>. Consultado em 25 de janeiro de 2015.
8. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
9. NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
10. PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
11. TOMASZEWSKI, Adauto de A., A Lógica do Razoável – um ensaio sobre o pensamento de Recaséns Siches e a atuação do operador do direito, Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar, vol. 1, n. 1, jul/dez 1998.

O PAPEL DO FEDERALISMO NA PROTEÇÃO AMBIENTAL E NO DESENVOLVIMENTO DAS DIFERENTES REGIÕES BRASILEIRAS: OS ESTADOS-MEMBROS COMO LABORATÓRIOS DE MELHORES MODELOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

The role of Brazilian Federation in the protection of the environment and development of its different regions: Brazilian states as laboratories of successful environmental policies

SUMÁRIO

Introdução. 1. A Diversidade das Regiões Brasileiras e a Proteção Ambiental no Contexto Federativo. 1.1. A região Norte. 1.2. A região Nordeste. 1.3. A região Centro-Oeste. 1.4. A região Sudeste. 1.5. A região Sul. 2. A Política Nacional do Meio Ambiente e o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). 3. Os Entes Federados Vistos Como Laboratórios que Concorrem Para a Busca de Novos Modelos de Proteção Ambiental. 3.1. Os Estados-membros vistos como laboratórios de experimentação ambiental. 3.2. O papel da União na proteção ambiental local. Conclusão. Referências.

RESUMO

Este artigo mostra que a federação brasileira potencializa mecanismo institucional de proteção ambiental na medida em que um estado-membro pode se constituir em bem sucedido laboratório de proteção ambiental por meio do federalismo de cooperação, que lhe garante autonomia parcial para legislar a respeito da proteção do meio ambiente, permitindo adequação entre as normas ambientais e os diferentes biomas brasileiros. Ademais, a garantia de um piso nacional de proteção por meio das normas federais gerais assegura a unidade da proteção.

» *Palavras-chave: Federação. Meio ambiente. Federalismo cooperativo. Biomas.*

ABSTRACT

This article intends to demonstrate that the Brazilian Federation is a powerful institutional mechanism of environmental protection, as a single state may serve as a laboratory of successful environmental policies using the cooperative federalism who allows the state to build rules regarding environmental protection according to the differences among Brazilian biomes. Furthermore, the federal environment regulations build unit and a minimum protection standard.

» *Keywords: Federation. Environmental protection. Cooperative federalism. Biomes.*

Paulo José Leite Farias

Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília – UnB. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Pós-doutor pela Universidade de Boston (EUA). Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP em Brasília – DF.

“Foi para unir as vantagens diversas que resultam da grandeza e da pequenez das nações que o sistema federativo foi criado (...). Nas grandes nações centralizadas, o legislador é obrigado a dar às leis um caráter uniforme, que não comporta a diversidade dos locais e dos costumes; não sendo nunca instruído dos casos particulares, só pode proceder com base em regras gerais”. (1977, p. 126)

Alexis de TOCQUEVILLE.¹

INTRODUÇÃO

O presente artigo demonstra que a federação brasileira constitui-se em forma de Estado adequada para a proteção do meio ambiente brasileiro, tendo em vista a diversidade de biomas existentes nas diferentes regiões brasileiras. ZIMMERMANN destaca que o Estado é uma forma de organização política dentro de um território para domínio e regulação de condutas.² É nesse aspecto que a federação fornece um modelo para regulação de condutas protetivas do meio ambiente em diferentes níveis de poder territorial.

Para a efetiva proteção do meio ambiente, deve ser observado o largo conceito sistêmico de meio ambiente, que requer modelo que leve em conta, por um lado, a diversidade dos elementos que o compõem e, por outro, a necessidade de ação unitária de proteção, subjacente à própria proteção sistêmica prevista no art. 225 da Constituição Federal.

No que se refere à necessidade de proteção do meio ambiente, considerado como unidade, ALVARO MIRRA,³ fazendo interessante analogia entre o Direito Ambiental brasileiro e uma “bacia hidrográfica”, observa que a proteção do meio ambiente globalmente considerado (o “rio principal”) não pode ser obtida sem a proteção dos elementos setoriais (os “afluentes”), *verbis*:

Servindo-nos de uma imagem bem ecológica, poderíamos dizer que o Direito Ambiental brasileiro corresponde a uma imensa “bacia hidrográfica”. Esta “bacia” é integrada por um “rio principal”, formado pela Constituição Federal, pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei federal nº 6.938/81), pelas Constituições dos Estados e pelas Declarações Internacionais de Princípios de Estocolmo de 1972 (sobre o Meio Ambiente Humano) e do Rio de Janeiro de 1992 (sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento), e por seus “afluentes e subsistemas hidrográficos”, formados pela legislação ambiental setorial (Código Florestal, Lei de Proteção à Fauna, Legislação sobre Poluições, Legislação sobre Atividades Nucleares, Legislação sobre Parques, Reservas etc.).

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Tradução Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977, p. 126.

² ZIMMERMANN, Augusto. Teoria geral do federalismo democrático. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 10.

³ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil”. In Revista dos Tribunais, vol. 706, ano 83, agosto, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.11.

Como é próprio dessa modalidade de sistema, existe uma permanente interação e interdependência entre todos os elementos e entre todas as normas da “bacia”, uns influenciando e condicionando os outros. Efetivamente, a proteção dos elementos setoriais – os “afluentes” – não pode estar desvinculada da proteção do meio ambiente globalmente considerado – o “rio principal” – e, conseqüentemente, não se pode dar apenas pela aplicação isolada da legislação setorial, sem a observância das disposições existentes na legislação mais ampla e genérica. Do mesmo modo, é certo também que a proteção do meio ambiente globalmente considerado (o “rio principal”) não pode ser obtida sem a proteção dos elementos setoriais (os “afluentes”), com o respeito às normas a eles correspondentes. (grifo nosso)

A respeito da legislação ambiental setorial, deve-se destacar o novo código florestal que simboliza a necessidade de unidade na proteção ambiental brasileira. A Lei 12.651/2012 ao dispor sobre a proteção da vegetação nativa brasileira cria normas aplicáveis aos biomas de todas as regiões do país, de modo a garantir a proteção da flora e da fauna de forma orgânica.

Destacando as disparidades existentes entre os diferentes Estados-membros e regiões do País, o professor e jusfilósofo INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO,⁴ ao tratar do tema Federalismo e Descentralização, em seminário que formulava propostas para a Constituição de 1988, bem ressalta a necessidade de adoção de um modelo federalista moderno de participação, *verbis*:

Nessa encruzilhada, a Constituinte se defrontará, necessariamente, com dois modelos ou variantes do federalismo – o federalismo clássico, ou da autonomia, e o federalismo moderno, ou de participação (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 103).

Descartada a opção pelo modelo clássico, que não nos serve, principalmente em razão das grandes disparidades ainda existentes entre os diferentes Estados e regiões do País – disparidades que se agravariam se os Estados pequenos perdessem a assistência da União em nome de uma falsa autonomia, puramente formal e suicida – abre-se para nós a via exclusiva do federalismo de participação, via que haveremos de percorrer com prudência e cautela, porque é a mais facilmente exposta a deturpações, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em processo de desenvolvimento, onde, disfarçada em federalismo de cooperação, tem sufocado as unidades-membros, reduzindo-as à condição de entes desprovidos de vontade própria, inteiramente dependentes do Poder Central, que a todos preside e por todos decide. (grifo nosso)

CARL SCHMITT,⁵ abordando a necessidade de um mínimo de homogeneidade na ação estatal, assinala que a resolução das antinomias federativas fundamenta-se na garantia de uma atuação uníssona de todos os seus membros em determinadas questões fundamentais. Nesse sentido, o modelo federativo fornece subsídio para que a proteção ambiental seja construída por patamares

⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. “Federalismo e descentralização”. In Revista de Informação Legislativa, no 87, jul./set., Brasília: Senado Federal, 1985, p. 26 e 27.

⁵ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. México: Editora Nacional, 1981, p. 432, *verbis*: “La disolución de las antinomias de la Federación estriba en que toda Federación descansa sobre un supuesto esencial, cual es el de la homogeneidad de todos sus miembros, homogeneidad sustancial que da lugar a una coincidencia concreta, fáctica, de los Estados-miembros y es causa de que no se produzca en el seno de la Federación el caso extremo de conflicto”.

mínimos aplicados (por meio das normas gerais já estudadas no capítulo anterior) a todos os membros da coletividade federativa.

ROGER FINDLEY,⁶ tratando da descentralização da proteção do meio ambiente nos Estados Unidos e ressaltando a necessidade do estabelecimento de padrões mínimos nacionais de proteção ambiental, assinala, *verbis*:

A regulamentação ambiental nos Estados Unidos era quase totalmente descentralizada 25 anos atrás. Constituía exceções o controle pelo governo federal da exploração de recursos naturais em terrenos federais e na plataforma continental externa dos oceanos e os incentivos federais para a regulamentação estadual da poluição em lagos e rios navegáveis. Ao mesmo tempo que os municípios exerciam com frequência controle sobre a urbanização das terras locais, somente alguns estados controlavam a poluição de modo significativo. Alguns desses estados, no entanto, como a Califórnia e Nova York, eram altamente industrializados, muito populosos e politicamente poderosos. Por temerem que as indústrias viessem a mudar-se para outros estados onde o controle da poluição fosse pequeno ou nenhum, a Califórnia, Nova York e outros grandes estados pressionaram o Congresso a adotar padrões nacionais mínimos de poluição. O Congresso o fez na Clean Air Act (Lei do Ar Puro) de 1970 e na Clean Water Act (Lei da Água Limpa) de 1972.

No âmbito do Brasil, este debate recentemente foi enriquecido com a Lei Complementar n. 140/2011 que regulamentou a competência comum prevista no art. 23 da Constituição de 1988. Agora, há regras mais claras para definição das competências federativas de fiscalização e licenciamento no território brasileiro. Exemplificando, se uma obra ou atividade econômica afetar mais de um estado-membro, a competência para licenciar e fiscalizar será da União, se a atividade cingir-se ao estado-membro será do estado-membro e se tiver impacto local será do município. Com esta nova normatividade procura-se dar mais eficiência e eficácia na proteção dos diferentes recantos do país que possuem distintos aspectos econômicos e ecológicos conforme mostraremos neste artigo.⁷

Nesse aspecto, o modelo federativo, visto como mecanismo de proteção interna ambiental, adequa-se como uma luva à proteção ambiental, garantindo a proteção do meio ambiente de forma sistêmica (protegendo o meio ambiente em cada entidade federativa de acordo com as suas peculiaridades e, no âmbito nacional, garantindo normas protetivas dirigidas ao sistema visto como um todo), haja vista que:

⁶ FINDLEY, Roger W. "Descentralização da Proteção do Meio Ambiente nos Estados Unidos: Política e Problemas". In Revista de Direito Ambiental, n° 02, ano 01, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 07.

⁷ A respeito da nova configuração jurídica do licenciamento, vide GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. Intervenção estatal ambiental: licenciamento e compensação de acordo com a lei complementar n 140/2011. São Paulo: Atlas, 2012.

- a) o federalismo promove a unidade protegendo a diversidade à medida em que concede autonomia aos entes descentralizados⁸ na resolução de seus problemas setorializados;⁹
- b) o federalismo é dinâmico, como deve ser a proteção ambiental, adequando-se às mutáveis circunstâncias da complexa ponderação de interesses entre a proteção ambiental e o desenvolvimento econômico, em um país com enorme diferenças geográficas e ecológicas entre as suas diversas regiões;¹⁰
- c) o federalismo permite a experimentação criativa de novos modelos de proteção ambiental. A Federação, como um todo, beneficia-se da possibilidade de seus componentes servirem de laboratório de novos modelos econômicos e ambientais, sendo que os modelos bem sucedidos poderão ser adotados por outros membros da Federação ou adaptados a toda Federação.

Tratar da questão federativa e de sua sinergia para a proteção do meio ambiente leva-nos necessariamente a investigar a diversidade das regiões geográficas que compõem o território nacional. Ademais, tendo em vista o texto constitucional vigente, arts. 23, 24 e 30 (que trata respectivamente da competência administrativa e legislativa de todos os entes federativos de proteção do meio ambiente), deve-se entender como a cooperação federativa foi detalhada na política nacional do meio ambiente (Lei 6.938/81) na descrição das diretrizes e objetivas da proteção ambiental no Brasil.

Assim, o primeiro capítulo apresenta dados extraídos do IBGE sobre as cinco regiões geográficas brasileiras indicando as suas características geográficas com o objetivo de demonstrar as peculiaridades de cada uma das regiões, bem como a classificação em quatro regiões do Brasil de MILTON SANTOS e MARIA LAURA SILVEIRA no que se refere ao desenvolvimento econômico e social.

O segundo capítulo analisa as principais diretrizes e instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, destacando o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) como conjunto de órgãos federais, estaduais, distrital e municipais que tem como objetivo geral a preservação e melhoria da qualidade ambiental em todas as regiões brasileiras.

O terceiro e último capítulo destaca que cada ente do SISNAMA, em especial os estados-membros, pode contribuir para a criação de modelos bem sucedidos de proteção do meio am-

⁸ Tratando das vantagens da descentralização, FINDLEY no art. "Descentralização da proteção do meio ambiente nos Estados Unidos: Política e Problemas". In Revista de Direito Ambiental, nº 02, ano 1, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 8, assinala, verbis: "Quais são os maiores incentivos para a descentralização da regulamentação do meio ambiente? As variações em preferências dos cidadãos entre, de um lado, a melhoria da qualidade ambiental e, de outro lado, o desenvolvimento econômico e industrial, ou receitas em dinheiro mais altas são um. Estados mais nitidamente voltados à proteção ambiental tendem a ser desenvolvidos em termos industriais, e poderosos em termos econômicos e políticos. Os Estados menos desenvolvidos geralmente optam por explorar seus recursos sem o custo ou a inconveniência de norma ambientais rigorosas."

⁹ Para viabilizar a compatibilidade já analisada entre desenvolvimento e preservação ambiental, surgiram instrumentos conciliatórios que possibilitam a análise do impacto ambiental sobre determinado meio em que se pretenda efetuar algum projeto de desenvolvimento. Salienta-se que esta análise deve preceder qualquer atividade no local porque o objetivo é a prevenção de danos e, não, o reparo porque, na maioria dos casos, esses são irreversíveis.

¹⁰ FINDLEY, op. cit., p. 8, nesse aspecto, afirma, verbis: "Um segundo fator que favorece a descentralização são as diferenças existentes nas condições geográficas e ecológicas entre as diversas regiões. Por conseguinte, padrões uniformes para efluentes talvez sejam inadequados, visto que resíduos orgânicos que podem causar sérios danos a um pequeno rio podem ter pouco efeito ao serem despejados em partes do oceano".

biente. Ressalta que os estados-membros podem ser vistos como laboratórios de inovação das práticas estatais de proteção do meio ambiente e que a União deve estabelecer um piso mínimo de proteção ambiental.

1. A DIVERSIDADE DAS REGIÕES BRASILEIRAS E A PROTEÇÃO AMBIENTAL NO CONTEXTO FEDERATIVO

O Brasil possui superfície de aproximadamente 8,5 milhões de quilômetros quadrados e densidade demográfica média de menos de 20 habitantes por quilômetro quadrado.

Esses dados, entretanto, estão longe de refletir a realidade brasileira, que tem, na região metropolitana de São Paulo, 10% de toda a população do País em área que é apenas um milésimo da superfície total. A densidade demográfica, nesse caso, é maior do que 2.000 habitantes por quilômetro quadrado.¹¹ Estes números chamam a atenção para a complexidade de fatores que compõem o mosaico demográfico brasileiro.

A esse mosaico demográfico soma-se diversidade socioeconômica, ecológica, climática, étnica, orográfica e hidrográfica do Brasil.

Para ressaltar a problemática ambiental dentro da diversidade do nosso País e, consequentemente, a importância do modelo federado para garantir a unidade de proteção ambiental respeitando a diversidade existente, o presente artigo abordará, de forma sucinta, as principais características das diversas regiões que compõem a nação brasileira com ênfase na problemática ambiental e econômica de cada uma delas.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – classifica o país em cinco blocos territoriais (Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul) com traços físicos, humanos, econômicos e sociais comuns. A divisão do país em regiões feita em 1970 facilita o agrupamento de dados estatísticos e ajuda no planejamento de políticas públicas voltadas para áreas com necessidades semelhantes. Já MILTON SANTOS e LAURA SILVEIRA propuseram outra divisão regional em “quatro regiões” [Amazônia (envolvendo a região Norte), Centro-Oeste, Nordeste e Concentrada (envolvendo o Sul e Sudeste)] baseado no aspecto da quantidade de recursos tecnológicos, no volume de atividades econômicas e na situação da agropecuária em relação à mecanização e à integração com a indústria.¹² Ambas destacam as diversidades do país que afetam de sobremaneira a proteção do meio ambiente tendo em vista não só as condições naturais (prevalentes na classificação do IBGE) como as econômicas (prevalentes na classificação de MILTON SANTOS/MARIA LAURA SILVEIRA).

¹¹ De acordo com o último censo demográfico, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que mantém um site na internet com inúmeras informações estatísticas sobre o Brasil, utilizadas ao longo deste trabalho no endereço www.ibge.gov.br, acesso em 17/12/2014.

¹² SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no início do século XXI. São Paulo: Record, 2001, p. 268–273.

1.1. A REGIÃO NORTE

O mundo todo tomou conhecimento, nos últimos anos, da Amazônia, a região menos povoada do Brasil, por conta do debate que se estabeleceu em torno das queimadas e do corte de parte de sua floresta. Como ensinam SANTOS e SILVEIRA “é uma região de rarefações demográficas herdadas e baixas densidades técnicas”.¹³

Trata-se da maior reserva contínua de floresta tropical úmida do mundo, ocupando mais de um terço da superfície brasileira e partes igualmente significativas da Bolívia, Peru, Colômbia, Venezuela, Guiana e Suriname. A região é cortada pela Linha do Equador acima do Rio Amazonas, que corre paralelo àquela linha no seu trecho brasileiro.

A Região Norte, composta pelos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins, abrange superfície de cerca de 3.850.000 Km², ocupando aproximadamente 45% da superfície do Brasil. Localiza-se entre os paralelos 5 de latitude Norte e 12 de latitude Sul e os meridianos 45 e 74 de longitude Oeste (WGR) em seus pontos extremos. Há grande superposição entre as áreas físicas da Região Norte e da Floresta Amazônica.¹⁴

A região mantinha-se praticamente intacta por causa dos mecanismos de autodefesa do ecossistema, que dificultavam enormemente sua devastação. Para ocupar a floresta, é necessário abrir estradas de acesso e estas obras são de elevado custo, por causa das colossais dimensões do espaço amazônico e das dificuldades de enfrentar as reações da selva, do clima, dos insetos e dos animais ferozes e peçonhentos, sem contar com os conflitos com os povos da floresta. Além disso, é altamente custoso manter estas estradas trafegáveis. Exemplificando tal assertiva, ressalta-se que a estrada Transamazônica, aberta nos anos setenta, ligando o nordeste seco à Amazônia úmida, no trecho amazônico foi quase totalmente perdida, tomada, novamente, pela regeneração da vegetação exuberante.

Tal situação, no entanto, modificou-se, analisando-se os danos recentes divulgados pela imprensa. Por exemplo, observa-se que eles decorrem de altos investimentos do governo em rodovias e em subsídios para a derrubada da mata e na implantação da economia agropastoril.

Enquanto a ocupação se dava por meio da navegação pela rede fluvial, a fixação do homem ocorria de forma mais integrada com o ecossistema, registrando-se o impacto de sua presença apenas de forma pontual e esparsa, não chegando a comprometer extensões contínuas, como hoje ocorre ao longo de rodovias e de ferrovias que cruzam a Amazônia.

Nesse sentido, WERNER ZULAUF¹⁵ assinala, *verbis*:

¹³ SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no início do século XXI. São Paulo: Record, 2001, p. 272.

¹⁴ IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br. Acesso em 17/12/2014.

¹⁵ ZULAUF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 13. Deve-se ressaltar que o autor desse trabalho foi Presidente da CETESB – Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental, empresa pública paulista pioneira no controle da poluição no País, que juntamente com a FEEMA – Fundação Estadual de Engenharia do Meio Ambiente, constituem dois dos principais polos de gestão de ciência e tecnologia ambiental no Brasil. Interessante obser-

A composição do solo da maior parte da região favorece o fenômeno da erosão. Na hipótese de grandes desmatamentos, deve-se atentar para as mudanças climáticas, que tendem a acentuar as alternativas entre estiagens e chuvas, assim como promover chuvas mais intensas. Esses fatores climáticos, agindo sobre um solo frágil, tendem a exacerbar a erosão, assorear os rios e provocar por via de consequências, grandes inundações. Falar em grandes inundações na bacia do maior rio do mundo em vazão de água é apontar para catástrofes jamais vistas ou sequer imaginadas.

Sinais evidentes da tendência acima observam-se já hoje em vários rios da bacia. O Rio Acre é um exemplo. No início do século o rio era navegável até Xapuri (a cidade ficou conhecida por ter sido o cenário de vida e da morte trágica de Chico Mendes, o líder seringueiro assassinado por fazendeiros por causa da sua luta contra os desmatamentos na Amazônia), a montante de Rio Branco (capital do Estado do Acre), próximo da divisa com a Bolívia. Hoje, a navegação com barcaças não se dá mais acima da cidade de Boca do Acre, já no Estado do Amazonas, trezentos quilômetros a jusante de Xapuri e duzentos de Rio Branco. Entretanto, sobrevoando-se a região, observa-se que o desmatamento foi relativamente pequeno, não havendo sinais de solo desnudo em extensões grandes. Esse caso serve de alerta, pois, mesmo uma pequena intervenção já produziu impacto de vulto. A fragilidade do solo amazônico pressupõe-lo à desertificação.

Portanto, as características peculiares dessa região fazem que o grande desafio da Amazônia seja desenvolver um modelo socioeconômico adequado com base no extrativismo racional não predador, no ecoturismo, na indústria de transformação dos produtos nativos, na mineração ambientalmente branda, na pesquisa científica e tecnológica, enfim, em atividades que mantenham a maior parte da cobertura florestal, para a preservação do patrimônio genético, para a sustentação do solo e para a manutenção da navegabilidade dos rios.

1.2. A REGIÃO NORDESTE

Ao leste da Amazônia, em latitude pouco mais ao sul, desenvolve-se a região nordestina brasileira. Suas latitudes extremas são entre os paralelos 3° e 16° Sul e as longitudes estendem-se dos meridianos 35° a 46° Oeste (WRG). Os contornos norte e leste são o litoral atlântico, onde se observa estreita franja úmida, principalmente a leste, seguida de uma transição denominada agreste ou brejo (no Estado da Paraíba) e, finalmente, o grande sertão, o semiárido brasileiro, fortemente identificado com a Região Nordeste, espaço físico do qual ocupa a maior parte. A área da Região é de 1.556.001 Km², representando 1/5 da superfície do Brasil. É composta por 9 Estados – Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia. A linha do litoral, em maior ou menor faixa, contempla todos os Estados, formando um arco de aproximadamente

var que o Governo Federal, historicamente, só despertou para a proteção ambiental institucionalizada em um órgão próprio (SEMA – Secretaria Especial do Meio Ambiente –, vinculada ao Ministério do Interior), após a conferência de Estocolmo realizada em 1972. A respeito da evolução da proteção ambiental do Brasil, vide WERNER ZULAUF, op. cit., p. 1 a 9.

3.000 km, onde as maiores reentrâncias são representadas pelas baías de São Marcos e São José, no Maranhão, e a baía de Todos os Santos, no Estado da Bahia.

A hidrografia é constituída por série de bacias fluviais, onde se destaca a do Rio São Francisco, não só por sua extensão, como também por sua importância na navegação e na economia regional. Suas nascentes estão ao sul da região semiárida, no Estado de Minas Gerais, o que dá, a este rio, a condição de rio perene, ao contrário da maior parte dos rios do Nordeste, que são intermitentes. O São Francisco é um oásis linear de centenas de quilômetros de comprimento, proporcionando água para irrigação e potenciais notáveis de energia hidroelétrica já em fase final de utilização. Condição semelhante é a do rio Parnaíba, na divisa entre os Estados do Piauí e do Maranhão. Embora hoje rio perene, por força da represa de Boa Esperança, originalmente era também rio intermitente.

As características climáticas do Nordeste estão intimamente associadas à pluviosidade, tanto no que se refere aos seus totais, como à sua distribuição. Dessa forma, os tipos climáticos subdividem-se em úmidos e secos. O tipo climático úmido ocorre no noroeste do Maranhão, na faixa atlântica oriental, desde o norte da Paraíba até o sul da Bahia, e ainda nas manchas úmidas do Agreste e do Brejo Paraibano. O tipo climático seco distribui-se pelo restante da região.

A vegetação reflete a diversidade dos fatores ambientais da região, constituindo-se das formações das planícies litorâneas e das baixadas, que se estendem por quase todo o litoral da região, das florestas perenifólias e estacionais, que ocorrem no litoral oriental e nas porções noroeste e central do Maranhão; das florestas dos cocais que ocorrem no norte deste Estado; das formações até o sul da Bahia, ocupando as depressões interplanálticas; e das formações de cerrado, que ocorrem nas porções centro-sul dos Estados do Maranhão e Piauí e oeste da Bahia.¹⁶

Como destacam SANTOS e SILVEIRA “é uma área de povoamento antigo, onde a constituição do meio mecanizado se deu de forma pontual e pouco densa e onde a respectiva circulação de pessoas, produtos, informação, ordens e dinheiro era precária”.¹⁷

Junto com a Região Norte, forma a parte mais pobre do País. A maior concentração populacional dá-se nas faixas úmidas, onde se acabam concentrando também os maiores problemas sociais, particularmente nas periferias das grandes cidades. O sertão, apesar das condições climáticas desfavoráveis, ainda assim é habitado, sendo, o sertanejo, um forte por seleção natural. Embora escassas, as chuvas de “inverno” (pouco a ver com o frio) e as “trovoadas” do verão são suficientes para a sustentação da população que vive e interage com o meio ambiente. Ciclicamente ocorrem flagelos aos sertanejos, quando não chove na época prevista. Famílias inteiras são obrigadas a migrar para as cidades do litoral ou para o Sul do País, deixando no abandono seus pertences, seu gado e suas pequenas lavouras secas, por absoluta falta de água. O fenômeno dessas migrações tem reflexos profundos nos processos de adensamento das grandes cidades

¹⁶ IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br, Acesso em 17/12/2014.

¹⁷ SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no início do século XXI. São Paulo: Record, 2001, p. 271.

nordestinas, bem como no vertiginoso crescimento das cidades do Sudeste e Centro-Oeste, particularmente, São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília.

Sobre o ecossistema dessa região, WERNER ZULAUF¹⁸ tece interessantes comentários, *verbis*:

O agreste brasileiro é um ecossistema notável, onde ocorre o domínio da “caatinga”, vegetação aclimatada à secura do ar e do solo. Assim como a floresta amazônica, também a caatinga oferece resistências naturais a sua ocupação extensiva, existindo ainda em grandes quantidades graças a essa característica. A irrigação e a tecnologia, embora importantes para amenizar os problemas sociais da região, têm sido utilizadas de forma pouco racional, resultando a destruição da caatinga, apesar de demonstrações claras, através de programas com apoio da FAO, que o manejo sustentado desse ecossistema permite a convivência do homem com aquela natureza diferenciada.

As faixas úmidas do litoral do Nordeste são ainda hoje denominadas “zona da mata” por causa da sua cobertura florestal primitiva pela “Mata Atlântica”. Atualmente, quase nada resta dessa “floresta ombrófila densa”, sendo a área totalmente ocupada com a monocultura da cana-de-açúcar.

O turismo é uma das vocações mais fortes da região nordestina, particularmente no litoral, pelo abundante sol, durante o ano inteiro, pela paisagem paradisíaca, e pelos padrões culturais, forjados pela agressividade do meio, com certeza a mais típica e consolidada cultura brasileira, mescla homogeneizada dos precursores indígenas, do negro africano e do europeu remoto dos primeiros tempos da colonização.

A respeito da atividade econômica do turismo dessa região, WERNER ZULAUF¹⁹ destaca:

O turismo tende a ocupar a faixa litorânea, valorizando os empreendimentos imobiliários da orla marítima. Esta tendência é uma ameaça ao ecossistema como os manguezais, as dunas, os complexos lagunares-estuarinos e os poucos remanescentes da mata atlântica.

Dos tempos modernos, além dos confortáveis hotéis, surge mais um ingrediente ambiental capaz de, se bem comercializado, reforçar o *appeal* do Nordeste para o turismo internacional: trata-se da sua localização, em baixa latitude, onde o monitoramento científico não tem detectado reduções na camada de ozônio estratosférico e onde, portanto, ainda é saudável expor-se ao sol sem correr riscos adicionais de se contrair dermatoses malignas ou cataratas.

Importante assinalar que a região Nordeste caracteriza-se como uma região de grandes movimentos migratórios para as outras regiões do País, na busca pela sua população de melhor qualidade de vida. Esse fato ressalta que a competição entre as unidades federadas de um Estado federal pode, muitas vezes, ocasionar fluxos migratórios desordenados que comprometem a própria distribuição espacial urbana gerando graves desequilíbrios urbanísticos e de sustentabilidade ambiental.

¹⁸ ZULAUF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 21.

¹⁹ ZULAUF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 21.

1.3. A REGIÃO CENTRO-OESTE

A região Centro-Oeste é formada pelos Estados de Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás e Distrito Federal. A não ser pela parte norte do Mato Grosso (que está coberta pela Floresta Amazônica), o restante da região está inteiramente inserido no domínio dos Cerrados. O próprio Pantanal Mato-Grossense é área de transição, mas com largo predomínio da paisagem do cerrado, fazendo parte, portanto, desse domínio, que possui área de aproximadamente dois milhões de quilômetros quadrados, ou seja, cerca de 23% do território brasileiro. As latitudes extremas da Região Centro-Oeste são: 08° e 24° Sul e longitude 46° e 56° Oeste (WGR).

Nos últimos 40 anos, o grande fluxo migratório em direção à região, induzido pela construção de Brasília e pela infraestrutura viária implantada, aumentou em mais de seis vezes a população, estimada hoje em cerca de 10 milhões de habitantes. Essa migração mudou o perfil dos estados que compõem o Centro-Oeste Brasileiro. Em Mato Grosso, por exemplo, apenas na década dos anos 70, a população urbana registrou crescimento de quase 800%. Em Goiás, menos de 30% vivem hoje no campo, enquanto há trinta anos esse percentual era de 70%. Essas mudanças afetam de modo ainda mais expressivo o Distrito Federal, que foi planejado para abrigar 500.000 habitantes até o ano 2.000 e em 2014 possuía mais de 2.850.000 habitantes.²⁰

A mineração, a pecuária extensiva e a agricultura mecanizada modificaram profundamente o perfil econômico e ambiental dessa região, caracterizada hoje por grandes fazendas de gado e imensas áreas de cultivo de soja. A mineração ainda é uma das principais atividades econômicas da região, onde os métodos rudimentares dos garimpeiros convivem com o uso de tecnologias avançadas por parte de grandes grupos empresariais.

Com relação à vegetação, deve-se destacar que o Cerrado é um bioma exclusivamente brasileiro, com exceção de pequena área no nordeste da Bolívia (Alto Mamoré); limita-se com outros complexos ecossistêmicos das demais regiões do Brasil, possuindo manchas em todos eles. Funciona como importante canal de interpenetração biomática entre as cinco grandes regiões do país. A “Província dos Cerrados” inclui, além dos estados do Centro-Oeste (onde é predominante), Minas Gerais (centro e Serra do Espinhaço), São Paulo (enclaves no centro-leste), Piauí (sudeste e norte), Rondônia (centro-leste), Tocantins (exceto extremo norte), Bahia (oeste e Chapada Diamantina), Ceará (enclaves nas Chapadas do Araripe e Ibiapaba), Maranhão (sul e leste) e Pará (enclaves no sudeste).²¹

Além do bioma Cerrado que domina, deve-se destacar um dos mais fantásticos cenários ecológicos brasileiros, o Pantanal, consoante ensinamentos de WERNER ZULAUF,²² *verbis*:

²⁰ IBGE. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=df>, Acesso em 21/12/2014.

²¹ IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br, Acesso em 17/12/2014.

²² ZULAUF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 28 e 29.

O cerrado cobre grande parte dessas três bacias, sendo um ecossistema bastante ameaçado, depois que, com a construção de Brasília, a região foi cortada por estradas e ferrovias em todas as direções. A par dessa razão infraestrutural, o desenvolvimento de tecnologias agrícolas para o cerrado demonstrou que é economicamente apropriado o cultivo intenso desse solo. Esta é hoje a fronteira agrícola de maior extensão no país, para satisfação dos empreendedores agropecuários e para angústia dos ecologistas, na medida em que ainda não há políticas de preservação de amostras das diversas variedades desse complexo ecológico.

A densidade demográfica da região é baixa, mas tende a crescer em função do avanço da fronteira agrícola.

No extremo oeste dessa região, nas cabeceiras do Rio Paraguai, ao sul da Amazônia, fronteira com a Bolívia, ocorre um dos mais fantásticos cenários ecológicos brasileiros: o Pantanal Mato-grossense, ocupando parte dos estados do Mato Grosso e do Mato Grosso do Sul.

No Pantanal, a várzea do Rio Paraguai espalha-se até trezentos quilômetros de largura, inundando-se todos os anos como fenômeno natural no verão e outono, baixando o nível das águas durante o inverno e primavera. Nesta época formam-se milhares de lagoas, de todos os tamanhos e formas geométricas, viveiros naturais de inúmeras espécies de peixes e jacarés, onde se alimentam mamíferos variados e aves em quantidade e variedades surpreendentes.

O pantanal encontra-se ameaçado, menos pelas intervenções de predadores humanos, existentes sim, mas controlados por uma estrutura de fiscalização que já se faz presente e que tende a se ampliar, mas, mais pelas ocupações da borda da bacia por empreendimentos agropecuários de grandes extensões e uso intenso de fertilizantes e agrotóxicos. São notáveis as dimensões das fazendas de soja da região.

Como indicam SANTOS e SILVEIRA, a Região Centro-Oeste “é uma área de ocupação periférica recente: (...) Os produtos de uma agricultura globalizada – soja, milho, algodão, arroz – são cultivados numa área que abriga as maiores densidades de mecanização agrícola”.²³ Aqui, claramente, observa-se a pressão agrícola para destruição do bioma cerrado!

1.4. A REGIÃO SUDESTE

A Região Sudeste engloba os estados-membros de Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo e abrange área de 924.000 km², correspondendo a apenas 10,86% do território nacional. Esse espaço regional, embora diminuto quando comparado ao de outras regiões (18,2% da Região Nordeste, 22,8% da Centro-Oeste, e 42,7% da Norte), pôde, em virtude de um conjunto de condições favoráveis, organizar-se e assumir a posição de região mais importante do País, do ponto de vista socioeconômico. Suas latitudes extremas são: 14° e 25° Sul, e as longitudes 39° e 53° Oeste (WGR).²⁴

Conforme assinala WERNER ZULAUF,²⁵ *verbis*:

²³ SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no início do século XXI. São Paulo: Record, 2001, p. 271.

²⁴ IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br, Acesso em 17/12/2014.

²⁵ ZULAUF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p.34 a 35

Em termos ambientais, foi a região que sofreu a mais severa ação predatória, apresentando, portanto os maiores problemas nesse campo. Das matas tropicais primitivas restam apenas áreas muito limitadas, que cobrem as encostas mais íngremes e úmidas. Os solos das áreas rurais estão degradados, observando-se por toda a região sérios problemas de erosão. Nas cidades são graves os problemas de poluição do ar, dos recursos hídricos e do solo, além de outras mazelas típicas dos desequilíbrios criados pelo modelo de desenvolvimento adotado, como a carência de habitações, a falta de segurança, o excesso de ruído, as dificuldades de locomoção, o tráfego difícil e moroso e a falta de transporte público adequado.

(...) As serras do Mar, da Mantiqueira e do Espinhaço formam o grande divisor de águas dos rios que drenam diretamente para o litoral e dos outros que correm para o oeste e sudoeste, entre os quais o Grande, o Pardo, o Tietê e o Paranapanema, formador e afluente do rio Paraná, pertencente à grande bacia do Prata. Em direção ao norte, na bacia do rio São Francisco, para nordeste e leste, em direção ao litoral, além dos pequenos cursos com cabeceiras na Serra do Mar, destaquem-se o Jequitinhonha, o Doce, o Paraíba do Sul e o Ribeira do Iguape.

Ressaltando a diversidade climática do Sudeste, ponto turístico internacional do Brasil, WERNER ZULAUF²⁶ ensina:

Depois da Região Nordeste, a Sudeste possui a maior diversidade climática do País, tendo quase todas as suas terras situadas na zona tropical (o trópico de Capricórnio cruza a região na latitude da cidade de São Paulo) e, portanto, submetida à forte radiação solar. Dispondo de ampla extensão litorânea, sendo atingida por constantes frentes frias e apresentando os maiores contrastes de relevo do território nacional, a Região Sudeste tem características próprias, de grande complexidade climática.

Como afirmam SANTOS e SILVEIRA, na Região Concentrada que abarca o Sudeste e o Sul, “o meio técnico-científico-informacional se implantou sobre um meio mecanizado, portador de um denso sistema de relações, devido, em parte, a uma urbanização importante, ao padrão de consumo das empresas e das famílias, a uma vida comercial mais intensa”.²⁷

Nessa região, localiza-se o Estado de São Paulo, com sua economia dinâmica e contradições. Dotado de infraestruturas de transportes e energia, fortes economias agrícolas, industrial, além de comércio e serviços de Primeiro Mundo, carrega o ônus de sua própria fama. Destino preferido das correntes migratórias das regiões pobres do País, particularmente do Nordeste, arca com as despesas e com os problemas decorrentes do inchaço de suas cidades e dos enclaves de pobreza nas favelas e nos cortiços, possuindo suas cidades sérios problemas com relação ao abastecimento de água. Nesse aspecto de forma pioneira, que poderá servir de exemplo para outras metrópoles brasileiras, o Estado de São Paulo está implantando o reúso da água que vai abastecer as bacias dos sistemas Guarapiranga e Alto Cotia.²⁸

²⁶ ZULAUF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 35

²⁷ SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. O Brasil: território e sociedade no início do século XXI. São Paulo: Record, 2001, p. 269.

²⁸ ALCKMIN anuncia construção de estações de água de reúso. Jornal de Brasília. Brasília, 5 novembro 2014. Disponível em: <http://www.jornaldebrasil.com.br/noticias/brasil/584540/alckmin-anuncia-construcao-de-estacoes-de-agua-de-reuso/>. Acesso em : 18/12/2014.

1.5. A REGIÃO SUL

Formada pelos três Estados Meridionais – Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul –, a Região Sul mostra paisagem heterogênea, em que a Floresta Atlântica, tipicamente tropical, convive com outras de característica temperada. As savanas e estepes da campanha gaúcha e os campos de Santa Catarina e do Paraná dividem espaço com a floresta, particularmente o domínio das Araucárias, floresta típica do planalto da região. O arremate é dado pelas áreas de formações pioneiras do litoral, como as dunas, restingas e mangues. Suas latitudes extremas são 22° e 24° Sul e as longitudes 48° e 57° Oeste (WGR).²⁹

A degradação ambiental dessa região mostra-se acentuada, conforme observa WERNER ZULAF,³⁰ *verbis*:

A ocupação desse território – que abriga, hoje, cerca de 22 milhões de habitantes – veio acompanhada de brutal degradação dos recursos naturais. A agricultura intensiva, predominante na região – com 15% das lavouras do País, a Região Sul responde por 50% da produção de grãos – acarretou a devastação florestal, a erosão dos solos e a poluição dos rios.

(...) A resposta, em termos de produtividade agrícola dessas terras, fez com que, muito antes de qualquer movimento ecológico, sua cobertura florestal fosse totalmente destruída em grande parte dessa região. Uma das últimas ocupações, através da simples queimada da floresta, ocorreu no norte do Paraná, nos anos cinquenta e sessenta, onde hoje florescem cidades dinâmicas como Londrina e Maringá, resultados eloquentes da alta produtividade das “terras roxas”. Da exuberante floresta tropical não foram aproveitadas nem mesmo as madeiras nobres, como o “ pau marfim”, madeira de alta qualidade, clara, própria para a indústria de móveis.

Falando dos manguezais e da sua ligação com os biomas terrestres, WERNER ZULAF³¹ indica:

(...) Os manguezais ocorrem em quase todo o litoral brasileiro, de Laguna em Santa Catarina até o extremo norte. São formações de transição da vida de água doce para a de água salgada. São parte integrante dos sistemas lagunares-estuarinos e têm enorme importância ecológica, na medida em que, nos manguezais, celebra-se o último elo da cadeia biológica continental de água doce, com a decomposição da matéria orgânica arrastada pelos rios. Dessa decomposição, no lodo próprio dos manguezais, emergem os nutrientes, reciclados biologicamente, que alimentam o plâncton, o primeiro elo da cadeia biológica da água salgada, que terá sua expressão maior nos grandes peixes de alto mar. Pode-se considerar os manguezais como o útero da vida marinha.

(...) Os grandes biomas regionais correspondem, em geral, às formações florísticas e seus ecossistemas interligados ou associados mais representativos. De modo amplo, os principais sistemas ambientais da Região Sul podem ser agrupados em biomas terrestres caracterizados por determinado tipo de vegetação, associado a formações típicas do litoral e das zonas úmidas, como bacias hidrográficas, banhados, lagunas e lagoas costeiras.

²⁹ IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br, Acesso em 18/12/2014.

³⁰ ZULAF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 42 e 43.

³¹ ZULAF, Werner E. Brasil ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 42 e 43.

A região sul do Brasil possui características bem específicas diferentes das demais regiões, sendo mais fria, com frequentes geadas. A diversidade de temperatura na região é também outro dado relevante.³²

2. A POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE E O SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (SISNAMA)

A política nacional do meio ambiente brasileiro vigente foi estabelecida pela Lei nº 6.938, de 31.8.1981, com fundamento no artigo 8º, inc. XVII, alíneas “c”, “h” e “i”, da Constituição de 1969, que dava à União competência para legislar sobre defesa e proteção da saúde, florestas e águas.

Essa legislação foi recepcionada pela Constituição de 1988, fundamentando-se, no disposto, nos arts. 22, inciso IV; 24, VI e VIII; e 225 da Constituição de 1988. A Lei 6.938/81 preenche perfeitamente os requisitos estabelecidos pelo artigo 24 e seus parágrafos. Não há dúvida de que a Lei nº 6.938/81 é uma lei que estabelece normas gerais de proteção ao meio ambiente e, no particular, define os instrumentos legais e administrativos capazes de tornar efetiva a proteção ambiental em nosso País. A Lei nº 6.938/81 é norma geral, nacional, porque não se confunde com uma simples lei federal aplicável apenas pela União. Ela, de fato, é uma lei nacional, pois estabelece um sistema nacional do meio ambiente. Esse sistema, composto por órgãos federais, estaduais e municipais, tem por objetivo ações integradas de proteção ao meio ambiente em um país federativo.

Nessa Lei, definem-se as diretrizes, o conteúdo geral, os objetivos, os fins, os mecanismos, o sistema e os instrumentos da Política Nacional do Ambiente.

O Artigo 2º da Lei nº 6.938/81 diz textualmente:

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana (...)

Sobre a terminologia empregada neste artigo 2º da Lei, JOSÉ AFONSO DA SILVA³³ entende que:

O objeto de uma coisa é a finalidade, o propósito, que a realização de tal coisa visa atingir. Não se trata propriamente de objetivo como consta do art. 2º da Lei nº 6.938/81. Esse dispositivo emprega a palavra objetivo em sentido diferente do mesmo termo usado no art. 4º. O objetivo no art. 2º refere-se ao objetivo último da Política Nacional do Meio Ambiente, o que melhor se exprime pelo termo finalidade como razão de ser de dita Política.

Dir-se-á, então, que a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objeto a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, com a finalidade

³² IBGE. Disponível em www.ibge.gov.br, Acesso em 18/12/2014.

³³ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216-217.

de assegurar, no País, as condições adequadas ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da pessoa humana.

Concordando com o ponto de vista do consagrado constitucionalista, denominamos por finalidade o que o art. 2º da Lei denomina *objetivo*. Dessa forma, os objetivos propriamente ditos da Política Nacional do Meio Ambiente estão fixados no art. 4º, quais sejam:

I – à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

Este representa um critério de orientação para ação governamental dos diferentes entes federados, mais do que uma meta a ser atingida. Neste sentido, a política ambiental implicitamente reconhece que a saúde do meio ambiente e o desempenho econômico são interdependentes e dessa maneira um deve progredir sem prejudicar o outro. A classificação de MILTON SANTOS de quatro regiões, usada neste trabalho, destaca as diferenças econômicas entre cada uma delas, o que tem impacto na busca da adequada proteção do meio ambiente em cada uma delas.

Obviamente que as estratégias para integrar a preservação no sistema de produção variam de ente federado para ente federado. Para os de menor renda, a melhoria da economia é a maior prioridade, já para os de maior renda a proteção ambiental constitui-se uma maior preocupação até pela possibilidade de escassez dos recursos naturais já debilitados. Ainda assim, os membros da Federação de menor desenvolvimento econômico já começaram a criar, pelo menos nas normas jurídicas, a política do equilíbrio que consiste em conciliar o desenvolvimento econômico-social com a eficaz preservação da qualidade ambiental, o que implica a utilização sustentada dos recursos naturais no sentido de que não se deve tomar da natureza mais do que a natureza pode repor.

II – à definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

De modo geral, todas as cidades possuem os mesmos problemas quanto ao uso do espaço, como o congestionamento e a poluição por automóveis, a escassez de moradia e o crescimento descontrolado de bairros. Obviamente, a solução para um melhor planejamento urbano não são as mesmas para diferentes regiões do País. Muitas questões sobre o uso do espaço estão vinculadas e definidas pela necessidade de sobrevivência das pessoas. Mas, todas as cidades – cercadas por ricos subúrbios ou favelas efêmeras – necessitam de um planejamento espacial cuidadoso.

Porém, a definição de áreas prioritárias de ação governamental constitui um dos meios para se conseguir a recuperação da qualidade ambiental nas áreas críticas de poluição intensa. Assim, expressa-se um instrumento de atuação da política ambiental mais do que um objetivo em si mesmo.

III – ao estabelecimento de critérios e padrões da qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo de recursos ambientais;

O terceiro objetivo revela-se como um meio de ação da política ambiental. É um objetivo intermediário na medida em que a aplicação desses critérios, padrões e normas

determinará a consecução dos objetivos da política ambiental, ou seja, a conservação ambiental e o êxito do equilíbrio ecológico.

IV – ao desenvolvimento de pesquisas e de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais;

É importante levar em consideração que as informações necessárias à integração do desenvolvimento humano com a conservação ambiental dependem da pesquisa. Nesse sentido, conforme será visto mais adiante, o federalismo proporciona um campo amplo para que as experiências bem sucedidas realizadas nos Estados-membros sejam disseminadas para os outros.

V – à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

Tal finalidade enfatiza o papel fundamental da participação da comunidade, instrumento também ressaltado pela teoria do Estado Federal, como único meio eficaz de assegurar que as decisões sejam corretas e que recebam suporte de todas as partes envolvidas.

Nesse sentido, é fundamental que se construa um consenso público em torno de uma ética para a vida sustentável e que as comunidades e os indivíduos sejam dotados de condições para agir.

VI – à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;

Este objetivo, explicitamente recepcionado na Constituição de 1988, enfatiza a manutenção do equilíbrio ecológico.

VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

A Lei nº 6.938/81 incorpora o princípio poluidor-pagador, dispondo, em seu artigo 4º, ser objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente a implantação, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos naturais com fins econômicos (inciso VII). O termo “contribuição” é demasiado vago para repercutir eficazmente na formação de preços, não indicando a lei se essa contribuição deve guardar proporção com a natureza e escassez do recurso ambiental, carecendo dita contribuição, desta forma, de regulamentação precisa.

Assim, para atingir tais finalidades transcritas e comentadas, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente brasileiro insere, no seu texto, vários tipos de instrumentos para a proteção ambiental. Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, os instrumentos de proteção natural podem ser classificados em instrumentos de intervenção ambiental, instrumentos de controle ambiental e instrumentos de controle repressivo:³⁴

³⁴ SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 218.

Destes instrumentos deve ser destacado o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). Com clara preocupação na diversidade geográfica brasileira e respeitando o modelo federal, o artigo 6º da Lei nº 6.938/81, modificado posteriormente pela Lei nº 7.804, de 18 de julho de 1989, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)³⁵ que é um conjunto articulado de órgãos, entidades, regras e práticas da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e de fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental sob a direção superior do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

O SISNAMA está composto pelos seguintes órgãos:

- 1) Órgão Superior: O Conselho de Governo, com a função de assessorar o Presidente da República, na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e recursos ambientais;
- 2) Órgão Consultivo e Deliberativo: O Conselho Nacional do Meio Ambiente, CONAMA,³⁶ com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;
- 3) Órgão Central: O Ministério do Meio Ambiente, em que se transformou a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República, pela Medida Provisória 309/92, convertida na Lei nº 8.490, de 19.11.92, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar as ações relativas ao meio ambiente, formular e executar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente e implementar os acordos internacionais na área ambiental;
- 4) Órgão Executor: O Instituto Nacional do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis – IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), entidades autárquicas de regime especial, dotadas de personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e financeira;
- 5) Órgãos Seccionais: Órgãos ou entidades estaduais e distrital responsáveis pela execução de programas e projetos e de controle e fiscalização das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental (Secretaria de Meio Ambiente, Conselhos Estaduais do Meio Ambiente, empresas de meio ambiente como CETESB – Companhia Estadual de Saneamento Básico e Defesa do Meio Ambiente, de São Paulo); e

³⁵ ZULAUF, Werner E. Brasil Ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, no 03, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 69, assinala, verbis: “A expressão Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA foi criada em 1981, na Lei Federal nº 6.938, mas, na prática, o Sistema já vinha funcionando desde 1972, entre os Estados e a União”.

³⁶ A composição do CONAMA é bastante ampla, tanto numericamente quanto em termos de diversidade da representação. Participam os principais Ministérios e órgãos com interfaces significativas com o meio ambiente do Governo Federal, todos os 27 Estados, entidades civis ligadas ao setor produtivo, entidades de classe de atividades afins com o meio ambiente, entidades acadêmicas e científicas e organizações não-governamentais ambientalistas, tanto as profissionais como as de atuação mais crítica.

6) Órgãos Locais: Órgãos ou entidades municipais responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas respectivas áreas de jurisdição.

Por fim, resta assinalar que o SISNAMA, órgão representativo do controle ambiental federativo, atua mediante a articulação coordenada dos órgãos e entidades que o constituem, consoante o disposto no art. 14 do Decreto nº 99.274/90, que nitidamente se preocupa com a Federação como mecanismo de proteção ambiental, assinalando, *verbis*:

- a) o acesso da opinião pública às informações relativas às agressões ao meio ambiente e às ações de proteção ambiental, na forma estabelecida pelo CONAMA;
- b) a regionalização das medidas emanadas do SISNAMA, elaborando normas e padrões supletivos e complementares;
- c) a prestação de informações ao CONAMA pelos órgãos seccionais sobre seus planos de ação e programas em execução, consubstanciadas em relatórios anuais, sem prejuízo de relatórios parciais, a fim de que se consolidem no Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal os relatórios sobre a situação do meio ambiente no País;
- d) que as atividades de licenciamento, fiscalização e controle deverão ser evitadas exigências burocráticas excessivas ou pedidos de informações já disponíveis;
- e) que os interessados, comprovando legítimo interesse, poderão obter junto ao Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal e dos Órgãos Executores, Seccionais e Locais os resultados das análises técnicas de que disponham; e
- f) que os órgãos integrantes do Sistema, quando solicitarem ou prestarem informações, deverão preservar o sigilo industrial e evitar a concorrência desleal, correndo o processo, quando for o caso, sob sigilo administrativo, pelo qual será responsável a autoridade dele encarregada.

3. OS ENTES FEDERADOS VISTOS COMO LABORATÓRIOS QUE CONCORREM PARA A BUSCA DE NOVOS MODELOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

O Brasil deve resgatar o conceito fundamental da Lei nº 6.938/81, que é a abordagem sistêmica na ação de defesa do meio ambiente expressa no Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

Isso significa agir, de forma clara e precisa, para a integração dos órgãos federais, estaduais e municipais, delimitando-se as competências de cada um dos níveis de autoridade ambiental com acompanhamento e supervisão colegiada conforme já visto.

Ademais, a coparticipação de todos os entes federados na atividade de proteção ambiental destaca a possibilidade de que cada ente federativo experimente novos modelos legislativos e administrativos de gestão ambiental, que poderão ser compartilhados pelos outros entes federativos.

No modelo federal, conforme assinala TORQUATO JARDIM,³⁷ analisando a obra de JAMES BRYCE, há a possibilidade de que se façam experiências legislativas e administrativas que não poderiam ser feitas em um país grande e centralizado. Desse modo, indica *verbis*:

Uma terceira ordem de argumentos indica três benefícios que se podem esperar do federalismo. Primeiro, permite, como já salientei, que um povo faça experiências legislativas e administrativas que não seriam, se tentadas em um país grande e centralizado, realizadas com a necessária segurança. Uma comunidade relativamente pequena, como um Estado-membro, pode, mais facilmente do que uma nação, fazer e desfazer suas leis ou alterar sua política. Dessa experiência só têm a lucrar os demais Estados-membros.

3.1. OS ESTADOS-MEMBROS VISTOS COMO LABORATÓRIOS DE EXPERIMENTAÇÃO AMBIENTAL

A Federação permite aos seus componentes a possibilidade de se tornarem laboratórios de experiências sociais e econômicas, podendo as experiências bem sucedidas serem transplantadas para os outros componentes.

Assim, os Estados-membros (partes da proteção ambiental de todo território nacional) são meios convenientes para multiplicar as opções do povo em assuntos nos quais a uniformidade nacional não seja imperativa, ou não seja desejável.

Nesse diapasão, BERNARD SCHWARTZ,³⁸ citando discurso do Presidente REAGAN e pronunciamentos do Juiz BRANDEIS e da Juíza O'CONNOR da Suprema Corte, afirma, *verbis*:

Em sua fala de 1983 sobre o Estado da União, como já vimos, o Presidente Reagan referiu-se aos estados como “dinâmicos laboratórios de mudança numa sociedade criativa. Ao fazer isto, apoiou-se no famoso conceito de federalismo exposto há meio século pelo Juiz Brandeis: “É um dos incidentes felizes do sistema federal que um único e corajoso estado possa, se seus cidadãos o quiserem, servir como um laboratório e tentar novas experiências sociais e econômicas sem risco para o resto do País.

O conceito de Brandeis só foi expandido no ano passado pela Juíza O'Connor, a primeira mulher nomeada para a Corte Suprema dos Estados Unidos. Ao discordar da decisão tomada no caso Comissão Federal Regulamentadora da Energia *versus* Mississippi, ela declarou: “Os tribunais e os comentaristas, frequentemente, têm reconhecido que os 50 estados servem como laboratórios para o desenvolvimento de novas ideias sociais, econômicas e políticas. Esta inovação estadual não é um mito judicial. Ela, então, relacionou algumas inovações estaduais importantes, tais como o sufrágio feminino, o seguro-desemprego, as leis sobre salário-mínimo, o chamado seguro no-fault de automóveis (com indenização às vítimas de acidentes segundo suas perdas reais) e as leis de proteção ambiental. Assim, como disse no mês passado o Presidente da Corte Suprema Burger, “a flexibilidade para a experimentação não somente permite que cada estado ache melhores

³⁷ JARDIM, Torquato Lorena. “Aspectos do federalismo norte-americano”. In Revista de Informação Legislativa, nº 82, abr./jun., Brasília: Senado Federal, 1984, p. 77.

³⁸ SCHWARTZ, Bernard. O Federalismo norte-americano atual. Trad. de Élcio Cerqueira, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 75.

soluções para seus próprios problemas: é o meio pelo qual cada estado pode lucrar com as experiências e as atividades de todo o resto”. (grifo nosso)

Exemplificando, no âmbito ambiental brasileiro a experimentação feita pelos Estados-membros, vistos como laboratórios de pesquisa de eficientes maneiras de ponderação do desenvolvimento econômico e da proteção ambiental, deve-se citar a legislação paulista como modelo de proteção ambiental pioneiro e que influenciou as demais legislações adotadas, inclusive as federais.

Conforme ensina WERNER ZULAUF:³⁹

(...) a transferência dos serviços de controle da poluição do ar, a cargo da Superintendência de Saúde Ambiental – SUSAM da Secretaria de Saúde do Estado, para a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental – CETESB em 1975 e a criação, na mesma CETESB nessa ocasião, de uma unidade de tecnologia de resíduos sólidos, deu início a ação de defesa do meio ambiente em larga escala em São Paulo. Da fusão até o final da administração que a promoveu (governo Paulo Egydio Martins) em 1979, a CETESB cresceu de 600 para 2.000 funcionários. As ações no campo dos recursos naturais, particularmente as políticas de botânica, florestal e de pesca, continuaram na Secretaria da Agricultura, somente se integrando às demais atividades em 1987, no âmbito da então já criada e instalada Secretaria do Meio Ambiente. **Este breve histórico do que ocorreu em São Paulo é necessário porque nessa mesma época muitos outros estados desenvolveram seus órgãos próprios, sofrendo forte influência daquilo que acontecia no mais poderoso estado da federação.** (grifo nosso)

Como o *Justice* BRANDEIS sugeriu em 1932, um Estado Federal beneficia-se pelo fato de que “um simples e corajoso estado-membro pode, se a sua população quiser, servir de laboratório e experimentar novos modelos sociais e econômicos sem colocar em risco as outras unidades federativas do país”(tradução nossa).⁴⁰

Assim, promovendo a unidade com respeito à diversidade, o federalismo busca não somente a proteção dos direitos fundamentais, mas, também, promover a inovação e a mudança essencial para a manutenção da eficiência do sistema federal às novas circunstâncias fáticas.

3.2. O PAPEL DA UNIÃO NA PROTEÇÃO AMBIENTAL LOCAL

Deve-se ressaltar que a particularidade de determinados ecossistemas nacionais exige a adoção de modelos particulares de desenvolvimento sustentável, apoiados por políticas nacionais, determinando, pois, a adoção setorializada de soluções locais amparadas nacionalmente de forma sistemática, o que pode ser feito a contento no modelo federal de cooperação, conforme já estudado.

Ilustrando tal assertiva, observa-se que as dificuldades para a adoção do desenvolvimento sustentável na Amazônia podem ser entendidas na medida em que se acompanha a cadeia produtiva da borracha nativa da floresta amazônica, que começa pelo seringueiro, passa pelo seringalista (dono

³⁹ ZULAUF, Werner E. *Brasil Ambiental: síndromes e potencialidades*. Pesquisas, no 03, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 53.

⁴⁰ *New York Ice Co. versus Liebmann*, 285 U.S., 262, 311 (1932).

do seringal) ou pelo regatão (comerciante embarcado que troca mercadoria de subsistência por borracha), para chegar ao usineiro (beneficiamento e classificação da borracha) e daí para as indústrias do centro-sul, produtoras de artefatos de borracha, com destaque para a indústria de pneumáticos. No último elo da cadeia, o produto tem que competir com a borracha de cultivo das florestas plantadas no próprio território nacional e com a borracha do sudeste asiático, particularmente da Malásia.⁴¹

O Professor ANDREAS KRELL, no mesmo sentido, indica que: “não devemos perder de vista que uma lei estadual não é, por sua natureza, mais adequada para resolver um problema do que um ator normativo federal”.⁴²

Sob a necessidade de apoio nacional, por meio de soluções sistêmicas que levem em conta não só os custos econômicos, mas também o desenvolvimento da economia regional e a preservação ambiental do ecossistema, WERNER ZULAUF⁴³ afirma, *verbis*:

As Reservas Extrativistas, as Cooperativas de Seringueiros, o adensamento dos Seringais Nativos e a tecnologia da Placa Bruta Defumada (borracha de melhor qualidade) e a energia fotovoltaica (solar), são avanços que sinalizam para uma melhor condição de vida para o seringueiro. Infelizmente não passam de experiências isoladas aguardando programas de apoio.

Os seringueiros são verdadeiros “guardiões da biodiversidade” e não é justo que exerçam esse papel mediante tão grande sacrifício pessoal, quando os benefícios da sua atuação e do seu modo de vida estendem-se para toda a humanidade, não tanto para esta geração mas, principalmente e de forma crescente, para as gerações futuras.

Nas condições atuais só há duas alternativas para o seringueiro: transferir-se para as cidades, engrossando o número de favelados e desempregados dos centros urbanos, ou plantar cocaína no meio da selva, o que surpreendentemente ainda não está ocorrendo, apesar da proximidade dos maiores seringais brasileiros com a Bolívia, o Peru e a Colômbia, onde esta erva daninha é cultivada extensivamente.

A crise da borracha nativa brasileira atinge não apenas o seringueiro – embora seja ele o maior prejudicado – mas estende-se para o seringalista (uma espécie em extinção), ao regatão e ao usineiro, todos empobrecidos com a crise de preços do setor. Uma carga de borracha produzida no município de Cruzeiro do Sul, no Estado do Acre, só tem dois caminhos para chegar ao Centro-Sul: ou é embarcada em avião, o que requer capital para bancar o transporte, ou segue em barcas pelo Rio Juruá até o Rio Amazonas, passando por Manaus, capital do Estado do Amazonas, daí subindo o Rio Madeira até a cidade de Porto Velho, capital do Estado de Rondônia, sendo daí embarcado por via rodoviária até São Paulo; a viagem de barco demora 25 dias e a de caminhão (mais de 3.000 quilômetros) demora outros 5 a 7 dias, sem contar o tempo de transbordo e eventual armazenamento. Do ponto de vista econômico convencional, a situação seria amenizada com a construção

⁴¹ Consoante ensinamentos de ZULAUF (op. cit., p. 129), ao tratar das dificuldades para a adoção do Desenvolvimento Sustentável na Amazônia.

⁴² KRELL, Andreas J. Lei de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁴³ ZULAUF, Werner E. Brasil Ambiental: síndromes e potencialidades. Pesquisas, nº 03, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994, p. 129 e 130.

da rodovia Rio Branco/Cruzeiro do Sul. Esta obra, entretanto, provocaria o desmatamento de grande faixa marginal, no norte do Estado do Acre e no sul do Estado do Amazonas, hoje, densa floresta amazônica. **A solução não-convencional seria melhorar as condições de transporte fluvial e aéreo, subsidiando-os se necessário por conta da preservação do ecossistema e sua rica biodiversidade.** (grifo nosso)

Portanto, verifica-se, nesse caso concreto do ecossistema amazônico, a efetiva necessidade da busca de soluções sistêmicas (tal qual a apresentada pelo autor) para os problemas de proteção ambiental brasileiro, vistos com suas peculiaridades locais, sem, entretanto isolá-los do conceito unitário de ambiente e da íntima correlação do bem ambiental com o bem econômico, o que muitas vezes exige o lastro da União para a efetiva resolução de um problema local.

Por fim, a necessária unidade de tratamento do problema ambiental (que apresenta permanente interação e interdependência entre todos os elementos) na analogia de ÁLVARO MIRRA, encontra no modelo federal brasileiro excelente instrumento permitindo a transposição das experiências bem sucedidas a outros membros da Federação ou à própria entidade central do modelo federal.

CONCLUSÃO

A grandiosidade da tarefa de proteção do meio ambiente e as enormes desigualdades decorrentes dos diferentes graus de desenvolvimento econômico dos diferentes estados-membros e regiões do Brasil, bem como a diversidade de ecossistemas a serem protegidos tornam o modelo federativo excelente mecanismo institucional de proteção ambiental interna. A adequação do modelo federativo à proteção ambiental interna decorre das seguintes características do modelo federal:

- a) a promoção da unidade de proteção, com respeito à diversidade, na medida em que concede autonomia aos entes descentralizados na resolução de seus problemas setorializados, não deixando de estabelecer normas mínimas federais invioláveis;
- b) a dinamicidade da Federação, que se adequa às mutáveis circunstâncias da complexa ponderação de interesses relativos à proteção ambiental e ao desenvolvimento econômico, em um país com enormes variedades de biomas nas suas cinco regiões geográficas instituídas pelo IBGE e de diferentes graus de desenvolvimento econômico dos entes federados como assinala a classificação de Milton Santos e Maria Laura Silveira;
- c) a experimentação criativa de novos modelos de proteção ambiental, uma vez que os componentes da federação podem ser laboratórios de novos modelos econômicos e ambientais, que, se bem sucedidos, poderão ser adotados por outros membros da Federação.

d) a eficiente alocação de recursos para a proteção ambiental, evitando a sobrecarga do poder central e permitindo que o mesmo se concentre no trato dos problemas interestaduais como ocorre na implementação da infraestrutura de desenvolvimento econômico.

A política nacional do meio ambiente, projeção do modelo federal no âmbito de proteção ambiental, institui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), que é um conjunto articulado de ações governamentais nos diferentes níveis do Estado federado. O SISNAMA, pois, representa, de forma concreta, a necessária coordenação e cooperação federativa dirigida para a proteção ambiental prevista no artigo 225 da Constituição.

A federação permite aos seus componentes a possibilidade de se tornarem laboratórios de experiências sociais, econômicas e ambientais, podendo as experiências bem sucedidas serem transplantadas para os outros componentes sem maiores riscos.

Há uma harmonização entre as atividades estatais de licenciamento e fiscalização (competência comum) entre os diferentes entes estatais. Como preconizado pela Lei Complementar n. 140/2011, os interesses nacionais são tratados pela União, os regionais pelos Estados-membros e os locais pelos Municípios.

Por fim, a necessária unidade de tratamento do problema ambiental e a complexidade de seus elementos formativos encontram no atual modelo federal brasileiro eficiente mecanismo institucional de proteção ambiental que, ao estabelecer normas federais aplicáveis em todo o território, permitem a proteção orgânica do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

1. ALCKMIN anuncia construção de estação de água de reúso. *Jornal de Brasília*. Brasília, 05 novembro 2014. Disponível em: <http://www.jornaldebrasil.com.br/noticias/brasil/584540/alckmin-anuncia-construcao-de-estacoes-de-agua-de-reuso/>. Acesso em : 18/12/2014 [...].
2. COELHO, Inocêncio Mártires. “Federalismo e descentralização”. In *Revista de Informação Legislativa*, nº 87, jul./set., Brasília: Senado Federal, 1985.
3. FINDLEY, Roger W. “Descentralização da Proteção do Meio Ambiente nos Estados Unidos: Política e Problemas”. In *Revista de Direito Ambiental*, nº 02, ano 01, abr./jun., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
4. GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental: licenciamento e compensação de acordo com a lei complementar n 140/2011*. São Paulo: Atlas, 2012.
5. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em 17/12/2014.
6. JARDIM, Torquato Lorena. “Aspectos do federalismo norte-americano”. In *Revista de Informação Legislativa*, nº 82, abr./jun., Brasília: Senado Federal, 1984.
7. KRELL, Andreas J. *Lei de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma federativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
8. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil”. In *Revista dos Tribunais*, vol. 706, ano 83, agosto, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

9. SANTOS, Milton; Silveira, Maria Laura. *O Brasil: território e sociedade no início do século XXI*. São Paulo: Record, 2001.
10. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: Editora Nacional, 1981.
11. SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo norte-americano atual*. Trad. de Élcio Cerqueira, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.
12. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.
13. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Tradução Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1977.
14. ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
15. ZULAUF, Werner E. *Brasil ambiental: síndromes e potencialidades*. Pesquisas, nº 3, São Paulo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 1994.

REFLEXÕES SOBRE O ENCARCERADO

Reflections on the imprisoned

**Leonardo Melo
Moreira**

Defensor Público do Distrito Federal. Coordenador do Núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública do Distrito Federal. Membro Titular do Conselho Penitenciário do Distrito Federal (COPEN-DF). Pós-graduado em Direito Público e Direito Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro –EMERJ. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Professor de Direito Penal e Execução Penal da Escola da Defensoria Pública do Distrito Federal.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Dos Encarcerados. 2. Do Cárcere. 3. O Preso Sob a Visão da Psicanálise. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O texto reflete a visão de um defensor público que lida diariamente com a questão carcerária no Distrito Federal, pugnando por demonstrar a aspereza da vida intracárcere. Não é possível àquele que lida diretamente com pessoas vulneráveis, mormente os que cumprem pena, que o façam de maneira distante, sem contatos pessoais. Isso porque demandam um maior cuidado, apreço, já estando, de todo modo, completamente alijados da sociedade. Além de padecerem de condições subumanas no cárcere, refletem grande parte da população destituída de educação, saúde e quaisquer outros serviços estatais. Para uma análise mais detida da situação, insere-se na análise dos encarcerados, bem como em seu seio social, das agruras e mazelas inerentes ao cárcere e, por fim, faz-se um breve apontamento do que seriam, na visão da Psicanálise de Freud, as razões para esse atual superencarceramento ocorrido no Brasil, com um déficit de mais de duzentas mil vagas em seu sistema penitenciário.

» *Palavras-chave: Preso. Cárcere. Condições. Aspecto social. Psicanálise.*

ABSTRACT

The text reflects the view of a public lawyer who deals daily with the prison question in the Federal District, fighting to demonstrate the harshness of life within the prison. Unable to that which deals directly with vulnerable people, especially those who were convicted, let them do so far without personal contacts. That's because demand greater care, appreciation, being already, anyway, completely cut off from society. Besides crippled from inhumane conditions in prison, reflect much of the population deprived of education, health and other state services. For a more detailed analysis of the situation, is part of the analysis of the incarcerated, as well as its social heart, the hardships and pains inherent to jail and finally makes a brief note of what would, in the view of psychoanalysis Freud, the reasons for this current superincarceration occurred in Brazil, with a deficit of more than two hundred thousand vacancies deficit in its prison system.

» *Keywords: Prisoner. Prison. Conditions. Social aspect. Psychoanalysis.*

INTRODUÇÃO

Em todos os dias de trabalho, o defensor público chega ao seu gabinete, senta-se em sua mesa, liga o computador, e debruça-se sobre uma infinidade de processos acerca de uma grande variedade de casos completamente díspares, mas que se encontram como em círculos concêntricos. Lida com execução penal, talvez a parte mais sensível entre todas as áreas abarcadas pelo denominado “mundo jurídico”. Cada uma das hipóteses, das supostamente diferentes demandas, tem por epicentro o fato de que cada uma daquelas pessoas, daqueles seres humanos, está alijado da sociedade em condições, em sua maioria, desumanas.

Atualmente, o sistema penitenciário nacional vivencia um quadro extremamente grave de superlotação, o que ocasiona uma série de problemas correlatos, tais como falta de higiene, carência de oportunidades de trabalho e/ou estudo, morosidade no atendimento de demandas de saúde, dentre outros. De acordo com dados do Ministério da Justiça, atualizados até dezembro de 2012, a população carcerária no país é de 548 mil pessoas, enquanto que só há 310,6 mil vagas, havendo, portanto, um déficit de 237,4 mil vagas.¹

Todavia, ainda que a maior parte do trabalho pudesse ser desenvolvida a partir de seu gabinete, denota-se que não poderia fazê-lo de modo abstrato, sem o conhecimento do outro, do encarcerado, de seu rosto. O rosto demonstra a complexidade, invoca a singularidade, rompendo com a generalidade. O rosto é o abandono do estereótipo. Segundo Hannah Arendt², é lidar com o outro como se o descobrisse a cada instante, sendo, conseqüentemente, o fim das universalizações, da previsibilidade, do cálculo, passível, assim, de permanente modificação.

Em razão disso, são muitos os momentos em que se depara com o outro, seja diretamente com o sentenciado, quando das audiências, seja com seus familiares, aqueles que, por estarem mais próximos das agruras e mazelas vividas por seus entes, transmitem com fidelidade seus reclamos. Não se imagina outro modo de exercer seu *munus* de defensor público. Seria um embuste caso não se relacionasse com seus assistidos, pois caso se relacione com o terceiro como conceito, estaria cometendo uma injustiça imperdoável. Isso porque não o veria, mas apenas a uma abstração. Dessa forma, jamais poderia cooperar em seu processo de re-humanização.

Contudo, não há maneira mais adequada de conhecer a realidade senão enfrentando-a. E, para tanto, visitas frequentes ao cárcere são realizadas, oportunidades em que se pode constatar quão hostil é o sistema para aqueles que afrontam suas regras.

¹ <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D¶ms=itemID=%7B364AC56A-DE92-4046-B46C-6B9CC447B586%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>, acessado em 05/01/2014.

² ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento.

1. DOS ENCARCERADOS

De acordo com dados do Ministério da Justiça, cerca de 60% (sessenta por cento) dos internos não têm o ensino fundamental completo³. Perceba-se aqui que, nos termos da lei de diretrizes e bases da educação nacional (Lei 9.394/96), o ensino fundamental está compreendido como educação básica obrigatória, devendo ser oportunizado, primordialmente, a todos os nacionais, entre os 4 (quatro) e 17 (dezesete) anos de idade. Além disso, um dos princípios basilares do ensino, segundo o mencionado ditame legislativo, é a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.⁴

Ora, é cediço que a maioridade penal, idade em que o indivíduo pode ser responsabilizado penalmente por seus atos e, conseqüentemente, pode ser preso, inicia-se aos 18 (dezoito) anos.⁵ Como então correlacionar tais dados? Parece-me claro, sendo até mesmo de obviedade ululante, que um número relevante daqueles que tiveram menos oportunidades de desenvolvimento intelectual e, dessa forma, um leque mais restrito de opções em suas vidas, enveredaram-se em um caminho tortuoso, de prática de crimes.

A partir desta constatação, verifica-se que somos todos responsáveis pelo encarceramento desses indivíduos, uma vez que na base da escolha, já existia violência. Se houve a restrição da opção infinita de seleção, o sujeito já restringiu sua escolha. A liberdade, nesse caso, não passa de uma fantasia.⁶

E se assim o é, ocorre pois, em um meio cercado de desigualdades e injustiças sociais, optam por experimentar, abrindo-se ao risco, ao imprevisível, ao incalculável. Deixam ao largo a experiência segura, o saber antes do fazer. A tentação da tentação, utilizada por Emmanuel Levinas, é um estado de desejo, pois, por ser uma abertura na rotina, os torna livres. Assim, “a tentação é uma emboscada em que tendemos a cair alegremente e de bom grado.”⁷

Diante do meio em que vivem, o estereótipo do preso é o daquele que não se pauta pelo comportamento, uma vez que se destituem completamente de regras, primando pela ação irresponsável, imprevisível. Ainda que não se queira aqui afirmar as idéias de Jean Jacques Rousseau de que “todos os homens nascem bons, mas a sociedade os torna perversos”⁸, é patente que a determinadas pessoas, seja em razão da carência de conhecimento, oportunidades e, ao fim, de possibilidades, seja em razão do que se acostumam a presenciar, algumas atitudes tornam-se mais comuns. Muito embora tenha a consciência de que um ato específico não é respaldado pelo ordenamento jurídico, em sua compreensão, também não é repudiado socialmente, ao menos no que toca ao seu círculo de convi-

³ <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>, acessado em 05/01/2014.

⁴ Artigo 3º, I lei 9.394/96.

⁵ Artigo 27 do Código Penal (Decreto-lei 2.848/40)

⁶ LEVINAS, Emmanuel. Quatro Leituras Talmúdicas.

⁷ BAUMAN, Zygmunt. <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/515813-a-filosofia-da-rotina-entrevista-com-zygmunt-bauman>, acessado em 30/12/2013.

⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social.

vência. Não se defende aqui que haja uma excludente de tipicidade em razão de suposta adequação social, todavia, certo é que há determinadas condutas ilícitas, como o furto, completamente reprovadas pela sociedade de modo geral e que já são tidas como algo comum, um crime, por assim dizer, sem gravidade, quase uma contravenção penal, para parcela da população mais carente socialmente.

Por outro lado, impensável seria convivermos em sociedade sem regras. Segundo Jacques Derrida,⁹ na ausência de regras, cairíamos na tirania. Todavia, o mesmo autor, ao compatibilizar justiça e Direito, salienta que a despeito de não se confundirem, um não existe sem o outro. Enquanto a justiça só pode existir por sua impossibilidade, sendo incalculável, o Direito foi construído pelos homens, sendo fundado em supostas decisões. Ressalta, porém, que só há decisão quando há liberdade e, no Direito, esta não haveria, pois é imposto pela força. Gize-se que o Direito tem de ter por horizonte a justiça, sob pena de não encontrar efetividade.

Assim sendo, para muitos “pequenos” infratores, ou seja, para uma relevante quantidade daqueles que cometem crimes como o aludido furto, ou mesmo para os que lhes são próximos, não haveria justiça ao impor uma sanção penal ao delinquente, uma vez que sua conduta não afrontaria, em suas visões deturpadas, segundo os ditames legais, as regras de convivência, por não se tratarem de crimes graves. Não raras vezes, o profissional atuante nesta área se depara com presos e/ou familiares dizendo que não haveria razão para estarem segregados, sendo certo que somente haviam praticado crimes sem violência ou grave ameaça, mormente contra o patrimônio.

2. DO CÁRCERE

Inicialmente, importante destacar que a pena tem caráter retributivo e preventivo. No tocante ao primeiro, visa-se, unicamente, à punição do indivíduo, ou seja, deve ele cumprir pena para expurgar o ato injusto cometido.

Por outro lado, a finalidade preventiva da pena é evitar que, no futuro, ainda haja o cometimento de crimes. Subdivide-se em geral, dirigida à generalidade dos cidadãos, com o intuito de servir de ameaça, intimidando os delinquentes potenciais, e especial, está direcionada estritamente àquele que cometeu o delito, com o escopo de ressocializá-lo, prevenindo, assim, a reincidência.

Ocorre que o sistema prisional brasileiro se mostra extremamente deficitário e inapto a alcançar um dos principais objetivos da pena, qual seja, a prevenção especial positiva, exemplificada, como visto, na ressocialização. Isso porque padece dos mais severos problemas, dentre os quais a superlotação, ofensa a direitos fundamentais, ausência de políticas públicas, dentre outros.

Nesse contexto, ao adentrar os limites de um estabelecimento prisional, o interno é advertido das regras que deve seguir e se depara com a difícil e cruel realidade intracárcere: horário para

⁹ DERRIDA, Jacques. Força de Lei.

ter banho de sol, para realizar as refeições, dividir celas construídas para abrigar até oito internos com outros vinte presos, limitação e condicionamento de seus visitantes, etc.

Ressalte-se que estamos tratando de pessoas que, muitas vezes, não frequentaram, nem mesmo escolas, como visto alhures. Deste modo, jamais tiveram restrição de suas liberdades, não estando, portanto, acostumadas ao rigor imperioso e necessário de um cárcere.

Assim, os internos têm de aprender, subitamente, a obedecer, deixando, destarte, de pensar. Não podem pensar sobre as ordens.¹⁰ Não é interessante para seus guardiões que discutam as regras a que são submetidos, uma vez que poderia demonstrar a fragilidade do sistema. Como dito, o direito é fundado por um golpe de força¹¹.

Nesse diapasão, todas as determinações e rotinas do dia-a-dia são impostas de maneira global, a toda a massa carcerária. Não existe a relação entre rostos, a singularidade. Só existe a generalização, ou seja, a morte, pois o que há é a recusa do outro, a recusa da relação.¹²

Não obstante Levinas¹³ defenda que os homens são seres singulares, o homem encarcerado é parte do todo, não pensa. É unicamente um ser vivente e não pensante. Pois, se pensante, haveria exterioridade, liberdade, tudo o que é tolhido por aqueles que controlam o sistema.

Todavia, o ser humano, por sua própria natureza, não consegue ser submisso a todo tempo, seguir burocraticamente quaisquer ordens que lhe são impostas. Em razão disso, os internos, ainda que hesitem, descumprem-nas, cometendo, desse modo, faltas previstas em regimento. Algumas vezes, tais atos somente têm o condão de demonstrar que são livres em seu pensamento, não obstante tenham a consciência de que é vedado. Isso pode ser verificado em simples brincadeiras de baralhos fabricados pelos próprios internos ou mesmo quando, ao descobrirem fios desencapados de energia elétrica disponíveis em uma cela, colocam-se à prova para verificar qual deles suporta a passagem de corrente elétrica pelo corpo por maior tempo, condutas essas que são proibidas.

Uma das medidas para reduzir o ócio dos encarcerados e, conseqüentemente, torná-los seres razoavelmente pensantes, é a disponibilização de trabalho interno, oficinas e estudos. Todavia, somente 20% (vinte por cento) dos internos têm acesso a tais atividades¹⁴, o que contribui, sobremaneira, para o incremento da taxa de reincidência, uma vez que o preso não deixa aquele ambiente re-humanizado.

Deste modo, a sociedade, por conhecer as mazelas do sistema prisional e preconceber que um ex-detento jamais estará ressocializado, não o perdoo, e se não o faz, não lhe restitui a plena liberdade.¹⁵

¹⁰ ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento.

¹¹ DERRIDA, Jacques. Força de Lei.

¹² ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento.

¹³ LEVINAS, Emmanuel. Entre Nós.

¹⁴ <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D¶ms=itemID=%7B364AC56A-DE92-4046-B46C-6B9CC447B586%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>, acessado em 05/01/2014.

¹⁵ LEVINAS, Emmanuel. Entre Nós.

3. O PRESO SOB A VISÃO DA PSICANÁLISE

A visão de “ser humano” para a Psicanálise é o sujeito do inconsciente. Muito embora Freud tenha empregado o termo, foi Jaques Lacan quem, por volta de 1950 e 1965, conceituou a noção lógica e filosófica do sujeito no ambiente da sua teoria do significante, transformando, assim, o até então sujeito da consciência em um sujeito do inconsciente, do desejo e da ciência.¹⁶

Desse modo, o sujeito na Psicanálise é explicitamente diferente da consciência, portanto é um sujeito não fenomenológico. Não é uma categoria normativa, ele é uma categoria clínica, e não remete a uma totalidade. O sujeito da Psicanálise é o sujeito do inconsciente.

Na década de 1920, Freud descreveu o aparelho psíquico como sendo constituído por três instâncias: ego (eu), superego (super-eu) e id. Freud também promove a ampliação do conceito de inconsciente, abandonando a representação deste como um sistema localizado em um lugar específico do aparelho psíquico, passando a admiti-lo, então, como uma qualificação dos conteúdos não presentes no campo efetivo da consciência. Os conteúdos inconscientes permeiam todo o aparelho psíquico, inclusive as novas instâncias.¹⁷

O id constitui o polo pulsional da personalidade, isto é, é formado por conteúdos inconscientes que representam a expressão psíquica das pulsões; por um lado hereditários e inatos (quando ligados ao substrato biológico filogenético) e, por outro, recalcados e adquiridos (quando originados na relação sociais). Para Freud, do ponto de vista econômico, o id é o reservatório inicial da energia psíquica; do ponto de vista dinâmico, é aquilo que entra em conflito com o ego e o superego; e do ponto de vista genético, são as suas diferenciações.

Segundo Freud, o ego é o mediador que atua entre o id e o superego, diferenciando-se de ambos. A Psicanálise busca explicar a gênese do ego em dois registros relativamente heterogêneos: um aparelho adaptativo, diferenciado a partir do id em contato com a realidade exterior; e, ainda, o produto de identificações que levam à formação no seio da pessoa de um objeto de amor investido pelo id.

De acordo com a metapsicologia de Freud, do ponto de vista tópico, o ego está numa relação de dependência tanto para com as reivindicações do id, como para com os imperativos do superego e as exigências da realidade. Apesar de ser encarregado de defender os interesses da totalidade da pessoa, a sua autonomia é apenas relativa. Do ponto de vista dinâmico, o ego representa, no conflito neurótico, o pólo defensivo da personalidade; coloca em jogo diversos mecanismos de defesa, estes motivados pela percepção de um afeto desagradável (sinal de angústia).

Freud descreveu o superego como papel assimilável ao de um juiz ou de um censor relativo ao ego, cujas funções são observadas na consciência moral, na auto-observação e na formação de ideais.

¹⁶ http://www.psicanaliseefilosofia.com.br/textos/sujeito_desejo_gozo.pdf, acessado em 31/12/2013.

¹⁷ http://pt.wikisource.org/wiki/Pensar_%C3%A9_preciso/IX/A_estrutura_da_personalidade:_Id,_Ego,_Superego, acessado em 31/12/2013.

Como já aludido neste texto, não sobejam dúvidas de que o indivíduo pode ser influenciado pelo meio em que vive. Assim, se uma criança se desenvolve em uma localidade em que a taxa de criminalidade seja muito alta e tem afinidade com praticantes de crimes, ainda que de modo inconsciente, tem a tendência a repetir os atos de seus pais, amigos, etc, devido a algo denominado “compulsão à repetição”.¹⁸

Ademais, tal ideia é também reforçada pelo fato de que o sujeito identifica-se com outra pessoa, “de tal forma que fica em dúvida sobre quem é o seu eu (*self*), ou substitui o seu próprio eu (*self*) por um estranho.” Assim sendo, para Freud, haveria um retorno constante da mesma coisa, a repetição dos mesmos aspectos ou vicissitudes, dos mesmos crimes, através de diversas gerações.¹⁹

Deste modo, compreendo que sem educação básica, um maior número de indivíduos, diante do meio, pode entender a prática de delitos como algo corriqueiro, sem que haja a repressão a uma vontade interna, que Freud denomina de “estranho”, ínsita a qualquer sujeito.

Em outra de suas obras, Freud trata a inibição como uma função do ego. Nesse contexto, poderíamos compreender determinados internos que, a despeito de como já demonstrado, o atual sistema prisional brasileiro não colaborar no processo de re-humanização, ainda assim, ao deixarem o cárcere, jamais voltam a delinquir, a fim de evitar um conflito com o superego.²⁰ Salaria, portanto, que seria a inibição uma função do ego imposta como medida de precaução.

Da mesma forma que o ego controla o caminho para a ação, também o faz no tocante ao acesso à consciência, exercendo força em ambas as direções na repressão, “atuando de uma maneira sobre o próprio impulso instintual e de outra sobre o representante (psíquico) deste impulso.”²¹

Diante do demonstrado, ainda que de maneira perfunctória, verifica-se que o estudo da Psicanálise consegue reproduzir fielmente o que qualquer pensante, ou mesmo vivente mais atento, consegue inferir a partir da análise da condição social da grande maioria dos delinquentes e das oportunidades que lhes foram conferidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do atual cenário desolador, não resta muito a se fazer quando da gélida análise dos autos. Somente resta a apuração de eventuais pedidos de benefícios para que os sentenciados possam cumprir suas penas de modo a serem agraciados com todas as benesses legais possíveis, sem que também tenham tolhidas oportunidades em já estando segregados da maior entre todas as possibilidades: a liberdade.

¹⁸ FREUD, Sigmund. Obras Completas – vol. XVII. Capítulo: O Estranho.

¹⁹ *Ibid*

²⁰ *Idem*. Obras Completas – vol. XX. Capítulo: Inibições, Sintomas e Ansiedades.

²¹ *Ibid*

Infelizmente, ao deixarem o cárcere, os egressos encontrarão um mundo ainda mais a eles arredo, uma vez que permanecerá sobre eles a pecha de condenados, sem que tenham a possibilidade de retornarem à infância, com um leque aberto e repleto de opções.

Ainda, o fato de terem ingressado no cárcere sem uma base educacional sólida e dele terem saído sem uma formação profissional apta a conduzi-los a dias melhores, torna-os vítimas mais vulneráveis ao estranho, aos impulsos, ou mesmo à compulsão de repetirem os erros de seus paradigmas.

Certo de que no dia seguinte reiniciará seu labor preocupado com as mesmas demandas, sem que tenha esperanças de uma abrupta mudança, desliga seu computador, apaga as luzes e deixa o prédio, imaginando como colaborar ainda mais para a solução do problema.

REFERÊNCIAS

1. ARENDT, Hannah. Responsabilidade e Julgamento. São Paulo, Companhia das Letras, 2004.
2. BAUMAN, Zygmunt. Instituto Humanita Unisinos. Entrevista disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/515813-a-filosofia-da-rotina-entrevista-com-zygmunt-bauman>. Acesso em 30/12/2013.
3. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm. Acesso em 02/01/2014. Diário Oficial da União, Brasília, 31-12-1940.
4. DERRIDA, Jacques. Força de Lei. 2ª edição. São Paulo, Martins Fontes, 2010.
5. FREUD, Sigmund. Obras Completas vol. XVII. Rio de Janeiro, Imago editora, 1969.
6. _____. Obras Completas vol. XX. Rio de Janeiro, Imago editora, 1969.
7. INFOPEN. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D¶ms=itemID=%7B364AC56A-DE92-4046-B46C-6B9CC447B586%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>. Acesso em 05/01/2014.
8. LEVINAS, Emmanuel. Quatro Leituras Talmúdicas. São Paulo, Perspectiva, 2003.
9. _____. Entre Nós: Ensaio sobre a Alteridade. 5ª edição. Petrópolis, Vozes, 2010.
10. ROUSSEAU, Jean Jacques. Do Contrato Social. São Paulo, Russel, 2006.

O DUMPING SOCIAL E A APLICABILIDADE DE MEDIDAS REPRESSIVAS

Social Dumping And The Applicability Of Repressive Actions

Henrique Paiva de Araújo
Auditor Fiscal do Distrito Federal. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires. Professor Universitário.

SUMÁRIO

Introdução. 1. A Aplicabilidade de Medidas Antidumping no Direito Internacional. 1.1. Dumping e medidas antidumping. 1.2. Histórico. 1.3. Da prevalência dos direitos fundamentais. 1.4. O debate em torno do foro adequado. 2. O Combate ao Dumping Social Pelo Direito Brasileiro. Considerações Finais. Referência.

RESUMO

A busca por uma maior competitividade leva os sujeitos da economia globalizada a ponderar sobre os benefícios que uma política de desrespeitos a direitos sociais pode trazer. Essa competição por custos cada vez menores promove um nivelamento por baixo de Direitos Fundamentais, caracterizado por uma concorrência desleal, conceituada como *dumping* social. Uma das possíveis medidas de combate a esse problema é a aplicação da cláusula social no comércio internacional, mediante a aplicação de barreiras alfandegárias a produtos que vêm de países que produzem nesse ambiente de desrespeito a direitos básicos. Contudo, essa solução enfrenta sérias resistências tanto ao que seria um rol de direitos mínimos quanto ao órgão competente para aplicar sanções. Outra possibilidade que surgiu recentemente é a aplicação de punições pelo direito interno àqueles que obtêm proveito com o desrespeito a Direitos Fundamentais. Este artigo se propõe a traçar um panorama sobre as discussões e instrumentos de combate a esse fenômeno.

» *Palavras-chave: Direitos sociais. Dumping social. Cláusula social. Comércio Internacional*

ABSTRACT

The search for greater competitiveness leads to the subject of the global economy to ponder about the benefits that a policy of disrespect to social rights can bring. This competition for increasingly low costs fosters a leveling down of Fundamental Rights, characterized by unfair competition, conceptualized as social dumping. One of the possible actions to combat this problem is the application of a social clause in international trade, by application of customs barriers to products that come from countries that produce this environment of disrespect for basic rights. However, this solution faces serious resistance both as to what would be a standard minimum rights as the competent body to apply sanctions. Another possibility more recent is application of penalties by domestic law to those who gets the advantage with disrespect Fundamental Rights. This article aims to give an overview of the discussions and tools to combat this phenomenon.

» *Keywords: Social rights. Social dumping. Social clause. International trade.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A gradual substituição do *Welfare state* pelo modelo de Estado mínimo, sobretudo após o declínio dos países socialistas, trouxe consigo maior fragilidade da classe trabalhadora.

Esse movimento, caracterizado como neoliberalismo, permitiu um retrocesso de conquistas sociais importantes. O novo modelo de Estado, na medida em que se afastou da necessária proteção ao trabalhador, permitiu o aumento do desemprego, da pobreza e da exclusão social.

Aliado à globalização da economia, é importante considerar o surgimento do toyotismo¹. O toyotismo produziu a aplicação do *just in time* a todos os fatores de produção, inclusive à força de trabalho, tratando-a como apenas mais um elemento do processo produtivo e tornando o trabalhador absolutamente descartável.

Como bem salienta Alves², o toyotismo “é a expressão plena de uma ofensiva do capital na produção; na verdade, ele é um dispositivo organizacional e ideológico que busca debilitar (e anular) – ou “negar” – o caráter antagônico do trabalho no seio da produção e do capital”.

Por outro lado, leciona Delgado³ que o toyotismo provocou demissões em massa, num processo em que as empresas descentralizaram etapas de seu processo produtivo para empresas periféricas.

Nesse contexto, observa-se um grande movimento das empresas em direção aos países em desenvolvimento, onde os custos com mão de obra são radicalmente menores. Essas empresas mudaram seu parque industrial para o terceiro mundo ou seccionaram seu processo produtivo, incluindo, de forma decisiva, mão de obra a custos muito baixos. Esse deslocamento, além de gerar toda a ordem de desrespeito a direitos fundamentais, promoveu a chamada *Race to the bottom*⁴.

Num ciclo vicioso, a corrida pelos custos mais baixos de produção, nesse novo meio de concorrência acirrada e sem fronteiras, impeliu as empresas à prática de salários aviltantes, além de trabalho escravo, infantil e discriminatório.

Os produtos resultantes dessa lógica entram no mercado internacional em clara condição desigual àqueles ofertados pelas empresas que respeitam um padrão civilizatório mínimo aos trabalhadores. Essa concorrência desleal configura o chamado *dumping* social.

¹ Toyotismo é um sistema de organização voltado para a produção fluida e difusa de mercadorias e buscando um engajamento estimulado do trabalho. Criado no Japão, após a Segunda Guerra Mundial, pelo engenheiro japonês Taiichi Ohno, o sistema foi aplicado na fábrica da Toyota (origem do nome do sistema). Criado no Japão nos anos 50, foi após os anos 60 que o Toyotismo se espalhou de forma indiscriminada pelo mundo e aplicado até hoje. ALVES, Giovanni. Toyotismo como ideologia orgânica da Produção Capitalista. www.estudosdotrabalho.org/Toyotismo_ideologia.pdf. Acesso em 04 de julho de 2011. p. 2.

² Idem, p.4.

³ DELGADO, Gabriela Neves. Direito Fundamental ao Trabalho Digno. São Paulo: LTr : 2006.182.

⁴ Race to the bottom é a pressão que empresas estabelecidas em países que respeitam um padrão laboral mais elevado exercem para que estes reduzam os direitos laborais sob pena do deslocamento daquelas para países que atendam seus anseios por custos menores.

Segundo Maior, denomina-se *dumping* social “a prática na qual se busca vantagens comerciais através da adoção de condições desumanas de trabalho”⁵.

Identificado o problema, cabe definir quais as consequências aplicáveis ao *dumping* social. Cabe também entender o porquê da resistência a se aplicarem medidas *antidumping* a sua modalidade de exclusão social na esfera internacional e visualizar uma possível solução do direito interno.

1. A APLICABILIDADE DE MEDIDAS ANTIDUMPING NO DIREITO INTERNACIONAL

1.1. DUMPING E MEDIDAS ANTIDUMPING

Tradicionalmente, *dumping* é conceituado⁶ como a prática de exportar um produto a preço inferior ao praticado no mercado interno do país exportador com o objetivo de conquistar mercados.

Contudo, esse conceito foi-se ampliando para admitir outras formas de concorrência desleal, tais como o *dumping* ambiental, cambial e social.

Medidas *antidumping*⁷ são as sanções aplicadas aos agentes do comércio internacional que, em geral, se traduzem em barreiras alfandegárias com objetivo de neutralizar a vantagem por meio da concorrência desleal e, em situações mais graves, permitem a suspensão das exportações.

O conjunto de medidas *antidumping* social insere-se no que a doutrina⁸ chama de cláusulas sociais no comércio internacional, as quais seriam a inserção necessária nos tratados internacionais de comércio para assegurar o cumprimento de algumas normas sociais mínimas, mediante a penalização aos produtos produzidos em um ambiente de desrespeito a direitos sociais.

1.2. HISTÓRICO

O debate em torno da vinculação entre o comércio internacional e a garantia de um *standard* laboral não é novo. Já na Carta de Havana, elaborada em 1948 pelos participantes da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego, houve o compromisso desses na adoção e obediência a padrões de trabalho justos. Contudo, como resultado dessa conferência, apenas foi colocado em prática o GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio), de 1947, que teve seu alcance restrito apenas a cláusulas sobre obrigações comerciais. O debate foi retomado em rodadas posteriores.

⁵ MAIOR, José Souto. Indenização por dano social pela agressão voluntária e recorrente aos direitos trabalhistas. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamato6/trab_cientificos/teses_aprovadas.cfm >. Consulta em 16 de abril de 2010.

⁶ BARRAL, Welber de Oliveira. Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, p. 7.

⁷ Idem, p.8.

⁸ HERNÁNDEZ, Oriester Abarca. La cláusula social y la ventaja comparativa ilegítima. *Intersedes: Revista de las Sedes Regionales, Costa Rica*, ano/vol. III, número 5, p. 47-59, 2002, p. 47.

Na Rodada do Uruguai, de 1986, que deu origem à Organização Mundial do Comércio (OMC), foi aprovado o Acordo *Antidumping* Rodada Uruguai (AARU). O AARU fixou os contornos do *dumping* sujeito a medidas repressivas, exigindo a prova do dano e estabelecendo como preço desleal aquele inferior ao praticado no mercado interno⁹.

Em 1996, a Convenção de Cingapura reconheceu a existência de vínculo entre o trabalho e o comércio internacional. Todavia, a Convenção de 1996 optou por afastar a competência da OMC quanto à análise do desrespeito a direitos laborais, a qual deveria ficar a cargo apenas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em razão de essa deter, e não a OMC, conhecimento técnico para tratar do tema. Também nessa conferência ficou registrada a posição¹⁰ de que o simples crescimento econômico, por si só, contribui para a promoção dos padrões trabalhistas. Essa posição foi reafirmada sistematicamente nas rodadas posteriores até o presente momento.

Desde o início de seu debate, o maior patrocinador da implementação de cláusulas sociais é os Estados Unidos. Em polo oposto, os maiores opositores ao tema são, via de regra, os países em desenvolvimento.

Inicialmente, sustentam esses países contrários à adoção da cláusula social que a defesa dessa cláusula esconde interesses protecionistas. Depois, defendem que não existiria um consenso sobre quais seriam os direitos mínimos laborais. E, finalmente, os países em desenvolvimento alegam que a aplicação de sanções comerciais a seus produtos implicaria numa menor demanda por eles e, via de consequência, num agravamento da pobreza.

Esse é também o posicionamento do Brasil¹¹ ao longo das Rodadas do GATT, hoje OMC. O Brasil repele a inserção de cláusulas sociais nos tratados multilaterais de comércio bem como a aplicação de medidas repressivas.

Outro motivo invocado contrário à aplicação de medidas *antidumping* ao comércio de produtos oriundos de trabalho não decente fundamenta-se no novo molde fornecido pelo AARU de *dumping*, precisamente no conceito de preço desleal. Por essa lógica, o produto produzido em países que não respeitam um *standard* mínimo laboral não é inferior ao praticado no mercado interno desses países, mas reflete as condições desse mercado.¹²

⁹ AARU, art. 2.1.1. Para as finalidades do presente Acordo considera-se haver prática de dumping, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador.

¹⁰ Declaração Ministerial de Cingapura, parágrafo 4. WT/MIN (96)/DEC. Disponível em: www.wto.org/english/forums_e/chat_e/chat_transcript_dec06_e.doc - 2007-02-02. Acesso em 01 de julho de 2011.

¹¹ LAMPREIA, Luiz Felipe. Algumas verdades acerca da “cláusula social”. Disponível em: <http://ftp.unb.br/pub/UNB/ipr/rel/disc-min/1996/3035.pdf> Acesso em: 25 de junho de 2011. p. 2

¹² BARRAL, Welber. Dumping e comércio internacional: a regulamentação após a rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 132.

Existem ainda outras duas fundamentações menos nobres. A primeira¹³ sustenta que os países desenvolvidos usufruíram de um ambiente de liberdade e que esse mesmo ambiente deve ser assegurado aos países em desenvolvimento.

Mediante a segunda¹⁴, os países contrários à aplicação de medidas repressivas sustentam que os salários extremamente baixos refletem o menor desenvolvimento econômico e tecnológico dos países que os praticam. Haveria aqui uma compensação, no âmbito da concorrência internacional, do menor desenvolvimento tecnológico com a prática de desrespeitos laborais, motivo pelo qual não se poderia falar em concorrência desleal.

1.3. DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É de fundamental importância o enfretamento dos argumentos que vêm afastando a inserção da cláusula social no comércio internacional. Isso porque aplicabilidade da cláusula social não é apenas questão de justiça social, mas, ao contrário, encontra plena fundamentação jurídica.

É fato que a defesa da aplicação de medidas *antidumping* por países desenvolvidos, e o especial patrocínio dos Estados Unidos, não se faz apenas visando a preservação de direitos fundamentais. Contudo, a presença de interesses protecionistas não tem o condão de desfazer os benefícios da defesa de um padrão laboral mínimo.

Registre-se, num raciocínio similar, que era argumento para manutenção da escravidão durante o Brasil Imperial o desenvolvimento econômico do país¹⁵, sendo fundamental para o modelo agrário que existia. Some-se a isso o fato de que se não discute que o Bill Aberdeen tenha escondido interesses comerciais da Inglaterra quando pugnou pelo fim da escravidão.

Por outro lado, como leciona Piffer¹⁶, o comércio internacional sempre conviveu com o protecionismo, sendo este anterior ao próprio liberalismo. Portanto, o protecionismo, ainda que prática a ser coibida em prol do desenvolvimento econômico, não pode ser sustentado como argumento contrário à garantia de direitos fundamentais.

No que tange à falta de consenso sobre um *standard* laboral mínimo, a OIT estabelece, em que pese a facultatividade de ratificação das convenções celebradas, que são de cumprimento obrigatório as Convenções Fundamentais.

¹³ PIFFER, Carla. Direitos sociais em tempos neoliberais: uma análise do dumping social no comércio internacional. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. p.35.

¹⁴ Idem, p.37.

¹⁵ Parrom, Peixoto Tamis. A defesa da escravidão no parlamento imperial brasileiro: 1831-1850. Almanack Braziliense, São Paulo, maio, 2005, p. 130.

¹⁶ PIFFER, Carla. Direitos sociais em tempos neoliberais: uma análise do dumping social no comércio internacional. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. P.84.

As Convenções Fundamentais da OIT tratam dos seguintes temas: liberdade sindical e proteção dos direitos de sindicalização e negociação coletiva, combate à discriminação do emprego e proibição do trabalho infantil e escravo.

Esse é, portanto, o *standard* mínimo de proteção laboral escolhido pela comunidade internacional. Por óbvio, esse rol está sujeito a alargamento na medida em que direitos fundamentais têm natureza cumulativa.

Observemos, agora, a impossibilidade de enquadramento como *dumping* da prática de desrespeitos a direitos laborais mínimos em face do desenho dessa modalidade de concorrência desleal fornecido pelo AARU.

É fato que a Rodada Uruguai, ambiente onde foi acordado o AARU, teve clara intenção de afastar da competência da OMC a análise de direitos trabalhistas. Porém, parece claro que a comunidade internacional não pode afastar simplesmente a análise de questões sociais no trato do comércio internacional.

A institucionalização da globalização apenas do capital, sem qualquer análise de questões sociais, afronta os princípios que regem o Direito Internacional. O próprio preâmbulo¹⁷ do Acordo Constitutivo da OMC vem ressaltar, como não poderia ser diferente, os compromissos com questões sociais.

Também a Declaração da Filadélfia, que trata dos fins e objetivos da OIT, registra que o trabalho não é *commodity* nem mero artigo de comércio.

Assim, o conceito de preço desleal ou não desleal, em que pese a redação do artigo 2.1 do AARU, deve estar conjugado com o conceito de preço justo e injusto.

O *dumping* social se caracteriza pela prática de produtos em preços inferiores ao que seria normal num ambiente internacional em razão do desrespeito a direitos laborais mínimos. Conforme Salienta Piffer¹⁸, é esse custo forçosamente baixo em razão do desrespeito a direitos laborais, que caracteriza o preço injusto e, por via de consequência, o preço desleal.

Raciocínio contrário, ou seja, a ausência de uma interpretação sistemática do conceito de preço desleal, interpretando-o estritamente dentro dos limites puramente comerciais, fere os princípios de Direito Internacional, notadamente, a defesa de direitos fundamentais.

¹⁷ Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio. www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1244492330.pdf. Acesso em 30 de junho de 2011.

¹⁸ PIFFER, Carla. Direitos sociais em tempos neoliberais: uma análise do dumping social no comércio internacional. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. p. 100.

Conforme esclarece Husek¹⁹, os princípios de Direito Internacional são normas imperativas para a comunidade internacional. O artigo 53²⁰ da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 prevê a nulidade de convenção que entre em conflito com norma imperativa de Direito Internacional.

A lógica econômica também não se vislumbra como retratada pelas convenções da OMC. Ou seja, o simples crescimento econômico, infelizmente, não produz, por si só, condições melhores de trabalho. Países como China e Índia, líderes em índices de crescimento econômico²¹, não evoluíram no trato de questões sociais. O relatório²² da OIT da 14ª Reunião Asiática nos sugere que o crescimento do país não é acompanhado necessariamente pelo avanço no tratamento de questões sociais. Isso porque a prática nos mostra que a lógica do crescimento do “bolo” não é necessariamente acompanhada pelo compartilhamento dele com todos.

Nesse sentido, cabe aqui considerar o conceito de desenvolvimento proposto por Armatya Sen, economista indiano e Nobel de economia no ano de 1998, que desenvolveu a teoria denominada desenvolvimento como liberdade.

Sen²³ desvincula o conceito de desenvolvimento de um país do mero crescimento do PIB. Crescimento econômico não é fim em si mesmo. Desenvolvimento, nessa perspectiva, é essencialmente liberdade do indivíduo conquistada por meio da eliminação dos diversos fatores que a limitam, tais como fome, subnutrição, privação de direitos básicos e carência de oportunidades.

“Desenvolvimento consiste em eliminar as privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A liberdade, dessa maneira, é considerada o meio e o fim do desenvolvimento e também da justiça.”²⁴

Quanto aos dois últimos argumentos, a própria construção absolutamente confusa destes torna quase que desnecessária a contra-argumentação.

Sustentar que os países em desenvolvimento teriam direito à exploração de trabalho não decente porque os países desenvolvidos já o fizeram é dizer que o processo de desenvolvimento de

¹⁹ HUSEK, Carlos Roberto. Curso de Direito Internacional Público. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 33.

²⁰ Art. 53 da Convenção de Viena: “É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de Direito Internacional geral da mesma natureza.

²¹ A Índia e a China obtiveram uma taxa média de crescimento do PIB nos últimos 5 anos superior a 8%, sendo, portanto, os países líderes no planeta em crescimento. http://www.economiabr.com.br/Ind/Ind_gerais.htm Acesso em 01 de julho de 2011.

²² O relatório “Alcançar o trabalho decente na Ásia”, preparado para a 14.ª Reunião Regional Asiática da OIT, que ocorreu na cidade de Busan, Coreia do Sul, de 29 de Agosto a 1 de Setembro, afirmou que a região conseguiu importantes ganhos econômicos e ocupa uma posição de liderança na economia global.

No entanto, a região possui mais de 1000 milhões de trabalhadores que vivem abaixo da linha da pobreza com dois dólares diários por pessoa, e 330 milhões que sobrevivem com apenas um dólar por dia. Além disso, as taxas de desemprego são superiores aos níveis de cinco anos atrás em grande parte da região. <http://www.alem-mar.org/noticias/EEVZEEIVpZZfcBQPjb.html> Acesso em 01 de julho de 2011.

²³ MAILLART, Adriana Silva; SANCHES, Samira Haydée Dal Farra Napolini. A perspectiva da ética econômica e o Desenvolvimento da Teoria de Justiça de Armatya Sen. in Direito Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.

²⁴ Idem, p. 545

um país deve passar, necessariamente, pela exploração da mão de obra, ou ainda, deve, necessariamente, ser calçado em desrespeito a direitos fundamentais.

O mesmo vale para o último motivo, sustentar uma eventual compensação dos preços praticados com trabalho não decente aos praticados em países com maior desenvolvimento tecnológico é algo absolutamente irracional. Primeiro, porque esse sofisma compara duas dimensões completamente distintas; depois, porque eterniza o subdesenvolvimento tecnológico, na medida em que torna compensador o atraso.

1.4. O DEBATE EM TORNO DO FORO ADEQUADO

Apesar da pressão exercida por alguns países e pela própria sociedade civil, a OMC optou tanto na Convenção de Cingapura quanto na Rodada do Uruguai, momentos em que se debruçou sobre o tema, por afastar sua competência sobre a análise de questões sociais.

Além dos motivos que procuramos refutar anteriormente, ficou registrado, como fundamento para o afastamento da OMC, o desconhecimento técnico sobre matéria laboral.

Fosse válido esse raciocínio²⁵, a OMC se tornaria incompetente para análise de temas como investimento externo, agricultura e propriedade intelectual, o que não ocorre na realidade.

Ainda que ausente algum tipo de conhecimento técnico à OMC, a repressão à prática de trabalho não decente poderia ser desenvolvida com o auxílio da OIT, a quem caberia, eventualmente, a identificação do ilícito para posterior aplicação de sanções.

A importância da participação da OMC no combate ao *dumping* social está estritamente ligada ao seu poder coercitivo.

Conforme dito, as únicas convenções de adesão obrigatória na estrutura normativa da OIT são as fundamentais. Mesmo no que tange aos direitos nelas previstos, é prática comum seu desrespeito.

A OMC, por sua vez, dispõe do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), o qual, dado o próprio objeto da Organização, tem capacidade de impor retaliações aos membros que adotem medidas incompatíveis com a Organização.

Não se trata da busca aleatória de qualquer instituição que tenha poderes para controle do comércio internacional, uma vez vislumbrada a ausência de instrumentos de coerção da OIT. Temas relativos a direitos dos trabalhadores, combate à pobreza e proteção social têm estrita ligação com o comércio internacional, não podendo a OMC se afastar da análise desses assuntos.

²⁵ PIFFER, Carla. Direitos sociais em tempos neoliberais: uma análise do dumping social no comércio internacional. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. P. 122.

2. O COMBATE AO *DUMPING* SOCIAL PELO DIREITO BRASILEIRO

A concorrência desleal em razão do desrespeito a direitos fundamentais não se estabelece somente no cenário internacional. No mercado interno, encontramos empresas que desequilibram o cenário de concorrência mediante o não cumprimento da legislação trabalhista e securitária.

É de clareza solar que as normas de direito interno, ressaltadas pelo amplo rol de princípios constitucionais aplicáveis ao trabalho, são absolutamente incompatíveis com os fatores que geram o *dumping* social.

Esse fato permite a repressão ao *dumping* social independente do avanço no trato da matéria em âmbito internacional. Mais que isso, e sobretudo diante de uma indefinição do tema na seara internacional, surgiram, no âmbito interno brasileiro, discussões sobre instrumentos para reprimenda do *dumping* social.

Desse modo, e não estando presa ao tratamento internacional dado à matéria, a jurisprudência e a doutrina vêm entendendo como *dumping* a prática reiterada de infrações ao direito dos trabalhadores praticadas por empresas a um número considerável de pessoas, gerando vantagem concorrencial ao empregador.

“O *dumping* social, assim identificado como a prática reincidente, reiterada de descumprimento da legislação trabalhista, como forma de possibilitar a majoração do lucro e de levar vantagem sobre a concorrência.”²⁶

Tal qual o cenário internacional, esse tipo de prática, além de destruir setores produtivos que se pautam em trabalho decente, incentiva o descumprimento de Direitos Fundamentais entre os detentores dos meios de produção.

Tratando-se de um contexto doméstico, a aplicação de medidas repressivas não ocorre por meio de barreiras alfandegárias, mas pela imposição de indenizações a título de dano moral ao empregador que se valeu de reincidentes violações a direitos como elemento estrutural na prática negocial deste.

Diferentemente das medidas *antidumping* antes discutidas, a solução encontrada pela jurisprudência não afeta o produto ou serviço produzido em condições de concorrência desleal, posto que este já teve sua comercialização concluída.

As medidas *antidumping* aplicadas nesse âmbito afetam diretamente o empregador, impondo a esse um gravame que anula as compensações obtidas em razão do desrespeito a direitos, servindo de elemento de repressão a este e aos demais agentes da economia.

²⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Dumping Social nas Relações de Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2014, p.22.

Essa posição foi defendida por Maior e acolhida na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho²⁷:

DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZACAO SUPLEMENTAR. As agressões recorrentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT.

Quanto à fundamentação para a aplicação de sanções ao capital que se utiliza de trabalho não decente para prática de concorrência desleal, tem-se no artigo 404²⁸ do Código Civil (CC) forte instrumento. Apenas para registro, a aplicação do artigo 404 do CC ao processo trabalhista encontra abrigo na Consolidação da Legislação Trabalhista (CLT), artigo 8º, parágrafo único.

É essa indenização suplementar a medida repressiva aplicável ao *dumping* social. E, como ficou registrado na Jornada acima mencionada, a aplicação do artigo 404 do CC para aplicação de indenização suplementar, faz-se de ofício, como estabelece o dispositivo legal.

Assim, pode-se concluir que, se no caso concreto a indenização suplementar for capaz de impedir uma violação à dignidade da pessoa, deve ser aplicada pelo juiz, ainda que não haja provocação, como medida do Estado em função da preservação dos direitos fundamentais, na condição de garantidor destes. A necessidade de intervir, pois, leva o Estado-Juiz, em alguns casos, a impulsionar o processo de ofício, adotando medidas que reestabeçam o equilíbrio material entre as partes. Neste contexto, é viável a aplicação do parágrafo único do artigo 404 do Código Civil independentemente de provocação, para que possa dar máxima efetividade à dignidade da pessoa humana.²⁹

Em que pese argumentos contrários ao deferimento *ex officio* da condenação por *dumping* social, tendo em vista o princípio do dispositivo e a garantia do contraditório, Souto Maior³⁰ pondera que não existe aqui o fator surpresa caracterizador das violações desses, posto que o fato pelo qual a empresa é condenada já está amplamente discutido nos autos.

²⁷ ANAMATRA. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça, http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm. Consulta em 25 de junho de 2011.

²⁸ Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Parágrafo único. Provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

²⁹ ANAMATRA. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça, http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm. Consulta em 25 de junho de 2011. p. 3.

³⁰ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Dumping Social nas Relações de Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2014, p. 129.

Outro grande debate ocorre em torno da destinação dessa condenação, ou seja, se esses valores devem ser revertidos à vítima como indenização suplementar ou se isso caracterizaria enriquecimento sem causa. As decisões³¹ que adotam essa segunda posição revertem os valores arrecadados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador, à quitação de ações trabalhistas arquivadas ou, ainda, à filantropia³².

A jurisprudência como um todo e, timidamente, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) vêm acolhendo a aplicação de indenização suplementar a situações que caracterizariam *dumping* social.

EMENTA: REPARAÇÃO EM PECÚNIA - CARÁTER PEDAGÓGICO - DUMPING SOCIAL - CARACTERIZAÇÃO - Longas jornadas de trabalho, baixos salários, utilização da mão-de-obra infantil e condições de labor inadequadas são algumas modalidades exemplificativas do denominado *dumping* social, favorecendo em última análise o lucro pelo incremento de vendas, inclusive de exportações, devido à queda dos custos de produção nos quais encargos trabalhistas e sociais se acham inseridos. "As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado Social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. (RO NUM: 00866; 3ª Região- Quarta Turma; relator: Júlio Bernardo do Carmo; DEJT DATA: 31-08-2009 PG: 75).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que a busca por maior competitividade leva os sujeitos da economia globalizada a ponderar sobre os benefícios que uma política de desrespeitos a direitos sociais pode trazer.

Nesse contexto, o Direito Internacional do Trabalho do século XXI não pode ser o mesmo do seu nascimento, plasmado em uma mera carta de intenções. A importância das normas internacionais do trabalho está intimamente ligada à eficácia e à efetividade destas.

Desponta, portanto, a necessidade de novos instrumentos que efetivamente responsabilizem, de forma imediata, os Estados e mesmo o Capital pelo desrespeito aos direitos laborais. Portanto, é necessária a aplicação de medidas *antidumping* e é fundamental que o foro escolhido tenha poder coercitivo.

Não se pode considerar que o respeito a um padrão mínimo de direitos laborais seja apenas medida programática. Mais do que isso, é inconcebível que a análise de um ambiente de concorrência internacional feita pela OMC, no que tange a uma postura de concorrência não desleal, não trilhe também a análise do trabalho decente.

³¹ MONTEIRO, Carolina Masotti. *Dumping social no Direito Individual do Trabalho*, in Revista LTr, v. 78, n. 6 de junho de 2014.

³² FROTA, Paulo Mont'Alverne. *O Dumping social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal*. in LTr, v. 78, n. 2, fevereiro de 2014.

A necessidade de consenso para a aplicação de medidas repressivas ao *dumping* social e de inserção de outras cláusulas sociais no comércio internacional é fator político e não jurídico, como se procurou demonstrar.

Mesmo sob a ótica não jurídica, é preciso considerar que o crescimento obtido por países que fazem uso de concorrência desleal não se traduz em desenvolvimento destes, na medida em que não proporciona aumento na liberdade de escolha dos indivíduos.

O aumento do PIB não é fim em si mesmo, mas instrumento para promoção de melhores níveis sociais. O sacrifício de direitos fundamentais para alcançar crescimento econômico subverte essa lógica e se mostra sem utilidade.

Além da aplicabilidade da cláusula social no comércio internacional, materializada pela aplicação de barreiras alfandegárias aos produtos que têm origem em ambientes de desrespeito a direitos fundamentais, é de vital importância a utilização de mecanismos internos que garantam um cenário de competitividade justa.

Nesse sentido, mostra-se extremamente salutar a aplicação de indenizações pelo Poder Judiciário aos empregadores que sistematicamente fazem uso do desrespeito a direitos trabalhistas e, em razão disso, desequilibram o mercado.

REFERÊNCIAS

1. ALVES, Giovanni. Toyotismo como ideologia orgânica da Produção Capitalista. Disponível em: <www.estudodotrabalho.org/Toyotismo_ideologia.pdf>. Acesso em 04 de julho de 2013.
2. ANAMATRA. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça, http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm. Acesso em: 25 de junho de 2013.
3. BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional: a regulamentação após a rodada Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
4. DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: LTr : 2006.
5. FROTA, Paulo Mont´Alverne. *O Dumping social e a atuação do juiz do trabalho no combate à concorrência empresarial desleal*. in LTr, v. 78, n. 2, fevereiro de 2014.
6. CHAVES, Maria Cláudia Gomes. *Dumping social como fator de precarização das relações de trabalho*. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.26586>>, Acesso em: 27 de junho de 2013.
7. HERNÁNDEZ, Oriester Abarca. *La cláusula social y la ventaja comparativa ilegítima*. INTERSEDES: Revista de las Sedes Regionales, Costa Rica, ano/vol. III, número 5, p. 47-59, 2002.
8. HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. 3º ed. São Paulo: LTr, 2000.
9. LAGE, Emerson José Alves; Mônica Sette Lopes. *O direito do trabalho e o Direito Internacional: questões relevantes*. São Paulo: Ltr, 2005.
10. LOUREIRO, Ricardo Luís Maia; Maria, Filipe Dififini Santa A indenização suplementar prevista no artigo 404, parágrafo único, do Código Civil e sua aplicação no Direito do Trabalho. <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18169/a-indenizacao-suplementar-prevista-no-artigo-404-paragrafo-unico-do-codigo-civil-e-sua-aplicacao-no-direito-do-trabalho>. Acesso em 01 de julho de 2011.

11. MAILLART, Adriana Silva; SANCHES, Samira Haydée Dal Farra Napolini. A perspectiva da ética econômica e o Desenvolvimento da Teoria de Justiça de Armatya Sen. *in* Direito Constitucional Contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2012.
12. MONTEIRO, Carolina Masotti. *Dumping* social no Direito Individual do Trabalho, *in* Revista LTr, v. 78, n. 6 de junho de 2014.
13. MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Dumping Social nas Relações de Trabalho*. 2 ed. São Paulo: Ltr, 2014.
14. MAIOR, José Souto. Indenização por dano social pela agressão voluntária e reincidente aos direitos trabalhistas. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamato6/trab_cientificos/teses_aprovadas.cfm >. Consulta em 30 de junho de 2011.
15. PARROM, Peixoto Tamis. A defesa da escravidão no parlamento imperial brasileiro: 1831-1850. Almanack Braziliense, São Paulo, maio, 2005, p. 128-135.
16. PIFFER, Carla. Direitos sociais em tempos neoliberais: uma análise do dumping social no comércio internacional. 2008. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito. 238 p. Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí.
17. SILVA, Eveline de Andrade e. A cláusula social no Direito Internacional contemporâneo. 2008. 257 p. Dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito - Centro Universitário de Brasília, Brasília.

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O ABUSO DO PODER ECONÔMICO

“UMA VISÃO SOBRE A DINÂMICA DA ECONOMIA BRASILEIRA E OS MEIOS COERCITIVOS DE COMBATE À ABUSIVIDADE DA CONCENTRAÇÃO DO CAPITAL E PRODUÇÃO”

Economic Development And The Abuse Of Economic Power

“An insight into the dynamics of Brazilian economic and coercive means to combat the abuse due to the concentration of capital and production”

SUMÁRIO

Introdução. 1. Um Breve Histórico. 2. Política Econômica. 2.1. Ordem econômica 3. Poder Econômico. 3.1. Poder econômico do Estado. 3.2. Atuação do Estado na área econômica. 3.3. O poder econômico da iniciativa privada. 3.3.1. Competição: livre mercado e poder econômico privado. 4. Abuso do Poder Econômico. Conclusão. Referências.

RESUMO

Historicamente, a República Federativa do Brasil foi marcada por uma série de planos econômicos e formas de desenvolvimento que se sucediam a cada governante estabelecido. Assim, políticas de industrialização, infraestrutura, estabilização econômica, controle inflacional e políticas sociais sucumbiram ao tempo e à globalização. A base do capital liberal perseverou sobre todos os regimes e épocas da modernidade, favorecendo não apenas o progresso, mas também acumuladores de capital, investidores oportunistas, corruptores e corruptos. O sistema político deixou-se levar pelo capital em uma crescente necessidade de progresso e modernização, o que motivou, por outro lado, uma corrente de oportunismo financeiro montado sobre o capital público e privado. Assim, o presente artigo, mediante uma análise metodológica da doutrina, das leis e jurisprudências, busca apresentar uma visão real das ações, consequências e prevenções dos entes públicos e sociedade no uso abusivo do poder econômico. Diante de uma visão histórica da evolução industrial e do capital no Brasil, procura mostrar a linha tênue entre desenvolvimento, progresso social, capital e a oportunidade do abuso e desequilíbrio.

» *Palavras-chave: Poder. Constituição. Economia. Jurisprudência. Abuso.*

ABSTRACT

A series of economic development plans marked the history of the Federal Republic of Brazil. Globalization has defined the infrastructure development, economic stabilization, inflation control and social policies. Although massive capital flows fueled economic progress, they also contributed to crony capitalism, proliferation of vulture investors, and massive corruption. The political system - desperate for progress and development - facilitated this inflow: this, in turn, yielded financial opportunism utilizing public and private capital. This study aims to examine, through a methodical analysis of the legal apparatus at the disposal of the state, the abuse of economic power in the history of the industrial development of Brazil and shows how

Adilson Ivan C. Pinheiro

Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Especialista em Direito Público, Sanitário e Processual Civil. Mestrando em Planejamento e Governança Pública da Universidade Tecnológica Federal do Paraná – TFPR.

the use of capital for development and social progress also created the opportunities for abuse and imbalances.

» *Keywords: Power. Constitution. Economy. Case. Abuse.*

INTRODUÇÃO

Este artigo propõe-se a fazer uma análise qualitativa doutrinária, apoiando-se na jurisprudência nacional, sobre os fatos resultantes das transformações econômicas conquistadas e objetivadas por políticas econômicas, como também os possíveis reversos que essas transformações possam provocar nas relações de mercado.

Em vista disso, o estudo será realizado diante do poder econômico nas relações de mercado, bem como do aspecto jurídico do Estado, isto é, como são enfrentados os problemas resultantes da elaboração de uma nova política econômica e suas possíveis consequências legais nos meios de produção e, principalmente, do capital sobre estes.

1. UM BREVE HISTÓRICO

No início do século XX, momento em que o país era de base agrícola, exportador de *commodities* e de infraestrutura precária, o poder econômico estava nos grandes produtores agropastoris, os quais conduziam a política do estado com força política e financeira, aliados ao poder central, por intermédio de uma supremacia política e eleitoral (currais eleitorais).

Esse momento histórico era caracterizado pela política dos coronéis, do café com leite (República das Oligarquias), conforme relata a história nacional, motivando uma intensa movimentação social culminada com a revolução de 1930 (Governo Provisório – início da era Vargas).

Nesse período, a base das exportações em monocultura gerou crises, principalmente no Estado de São Paulo, onde se localizava a sede da produção cafeeira do Brasil. O café foi o produto que teve uma grande queda de preços e oferta no mercado internacional. Desse modo, em 1933, a dívida do Estado de São Paulo era de 60% em relação aos demais Estados da Federação.

Entre 1930 e 1940, o Brasil iniciou a sua transição de país agrícola para um país de industrialização crescente orientada pelo Estado, com a liberalização política e valorização do social. Todavia, sofria todos os impactos de sua modernização, sobretudo os impactos sociais e do poder econômico. Nos governos que se seguiram, vieram outros planos, sempre com a visão de desenvolvimento, industrialização, redução das importações, infraestrutura, tais como: Planos de Obras e Equipamentos (1948); Salte (1950) com a criação do BNDE; Metas (1956/61) na era JK; Trienal (1956/61); PAEG

do regime militar (1964); criação do BNH e FGTS; Decenal (1967); PED (1968/70); MBAG (1970/73); I PND (1972/74); II PND (1975/79); III PND (1980/85); Cruzado (1986); PAG (1987/91); Cruzado; Bresser; Verão; Collor; Real e PAC.

O Brasil desde 1945 até 1984 teve 20 anos de democracia e 20 anos de regime militar. Em 1994 ao disputar as eleições Fernando Henrique Cardoso (FHC) tinha claro duas coisas:

1. Ele sabia que as alianças políticas eram necessárias para governar o Brasil;
2. Ele foi eleito para vencer a inflação e que a história o reconheceria por isto¹.

A partir da proposta de modernização do Governo Vargas, todos os governos que se seguiram tiveram seus olhares para novas práticas políticas e econômicas. Elas eram voltadas para a solução imediata dos problemas nacionais, chancelando, de certa forma, o poder econômico de determinados entes, como destaca Bresser Pereira².

Não é novidade afirmar que o poder econômico está na raiz do nosso processo de subdesenvolvimento. Elemento formador da economia colonial baseada no monopólio exportador e importador da metrópole, torna-se fator central na acumulação de capital das fases econômicas sucessivas, transplantando-se da economia agrícola para a industrial. Essa lição, didaticamente explicada pelos autores clássicos de nossa história econômica, é sistematicamente desconsiderada por força de um curioso e artificial consenso. Curioso, por carecer de demonstração empírica. Artificial, pois às vezes dissonantes não é dada a necessária atenção.

Posto isso, entende-se que a democracia do Estado sucumbe à supremacia do poder econômico e do poder político. A participativa visão de um poder econômico, socialmente igualitário, vem-se mantendo desde a Revolução Industrial. Com essa base, outra economia surge e já se faz em desenvolvimento em alguns países, dando-se ouvido às vozes daqueles explorados e excluídos pelo poder e planos econômicos, muitas vezes de irrelevância social, como cita Louis Cord, “estas medidas incluem a estabilidade macroeconômica, os direitos de propriedade bem definidos, a abertura comercial, um bom clima de investimento, um quadro de incentivos atraentes, mercados de fatores que funcionem bem, e amplo acesso à infraestrutura e educação³”.

2. POLÍTICA ECONÔMICA

Cabe ao Estado promover o bem comum dos seus cidadãos, assim sendo, ele possui instrumentos constitucionais para o planejamento e implementação de políticas ou planos para esse fim⁴.

¹ Giambiagi, F.; Barros de Castro, L.; Villela, A.; Hermann, J. Economia Brasileira Contemporânea. 2ª ed. Elsevier – Campus. São Paulo, 2011.

² <http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=2437>. Acessado em 17/04/2014.

³ International Proverty Centre, Brasília, março de 2007. p. 10.

⁴ “Entre as décadas de 50 e 80 basicamente foram utilizados diversos tipos de proteção comercial (imposto de importação e barreiras não tarifárias, tais como exame de similaridade, índices de nacionalização, contingenciamento, licenciamento prévio das importações, preferência nas compras governamentais), estímulo à exportação (câmbio favorecido para exportação de manufaturados e isenções fiscais) e subsídios à produção em setores selecionados (isenção e redução de impostos e aceleração da depreciação do capital). Além disso, houve intenso direcionamento de crédito para os setores considerados prioritários e uma pesada presença direta do Estado em diversas atividades

A cada estabelecimento de meta para o alinhamento do sistema econômico, o Estado assume uma nova ordem de empenho e motivação para manifestar a sua presença. Para a sociedade, não interessa apenas que o Estado venha em seu auxílio através de correções de falhas ou disfunções do mercado, mas sim que produza bons frutos sociais e econômicos a partir dessas intervenções.

As intervenções do Estado, à vista disso, demandam um planejamento considerado como um ato político de intervenção, o qual poderá relevar apenas um assunto e objeto, ou vários assuntos e objetos; dessa maneira, fala-se em planos educacionais, de saúde, PACs etc., traduzindo-se em medidas a serem adotadas em cada uma dessas áreas.

Considera-se que não é só por se adotar o termo plano, mesmo com estreita ligação com um procedimento econômico, que se podem nomear os anteriores de planos econômicos. Para tanto, faz-se necessário viabilizar uma série de recursos materiais e financeiros para cumprir a meta na área idealizada (saúde, educação, desenvolvimento etc.), incluindo-a no plano econômico.

Conforme as palavras de Washington Peluso A. de Souza (2003, p. 377), há como estabelecer o entendimento do que é um plano ou política econômica:

Entretanto, quando apresenta sentido econômico fundamental desdobra-se em um elenco predominante de ‘atos’ e ‘fatos econômicos’ que o levam a constituir, ele próprio, uma ‘peça de natureza econômica’. Como tal, o Plano decorrente passa a assumir a posição de ‘conteúdo econômico’ da norma que o juridiciza. Por outro lado, os dados econômicos nele contidos são trabalhados no sentido de racionalização que configura a política econômica de sua efetivação. O plano afirma-se, então, como de natureza jurídico – político – econômica. (...) A partir de então, passa a ser considerado em relação aos tipos e as formas que venha a assumir, ao ‘sujeito’ do ato econômico incluído em seu bojo, à natureza e à eficácia da lei que o aprova, aos objetivos que pretende, às medidas que o efetivarão e assim por diante⁵.

Ainda, na visão de Nusdeo (2001, p. 171), a política econômica, sendo um determinado fim, busca adaptar-se a um sistema:

A doutrina está voltada para os fundamentos do sistema econômico. Uma vez, porém, assentados esses e definidos os contornos de sua estrutura, surge a necessidade de direcioná-la, estabelecendo-lhe determinados fins, impondo-lhe, em suma, um padrão de desempenho. Surge a política econômica, ou seja, o estudo das relações entre certas variáveis sob a ótica de que umas serão meios ou instrumentos para que as outras assumam um determinado valor ou posição⁶.

Dessa maneira, entende-se que a geração de um plano ocorre com a promulgação da lei que o conduzirá, dará suporte jurídico, político e econômico do Estado, assumindo então o *status*

produtivas. Soma-se a isso entraves para adoção de novas tecnologias (Lei da Informática, por exemplo), grandes investimentos estatais em infra-estrutura (principalmente até o final da década de 70) e expansão do ensino superior (principalmente a partir da década de 70)” Canêdo-Pinheiro, Pessôa e Schymura: EPGE/FGV e IBRE/FGV. “Por que o Brasil não Precisa de Política Industrial”. p. 3/4.

⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas do Direito econômico. 5ª ed. – São Paulo. LTr, 2003.

⁶ NUSDEO, Fabio. Curso de economia: introdução ao Direito Econômico. 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2005.

de política econômica, global ou setorial. Como se deve observar, há um sentido político devido à natureza da sua geração; assim, adotando-se a lei, a ação política será implementada durante toda a sua vigência como o diploma regulador da política econômica do Estado.

Como exemplo desse projeto legal e político, a criação de uma estratégia de aplicação e manutenção de determinadas ações visando determinados fins são configurados e aplicados. Exemplificando esse projeto do estado de política econômica, cita-se o relatório da Comissão de Orçamento da Câmara Federal sobre o projeto do orçamento nacional de 2013⁷:

No âmbito da *política econômica*, o esforço coordenado implementado ao longo dos últimos anos, nas esferas *fiscal e monetária*, permite formular, por meio do Projeto de Lei Orçamentária Anual de 2013 – PLOA 2013, políticas e instrumentos para elevar o patamar do *crescimento sustentável da economia com redução da desigualdade*. A sustentabilidade do quadro macroeconômico interno, mesmo em cenário externo de incerteza, é resultado da consistência das diretrizes e da política econômica, que visam:

- a) *equilíbrio fiscal*, com melhora qualitativa na alocação das despesas e nos indicadores de endividamento do setor público: alongamento do prazo médio; redução do percentual de vencimentos no curto prazo; diminuição da parcela da dívida exposta à volatilidade de mercado, como câmbio e taxa Selic; e trajetória declinante da dívida líquida como proporção do Produto Interno Bruto – PIB;
- b) *controle da inflação*, no âmbito do regime de metas, com atuação da política monetária de forma cautelosa e oportuna, decorrente da autonomia operacional da autoridade monetária;
- c) equilíbrio das contas externas, por meio do regime de câmbio flexível, o qual permitiu a elevação expressiva do estoque de reservas internacionais e o alcance pelo País da posição de credor externo líquido e, conseqüente, a queda do risco-país e a melhora de sua classificação em 2011, quando as três principais agências de risco passaram o Brasil do primeiro para o segundo nível de grau de investimento;
- d) *elevação da capacidade produtiva do País*: a priorização do investimento público em áreas estratégicas de infraestrutura; a adequação do ambiente de negócios, de forma a incentivar o investimento privado; e os incentivos para a indústria nacional, a ampliação da inovação produtiva e a melhora da qualidade da mão de obra;
- e) *maior inclusão social*, com melhora na distribuição da renda e no poder de compra da população, por meio da valorização do salário mínimo e das políticas sociais de transferência de renda às famílias. (Grifamos)

A mensagem do orçamento brasileiro de 2013, citada, constitui um ato legislativo do Poder Executivo, baseado na Constituição Federal (art. 165 ss.) e na Legislação Infraconstitucional, que deverá ser apreciado pelo Congresso Nacional.

⁷ http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/OR2013/Proposta/mensagem/02_res_pol_eco.pdf. Acessado em 25/06/2014.

Nesse aparte, há introdução no sistema legal pátrio de determinada norma responsável pela política, então vigente, configurando-se em diretriz legal das ações governamentais. Assim, apresenta-se uma manifestação da Corte Suprema sobre o tema, em que o fator legal desse ato do governo é reconhecido.

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (STF – ARE: 685230 MS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/03/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-056 DIVULG 22-03-2013 PUBLIC 25-03-2013).

O texto trata de política econômica como um plano institucional do Estado, não podendo o poder público dela desvincular-se ou atingir alguns em detrimento de outros. Vislumbra-se, nesta interpretação legal sobre o tema, um verdadeiro cunho social do plano assumido e as consequências legais que não podem ser minoradas pelos seus aplicadores.

Nessa temática, observa-se que a economia do Brasil é regrada por bases legais e políticas, sendo que, a despeito da igualdade de todos os cidadãos, qualquer ação econômica do Estado não poderá abater-se sobre as classes sociais ou sistemas produtivos de forma diferenciada a se traduzir como exclusão ou privilégio de um, ou de outro, sem justificativa legal.

Nesses termos, o desenvolvimento econômico, através da implementação de uma política do Estado, deverá, principalmente, atingir aqueles menos favorecidos, como relata Lundstrom e Ronnas⁸ (2007, p. 12), “Economic growth is the aggregate result of the efforts of all economic actors to increase their incomes. Thus, it is not growth as such that reduces poverty, but people, including those living in poverty, who individually or collectively create growth and improve their material wellbeing in the process”.

2.1. ORDEM ECONÔMICA

O Estado é responsável por toda ordem jurídica capaz de dar suporte e condições de aplicação ao seu processo decisório descentralizado; assim, o Estado mantém os mecanismos de mercado, definindo e limitando os pontos de encontro entre o plano político e o econômico.

⁸ International Poverty Centre. Poverty in Focus – Analysing and achieving pro-poor growth. Brasília, março de 2007.

Durante os Governos FHC e Lula (1995 a 2010), ocorreram importantes modificações na ordem econômica brasileira, inicialmente sofrendo com o desequilíbrio externo e com uma crise fiscal marcantes no Governo FHC, seguido pelo Governo Lula com a implementação de programas sociais e redução da dívida externa⁹.

A posição de afastamento do mercado nem sempre se faz respeitar pelo mesmo, pois, além das correções necessárias, o ente público possui outra tarefa que o permite participar do sistema econômico, constituindo-se na manutenção do seu próprio desempenho assentado em seus objetivos e nas metas dos seus planos ou políticas econômicas.

Em contrapartida ao poder de participação do Estado na ordem econômica, constitucionalmente afirmada em vários artigos de nossa Carta Política (art. 170 a 181), bem como fundados na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a qualquer um é concedida a liberdade de exercer a atividade econômica, independe de autorização de qualquer órgão público; logicamente, nesse caso, deve-se observar as ressalvas que a lei faz. Toda essa liberdade visa garantir uma existência digna, participativa e com justiça social, a qual deverá também concorrer para uma economia livre, participativa e justa.

Atualmente, não se vê apenas um Estado interventor no sistema econômico, como alguns doutrinadores relatam. O ato de intervenção denota a provisoriedade da atitude, um estado rápido, não permanente, o que hoje se percebe é um Estado integrado ao sistema econômico *dual*, sendo um agente de decisões permanentes.

Nessa intervenção e participação do Estado no plano econômico, cria-se um arcabouço legal – Ordem Econômica – que determina o espaço e a forma de agir desse e dos demais entes. De acordo com Eros Roberto Grau (2004, pp. 66/67), a Ordem Econômica é entendida como:

- I. Ordem econômica é modo de ser empírico de determinada economia concreta. É um conceito de fato e não um conceito normativo e de valor. Refere-se a uma relação entre fatores econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos.
- II. Ordem econômica é expressão que indica o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza, no que tange ao comportamento dos sujeitos econômicos.
- III. Ordem econômica possui o mesmo significado de ordem jurídica econômica¹⁰.

Sobre o que foi citado, ainda, de Eros Roberto Grau (2004, p.216), esse autor discorre sobre a Constituição e a Ordem Econômica, o que se faz pertinente mencionar no presente trabalho:

⁹ “O governo FHC apesar de uma política que deu início a uma transformação no Brasil, deixou a desejar quanto a geração de empregos, dobra da dívida pública, aumento da dívida externa, empréstimos ao FMI para manter as reservas. O governo Lula, retomada do crescimento e do investimento, geração de empregos redução da dívida líquida do setor público, dívida externa líquida negativa e uma reforma modesta da previdência, injeção de investimentos em programas sociais, inflação relativamente baixa, e taxa de investimentos reduzidas. Julgamento favorável do governo Lula por parte dos contemporâneos”. Giambiagi, F.; Barros de Castro, L.; Villela, A.; Hermann, J. Economia Brasileira Contemporânea. 2ª Ed. Elsevier – Campus. São Paulo, 2011. jan/mar 2013.

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 9ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

A ordem econômica (mundo do dever ser) produzida pela Constituição de 1988 consubstancia um meio para a construção do Estado Democrático de Direito que, segundo o art. 1.º do texto, o Brasil constitui. Não o afirma como Estado de Direito Social – é certo – mas a consagração dos princípios de participação e da soberania popular, associada ao quanto se depreende da interpretação, no contexto funcional, da totalidade dos princípios que a conformam (a ordem econômica), aponta no sentido dele. A inexistência de contradição entre tais princípios, a textura das regras constitucionais consideradas e, ainda, a atribuição, à sociedade, de legitimidade para reivindicar a realização de políticas públicas podem fazer do Estado efetivo agente – por ela responsável – da promoção do bem estar. À busca da realização do bem-estar a Constituição apresta a sociedade e o Estado, busca que se há de empreender não em nome ou função de uma ideologia, mas como imposição de determinações históricas que são mais do que ideológicas. O alcance do bem-estar é, historicamente, o mínimo que tem a almejar a sociedade brasileira¹¹.

Dessa maneira, cabe aos poderes constituídos preservarem os direitos institucionalizados na Constituição Federal, por meio de ações que solidifiquem a implantação e o sucesso de políticas públicas, bem como da ordem e planos econômicos por eles administrados. Diante de tal posicionamento, pode-se claramente ver no julgado que segue, por coincidência, da relatoria do citado autor, ex-ministro do STF, Eros R. Grau:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170º. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes.” (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

Destaca-se como princípio na Constituição Federal a ordem econômica, guardando-se dentro de seu rol legal, os Princípios da Soberania Nacional, da Propriedade Privada, da Livre Concorrência, da Defesa do Consumidor, entre outros.

Assim, pode-se dizer que a ordem econômica, como salienta Souza (2003, p. 179):

¹¹ *bis in idem*.

Não impõe os seus princípios à prática dos atos capazes de garanti-la, indica-os como ‘referências harmoniosas’. A sua efetivação depende de sua adoção, porém não oferece a ‘força’ que só a ‘norma jurídica’ possui e que se tornará ‘força cogente’, quando seja transformada em ‘Lei’.

Dessa forma, sancionada a norma, as suas medidas e objetivos passam a ser coativos, devendo o Estado tê-la como parâmetro para os seus passos¹².

3. PODER ECONÔMICO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173, § 4º, remete a uma caracterização do que pode ser o poder econômico segundo o legislador originário. Veja o que expressa o referente artigo:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

No parágrafo quarto, encontram-se as características negativas do poder econômico e a consequência dele quando enfrentado pelo poder público – reprimirá qualquer ação que abuse das liberdades equânimes do mercado nacional visando à dominação desse, eliminando os concorrentes com práticas ilegais e onerando os menos favorecidos por intermédio do aumento arbitrário dos lucros. Nesse sentido, a história brasileira já demonstrou que nem todos os planos ou políticas econômicas estabeleceram um equilíbrio social e uma justa distribuição de renda, conforme Suzigan e Furtado (2006, p. 171):

Contudo, a industrialização e o crescimento econômico se aceleraram e o país logrou iniciar um processo de mudança de seu padrão de inserção internacional, deixando de ser apenas fornecedor de commodities agropecuárias e agroindustriais e se tornando crescentemente importante como fornecedor de manufaturados e semi-manufaturados. Mas isto não se traduziu em mudanças sociais. Pelo contrário, os problemas sociais se agravaram. A concentração populacional aumentou nas áreas urbanas — fenômeno intrínseco ao processo de industrialização — mas não houve um movimento simultâneo no sistema educacional e de treinamento e qualificação de mão de obra. Com isso, e com o enfraquecimento dos sindicatos trabalhistas, deteriorou-se o salário real e piorou a distribuição da renda — bom para o crescimento imediato, péssimo para o futuro do país”.

¹² A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) – não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade.” (RE 205.193, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 06/06/97).

A Constituição Federal de 1988 garantiu a todos os cidadãos a justa igualdade econômica, a livre concorrência, o trabalho humano valorizado e a livre iniciativa privada, desde que esta não extrapole os limites da justiça e da paz social.

De Souza (2003, p. 237), a respeito do poder econômico explica:

O poder econômico exprime, antes de tudo, uma concepção de 'natureza política' (ALCAZAR 1960, p. 159 apud De Souza), pois representa uma das manifestações do poder. Simbolizando uma forma de 'domínio' no relacionamento entre pessoas ou entidades de diversa natureza, envolve, ao mesmo tempo, o aspecto jurídico que se estabelece o regime dessas 'relações'. 'Direitos' e 'Obrigações' a elas estão presentes na mais variada gama, indo da imposição e do domínio absoluto até os relacionamentos mais democráticos e igualitários¹³.

A definição do que é poder econômico passa pela interpretação jurídica e econômica, sendo que o enfoque principal reside no substrato político da ação. Carvalhosa (1962, p. 2) considera o poder econômico como sendo:

Capacidade de opção econômica independente, naquilo em que esta capacidade decisória não se restringe às leis concorrenciais de mercado. Titular de poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais de mercado¹⁴.

Alguns autores acreditam que o poder econômico não pode ser definido, mas sim identificável, pelas condições em que se manifesta¹⁵. Nesse entendimento, pode-se referenciá-lo com a ideia do Estado de Direito que, segundo pensadores, se estabelece em modelo trifásico no pensamento: liberal, social e pós-social¹⁶. Por essa evolução do Estado, partindo-se da não intervenção dele na economia, por uma valorização do grupo, do social, entretanto sem desconsiderar, em momento algum, as individualidades e suas liberdades.

Pelo que se verifica, a mínima intervenção do Estado, *a priori*, pode ser suficiente para regulamentar a atividade econômica, a autonomia da vontade/contrato e o direito de propriedade. No entanto, esses dois princípios não se mostraram muito eficientes na entrada do século XX, quando o abuso do poder econômico começou a ser mais frequente, conotando sempre o capital e o crédito. De Souza (2003, p. 238) retratou esse período de transição:

O funcionamento da atividade econômica assegurava-se pela disputa, isto é, pela 'concorrência' no mercado. Cada concorrente exercia o seu 'poder econômico privado'. O estado abstinha-se de exercê-lo, deixando livre aos concorrentes o seu campo de lutas. Só intervinha quando chamado judicialmente para restabelecer o respeito aos dispositivos livremente estabelecidos pelo próprio 'contrato'. Este figurava como lei entre as partes. Ressalvava-se apenas a hipótese do seu objeto deixar de ser 'lícito', segundo os 'princí-

¹³ DE SOUZA, Washington Peluso Albino. Ob. Cit.

¹⁴ CARVALHOSA, Modesto. Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico, São Paulo: RT, 1967.

¹⁵ FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial: as estruturas, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 82.

¹⁶ LENZA, Pedro. Ob. Cit. p. 1137.

pios' de natureza mais propriamente ética, ou de determinação legal. Fora disso, a ação econômica privada era livre, a disputa ia selecionando os mais fortes, como convinha as teorias da 'seleção das espécies', e se verificava na própria natureza (Darwin). Assim, a 'vitória', na concorrência, definia o Poder Econômico do vencedor, que, por sua vez, decorria do funcionamento 'natural' da economia de mercado".

Dessa forma, moldados em sua lei maior, os estados iniciaram uma constitucionalização da economia. Como exemplo maior, menciona-se a Constituição Federal, a qual caracteriza o Estado como agente normativo e regulador do mercado (art. 174, CF/88).

Posto isso, com base na Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal – STF observa os desníveis econômicos na sociedade e, principalmente, a omissão do Estado diante do abuso econômico latente:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros." (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/04/93).

Para exemplificar, até o momento tem-se denotado o poder econômico na visão da iniciativa privada, quando o contrato entre as partes é o gerador da obrigação, também, o princípio da livre concorrência e o da propriedade privada deveriam ser mediadores desse poder. Quando essas partes se relacionarem, no entanto, obviamente que, diante de uma concorrência de mercado, vencerá aquela que tiver mais condições de sustentação de uma produção alta com preços de venda baixos, o que caracteriza o poder econômico do produtor.

3.1. PODER ECONÔMICO DO ESTADO

Os princípios que norteiam a atividade econômica, em constituições passadas, nunca deram muito espaço para a participação do Estado, salvo o pouco que elas permitiam (participação supletiva à privada).

O neoliberalismo permitiu ao Estado direcionar investimentos na produção, reduzindo os investimentos sociais, seguindo, assim, as orientações propostas pelo Consenso de Washington (1980).

O poder econômico público exerce, assim, controle e orientação sobre o poder econômico privado, tudo em benefício da política econômica adotada pelo Estado, no qual é manifestada por meio de investimentos, incentivos e isenções. Todavia, o Estado está adstrito às permissões e limitações que lhe são impostas pelos princípios prolatados em suas leis.

Pode-se perceber a atuação direta do Estado na seara econômica, em posição contrária ao princípio liberal-histórico adotado por ele, quando mantém o monopólio de áreas da economia ou cria empresas estatais. Contudo, entende-se que a posição do estado nunca foi plenamente desvinculada de uma participação direta na economia, de maneira a permitir uma liberdade total de ações dos indivíduos.¹⁷

Nas palavras de De Souza (2003, p. 244), “quando o estado passa a agir na vida econômica, discute-se, então, o campo, a expansão dessa área de ‘atuação’, e a expressão mais corrente é intervenção no domínio econômico”.

A Constituição Federal de 1988 registrou mudança quanto à temática em reflexão, abrindo-se a possibilidade de o Estado atuar na área econômica de duas maneiras: direta e indiretamente.

3.2. ATUAÇÃO DO ESTADO NA ÁREA ECONÔMICA

O Estado atua diretamente na área econômica quando ingressa no mercado como empresário, geralmente através de pessoas jurídicas por ele constituídas, e sob o seu controle, atuando na prestação de serviços ou produção de bens, sempre vislumbrando um conteúdo econômico, na forma de monopólio (correios), ou em conjunto com outras pessoas do setor privado (S/A – ex.: Petrobrás), sempre se equiparando ao particular no que diz respeito à economia de mercado.

Há duas formas de o Estado, no Brasil, explorar diretamente a atividade econômica. A primeira seria na forma de monopólio, o qual se faz explicitado no artigo 177 da CF. Essa forma de atuação, apesar de estar na Constituição, é vista com ressalvas pela iniciativa privada, pois domina o mercado, elimina a concorrência e pode aumentar arbitrariamente os lucros. Considera-se que a outra forma seria como agente regulador do mercado,¹⁸ indicando à iniciativa privada os limites legais de sua atuação de maneira clara e inescusável.

Como observou Max Weber,¹⁹ sob o princípio do poder econômico, nas suas palavras isso se explicaria pelo poder do capital sobre o político:

(...) Os interessados em sentido capitalista continuam desejando a crescente ampliação do livre mercado até que alguns deles se arrisquem, mediante a compra de privilégios do poder político ou simplesmente graças à força de seu próprio capital, a conquistar mo-

¹⁷ Redistribuição de renda: o Estado arrecada impostos e contribuições sociais e, como contra partida, paga aposentadorias, pensões e subsídios diversos; Autoridade monetária: através do Banco Central, Conselho Monetário Nacional, Banco do Brasil, CEF e BNDES, o Estado dirige os mecanismos monetários e creditícios; Legislação e regulação econômica: O Estado define as “regras do jogo” econômico-social, por exemplo: as condições de concorrência; operações com exterior; regras de emprego e salários e o chamado direito trabalhista; regulamentação do direito de propriedade, entre outros. NEGREIROS, Davys Sleman de. Estado e Economia: uma falsa oposição Apud SANTOS OLIVEIRA, João Paulo Candido. O Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica in <http://jus.com.br/artigos/6000/o-estado-como-agente-normativo-e-regulador-da-atividade-economica/1>. Acessado em 26/06/2014.

¹⁸ Constituição Federal Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹⁹ WEBER, Max. Economia e sociedade. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. 1. p. 421

proprietários para a venda de seus produtos ou para a obtenção de seus meios de produção materiais, fechando então, por sua vez, o mercado.

O Governo Collor revelou a crescente redução do monopólio público. Esse governo iniciou o processo de privatizações ou desestatização²⁰ com a transferência de empresas estatais para a iniciativa privada através de leilões públicos, o que foi seguido pelos governos seguintes com o Plano Nacional de Desestatização – PND e as Parcerias Público-Privadas – PPPs, cuja transferência visava, principalmente, reduzir o déficit público, que, no ano de 2001, chegava a R\$ 200 bilhões²¹.

Na visão de José Coelho Matos Filho e Carlos Wagner A. Oliveira:

Alguns fatos explicam essa deterioração das finanças públicas: o crescimento do setor produtivo estatal, a partir de 1973, financiado por empréstimos externos; a concessão de subsídios creditícios ao setor privado, principalmente ao setor rural, na segunda metade da década de 70 e nos anos 80; o financiamento de déficits na balança comercial por meio de endividamento de estatais, a partir de 1979. Os reempréstimos de recursos depositados no Banco Central, na década de 80, para pagamento da dívida no exterior; a absorção, pelo Tesouro, das dívidas dos estados e municípios, por ele avalizadas; a desvalorização cambial, como forma de gerar excedentes na balança comercial, em virtude das dificuldades posteriores da entrada de recursos externos, na década de 80, entre outros [Velloso (1993)]. Para referidos autores, a privatização foi um meio alternativo de financiamento não inflacionário do déficit público (tradicionalmente financiado pela emissão de moeda, aumento de impostos, endividamento externo ou interno, ou, a combinação de um ou mais instrumentos listados). Configura modo alternativo porque estariam esgotadas as possibilidades do financiamento tradicional: a) emissão de moeda aumenta o processo inflacionário; b) o aumento de impostos seria um instrumento politicamente difícil de ser implementado; c) o financiamento externo, embora com taxas viáveis, estaria prejudicado com problemas envolvendo a dívida externa; d) o financiamento interno equivale

²⁰ “O Banco Mundial, no capítulo 6 de seu relatório *Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform* de 2005, declara que muitos observadores questionam agora se a privatização e a desregulamentação não teriam ido longe demais. A insatisfação atual não está limitada a países como a Confederação Russa, onde uns poucos indivíduos privilegiados e bem relacionados politicamente assenhorearam-se do controle de várias empresas a preços vis. Segundo o Banco Mundial, numa pesquisa conduzida em 2002 em 17 países da América Latina, dois terços dos entrevistados consideraram que “a privatização de empresas públicas não foi benéfica (43% a mais do que na mesma pesquisa em 1998)”. Gobind Nankani (13). *Economic Growth in the 1990s: Learning from a Decade of Reform*. Banco Mundial. Banco Mundial. “cap. 6”. Acessada em 16/05/2014.

²¹ “A utilização de receitas de privatização para abater dívida pública busca conter uma acumulação excessiva dessa última, evitando que os desequilíbrios fiscais pressionem a dívida demasiadamente, enquanto o governo implementa as medidas necessárias para um ajuste fiscal duradouro. Esse *timing* é importante, pois as medidas de ajuste podem levar um certo tempo para surtirem os efeitos desejados, donde se infere a importância de um dos aspectos da privatização, ao atuar como instrumento auxiliar da política fiscal. Este trabalho analisa os efeitos do programa de desestatização brasileiro sobre a dívida e o déficit públicos, enfocando o período 1995-1999. O objetivo central é avaliar se a utilização de receitas auferidas com a alienação de ativos estatais e concessões de serviços públicos no abatimento de dívidas de curto prazo tem efeito significativo sobre a redução, ou contenção do crescimento, da dívida pública e alteração do seu perfil, com reflexos sobre as necessidades de financiamento do setor público. Como possível contribuição adicional, este estudo apresenta um conjunto de dados, relativos às empresas estatais, ao programa de desestatização e à dívida pública, considerados de interesse geral. A análise dos resultados indica que a contribuição da privatização para a redução da dívida do setor público e o esforço de ajuste fiscal pode ser significativa, mesmo no curto prazo. A redução da dívida líquida do setor público alcançou 8,4% do PIB, no período 1995-1999, tendo as privatizações estaduais contribuído com 3,6% do PIB. As necessidades de financiamento do setor público foram reduzidas em 5,4% do PIB. Entre 1995 e 1999, o Tesouro Nacional deixou de emitir em títulos competitivos de sua dívida mobiliária R\$ 30,8 bilhões e economizou em juros desta dívida R\$ 8,8 bilhões, a preços de dezembro de 1999, como consequência do programa de privatização. A utilização de receitas de privatização para abater diversas dívidas governamentais e as dívidas transferidas para o setor privado efetivamente reduziram a carga de juros incidentes sobre a dívida, seu estoque e o déficit público no período sob análise. A privatização possibilitou, ainda, a melhoria do perfil da dívida e a reestruturação de passivos do setor público”. CARVALHO, Marco Antonio de Sousa. TD 0847 – Privatização, Dívida e Déficit Públicos no Brasil. IPEA. Brasil. Rio de Janeiro. 2001. Fonte: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4097. Acessado em 17/05/2014.

a substituição de impostos – que, reduzidos, induziriam a um aumento da demanda e um aumento de preços, ocasionando processo inflacionário. Assim, a privatização de ativos, além de complementar as receitas correntes, reduzem as necessidades de financiamento do setor público²².

O fato é que o Estado está aberto à possibilidade de exploração direta da atividade econômica (art. 173, CF), impreterivelmente, quando estiver em jogo a segurança nacional ou um relevante interesse coletivo²³ definidos em lei.

O Estado atua, indiretamente, na economia quando há distorções geradas pela liberdade de mercado. Dessa forma, ele poderá agir de três maneiras a fim de utilizar o seu poder regulador e normativo:

- a) Como fiscal – poder de polícia, fiscalização do cumprimento das normas pelos agentes econômicos;
- b) Incentivador – fomentando determinadas atividades ou áreas, benefícios fiscais, isenções, empréstimos a juros baixos;
- c) Planejamento – organizando os fatores de produção através de normatização e medidas de governo.

Segundo Bastos (2004, p. 258), a regulação do mercado, por si só, tornou-se algo difícil:

Numa economia de mercado pura, é o próprio mercado que regula a atividade econômica, sem que haja qualquer intervenção por parte do Estado. Nesse sentido, de uma economia totalmente livre de uma sorte de intervenção, nenhum Estado se submeteria a esse modelo. Não existe o estado de mercado puro, porque alguns pontos do sistema econômico são sempre retidos nas mãos do Estado, entre os quais a própria utilização do seu orçamento, a emissão de moeda etc.

Ferreira Filho (1990, p. 37) expõe a seguinte visão sobre organização econômica descentralizada feita pelo Estado:

(...) é uma economia em que o Estado exerce somente uma intervenção indireta e global. Indireta, isto é, respeita a liberdade de decisão dos que demandam e dos que ofertam e a liberdade na formação dos preços. Global, quer dizer, não desce aos pormenores do mecanismo econômico. (...) “O Estado procura proteger o mercado, melhorá-lo e não destruí-lo” (*Barre, Économie politique*), ou seja, sua intervenção é respeitosa da lógica interna da economia de mercado e de empresa.

No momento em que possibilita que o Estado funcione como agente regulador, a Constituição não lhe deu a centralização dessas ações e, muito menos, lhe permitiu agir revel ao ordenamen-

²² MATOS FILHO, José Coelho. OLIVEIRA, Wagner A., in O Processo de Privatização das Empresas Estatais Brasileiras, extraído do site: http://www.ipea.gov.br/pub/td/1996/td_0422.pdf. Acessado em 17/05/2014.

²³ Exemplos: o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X da Constituição Federal), o petróleo e os minerais nucleares (art. 177 da Carta de 1988), cujo monopólio é atribuído à União, e a distribuição de gás canalizado, conferida aos Estados-membros (Constituição Federal, art. 25, §20) e ao Distrito Federal, por extensão (art. 32, §10).

to jurídico. O Estado atua de forma a excluir agentes exploradores das variantes de mercado, mesmo que, para isso, tenha que fazer o tabelamento de preços. Assim, como bem entende a Suprema Corte ao analisar abusos nesse campo:

1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988. 2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). (...) 3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que ‘a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.’ (...) (STF - RE: 648622 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/11/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 21-02-2013 PUBLIC 22-02-2013).

A jurisprudência exarada pelo Ministro do STF Luiz Fux exemplifica as diretrizes constitucionais de intervenção do Estado (Política Econômica Pública); assim, considera-se que essa deverá ser dirigida pela primazia das Leis e pelos princípios basilares da Magna Carta, ou seja, de um princípio econômico justo para toda a Nação.

Nesse sentido, citando José Maria Souvirón Morenilla *apud* Alexandre Aragão²⁴ (2007, p.179/180):

Uma coisa é a atuação empresarial do Estado, desenvolvida com fins de rentabilidade econômica e conforme o mercado, e outra é – ou deveria ser – a atividade “de não-mercado” ou de serviço público. Esta se define porque, a partir dos princípios de universalidade e de igualdade que a presidem, se dirige à satisfação de uma necessidade coletiva com objetivos de justiça e de solidariedade social, prevalentes, em todo caso, sobre os critérios econômicos de rentabilidade na exploração do serviço.

Conclui-se pelas informações expostas que a atuação do Estado na Ordem Econômica será por diretiva constitucional ambivalente: a primeira – intervenção – estabelecerá empresas em áreas estratégicas²⁵ e deficitárias do país ou em caso de segurança nacional (guerra ou estado de sítio); assim, fora o aspecto de segurança nacional e monopólio, as empresas estatais (públicas e mistas) concorrerão da mesma forma com as empresas privadas, existentes no mercado, sem privilégios.

Na segunda diretiva, ter-se-á um Estado interventor na ordem econômica, bem como sobre as regras do plano econômico de governo estabelecido de acordo com as normas Constitucionais, simplesmente para manter um estado de igualdade entre todos os agentes do mercado. No que diz respeito à livre concorrência e iniciativa, o Estado deverá agir impondo regras sobre a produção,

²⁴ ARAGÃO, Alexandre, Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁵ I - Programas Sociais; II - Programas de Infraestrutura; III - Programas de Desenvolvimento Produtivo e Ambiental; e IV - Programas de Soberania, Território e Gestão, de acordo com o PPA -2012/2015 do Governo Federal. fonte: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/publicacoes/2014/140625_Dimen_estr.pdf. Acessado em 26/06/2014.

tributação, incentivo, abolindo o domínio de mercado e abusividade na obtenção de lucros, assim, alcançando um mercado de justa competição, porém, sob o olhar fomentador, fiscalizador e represor do Estado.

3.3. O PODER ECONÔMICO DA INICIATIVA PRIVADA

A essência do Direito Liberal²⁶ é garantir o poder econômico do cidadão ou dos entes com personalidades capazes de implementar o sistema de troca em que se baseou este Direito, em outras palavras, pela capacidade de esses entes realizarem atividades econômicas aferindo lucros.

Como visto, a partir da atividade econômica reservada aos particulares, somente quando a relação entre eles entra em desequilíbrio é que o Estado é chamado, através do seu poder público, para mediar a questão. Dessa forma, configurou-se a economia de mercado, baseada nos já citados princípios da livre concorrência e da propriedade privada, essência da atividade empresarial até hoje, a qual visa, primordialmente, os lucros com base no paradigma da oferta e da procura (Adam Smith), devendo o Estado ficar em constante alerta quanto ao equilíbrio das ações privadas junto ao mercado nacional.

Nesta seara da oferta e da procura, em condições de concorrência, certamente, aquele com maior capital levará vantagem sobre aquele menos favorecido, subjugando-se ao poder econômico do seu concorrente.

Como explica De Souza (2003, p. 250), o poder concentra-se na obtenção do lucro:

Para melhor compreensão deste fato, deve-se considerar a figura do detentor desse “poder”, pessoa de Direito Privado, isto é, o “indivíduo” ou a ‘empresa’. Do mesmo modo, deve-se ter presente que o “objetivo” do uso deste “poder” é a obtenção do lucro. Assim, “sujeito” e “objeto” do Poder Econômico vão frequentar uma Ordem Econômica própria, que é a Ordem Jurídico – Econômica Privada, com suas regras a estabelecer direitos e obrigações dessas pessoas na defesa de seus interesses.

Não há nada mais natural do que um mercado livre para a atuação da iniciativa privada, protegido pelo sistema legal, ao qual também possui como ideal da Ordem Econômica Constitucional, e como princípio dessa ordem, a livre concorrência, bem como o acesso a matéria-prima, mão de obra e um livre mercado balanceado na concorrência justa.

De acordo com a explicação de Tércio Sampaio Ferraz Jr. a respeito da livre concorrência, considerando-a como um princípio do livre mercado, obviamente não sendo idêntico à livre iniciativa:

²⁶ “A relação entre o público e privado na esfera do poder econômico, ocorre por meio de troca de interesses. Tal prática, entretanto, não é um fato atual, pelo contrário, a história revela que essa relação imbricada data de longa data, por exemplo, das concessões que o Estado Absolutista fazia a particulares para a exploração de monopólios mediante pagamento de taxas. Outrossim, a Revolução Gloriosa explicita a sustentação da monarquia constitucional pela burguesia, ao passo que o monarca daria segurança jurídica para o burguês realizar seu comércio. O próprio Napoleão, ápice da Revolução Francesa, revela a expansão das fronteiras (e dos mercados) como a constituição de um Império e de oportunidades para a classe burguesa”. BOGNOLI, Vicente. Poder Econômico e Imperialismo: A relação entre público e privado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 101. P. 587 – 624. Jan/Dez 2006.

A questão, no entanto, não é tão simples porque, em primeiro lugar, é preciso chamar a atenção para o fato de que a livre concorrência como um princípio do chamado “livre mercado” não é necessariamente idêntica à livre iniciativa. Ou seja, quando falo em mercado livre, quando digo que o regime é do livre mercado posso estar me referindo à ausência de uma interferência externa no seu próprio funcionamento. Mas isto não quer dizer que livre mercado propicie imediatamente livre iniciativa. Há uma diferença entre as duas coisas. Ou seja, livre mercado, num certo sentido, é neutro perante a livre iniciativa. Livre mercado, regido pelo princípio da livre concorrência, significa apenas, num primeiro momento, a possibilidade de auto-regulação, ele se regula. Regular-se significa, entre outras coisas, que é no mercado que se formam os preços conforme as suas próprias regras e é no mercado que se dá a boa alocação dos recursos. Nesse sentido é que o mercado se auto-regula. Mas desta auto-regulação, isto é, do fato do mercado ser livre e, portanto, não sofrer interferências externas não decorre a livre iniciativa. E a livre iniciativa é mais forte no mandamento constitucional porque além de ser fundamento da Ordem Econômica, é fundamento da República. Ora, se do livre mercado não decorre necessariamente uma proteção à livre iniciativa, o assunto tem que ser examinado com um certo cuidado, no que diz respeito à intervenção do Estado na economia²⁷.

Na ocorrência da evolução do liberalismo para um neoliberalismo mitigado, em que o Estado, através de sua Constituição, passou a criar e a estabelecer instrumentos para coibir os abusos advindos da exploração do livre poder econômico; assim, nas palavras de De Souza (2003, p. 251), “foram dadas as bases para a definição do ‘lícito’ e do ‘ilícito’, com a mais íntima relação entre os Poderes Econômicos Público e Privado”.

» 3.3.1. COMPETIÇÃO: LIVRE MERCADO E PODER ECONÔMICO PRIVADO

Para a obtenção de um mercado dinâmico, em que os princípios e valores da ordem econômica são respeitados, e o movimento do capital se faz de acordo com a política econômica vigente, o Estado deverá promover a competitividade a fim de estabelecer um aprimoramento tecnológico da produção, patrocinado pela concorrência livre e justa. Um fomento para a iniciativa privada de menor potencial financeiro, a fim de que esta possa desenvolver-se em seu segmento, em que o Estado deverá fiscalizar se o justo e o correto estão sendo aplicados na competição pelo mercado.

Ainda, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr., a competição deverá ser promovida, garantindo-se a livre iniciativa:

A partir desse momento, podemos entender que a competitividade deverá ser promovida e ela será tão mais bem promovida quanto mais se garanta aos agentes a sua livre iniciativa. Esta garantia, que se dá aos agentes em termos da sua livre iniciativa, ocorre entre outras coisas, por meio do mandamento constitucional que ordena reprimir o abuso do poder econômico. Eis uma das formas pelas quais aparece essa garantia da livre iniciativa, tendo em vista a livre concorrência.

²⁷ FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência, – Janeiro-Março de 1997, ano 5, nº 18, RT, São Paulo, pp. 95-98.

O livre mercado, protegido pelo princípio da livre concorrência, proporciona competitividade, o que é fator de importância relevante na formação, por exemplo, dos preços. Competitividade é um fator fundamental do livre mercado e, portanto, da própria concorrência. Ela é função da existência de mercados segmentados, do dinamismo tecnológico, do uso adequado da economia de escala. Ou seja, nesse modelo nós podemos perceber que a competitividade é um elemento importante na formação do preço, na alocação de recursos, na dinâmica do mercado. E ela, à primeira vista, exclui aquilo que poderíamos chamar de cooperação: ajuste, por exemplo, de preços entre competidores etc. Portanto, para haver competitividade, há que evitar-se estes tipos de ajustes. Os ajustes prejudicam à competitividade e tendem a provocar exclusões, por exemplo, de agentes econômicos que com isso sentem que a sua liberdade de iniciativa passa a ser restringida. Por exemplo, se dois concorrentes dividem entre si um mercado podem estar excluindo outros competidores, prejudicando a concorrência livre²⁸.

A nossa mais alta Corte tem enfrentado esse tema: competição e mercado. Dentro de sua ideia jurídica vem aplicando os parâmetros constitucionais com sobriedade e justiça.

1. A intervenção estatal na economia como instrumento de regulação dos setores econômicos é consagrada pela Carta Magna de 1988.
2. Deveras, a intervenção deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, cuja previsão resta plasmada no art. 170 da Constituição Federal, de modo a não malferir o princípio da livre iniciativa, um dos pilares da república (art. 1º da CF/1988). (...) A intervenção está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. (...) Não obstante, os atos e medidas que consubstanciam a intervenção hão de respeitar os princípios constitucionais que a conformam com o Estado Democrático de Direito, consignado expressamente em nossa Lei Maior, como é o princípio da livre iniciativa. Lúcia Valle Figueiredo, sempre precisa, alerta a esse respeito que: “As balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela princiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (DIÓGENES GASPARINI, *in* Curso de Direito Administrativo, 8ª Edição, Ed. Saraiva, págs. 629/630, cit., p. 64).
3. O Supremo Tribunal Federal firmou a orientação no sentido de que “a desobediência aos próprios termos da política econômica estadual desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última análise, ao próprio consumidor.” (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006). (...) (RE 632644 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 09-05-2012 PUBLIC 10-05-2012).

O julgado mencionado expõe toda a pertinência do tema até aqui conduzido, observando-se que as orientações e formações doutrinárias são postas à prova diante da realidade dos fatos. Assim, a norma constitucional personaliza-se como fiscal do mercado, do capital e da produção,

²⁸ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. Ob. Cit.

mantendo o justo equilíbrio entre os agentes do sistema econômico. O mercado, mesmo observado de perto pelo Estado, possui falhas e abusividades que são evidentes para qualquer observador, impondo-se um questionamento ao sistema de fiscalização do ente público, e, posteriormente, a mesma dúvida recairá sobre os aplicadores do direito envolvidos na solução legal dessa falha de mercado.

Na última década, infelizmente, tem-se assistido no Brasil a um festival de descasos e inobservância da ordem constitucional, cujo poder financeiro, de forma abusada, tem superado a inteligência jurídica dos poderes fiscalizadores do Estado, transformando a nação em circo, fazendo valer como regra, e não como exceção, o abuso do poder econômico de quase todas as formas possíveis, desde a corrupção passiva e ativa de entes públicos até o financiamento ilegal de campanhas eleitorais de políticos pela iniciativa privada.

4. ABUSO DO PODER ECONÔMICO

A utilização do potencial econômico tanto do ente público quanto da iniciativa privada epitoma-se pelos interesses individuais e coletivos, transformando-se no uso extremado do poder econômico. Se essa prática consolidar-se no mercado, sem a imposição de limites legais, se estabelecerá a realidade selvagem e a plena liberdade econômica destrutiva do equilíbrio da livre concorrência e da produção.

Analogicamente, sobre as informações mencionadas conclui-se que o abuso do poder econômico surge na situação de mercado, quando há livre concorrência dos sujeitos, sem a necessária fiscalização do maquinário do Estado.

Como bem explicitado pelo art. 170 da CF/ 88, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Observados os seguintes princípios (art. 173, § 4º), a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Os referidos artigos, em conjunto, tendem a tutelar a economia de mercado visando coibir a concentração capitalista supressora da liberdade, garantir a simetria do mercado e a incentivar a produção nos setores industrial, de prestação de serviços, fomentando a economia, o trabalho e a renda.

O governo brasileiro vem tentando coibir a dominação do mercado por monopólios ou oligopólios através da norma, de maneira clara, como exemplo cita-se a Lei nº 4.137/62 (regulamentada pelo Decreto nº 93.323/86), a Lei 8.884/94 (primeira Lei Antitruste – revogada, surgimento do CADE como autarquia) e a Lei nº 12.529/2011 (Nova Lei Antitruste), que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico, explicitando, em seu artigo 1º, a formação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela norma:

Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.

Deve-se reconhecer que o poder econômico existe em todos os mercados²⁹, possuindo legitimidade e liberdade, não podendo ser limitado pelo poder público a não ser quando este potencial for utilizado para desvirtuar os parâmetros legais do próprio mercado, configurando um abuso. Carvalho (2005, p. 733) exemplifica a abusividade em sua obra:

Se a empresa busca dominar o mercado, a consequência será a do desaparecimento do equilíbrio daquelas forças e a da possibilidade de a empresa dominante impor condições que somente a ela favoreçam. Logicamente, esse domínio e essas imposições provocam efeitos nocivos à coletividade. Em seguida temos a eliminação da concorrência, que, é fácil observar, tem próxima relação com a dominação dos mercados. A relação é de causa e efeito: a eliminação da concorrência deriva do domínio do mercado. Embora seja difícil modernamente admitir-se a concorrência perfeita. [...] Finalmente, temos como forma abusiva o aumento arbitrário dos lucros, que também guarda relação com as formas anteriores. Sempre que a empresa intenta dominar o mercado e eliminar o sistema de concorrência, seu objetivo é mesmo o de auferir lucros despropositados e arbitrários. [...] Se o lucro é arbitrário, quem o está pagando é a massa de consumidores do produto ou do serviço. Ocorrendo essa conduta, cabe ao Estado reprimi-la por ser abusiva e ilegal³⁰.

A lei proíbe a dominação do mercado por monopólio ou oligopólio. Contudo, existe o exemplo contido na Lei nº 6.404/76, especificamente nas Sociedades por Ações, constituindo uma permissão que poderá levar a uma concentração consentida, através dos expedientes da fusão, incorporação e cisão. Dessa forma, caberá ao CADE a observação de dominação do mercado mediante abuso dos instrumentos transformadores das sociedades empresariais.

O domínio do mercado, por outro lado, não está sujeito apenas à concentração do capital, mas também ao domínio da técnica, da tecnologia, do *know-how* adquirido:

A legislação de defesa da concorrência situa-se num quadro de preservação do adequado funcionamento da economia de mercado, não pretendendo ser uma força anti-mercado. Aceito o pressuposto de uma economia em regime capitalista, não há como fugir à existência e às exigências do mercado. Até mesmo o processo de socialização, de distribuição dos benefícios da atividade econômica, deve passar pelo mercado³¹.

²⁹ A China, hoje, é exemplo deste mercado que iniciou a sua abertura para o mundo a partir da década de 80, hoje vive características de país capitalista, apesar de sua ideologia comunista. O abuso do poder econômico já se faz presente em consequência da “liberdade” política que se implementou. “Segundo pesquisa feita pelo jornal da juventude do partido comunista; já 75,4% dos entrevistados consideram como uma ameaça as desigualdades entre ricos e pobres, e 59,4% deles acreditam ser problemático o poder “sem restrição” de seus dirigentes”. Fonte: <http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/desigualdades-sociais-e-abuso-de-poder-preocupam-chineses>. Acessado em 21/05/2014.

³⁰ CARVALHO, José dos Santos Filho. Manual de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

³¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência: Comentários à Legislação Anti-truste. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 97 - 98.

A jurisprudência do STF, que segue, relata a abusividade de escolas ao cobrarem e reajustarem as mensalidades escolares de seus alunos. No Acórdão abaixo transcrito, o julgado impossibilitou a formação do preço (Cartel) em desacordo à lei estadual de educação e à Constituição Federal (a Lei nº 8.039/90 foi revogada pela Lei nº 9.870/99, que passou a regular as anuidades escolares e dar outras providências à matéria).

ATO JURÍDICO PERFEITO - DIREITO ADQUIRIDO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A existência de ato jurídico perfeito, a desaguar em direito adquirido, pressupõe a formalização em harmonia com a ordem jurídica constitucional. Isto não ocorre quando a Corte soberana no exame dos elementos probatórios dos autos decidiu considerada a possibilidade de o Estado coartar abusos econômicos perpetrados na fixação dos preços das mensalidades escolares. E que o par. 4. do artigo 173 da Constituição Federal reserva a lei à repressão ao abuso do poder econômico, no que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Assim, não se pode ter a Lei n. 8.039/90, no particular, como conflitante com a autonomia assegurada no artigo 209, nem com princípio estabelecido no inciso XXXVI do artigo 5. Ambos da Carta Federal de 1988. (AI 155772 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 30/11/1993, DJ 27-05-1994 PP-13177 EMENT VOL-01746-04 PP-00693).

Por fim, compete, como bem aventado no presente tópico, ao Estado fiscal a vigilância do mercado interno, coibindo a concorrência ilegítima, os lucros abusivos, em troca do sofrimento social e sucateamento industrial, garantindo-se o justo interesse de todos em serem livres economicamente, assim, participarem da mecânica da ordem econômica do Estado.

CONCLUSÃO

A evolução histórica do Brasil demonstra que o capital, o extrativismo, a exploração dos mais fracos sempre estiveram incrustados na esfera política do Estado, no qual governos influenciados por oligarquias e pelo poder econômico, durante muito tempo, conduziram os rumos da nação à vontade própria das classes dominantes.

Nos idos do séc. XX, os governos nacionais ingressaram o país na doutrina liberal, na industrialização, na infraestrutura e no caráter social; contudo, a cada governo e pensamento político que se sucediam, mais forte ficava a influência do capital, bem como desse sobre a classe política.

As políticas econômicas que emergiam, a cada novo governo, lutavam contra o subdesenvolvimento da nação, a inflação, a falta de produtos e gêneros alimentícios que só afligiam a base da pirâmide social.

O poder econômico do Estado se contrapõe ao poder econômico privado, em uma luta por investimentos contrários à livre concorrência e iniciativa, cuja lei do mais forte, a cada ano, cerra

milhares de portas de micros, pequenos e médios empresários, jogando os consumidores nas mãos de oligopólios ou monopólios conducentes da política de mercado vigente.

A Constituição Federal de 1988 foi uma inovação, guiadora dos parâmetros jurídicos de julgamento e dos parâmetros econômicos de condução das políticas econômicas do Estado. Contudo, de nada adianta a alegação de condução jurídica da economia ou de políticas públicas pelo Poder Judiciário, se o desmando político e econômico incrustado, como ideologia no Estado moderno, valoriza o mais forte e detentor do capital, glorificando um suposto aumento do poder econômico e ascensão de novas classes sociais que, todavia, continuam às margens, camufladas, de políticas econômicas voltadas ao fracasso para muitos (povo) e lucros para poucos (capitalistas).

REFERÊNCIAS

1. ARAGÃO, Alexandre, Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
2. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Econômico. Ed. Celso Bastos. São Paulo. 2004.
3. BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.
4. BOGNOLI, Vicente. Poder Econômico e Imperialismo: A relação entre público e privado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 101.
5. CANÊDO-PINHEIRO, PESSÔA e SCHYMURA. Mauricio, Samuel e Luiz Guilherme. EPGE/FGV e IBRE/FGV. Artigo: “Por que o Brasil não Precisa de Política Industrial”.
6. CARVALHOSA, Modesto. Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico, São Paulo: RT, 1967.
7. CARVALHO, José dos Santos Filho. Manual de direito administrativo. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
8. De Souza, Washington Peluso Albino. Primeiras Linhas de Direito Econômico. 5ª Ed. LTR, São Paulo. 2003.
9. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003.
10. DINIZ, A.S.; JAYME Jr., F.G. Competitividade e Restrição Externa na Zona do Euro. Revista de Economia Política, vol .33, nº 1 (130), pp .17-40, janeiro-março/2013.
11. FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência, – Janeiro-Março de 1997, ano 5, nº 18, RT, São Paulo.
12. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 1934. Direito constitucional econômico. São Paulo: Saraiva, 1990.
13. FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial: as estruturas, 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
14. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência: Comentários à Legislação Anti-truste. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 97 – 98.
15. Giambiagi, F.; Barros de Castro, L.; Villela, A.; Hermann, J. Economia Brasileira Contemporânea. 2ª Ed. Elsevier – Campus. São Paulo, 2011. Jan/mar 2013.
16. GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica). 9ª Ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
17. LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
18. MORAES. Alexandre de. Direito constitucional. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
19. MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

20. Nusdeo, Fábio. Curso de Economia, Introdução ao Direito Econômico. 4ª Ed. Ver. E Atual. Ed. Revistas dos Tribunais – São Paulo, SP. 2005.
21. SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 22ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
22. SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas do Direito econômico. 5ª Ed. – São Paulo. LTr, 2003.
23. SUZIGAN, FURTADO, Wilson, João. Política Industrial e Desenvolvimento. Revista de Economia Política, vol. 26, nº 2 (102), pp. 163-185 abril-junho/2006.
24. WEBER, Max. Economia e sociedade. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. v. 1.

O CONCEITO DE “HISTÓRIA EFEITUAL”, DE HANS-GEORG GADAMER, APLICADO AO DIREITO

The concept of “effectual story,” hans-georg gadamer, applied to law

**Yuri de Oliveira
Dantas Silva**

Graduado em Direito pela
Universidade Federal do
Espírito Santo – UFES.
Pós-graduando em
Direito Tributário pelo
Instituto Brasileiro de
Estudos Tributários –
IBET. Mestrando em
Direito Processual pela
Universidade Federal do
Espírito Santo – UFES.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Traços Fundamentais da Hermenêutica Filosófica de Gadamer. 1.1. A elaboração do projeto prévio; condição de possibilidade ou o ponto de partida de todo o processo hermenêutico. 1.2. Os preconceitos: estruturas prévias da compreensão. 1.3. O círculo hermenêutico: choque entre a tradição e o intérprete. 1.4. A distância temporal. 1.5. O conceito de “história efetual” e a fusão de horizontes. 2. O Conceito de “História dos Efeitos” Aplicado ao Direito. 2.1. Cultura e a “história dos efeitos”. 3. A História dos Efeitos de Diplomas Normativos – Alguns Casos Práticos. Conclusão. Referências.

RESUMO

Neste artigo, foram traçadas as linhas gerais da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer para a sua posterior aplicação ao Direito. Foi realizada uma atividade descritiva de como se dá o processo de interpretação textual. Para tal fim, fez-se necessária a aplicação, entre outros, do conceito gadameriano de “história efetual”. A história dos efeitos é o rastro deixado pela obra no tempo. Quem realiza a interpretação/aplicação do Direito está inserido em determinada Cultura e é o senhor de valores. Dessa forma, a partir da aplicação do conceito “história dos efeitos”, encontram-se, na interpretação/aplicação do Direito, três variáveis que inviabilizam a interpretação única, fechada, para o Direito, quais sejam: Tempo, Cultura e Valor. O trabalho conclui que a busca por uma única resposta correta tornar-se-ia uma tentativa fadada ao fracasso.

» *Palavras-chave: Direito. História efetual. Interpretação. Cultura. Valor.*

ABSTRACT

In this article were made the lines of philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer for the subsequent application of the same law. A descriptive activity as it gives the textual interpretation process was performed. For this purpose the application was required, among others, the gadameriano concept of “effectual history.” The story of the effects is the trail left by the work in time. Who performs the interpretation / application of the law is embedded in a particular culture and is the owner of values. Thus, from the application of the concept “history of effects” was found in the interpretation / application of the law, three variables that prevent the only interpretation, closed to the law, namely: Time, Culture and Value. The paper concludes that the search for a single correct answer would become a doomed attempt to fail.

» *Keywords: Law. History effects. Interpretation. Culture. Value.*

INTRODUÇÃO

Hermes transmitia as mensagens dos deuses aos mortais, quer isto dizer que não só as anunciava textualmente, mas agia também como “intérprete”, tornando as palavras inteligíveis¹. Assim, do mito nasce a expressão “hermenêutica”. A hermenêutica possui como tarefa descobrir as instruções contidas em formas simbólicas, como palavras, frases, textos etc. Interpretar, em sentido amplo, é compreender signos linguísticos².

A hermenêutica é empregada em três níveis: primeiro, para auxiliar as discussões sobre a linguagem do texto; segundo, para facilitar a exegese da literatura bíblica; terceiro, para guiar a jurisdição. O foco, no presente trabalho, será direcionado ao terceiro. O ponto de partida do sujeito cognoscente no processo de construção de sentido, na hermenêutica jurídica, é o texto jurídico. Da interpretação do texto normativo nasce a norma jurídica. Há, assim, uma diferença ontológica entre o texto normativo e a norma jurídica; esta resulta daquele. Ao passo que o texto jurídico é o suporte físico, a norma jurídica é a significação, é a interpretação que o agente formula a partir do referido suporte.

O julgador, ao formular a norma de decisão, ao prescrever o que “deve ser”, confere concretização ao Direito, aplica-o. Inexiste interpretação do Direito sem concretização, esta é a derradeira etapa daquela. O intérprete constrói o sentido do texto, necessariamente em observância ao mundo do ser (faticidade), em específico, àquele caso concreto. Mas esse intérprete está imerso na tradição, sendo mera ilusão querer esquivar-se desse fato pela via do método. O julgador (bem como qualquer outro homem) é permeado por valores, agindo conforme o seu fim maior³. Assim, a observância ao texto posto apenas faz parte do processo de constituição/aplicação do Direito, sendo que a situação⁴ do intérprete será tão decisiva para a constituição do Direito quanto o que está previsto no texto posto⁵. No decorrer do trabalho, serão expostos alguns casos concretos que ilustram a importância dos valores no processo de interpretação/aplicação do Direito.

Quando o sujeito cognoscente se depara com o texto normativo, ele já é atingido pelos efeitos que esse texto propagou/propaga. Na própria leitura que o intérprete realiza, esses efeitos já o atingem. No caso particular do Direito, a intensidade com que esses efeitos são perpetuados é maior do que, por exemplo, uma escultura ou uma obra literária, pois a quantidade de litígios alcança patamares elevadíssimos, de maneira que todos os dias inumeráveis diplomas normativos são interpretados/aplicados. E mais, esses efeitos mudam com/no tempo; eles não são uniformes. E esses

¹ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. 1.ed. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 23.

² GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. – São Paulo – SP: Malheiros, 2009. p. 73

³ Esse cálculo de desiderabilidade é condicionado pelo valor do homem, ou seja, as preferências e estimas são direcionadas pelo valor do sujeito.

⁴ Situação é o ponto de vista do intérprete; a vista a partir de um ponto. É a partir desse ponto de vista que o intérprete vê o horizonte (âmbito de visão que abarca e encerra tudo que pode ser visto a partir de determinado ponto). Cumpre mencionar que o intérprete não está diante da situação, mas, sim, dentro dela.

⁵ Exatamente neste ponto é que reside a insuficiência da lógica jurídica simplesmente dedutiva.

efeitos serão perpetuados de acordo com determinada Cultura. Então, necessariamente, os efeitos da obra perpetuam-se em dada comunidade, logo, num contexto cultural.

A partir da obra “Verdade e Método”, de Hans-Georg Gadamer, mais especificamente do conceito de “história dos efeitos”, foi realizado um processo descritivo da construção (ou aplicação) do Direito a partir do conceito gadameriano de história dos efeitos.

1. TRAÇOS FUNDAMENTAIS DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER

1.1. A ELABORAÇÃO DO PROJETO PRÉVIO; CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE OU O PONTO DE PARTIDA DE TODO O PROCESSO HERMENÊUTICO

Em virtude de o “ser” do homem ser construído a partir de sua imersão na História, o sujeito, quando se põe diante do texto, realiza imediatamente um projeto prévio; é a expectativa de sentido que o acompanha. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo⁶, ou seja, ele projeta um sentido do todo a partir da primeira manifestação de sentido que é extraída do texto. Isso apenas ocorre porque quem lê o texto o faz a partir de determinadas expectativas. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração de sentido.⁷

Mas, ao contrário do que se pode pensar, quando aparece o primeiro sentido, não há um esquecimento do projeto prévio, com o qual o intérprete começa a sua atividade, pelo contrário, a compreensão implica um constante ir e vir a esse projeto prévio. Esse constante “reprojetar” é que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar, e esse movimento é essencial, uma vez que é com ele que serão demonstrados os erros das opiniões prévias. Então, a tarefa da compreensão é a elaboração de projetos corretos e adequados à coisa objeto da interpretação; esses projetos só podem ser confirmados nas coisas em si. A interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições.⁸

Para que o sentido do texto não seja apenas um espelho de quem o interpreta, o intérprete deve questionar as suas próprias opiniões prévias, pois a compreensão só alcançará a sua verdadeira possibilidade quando essas opiniões prévias não forem arbitrárias.

⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2008. p. 356.

⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2008. p. 356.

⁸ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 7. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2012. p. 211.

Ocorre que a pessoa não deve anular a si mesma no processo de compreensão, apenas deve deixar o texto dizer-lhe algo; deve haver uma abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto. Essa é a relação dialógica entre intérprete e texto; dialética entre pergunta e resposta; abertura à tradição. Assim, a principal tarefa do intérprete é a descoberta da pergunta à qual o texto dará a resposta; compreender um texto é compreender a pergunta.

1.2. OS PRECONCEITOS: ESTRUTURAS PRÉVIAS DA COMPREENSÃO

Quem interpreta, por estar imerso em uma tradição, é repleto de uma série de preconceitos⁹. Estes preconceitos manifestam-se nos significados das palavras que o intérprete conhece, em suas preferências, nos fatos que aceita, nos valores, juízos estéticos, nas próprias perguntas formuladas e assim por diante. Na maior parte do tempo, o sujeito não os percebe, apesar de poder fazer emergir alguns à percepção de maneira imediata. Então, o que, à primeira vista, pode parecer prejudicial à correta compreensão não o é. Pelo contrário, a compreensão parte dos preconceitos do intérprete; eles formam a estrutura prévia da compreensão.

São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição¹⁰. Os preconceitos do intérprete não são resultado de meras idiosincrasias pessoais, eles refletem, na verdade, toda a vivência histórica do intérprete; assim, a interpretação é uma experiência histórica do intérprete, porém condicionada por todas as suas experiências históricas anteriores¹¹.

Dessa forma, toda a compreensão deve passar pelo crivo dos preconceitos, e não teria como acontecer de forma contrária. E como todo preconceito tem sua inserção condicionada pela tradição que abrange o intérprete, resta por inevitável a conclusão de que a condição hermenêutica pertence a uma tradição¹². O sujeito da compreensão recebe o legado da tradição; esse legado é compulsório; não há possibilidade de a ele renunciar¹³. E não teria como ser diferente, pois o homem é um ser cultural, preenchido por valores, imerso na tradição, não havendo, assim, como dela o intérprete prescindir¹⁴.

⁹ Preconceito significa, literalmente, juízo prévio, ou seja, é o dizer algo sobre a coisa antes que ela seja examinada. Observação importante a ser feita é que o termo em comento não significa, de modo algum, falso juízo, uma vez que pode ser valorado positiva ou negativamente. Gadamer (*Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2008. p. 368). faz uma longa exposição sobre o matiz negativo que o termo “preconceito” recebeu com o iluminismo, que procurava sobrepor toda a razão à tradição. Ao final de sua exposição, Gadamer explicita que não há uma oposição tão inconciliável entre a razão e a tradição, uma vez que toda a conservação da tradição implica em um ato da razão, de maneira que ele reabilita a tradição.

¹⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. - Petrópolis - RJ: Vozes, 2008. p. 359.

¹¹ GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. - São Paulo - SP: Malheiros, 2009. p. 114.

¹² O vocábulo “tradição” é derivado do verbo latino *tradere*, que diz, primordialmente, “ação de entregar”. Entrega-se algo que, por um ato da razão, foi conservado. Mas o que é entregue não é, obviamente, um objeto, mas sim algo imaterial que condiciona o agir e o pensar daquele sujeito que está sob o manto da tradição.

¹³ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. - Porto Alegre - RS: Livraria do Advogado, 2011. p. 264.

¹⁴ No âmbito jurídico, é muito comum o uso das expressões “neutralidade” ou “imparcialidade” do intérprete autêntico. Devido ao fato de o intérprete constituir-se de experiências, o que lhe agrega valores, e estar imerso na tradição, a ideia de “neutralidade” torna-se muito difícil de ser sustentada.

Acontece que há dois tipos de preconceitos: os *legítimos* e os *arbitrários*. Os primeiros se confirmam na coisa em si, ao passo que os preconceitos arbitrários devem ser superados pela razão crítica. Mais à frente, será explicitado como Gadamer separa os dois preconceitos, para que apenas o que se confirma na coisa em si seja utilizado no processo de construção da compreensão. Pode-se afirmar, então, que “toda a compreensão é preconceituosa”¹⁵.

1.3. O CÍRCULO HERMENÊUTICO: CHOQUE ENTRE A TRADIÇÃO E O INTÉRPRETE

Como exposto, o intérprete elabora o projeto prévio, que visa o entendimento de uma parte com o todo. Apenas haverá a compreensão quando houver o entendimento das partes que constituem o todo e do todo em si, que abarca as partes, acontecendo, assim, uma relação circular, em que se compreende o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo¹⁶. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou¹⁷. A esse movimento circular da compreensão, Gadamer dá o nome de círculo hermenêutico.

O círculo hermenêutico descreve a compreensão como o lugar onde se dá o intercâmbio entre a tradição e o intérprete. A antecipação de sentido, que irá guiar a compreensão de um determinado texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da união do intérprete com a tradição; a mencionada relação do sujeito com a tradição é um processo em contínua formação. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão¹⁸. Ocorre que esse movimento circular apenas pode ser feito se houver, no texto, uma unidade de sentido perfeita, que é toda a pressuposição que o intérprete faz quando se depara com um texto.

Para uma tomada de posição hermenêutica, deve-se partir do fato de que aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter, ou alcançar, uma determinada conexão com a tradição. Por outro lado, não é possível a total vinculação com a coisa a ser interpretada, como ocorre com a tradição, porque existe entre o intérprete e o *interpretandum*, ao mesmo tempo, uma polaridade entre familiaridade e estranheza. A familiaridade diz respeito ao fato de o intérprete pertencer a uma tradição, e a estranheza ocorre pela chamada distância temporal¹⁹. Em suma, o intérprete será familiar de forma geral, pois ele está imerso na tradição e, com relação à coisa, será estranho de forma específica.

¹⁵ BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 154.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. – Petrópolis – RJ: Vozes, 2008. p. 72.

¹⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. – Petrópolis – RJ: Vozes, 2008. p. 386.

¹⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. – Petrópolis – RJ: Vozes, 2008. p. 389.

¹⁹ A distância temporal é aquela distância entre o evento concretizado e o intérprete; ela estará preenchida pela herança histórica e permite que nasçam novas fontes de compreensão; permite que os interesses emocionais não sejam tão fortes; permite maior objetividade, bem como torna possível a distinção entre os preconceitos produtivos e aqueles que geram o mal entendido.

A hermenêutica se desenrola entre a estranheza e a familiaridade que a tradição ocupa no sujeito que interpreta; entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. Esse entremeio é o verdadeiro lugar da hermenêutica²⁰. Dessa forma, a hermenêutica sempre será a tentativa de entender o passado pelo crivo do presente. Essa posição intermediária da hermenêutica demonstra que a sua tarefa não é desenvolver um procedimento compreensivo, mas sim esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão.

1.4. A DISTÂNCIA TEMPORAL

Como exposto anteriormente, o processo de compreensão deve passar, necessariamente, pelo crivo dos preconceitos inerentes ao intérprete; é condição de possibilidade para que haja a compreensão. Ocorre que o intérprete não consegue distinguir quais são os preconceitos produtivos (aqueles que tornam possível a compreensão) daqueles que a impedem e levam a mal-entendidos. Nesse sentido é que ganha importância a “distância temporal”, pois é com ela que há possibilidade da distinção entre os preconceitos produtivos (legítimos) daqueles que obstaculizam a compreensão e levam a mal-entendidos (arbitrários).

Com a distância temporal, quem interpreta uma obra a compreende “melhor” do que o seu autor, pois o significado do texto lhe transcende. Então, há uma superioridade entre a interpretação posterior em face da produção originária. E mais, a interpretação posterior detém uma diferença insuperável entre o intérprete e o autor, diferença essa dada pela distância temporal. Não poderia ser de outra forma, pois o autor da obra a fez sob determinadas perspectivas, imerso em uma tradição e com preconceitos inerentes a ela.

Dessa forma, como dito, o sentido do texto sempre superará o seu autor, razão pela qual a compreensão nunca é um comportamento reprodutivo, mas, sempre, produtivo. Assim, o tempo já não é um obstáculo a ser transposto, pelo contrário, é um elemento essencial para o caráter produtivo da compreensão, pois ele está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição. O tempo é produtivo e fornece segurança para que sejam formulados julgamentos.

Quando o intérprete se aproxima de uma obra, ele carrega consigo uma carga de preconceitos incontroláveis, que possuem demasiado poder sobre ele, o que impede maior objetividade em sua análise. Dessa forma, o conhecimento objetivo sobre determinada obra só pode ser alcançado a partir de determinada distância histórica. Assim, com a distância temporal, há a extinção do interesse pessoal pelo objeto; ela permite uma expressão completa do verdadeiro sentido que há em uma coisa. No entanto, o verdadeiro sentido contido em um texto, ou obra, não se esgota ao chegar a um determinado ponto final, pois é um processo infinito. Novas fontes de compreensão estão sempre surgindo, logo, pode-se concluir que a distância temporal não é uma dimensão fechada e concluída, mas está em constante movimento e expansão. Essa distância, além de eliminar os

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. – Petrópolis – RJ: Vozes, 2008. p. 391.

preconceitos de natureza particular, permite o surgimento daqueles que levam a uma compreensão correta²¹. Dessa forma, a distância temporal permite que a verdadeira questão crítica da hermenêutica seja solucionada, qual seja, a distinção entre os preconceitos que permitem a compreensão daqueles falsos preconceitos que produzem os mal-entendidos.

Um pensamento verdadeiramente histórico deve incluir sua própria historicidade em seu pensar, como anteriormente exposto, e apenas dessa forma é que não haverá a perseguição a um objeto histórico. O verdadeiro objeto histórico não é um objeto, mas a unidade de um e de outro, uma relação formada tanto pela realidade da história quanto pela realidade do compreender histórico²². Uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão. A essa exigência Gadamer denomina “história efetual”. Compreender é, assim, um processo de história efetual.

1.5. O CONCEITO DE “HISTÓRIA EFEITUAL” E A FUSÃO DE HORIZONTES

Sempre que há interpretação, o intérprete já é atingido pelas ondas dos efeitos daquela determinada obra que está sendo interpretada; na própria leitura realizada, esses efeitos da obra já atingem o intérprete. Quando se nega a “história efetual” na ingenuidade da fé metodológica, a consequência pode ser uma real deformação do conhecimento²³, uma vez que os efeitos da obra devem ser levados em consideração no momento da compreensão.

A consciência da “história efetual” é, em primeiro lugar, a consciência da situação²⁴ hermenêutica. O conceito de situação é definido pela sua característica de representar uma posição que limita todas as possibilidades de ver. A esse conceito de situação pertence o conceito de horizonte, pois horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto. O termo “horizonte” indica, além da situação hermenêutica, o conjunto herdado de preconceitos. O conceito de horizonte também indica que nosso próprio horizonte pode mudar através da adoção de outros preconceitos.²⁵ A partir da situação, é visto o horizonte. Um sujeito, quando conversa com o outro, com o único propósito de conhecê-lo, quer ter uma ideia de qual a sua posição e horizonte. Os conteúdos objetivos do diálogo não são mais que um meio para conhecer o horizonte do outro, ou seja, conhecer suas opiniões, inclinações pessoais etc. Assim, como no caso do diálogo citado, só se pode compreender as opiniões do outro a partir do momento em que há ciência do seu horizonte e de sua posição; dessa forma também ocorrerá com quem pensa historicamente. Há, assim, uma sondagem de horizontes, ou seja, a busca direcionada ao saber em qual posição está o outro participante do diálogo.

²¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. - Petrópolis - RJ: Vozes, 2008. p. 395.

²² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. - Petrópolis - RJ: Vozes, 2008. p. 396.

²³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. - Petrópolis - RJ: Vozes, 2008. p. 398.

²⁴ Como exposto, situação é o ponto de vista do intérprete. É a partir desse ponto que o intérprete vislumbra o horizonte, visão total que abarca tudo que é, atualmente, visto por ele.

²⁵ SCHMIDT, Lawrence. *Hermenêutica*. 1.ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012. p. 155.

Os horizontes deslocam-se juntamente com quem se move. Também o horizonte do passado, que se apresenta sob a forma de tradição, também está sempre em movimento. Ou seja, os horizontes do passado e do presente movem-se. Por exemplo: a Grécia não é sempre a Grécia; o horizonte da Grécia se move. Dito de outra forma: o intérprete, bem como aquela parte da tradição em que está interessado, cada uma tem seu próprio horizonte; ocorre que a tarefa do intérprete não é se colocar dentro do horizonte daquela parte da tradição, mas sim alargar o seu próprio horizonte para que possa integrar o outro horizonte. Gadamer chama a essa elevação da nossa própria particularidade e da particularidade do objeto a uma generalidade superior de fusão de horizontes; com essa fusão é que ocorre a compreensão ou, dito de outra forma, a compreensão é a fusão de horizontes.

2. O CONCEITO DE “HISTÓRIA DOS EFEITOS”

APLICADO AO DIREITO

Devido à pertença do Homem à História é que a História sempre condicionará ao presente os julgamentos feitos pelo Homem, pois é com a História que surgem novos valores²⁶ e é com ela que é possível que ocorra determinada mudança de perspectiva. Essa mudança de perspectiva é fortíssima, de maneira a influenciar intensamente todos que estão inseridos naquele contexto histórico-cultural. E mais, essa mudança de paradigmas condiciona, também, a alteração das interpretações dos textos normativos, ou seja, é possível que o texto normativo, sem que sofra nenhum tipo de alteração gráfica, passe a ter outro significado; é quando ocorre a chamada mutação semântica.

Como dito acima, quando o sujeito visa dar sentido a determinado evento²⁷, ele se encontra sempre sob os efeitos da história desse evento, efeitos esses que se operam em toda compreensão. No dizer de Gadamer, uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar na própria compreensão a realidade da história²⁸. E, por vezes, essas intensas mudanças históricas ocorridas preponderam até sobre a lei. São situações em que a lei, dada a sua falta de conveniência com o plano do ser²⁹ (plano dos fatos), não é observada; é como se, nesse caso, houvesse uma *lacuna normativa*, ou seja, apesar de aquela conduta estar regida normativamente pelo Direito, não há qualquer tipo de eficácia jurídica e social.

²⁶ Há quatro posições bem definidas sobre a gênese dos valores: a psicológica, a sociológica, o ontologismo axiológico e a teoria histórico-cultural dos valores. A posição psicológica sustenta que o valor nasce na consciência individual do sujeito, tendo como fator determinante de seu nascimento a inclinação psíquica; a teoria sociológica defende que o valor nasce numa coletividade, fruto da convergência ideal; o ontologismo axiológico sustenta que o valor existe em si e de per si, que o homem o encontra com o tempo, com ele sempre tendo existido, como se fosse um achado. A teoria histórico-cultural dos valores sustenta que esses nascem em determinado momento histórico, sendo condicionados pela Cultura viva naquele momento. Essa última é a posição de Miguel Reale (*Filosofia do Direito*. 20. Ed. São Paulo. SP. Saraiva: 2010. p. 204), posição essa adotada no presente trabalho.

²⁷ Texto normativo é evento, é fato, não um “mero” enunciado prescritivo.

²⁸ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. - Rio de Janeiro - RJ: Lumen Juris, 2008. p. 363.

²⁹ O plano do dever-ser é um espelho do plano do ser, logo, deve refletir o que se passou no plano dos fatos.

O texto normativo, como exposto, está parcialmente aberto a inovações³⁰. Essas atualizações devem ser feitas pelos juízes, ou intérpretes autênticos, em sua tarefa de dar concreção ao Direito, uma vez que, repita-se, a interpretação é construtiva. O legislador elabora a lei com certa intenção direcionada àquela época determinada, àquele momento presente. Ocorre que o momento histórico passa a ser outro, mas o texto permanece inalterado³¹ em sua essência. Assim, os valores que dominam o intérprete, e também a sociedade, ao momento em que a lei é promulgada, mudam com o tempo. Haverá, a certo tempo, a aplicação da lei, que foi feita sob certa perspectiva histórico-social, a uma situação em que os valores não são mais os mesmos que aqueles válidos ao tempo da elaboração da lei.

Dessa forma, o Direito é contemporâneo à realidade porque quem escreveu o texto normativo não é o mesmo sujeito que o interpreta/aplica, que o concretiza, mas sim um intérprete imerso em uma tradição diversa daquela em que o “legislador” constituinte estava. Eis a tensão: passado e presente. Essa tensão entre a familiaridade com a tradição e a estranheza causada pela distância temporal é o verdadeiro lugar da hermenêutica. Dessa maneira, o sujeito imerso em uma tradição interpretará a Constituição Federal com todo o seu rastro histórico, eis a estranheza. Assim, há uma real impossibilidade de se interpretar o Direito sem observância ao rastro deixado pela obra no tempo, abstraindo a herança histórica. Querer tentar fazer diferente é querer negar a historicidade inerente ao ser humano; historicidade inerente à coisa; querer negar a sua imersão na tradição.

Pode-se dizer, então, que o que é interpretado, por exemplo, não é a Constituição Federal de 1988 feita sob a perspectiva da assembleia constituinte, mas sim a Constituição Federal como se apresenta hoje e agora, momento esse determinado pela história efetual dela. Por isso a interpretação não é apenas do texto da Constituição formal, mas também da Constituição real³², hegelianamente considerada³³. Esse momento de passagem da dimensão textual para a dimensão normativa, ou seja, o momento em que há a fusão de horizontes, é condicionado pela história dos efeitos daquela obra que está sendo interpretada. Mas há um fator, que é o “solo” da história dos efeitos, cujo estudo se faz de primordial importância, uma vez que há um profundo enraizamento entre ambos, pois esse fator condiciona os efeitos perpetuados pelo texto jurídico. Esse fator é a Cultura.

³⁰ H.L.A.Hart. (HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 1.ed. São Paulo-SP: Martins Fontes, 2009. p. 162) fala acerca da textura aberta do direito, chamando atenção para a imprecisão da linguagem, o que gera margem a mais de uma interpretação diante de um texto normativo. Nesse sentido, NINO (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. 1.ed. São Paulo-SP: Martins Fontes, 2010. p. 289-332) ressalta diversos problemas inerentes à interpretação da linguagem jurídica, bem como as falhas lógicas nos sistemas jurídicos, tais como lacunas, contradições e redundâncias. Dessa forma, apesar de as propriedades linguísticas se revestirem de verdadeiros problemas para a compreensão, a linguagem traça um limite ao intérprete.

³¹ Não é o fito do presente trabalho a análise de Súmulas e Emendas Constitucionais.

³² O sentido real da Constituição identifica-se mesmo com a noção etimológica da palavra constituição, estando representada pelos usos, costumes e tradições relativos ao exercício do poder político e instituições do Estado.

³³ GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. - São Paulo - SP: Malheiros, 2009. p. 281.

2.1. CULTURA E A “HISTÓRIA DOS EFEITOS”

O universo pode ser dividido, para fins cognoscitivos, em duas ordens de realidade: a natural e a cultural. A primeira é a que já foi dada ao homem pela natureza; na segunda, há necessariamente uma intervenção humana nela. Nessa intervenção humana, o Homem age de acordo com determinados fins, sendo que essa alteração do “dado” é, necessariamente, condicionada pelos fins que dominam o espírito do ser. O Homem, dessa forma, na busca da realização dos fins que lhe são próprios, pode alterar o dado da natureza em conformidade com esse fim³⁴. Esse dado natural, quando alterado, passa a ser um elemento cultural.

Assim, pode-se dizer que, quando há construção da História, há, via de consequência, construção³⁵ da Cultura; assim, toda Cultura é histórica e não pode ser concebida fora da História. O rastro histórico deixado pela obra sempre fará parte de uma Cultura, dada a intrínseca relação entre ambas. E mais, essa é condicionante daquele. Basta pensar no caso hipotético de um diploma normativo ser feito para viger em países culturalmente diferentes, como Itália e Japão, por exemplo. Por certo que os efeitos perpetuados em cada país serão diferentes. A título de exemplo, o significado de “igualdade” – signo comum aos diplomas normativos – é diferente no Paquistão e nos Estados Unidos.

Dessa forma, é um erro pensar que a obra sempre perpetuará os mesmos efeitos independente do local em que estiver posta, muito menos a qualquer tempo, pois a situação em que estão os vários intérpretes é diversa. Os efeitos perpetuados pelo diploma normativo serão condicionados à Cultura em que essa obra estiver imersa, bem como à época. Assim, em países com Cultura parecida, os efeitos perpetuados pela obra serão parecidos, ao passo que, em países com Culturas diversas, esses efeitos perpetuados serão diversos, razão pela qual se pode concluir que a questão temporal e espacial será decisiva para a perpetuação dos efeitos de determinada obra.

Assim, o momento em que há a fusão de horizontes é condicionado pela história dos efeitos dos diplomas normativos. Essa, por sua vez, por ser condicionada pela Cultura, não pode ser vista isoladamente, dada a intrínseca relação, como já demonstrado.

3. A HISTÓRIA DOS EFEITOS DE DIPLOMAS NORMATIVOS ALGUNS CASOS PRÁTICOS

A história dos efeitos de certa obra é tão determinante para a interpretação que, por vezes, o texto fica relegado a mero meio, e não fim. Como exposto, é possível que o texto, sem que sofra

³⁴ Fim, aqui, entendido como valor. O fim, então, é o valor, é o foco ordenador de estimativa que orienta o agir humano para determinada direção. Nesse sentido, cumpre expor que ninguém faz alguma coisa simplesmente “por fazer”, há sempre uma objetividade específica por trás do agir humano; esse agir reflete o fim almejado pelo responsável pela conduta determinada.

³⁵ Construção, aqui, em sentido circular, pois “construção” pressupõe início e fim, o que não ocorre com a Cultura, que é um processo de constante construção. Falar em destruição da Cultura anterior, parece-nos errôneo, pois a Cultura anterior permanece viva no processo de hermenêutica.

qualquer alteração gráfica, passe a ter outro significado; é possível que passe a ser interpretado de outra forma, não mais admitindo a interpretação anterior que lhe era conferida. Os exemplos apresentados a seguir deixarão claras as ideias até aqui defendidas.

O primeiro exemplo, extraído do livro *Verdade e Consenso*³⁶, de Lenio Streck, verifica-se na Constituição estadunidense. O referido diploma normativo prevê a cláusula de igual proteção, mas o modo como ela foi interpretada, com relação à discriminação racial, foi alterado. A questão deve ser vista sob dois âmbitos históricos: até 1950 vigorou a doutrina do “separados, mas iguais”, em que era admitida a segregação escolar racial. Na década de 1960, a corte Warren passou a entender a segregação escolar como inconstitucional. Perceba-se que não houve qualquer tipo de alteração no texto, e uma prática, até então considerada legal, passou a ser ilegal. Enunciados gerais, como “igualdade”, no presente caso, permitem maior mudança de significação; logo, eles são mais suscetíveis aos influxos culturais. Mas quando a mudança cultural é muito forte, até mesmo enunciados precisos perdem a sua força normativa. É o que será demonstrado adiante.

No campo do Direito brasileiro, no Código Penal, a expressão “mulher honesta” também experimentou grande mudança de significado. Não há dúvida de que os valores, logo, a cultura, da sociedade brasileira da época em que a expressão foi positivada eram muito diferentes dos de hoje. Essa alteração dos valores certamente faz com que não se entenda por “mulher honesta” hoje o mesmo que se entendia na década de 1940.

A título de exemplo, cumpre citar duas condutas tidas como crime, revogadas, respectivamente, nos anos de 2005 e 2009:

Art. 217 Seduzir mulher virgem, menor de 18 (dezoito) anos e maior de 14 (catorze), e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Art. 216 Induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal:

Os crimes citados eram: sedução e atentado ao pudor mediante fraude. Foram crimes que acabaram ficando revestidos pelo anacronismo, dada a sua falta de conveniência com o atual contexto da sociedade brasileira. É impensável que determinadas condutas possam ser tidas como crime atualmente. O Direito é contemporâneo à realidade, deve ser constantemente atualizado por seus intérpretes autênticos. Mas o intérprete autêntico, ao aplicá-lo, não tem competência para alterar as suas disposições legais.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 DF³⁷ é bastante emblemática por ser um caso que demonstra a mutação semântica que um dispositivo pode sofrer. O objeto da mencionada ação era a união estável entre pessoas do mesmo sexo. O Supremo Tribunal Federal é o guarda da Constituição

³⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. - Rio de Janeiro - RJ: Lumen Juris, 2008. p. 53.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132*. Sessão Plena. Brasília, de 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

Federal, defende-a e confere interpretação em consonância com ela a outros diplomas normativos. No presente caso, fica claro que houve a aplicação, entre outros, dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Por um viés, a partir de uma análise da sociedade, uma prática cada vez mais comum foi permitida juridicamente, o que é a tendência no/do Direito; por isso que o Direito é uma dinamicidade. Por outro lado, a literalidade da Constituição foi ferida, uma vez que é expressa a permissão apenas entre homem e mulher para fins de casamento e de união estável.

A Constituição Federal é clara ao dispor, em seu artigo 226, parágrafo 3º, o seguinte:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

O Relator, Ministro Ayres Britto, expôs que: “Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”³⁸.

Assim, o mencionado artigo constitucional sofreu grande mudança de sentido, não obstante a sua inalterabilidade formal. E, a partir da mudança de sentido atribuída ao mencionado dispositivo, é reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Outro caso prático é exposto por Miguel Reale, na sua obra *Teoria Tridimensional do Direito*³⁹. No referido caso, o autor, em determinada ocasião, advogava para uma loja de tecidos. Como a loja cresceu bastante, o seu proprietário derrubou uma parede do imóvel alugado para aumentar a sua oficina. Sabendo do referido ato, o proprietário do imóvel alugado ingressou com uma ação de despejo, pois havia uma cláusula no contrato que proibia alterações no imóvel locado. Miguel Reale, então, expôs, na defesa do inquilino, que o Código Civil de 1916 foi feito em uma época em que as paredes sustentavam edifícios e que, na época em que foi instaurada a lide, os edifícios tinham estrutura metálica, ou de cimento armado, onde as paredes internas são removidas como se fossem tapumes, o que não afeta a estrutura do edifício, e que, quando o inquilino saísse, ao término do contrato, ele reconstruiria a parede destruída. O Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu a defesa de Miguel Reale, julgando improcedente a ação.

Esses exemplos servem para expor que a Cultura, juntamente com o enunciado normativo, condiciona a decisão; se não fosse assim, não existiriam essas bruscas alterações de significado de um mesmo enunciado. Como exposto e demonstrado anteriormente, esses exemplos apenas servem para corroborar que há uma patente impossibilidade de determinado diploma normativo ser interpretado sem observância à história dos efeitos por ele perpetuados, história efetual que tem seus efeitos determinados pela Cultura.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132*. Sessão Plena. Brasília, de 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

³⁹ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5.ed. São Paulo, Saraiva, 2005. p. 122.

CONCLUSÃO

O ser humano é produto de seu tempo; é um misto de experiências. Nessa continuidade, ou seja, nessa existência, o homem incorpora valores ao seu ser. Mas essa incorporação de valores acontece independentemente de o homem querer ou não; é algo intrínseco à vida humana. Ao incorporar esses valores, o homem fá-lo no rastro da existência de vários acontecimentos que perpetuaram seus efeitos na história. Por isso é que o homem, como conjunto de experiências, encontra-se no rastro histórico perpetuado pela sociedade. Construir a existência dentro do rastro histórico não é uma opção, é uma imposição da qual o homem não consegue fugir, ou seja, o homem já nasce condenado ao rastro histórico perpetuado.

Assim, o homem apenas atribui sentido às coisas a partir do rastro histórico por elas perpetuado, de acordo com a Cultura e com os seus Valores. O mesmo acontece com a lei. Então, por mais “inovadora” que seja a lei, em termos sociais, a perpetuação de seus efeitos estará condicionada às três variáveis expostas.

Assim, a conclusão a que se chega com o presente trabalho é que o sentido atribuído ao texto sempre variará de acordo com o tempo (história dos efeitos), o lugar (Cultura) e a pessoa (Valor). Ressalte-se que, embora o texto seja o mesmo, o tempo histórico seja o mesmo, bem como o lugar, as pessoas sempre terão grande particularidade no que tange aos valores. Essas três variáveis impossibilitam que haja a dita interpretação fechada, com um único sentido possível de ser atribuído.

REFERÊNCIAS

1. BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 1980.
2. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132*. Sessão Plena. Brasília, de 14 out. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 11 jun. 2014.
3. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. Petrópolis - RJ: Vozes, 2008.
4. _____. *Verdade e Método II: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 10. ed. - Petrópolis - RJ: Vozes, 2008.
5. GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5. ed. - São Paulo - SP: Malheiros, 2009.
6. HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 1. ed. São Paulo-SP: Martins Fontes, 2009.
7. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 7. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2012.
8. NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. 1. ed. São Paulo-SP: Martins Fontes, 2010.
9. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. Ed. São Paulo. SP. Saraiva: 2010.
10. _____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2005.
11. SCHELER, Max. *Da reviravolta dos valores*. 1. ed. Petrópolis RJ: Vozes, 2012.
12. SCHMIDT, Lawrence. *Hermenêutica*. 1. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2012.

13. STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. – Porto Alegre – RS: Livraria do Advogado, 2011.
14. _____. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. ed. – Rio de Janeiro – RJ: Lumen Juris, 2008.

A PRORROGAÇÃO LOCATÍCIA EX LEGE E A EXONERABILIDADE DA GARANTIA FIDEJUSSÓRIA: A IMPRESCINDIBILIDADE, OU NÃO, DA ANUÊNCIA EXPRESSA DO FIADOR NA HIPÓTESE DE PRORROGAÇÃO DO CONTRATO LOCATÍCIO

Lease Agreement Extending Ex Lege And The Exonerability Of Personal Guarantee: The Indispensability, Or Not, The Express Consent Of Guarantor In The Event Of Extension Of Lease Contract

Fábio de Carvalho Rodrigues Paraguassu
Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em “Direito e Jurisdição” pela Escola da Magistratura do Distrito Federal e em “Direito, Estado e Constituição” pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central – FACIPLAC

SUMÁRIO

Introdução. 1. A Liberdade Contratual e a Vedação da Perpetuidade do Vínculo Obrigacional. 1.1. A liberdade contratual como direito fundamental. 1.2. A nulidade de pleno direito do vínculo perpétuo. 2. A indeterminação do prazo contratual locatício e os efeitos na fiança. 2.1. O contrato de locação de imóveis com prazo indefinido. 2.2. A prorrogação da relação jurídica *ex locato*. 2.3. Os efeitos do prolongamento da avença locatícia na fiança. 3. A Prorrogação Automática da Garantia Fidejussória nos Contratos Locatícios com Duração Indeterminada. 3.1. Da dissidência jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 3.1.1. Fundamentos da corrente jurisprudencial minoritária que preconiza ser imprescindível a anuência do fiador por ocasião da prorrogação locatícia *ex lege*. 3.1.2. Fundamentos da corrente jurisprudencial majoritária que preconiza ser dispensável a anuência do fiador por ocasião da prorrogação locatícia *ex lege*. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo focaliza e debate um tema bastante controverso entre os operadores do direito pátrio: a imprescindibilidade, ou não, da anuência expressa do fiador para a prorrogação da garantia fidejussória locatícia. A solução dessa questão residiria em determinar o alcance da prorrogação voluntária tácita inserta no artigo 39 da Lei do Inquilinato, à luz dos princípios que dominam a caução fidejussória. Neste particular, duas correntes dissidentes se digladiam. A primeira delas defende a necessidade da anuência do fiador para a prorrogação da garantia, por se tratar de interpretação mais benéfica à liberdade individual do garante; enquanto a outra prega a legalidade da prorrogação automática da garantia fidejussória, em face da segurança das relações negociais, assim como da denunciabilidade *ad nuntum* dos vínculos obrigacionais de duração indeterminada. O presente trabalho, aderindo ao entendimento da segunda corrente, conclui que a manifestação expressa do fiador não é condição *sine qua non* para que a garantia fidejussória locatícia perdue por tempo indeterminado, uma vez que transparece a solução mais adequada à concretização da dignidade da pessoa humana.

» *Palavras-chave: Contrato de fiança locatícia. Prorrogação ex lege. Exoneração automática. Denunciabilidade ad nuntum Anuência do fiador.*

ABSTRACT

This article focuses and debate a very controversial topic among operators patriotic law: The indispensability, or not, the express consent of guarantor for the extension of personal guarantee. The solution of this question would be to determine the extent of voluntary tacit extension proposed in Article 39 of Law Tenant, the light of the principles that dominate the surety bond. In case, dissidents streams confront each other. The first advocates the need of surety consent for extending the warranty, concerning the most beneficial interpretation to the individual liberty guaranteed; while the other preaches the legality of the automatic extension of personal guarantee in face of security dealings, as well as the *ad nuntum* denunciability of mandatory links untimed. This work adhering to the understanding of the second current, concludes that an explicit manifestation of the guarantor is not condition *sine qua non* for the personal lease guarantee, lasts indefinitely once that reveals the most appropriate solution to the realization of human dignity.

» *Keywords: Lease guarantee contract. Extension ex lege. Automatic dismissal. Denunciability ad nuntum. Guarantor consent.*

INTRODUÇÃO

Na procura de novas teses que possam ser defendidas por operadores do Direito, em eventuais situações, nas quais não se consiga obter a tutela jurídica desejada, em virtude de os aparatos jurídicos disponíveis não sustentarem um posicionamento incontroverso, o presente trabalho adentrou a seara do Direito Civil, calcado no constitucionalismo, para analisar problemas fundamentais acerca da prorrogação da garantia fidejussória locatícia.

Dentre os aspectos que provocam discussões entre a doutrina, naquilo que concerne à fiança nos contratos locatícios prolongados, destacamos a questão da imprescindibilidade, ou não, da anuência expressa do fiador para que a garantia fidejussória locatícia perdue por tempo indeterminado, por ocasião da ocorrência de prorrogação locatícia *ex lege*. A controvérsia proposta para ser analisada, de fato, tem muita relevância no campo jurídico, visto existirem posicionamentos antagônicos, tanto nas câmaras e turmas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, como também interpretações divergentes no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF.

Ao penetrar-se mais profundamente no estudo da exonerabilidade da fiança locatícia, vislumbra-se a seguinte questão: o fiador responde pelas obrigações futuras decorrentes da prorrogação *ex lege* do contrato de locação, sem a sua anuência? A solução desse problema residiria em determinar o alcance da prorrogação voluntária tácita inserta no artigo 39 da Lei do Inquilinato, à luz dos princípios que dominam a caução fidejussória.

Parte da doutrina entende como necessária a anuência do fiador para a prorrogação da garantia, tendo em vista que, segundo ela, o instituto da fiança deve ser interpretado restritivamente

e da forma mais benéfica à liberdade individual do garante. A outra linha de pensamento entende ser despicienda essa manifestação, uma vez que a prorrogação automática da garantia fidejussória, além de estar prevista em lei, se traduzira em exercício regular da liberdade contratual, voltada ao resguardo da segurança das relações negociais.

Destarte, justifica-se a análise do tema, não só pelo seu caráter instrumental para os operadores do direito, ao buscar a uniformidade da jurisprudência, mas também, por propugnar um norte de harmonização de princípios colidentes, favorecendo a concretização do princípio reator da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, pretende-se abordar a dissidência jurisprudencial acerca do tema, a partir do enfoque social da teoria contratualista e da vedação aos vínculos perpétuos, enfatizando-se a fundamentação das correntes antagônicas, os efeitos práticos de seus posicionamentos e estabelecendo a orientação predominante no TJDF e na Corte Superior.

1. A LIBERDADE CONTRATUAL E A VEDAÇÃO DA PERPETUIDADE DO VÍNCULO OBRIGACIONAL

Registre-se, inicialmente, que a discussão acerca da possibilidade de prorrogação automática da fiança nos contratos locatícios de duração indeterminada gera a obrigação de se perquirir a compatibilidade entre o princípio da liberdade contratual, sob a égide da dignidade da pessoa humana, e as contratações por prazo indeterminado.

1.1. A LIBERDADE CONTRATUAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os princípios universais de “liberdade, igualdade e fraternidade”, proclamados pelo racionalismo francês da Revolução, por intermédio da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, fundamentaram a instauração dos regimes liberais, os quais, repudiando a servidão da pessoa humana, privilegiaram a autonomia da vontade (MOOR, 2001, p. 276). Nesse momento histórico, influenciado pela ideologia iluminista, o liberalismo centrava a sua teoria negocial em três grandes princípios:

- a) liberdade contratual, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade a inexistência dos vícios subjetivos do consentimento;
- b) intangibilidade do pactuado – *o pacta sunt servanda* exprimia a ideia da obrigatoriedade dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de emanar do consenso entre pessoas livres;
- c) relatividade contratual, pautada pela noção da vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar, terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 133).

Infere-se da estrutura sistêmica do Estado Liberal a presença de um individualismo exacerbado, fulcrado em uma liberdade contratual quase absoluta, em que, sem qualquer intervenção Estatal, era possível determinar, de forma obrigatória, vinculante e intangível, a norma individual do contrato (MOOR, 2001, p. 276-277). Ademais, a autonomia privada clássica, voluntarista ou individualista ofereceu às partes contratantes uma paridade formal, segundo a qual todos seriam iguais diante da lei e livres entre si e perante o Estado.

Ocorre que a liberdade de contração plena e a igualdade formal voluntarista transmutaram o contrato em uma ferramenta de exploração do ser humano, com a chancela do direito (BORGES, 2005). Com efeito, os postulados teóricos do princípio da autonomia da vontade e da doutrina econômica liberal ocultavam a dependência e a desigualdade material dos indivíduos e dos grupos sociais. Além disso, a liberdade e a igualdade *in abstracto* promoviam o desequilíbrio contratual em virtude do excesso de individualismo. Por essa razão, aprofundou-se a noção de ordem pública como limite à vontade dos contratantes (LOUREIRO, 2002, p. 39).

Em decorrência da luta contra as injustiças sistêmicas do liberalismo, surgiu o Estado Intervencionista, ou o Estado do Bem-Estar Social, com a função de promover o equilíbrio das relações contratuais, estabelecendo condições mínimas de igualdade entre as partes e protegendo os que se obrigassem em condições de vulnerabilidade (BORGES, 2005).

Hodiernamente, tem-se que a liberdade contratual tanto em sua faceta existencial como patrimonial consubstancia-se em instrumento voltado à concretização da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a Carta Magna eleva ao patamar de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre (artigo 3º, inciso I, da CF/88), fundamentada na liberdade de iniciativa negocial (artigos 1º, inciso IV, e 170, inciso IV, da CF/88), a qual se orienta pelos vetores da existência digna e da justiça social (AZEVEDO, 2004, p. 3-24).

Segundo Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenthal (2011, p. 19-20), a concepção moderna de liberdade contratual conforma-se com a ideia de justiça igualitária substancial, razão esta que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade dos contratantes, a partir do justo equilíbrio entre liberdade e solidariedade. Trata-se da pura aplicação do princípio da proporcionalidade na autonomia privada, seja ela contratual ou existencial.

Nesse diapasão, Claudia Lima Marques (1995, p. 74) enfatiza que a renovação teórica do contrato no Estado Social, intitulada de socialização da teoria contratual, persegue a equidade, a boa-fé e a segurança, para fins de assegurar a justiça e o equilíbrio nas relações contratuais. Destarte, a autonomia negocial encontra-se condicionada a um quadro de valores, em prol da funcionalização da igualdade substancial, da solidariedade, da boa-fé, da equidade, dos interesses existenciais dos contratantes e da justiça contratual, não restringindo o ajuste à mera utilidade econômica proporcionada às partes (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 137).

Em face dessas considerações, a novel avença solidária vincula a liberdade contratual ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, partindo do pressuposto de igualdade jurídica e fática dos interessados. A ausência da paridade substancial importa na ilegítima prevalência da autonomia de um em face da não liberdade do outro, maculando a justa expectativa contratual. Nessa hipótese, o equilíbrio indispensável deve ser encontrado pela regulação estatal (HESSE, 1995, p. 78).

No ordenamento jurídico brasileiro, o elemento nuclear do princípio altissonante da dignidade da pessoa humana reside, primordialmente, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa. Registre-se que a liberdade individual é considerada a capacidade potencial que cada indivíduo tem de autodeterminar o seu comportamento (SARLET, 1998, p. 105). Nessa esteira, a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e o direito à autodeterminação sobre assuntos que dizem respeito à esfera particular constituem pressupostos para a concretude da dignidade do indivíduo.

A combinação dos parâmetros supracitados com o conceito materialmente aberto incrustado no artigo 5º, parágrafo 2º, da Lei Ápice de 1988 identifica a liberdade contratual como um direito substancialmente fundamental, voltado à efetivação da dignidade da pessoa, por meio de um exercício vinculado aos limites da ordem constitucional (MOOR, 2001, p. 289). Dessa forma, para ser legítima, a liberdade de atuação negocial do individual não deve prejudicar a personalidade e a autodeterminação do outro contratante (MOOR, 2001, p. 288).

1.2. A NULIDADE DE PLENO DIREITO DO VÍNCULO PERPÉTUO

Subsume-se desse sistema de indeclinabilidade do princípio da liberdade que as relações contratuais não devem perdurar indefinidamente, haja vista que a perpetuidade de um vínculo obrigacional, indiscutivelmente, contraria a ordem pública, assim como a vontade presumível das partes (DUARTE, 2010).

Em decorrência do antagonismo entre as obrigações em termos perpétuos e a garantia de liberdade contratual, é *communis opinio*, na generalidade dos países, que os contratos sem prazo de duração sofrem a incidência do princípio da livre denunciabilidade (denunciabilidade *ad nuntum*) dos vínculos obrigacionais de duração indeterminada (DUARTE, 2010). Perfilhando orientação idêntica, Humberto Theodoro Júnior (2004) ressalta a característica da temporariedade contratual, aduzindo que a relação obrigacional não pode ser perpétua, ficando sempre assegurada a qualquer das partes “[...] a denúncia, como meio unilateral de libertar-se do contrato. Trata-se de um princípio indeclinável dos contratos que nem mesmo a lei expressa, no Direito brasileiro, pode excluir sob pena de ferir de morte a liberdade contratual”.

De acordo com Carlos Alberto da Mota Pinto (2005, p. 631), citado por Rui Pinto Duarte (2010), a plena aplicabilidade da denunciabilidade *ad nuntum*, para a doutrina lusitana, independe de consagração expressa, tendo em vista decorrer de uma reação sistêmica à hipótese de vínculo eterno contrário à ordem pública. Atente-se:

Deve reconhecer-se, nos contratos de duração ou por tempo indeterminado, a existência de um poder de denúncia sem uma específica causa justificativa. O fundamento material desta denunciabilidade *ad nutum* é a tutela da liberdade dos sujeitos, que seria comprometida por um vínculo demasiadamente duradouro. Por isso, tal poder de denúncia existe mesmo na falta de norma jurídica ou cláusula contratual explícita.

Creemos ser esta uma solução decorrente da impossibilidade de se admitirem vínculos contratuais ou obrigacionais de carácter perpétuo, eterno ou excessivamente duradouro. Uma tal vinculação ou “servidão” eterna ou excessivamente duradoura violaria a ordem pública, pelo que os negócios de duração indeterminada ou ilimitada só não serão nulos, por força do artigo 280, se estiverem sujeitos ao regime de livre denunciabilidade ou denunciabilidade *ad nutum*.

Nessa trilha, o artigo 473 do Código Civil de 2002, objetivando garantir o princípio da liberdade individual nas contratações por prazo indeterminado, inseriu no ordenamento jurídico privado brasileiro o instituto da rescisão unilateral. Tal hipótese de extinção contratual opera-se mediante denúncia notificada a outra parte, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente a permita (BRASIL, 2002). Desse modo, a denúncia define-se como expressão do exercício do direito formativo – extintivo de desfazimento das obrigações duradouras, contra a sua renovação ou continuação, independentemente do inadimplemento da outra parte (AGUIAR JR, 1991, p. 69-70).

Nesse significado, a rescisão unilateral ostenta a natureza jurídica de direito potestativo, ou seja, de uma faculdade de criar, por ato discricionário de um dos contratantes, uma nova posição jurídica. Esse direito exercível sem contestação encontra-se:

[...] na lei, em função da natureza de certos contratos, como pode localizar-se em cláusula do próprio contrato, na qual as partes se reservam a faculdade de fazer cessar unilateralmente a relação obrigacional, ou ainda ser o resultado de um princípio geral do direito, inarredável, o que se opera nos contratos de trato sucessivo em vigor por prazo indeterminado (THEODORO JR, 2004).

Além disso, Theodoro Júnior (2004) entende que a duração perpétua do vínculo obrigacional amolda-se à ilicitude do objeto do negócio jurídico, prevista nos artigos 166 c/c 104 do Código Civil de 2002. Tal presunção de nulidade possui supedâneo na incompatibilidade entre o ajuste perpétuo e a garantia fundamental da liberdade, uma vez que o vínculo demasiadamente duradouro ensejaria a imposição de uma servidão a um dos contratantes. Prosseguindo, o mencionado autor aduz que o vício de nulidade não atinge o contrato de duração indeterminada, mas apenas a convenção que mire proibir a parte de desvincular-se para sempre. Em arremate, revela que as convenções de efeitos projetados no tempo sem prazo ou sujeitos a prazo indeterminado solucionam-se não no plano da invalidade, mas no da exonerabilidade. É neste último plano que incide a rescisão unilateral, a qual, operando a extinção do contrato por vontade exclusiva de um dos contratantes, preocupa-se em preservar os efeitos já produzidos pelo vínculo negocial – eficácia *ex nunc*.

2. A INDETERMINAÇÃO DO PRAZO CONTRATUAL LOCATÍCIO E OS EFEITOS NA FIANÇA

Edificadas as bases do conhecimento no sentido de que a liberdade individual não consente com prazos excessivos ou inadmissivelmente duradouros nas relações obrigacionais, este artigo científico inclina-se para a análise das hipóteses permitidas de prorrogação locatícia por prazo indeterminado, bem como os seus efeitos na caução fidejussória.

2.1. O CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEIS COM PRAZO INDEFINIDO

O artigo 3º da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, estabelece que o “[...] contrato de locação pode ser ajustado por qualquer prazo, dependendo de vênia conjugal, se igual ou superior a dez anos” (BRASIL, 1991) (grifo nosso). Infere-se dos termos do citado dispositivo que vigora, no âmbito da República Federativa do Brasil, a liberdade plena para a convenção dos prazos da locação de bens imóveis, competindo exclusivamente às partes estipular a sua duração (SOUZA, 2010, p. 28).

Observa-se, neste ponto, a incidência do princípio liberalista da autonomia da vontade, no qual se funda a liberdade contratual das partes, “consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, o prazo da locação, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica” (DINIZ, 2009, p. 49).

Não há, portanto, imposição legal de prazo máximo ou mínimo de duração da relação jurídica *ex locato*, ou seja, poderá a locação ajustar-se por prazo determinado ou indeterminado. No tocante à locação com prazo certo, os contratantes fixam um termo final que deverá ser respeitado, salvo excepcionalidades. Por seu turno, as avenças duradouras ou por indeterminação não devem ser confundidas com locação perpétua (SOUZA, 2010, p. 28).

Não pairam dúvidas quanto à sujeição da locação de imóveis e, conseqüentemente, da garantia acessória da fiança, ao princípio que veda as obrigações ilimitadas e que regula as de prazo indeterminado de duração (THEODORO JR, 2004). De fato, a locação perpétua é inadmissível, pois a “temporiedade é característica essencial dessa modalidade contratual” (DINIZ, 2009, p. 49). Além disso, à luz das lições de Sylvio Capanema de Souza:

A locação eterna, em que o locatário, ou seus sucessores, ficassem exonerados da obrigação de restituir a coisa locada ao locador, ou a seus sucessores, transformar-se-ia em compra e venda a prazo, já que o bem se transferiria, em caráter definitivo, do patrimônio do locador, para do locatário. É de essência da locação que a coisa seja restituída ao locador, findo ou rescindido o contrato, ainda que depois de longo tempo (SOUZA, 2010, p. 28).

Impende frisar que, ao contrário da locação eterna, a locação por prazo indeterminado não induz a nulidade do contrato locatício, pois se trata de situação acolhida e disciplinada expressamente pela Lei do Inquilinato. Nesse caso, dispõe o artigo 6º da Lei nº 8.245/91 que “o locatário

poderá denunciar a locação por prazo indeterminado mediante aviso por escrito ao locador, com antecedência mínima de trinta dias” (BRASIL, 1991).

Embora o dispositivo citado alhures apenas mencione o direito potestativo do inquilino, na verdade, ambas as partes da relação locatícia poderão exercer a denúncia, atendidas determinadas condições que a lei especifica (THEODORO JR, 2004).

Revela-se inadmissível que as partes ficassem condenadas a se manterem vinculadas, além do tempo a que se obrigaram, tornando o contrato verdadeiro grilhão. Por isso, ao contrário do estipulado no art. 4º da Lei nº 8.245/91 (rescisão antes do vencimento do prazo convencionado), após o advento do termo final, e, diante da indeterminação temporal provocada pela prorrogação indefinida da locação, qualquer das partes poderá dar por findo o contrato, independentemente do pagamento de multa, já que se trata do exercício de um direito legítimo (SOUZA, 2001, p. 63).

2.2. A PRORROGAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA EX LOCATO

Explica Sylvio Capanema (2001, p. 63) que, nas convenções locatícias, a indeterminação temporal, muito frequente em sede de mercado, pode ser pactuada no próprio contrato, ou decorrer de sua prorrogação, compulsória ou ajustada pelas partes. Nesse sentido, Pontes de Miranda (2004, p. 441) enfatiza que o contrato de prorrogação, a cláusula de prorrogação e a prorrogação legal ou *ex lege* constituem-se espécies de prolongamento locatício aptos a indeterminarem o prazo final da relação obrigacional. Destarte, segundo o ilustre autor, a dilatação da relação *ex locato* poderá ocorrer:

- a) por declaração de vontade em palavras, como se os contraentes assinam *contrato de prorrogação*, ou há *cláusula de prorrogação*;
- b) por declaração de vontade em conduta, como se os contraentes, que alugaram um ao outro as residências, não providenciaram, antes da terminação simultânea ou próxima do contrato, para a mudança dos números dos telefones, nem deram aviso ao correio, nem aos amigos;
- c) por declaração de vontade mediante silêncio, como se o locatário telegrafa ao locador, que está fora do país, dizendo-lhe que “ficará com a casa, se ele (locador) não a quiser para morar, vindo para o Brasil”, e acrescenta “interpretarei o seu silêncio como assentimento” (esse locatário tem de provar que o locador recebeu o telegrama);
- d) por declaração de vontade presumida por lei (declaração de vontade a que a lei atribui determinado conteúdo: “quero continuar”, Código Civil, art. 1.195);
- e) por limitação legislativa à liberdade de contratar, dita, aqui, prorrogação *ex lege* (Lei nº 1.300, art. 12) (MIRANDA, 2004, p. 441, grifo do autor).

A Lei do Inquilinato, dispendo sobre normas específicas aplicáveis à locação residencial, erige hipótese de prorrogação automática do contrato de locação apta a alterar o tempo de duração contratual. Atente-se:

Art. 46. Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo o prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

§ 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á **prorrogada a locação por prazo indeterminado**, mantidas as demais cláusulas e condições do contrato. (BRASIL, 1991, grifo nosso)

Pelo artigo em destaque, o contrato locatício residencial feito por escrito e por prazo certo igual ou superior a dois anos e meio cessará de pleno direito, após o esaurimento de seu prazo. Frise-se que a resolução contratual é automática, ou seja, independe de notificação premonitória, tem-se a aplicação da máxima *dies interpellat pro homine* (DINIZ, 2009, p. 49).

No entanto, vencido o prazo contratual, não havendo a entrega efetiva do imóvel, nem promovendo o locador a denúncia do contrato locatício, se o inquilino continuar na posse do bem por mais de trinta dias sem oposição, presumir-se-á prolongada a locação. Nesse caso, o contrato não se extinguirá automaticamente, isso em virtude da ocorrência da “Prorrogação Voluntária Tácita”, espécie incluída, segundo Pontes de Miranda, na denominada prorrogação por literalidade da lei (*ex lege*) (MIRANDA, 2004, p. 449-454).

Com a prorrogação, o contrato locatício ficará incólume, somente poderá haver alteração, por força de lei, no valor locativo e nas cláusulas de reajuste, conforme previsão do artigo 18 da Lei do Inquilinato. No que tange ao tempo do contrato inicialmente definido, esse passa a ser indeterminado (SOUZA, 2010, p. 195). Conclui-se, desta feita, que a relação obrigacional primitiva, particularmente o direito de penhor do locador, permanece, exceto quanto à duração do prazo agora indefinido (MIRANDA, 2004, p. 452).

Por outra banda, no caso de a locação residencial ter sido convencionada, verbalmente ou por escrito, por prazo inferior a trinta meses, esaurido o prazo de duração contratual estipulado, ter-se-á a sua prorrogação imediata por prazo indeterminado, isso à luz do disposto no *caput* do artigo 47 da Lei Locatícia. Veja-se a literalidade do dispositivo em questão:

Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e com o prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga-se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel (BRASIL, 1991):

A parte final do citado artigo revela o condicionamento da rescisão unilateral por iniciativa do locador aos casos taxativamente previstos na Lei Locatícia, quais sejam: a) por mútuo acordo, em decorrência da prática de infração legal ou contratual, bem como pela falta de pagamento do aluguel e demais encargos e para a realização de reparações urgentes determinadas pelo Poder Público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário no imóvel ou, podendo, ele se recuse a consenti-las; b) em decorrência de extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário esteja relacionada com o seu emprego; c) se for pedido para uso próprio,

de seu cônjuge ou companheiro, ou para uso residencial de ascendente ou descendente que não disponha, assim como seu cônjuge ou companheiro, de imóvel residencial próprio; d) se for pedido para demolição e edificação licenciada ou para a realização de obras aprovadas pelo Poder Público, que aumentem a área construída, em, no mínimo, vinte por cento ou, se o imóvel for destinado a exploração de hotel ou pensão, em cinquenta por cento; e) se a vigência ininterrupta da locação ultrapassar cinco anos (BRASIL, 1991).

O mandamento normativo mencionado consagra uma proteção legal à moradia da família, uma vez que, para consumir o despejo do locatário, exige a denominada “denúncia cheia ou motivada”, a qual unicamente se consuma no bojo de execução de sentença proferida na ação de despejo, desde que o interesse do locador esteja respaldado em alguma das hipóteses legais previstas nos incisos do art. 47 da Lei nº 8.245/91 (DINIZ, 2009, p. 218).

2.3. OS EFEITOS DO PROLONGAMENTO DA AVENÇA LOCATÍCIA NA FIANÇA

Na sistemática do Código Civil, a fiança pode ter duração limitada, depender de condição resolutiva ou ser por prazo ilimitado (WALD, 2009, p. 323). Mas, se for fixada sem limitação de prazo, o fiador pode exonerar-se da obrigação a todo tempo. Inclusive, essa é a inteligência do artigo 835 do diploma civil: “O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.” (BRASIL, 2002).

Cuida-se, portanto, do exercício de um direito potestativo: “a lei defere ao fiador o direito de alforriar-se mediante mera manifestação de sua vontade”. Contudo, enquanto essa vontade constitutiva não for exercitada, a garantia fidejussória persistirá indefinidamente, produzindo a eficácia que lhe é própria (THEODORO JR, 2004).

Vislumbra-se uma nova perspectiva do instituto da exoneração da fiança nas avenças com prazos indefinidos, uma vez que o Código Civil de 1916 condicionava a sua ocorrência às hipóteses de mútuo acordo ou sentença judicial. Esses novos rumos influenciaram o legislador pátrio que, por intermédio da Lei nº 12.112/2009, introduziu um novo inciso ao artigo 40 da Lei do Inquilinato, ratificando expressamente a permissão de exoneração do fiador na locação por prazo indeterminado, desde que ele se mantenha atrelado à fiança locatícia por 120 dias após a notificação (VENOSA, 2010, p. 178).

A inovação dos supracitados dispositivos reside na simplificação dos procedimentos de exoneração da fiança nos contratos prolongados. Atualmente, a rescisão unilateral não mais depende de pronunciamento do Poder Judiciário, como anteriormente impunha a lei civil (Cód. 1916), mas de mera notificação ao locador. Tal notificação se justifica, uma vez que o fiador permanecerá respondendo pelos efeitos da garantia nos prazos estabelecidos na Lei Locatícia (120 dias), quando se tratar de locação de bens imóveis urbanos, ou no Código Civil (60 dias), na existência de contratos locatícios de bens móveis ou de imóveis rurais (VENOSA, 2010, p. 178).

Como bem salienta Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 179), em face da perspectiva de socialização da teoria contratual, houve uma reviravolta na interpretação do instituto em tela, inclusive, no âmbito jurisprudencial. Tradicionalmente, a livre exoneração do fiador encontrava diversos óbices, entendendo-se que o garante era responsável por todos os encargos da locação até a efetiva entrega do imóvel. Some-se a isso o fato de o STJ ter firmado entendimento no sentido da possibilidade de renúncia expressa ao direito de exoneração da fiança por prazo indefinido, uma vez que a faculdade prevista no artigo 1.500 do Código Beviláqua era reconhecida como um direito puramente privado (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 280577/SP, Relator: Ministro VICENTE LEAL, 2001).

Sob determinado aspecto, a orientação do colendo STJ levava em consideração que uma liberalização nas exonerações dessas garantias poderia colocar em risco o mercado das locações imobiliárias. Percebe-se que esse entendimento se harmoniza com o espírito individualista e patrimonialista incrustado no Código de 1916, o qual não mais persiste em face da ótica social adquirida pelo contrato (VENOSA, 2010, p. 180).

Como visto no título I do presente estudo, os novos contornos adquiridos pela autonomia da vontade impõem ao intérprete das cláusulas contratuais uma visão sistêmica do contrato, voltada à concretização da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, Theodoro Jr. (2004) afirma categoricamente que a renúncia ao direito de exercer a faculdade de exonerar-se da fiança padece de eficácia, haja vista se tratar de direito indisponível, umbilicalmente ligado ao cânone da liberdade individual.

Ademais, vale frisar que o Código Civil cuida separadamente da exoneração nos casos em que a garantia fidejussória tiver sido assinada sem limitação de tempo e das demais hipóteses de extinção da fiança dispostas nos artigos 837 a 839 do CC/2002, quais sejam: a extinção do contrato principal; a concessão de moratória ao afiançado, sem consentimento do fiador; a impossibilitação, por ato do credor, da sub-rogação do fiador nos seus direitos e preferências; a dação em pagamento aceita amigavelmente pelo credor; e a insolvência do afiançado durante o retardamento da execução por parte do credor (THEODORO JR, 2004).

Decerto, as duas modalidades extintivas têm configuração e efeitos diversos no regime civilista pátrio: a expiração do prazo certo produz, automaticamente, a extinção do contrato, dispensando-se manifestação volitiva das partes e sentença judicial; por seu turno, a exoneração por resilição unilateral, “que só se aplica às fianças prestadas por prazo indeterminado e que depende de declaração de vontade do fiador (negócio jurídico extintivo)”, também dispensa ato do Estado-juiz, podendo ser exercida extrajudicialmente, mediante interpelação prévia de 60 dias (THEODORO JR, 2004).

Na exoneração por denúncia, porém, o contrato de fiança extingue-se *ex nunc*, preservando-se a obrigação fidejussória sobre as obrigações do afiançado, até que a notificação do credor exaure o pré-aviso legal. Por outro lado, no que se refere às diversas situações arroladas no art. 838 do CC/2002, quando o fiador obtém seu reconhecimento em juízo, os efeitos retroagem à época do fato extintivo (eficácia *ex tunc*) (THEODORO JR, 2004).

De qualquer sorte, a exoneração da fiança impõe o restabelecimento do equilíbrio inaugural, a partir da recomposição da garantia locatícia. Nesse sentido, coerente com o sistema do CC/2002, a Lei do Inquilinato prevê o direito de o locador exigir nova fiança ou a sua permuta por modalidade de garantia diversa, entre outras hipóteses, sempre que: 1) advir exoneração do fiador (art. 40, IV); 2) extinguir-se a fiança ajustada por prazo certo, estando a locação prorrogada por tempo indeterminado (art. 40, V); 3) o fiador se tenha exonerado, por ter a locação se prorrogado por tempo indeterminado (art. 40, X) (SOUZA, 2010, p. 175).

3. A PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DA GARANTIA FIDEJUSSÓRIA NOS CONTRATOS LOCATÍCIOS COM DURAÇÃO INDETERMINADA

Embrenhando-se mais no estudo da exonerabilidade da fiança em sede de contrato locatício prolongado, vislumbra-se a seguinte questão controvertida: o fiador responde pelas obrigações futuras decorrentes da prorrogação *ex lege* do contrato de locação, sem a sua anuência? Ou melhor, a manifestação expressa do fiador é condição *sine qua non* para que a garantia fidejussória locatícia perdure por tempo indeterminado? A solução do problema residiria em determinar o alcance da norma inserta no artigo 39 da Lei do Inquilinato à luz dos princípios que dominam a caução fidejussória.

3.1. DA DISSIDÊNCIA JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

A controvérsia proposta para ser analisada, de fato, tem muita relevância no âmbito jurídico, visto existirem posicionamentos antagônicos nas Turmas e Câmaras do TJDF. Frise-se que tanto a Corte Infraconstitucional como o Pretório Excelso, em embate com o tema, também divergem quanto à sua interpretação.

Quando da vigência das normas constitucionais de 1946 e 1967 (inclusive, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969), a matéria relativa à exonerabilidade do fiador nas prorrogações do contrato locatício já se mostrava controversa. É que a Suprema Corte do país divergia quanto à plena aplicabilidade dos mandamentos de prorrogação *ope legis* presentes nas normas regedoras do inquilinato vigentes à época (Lei nº 1.300/50 e suas respectivas prorrogações, bem como a sua norma revogadora a Lei nº. 4.494/1964). A propósito, é o que se vê das ementas dos acórdãos a seguir colacionados oriundos da Corte Constitucional:

NÃO ADMITINDO A FIANÇA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA (CÓDIGO CIVIL, ART. 1.483), A PRORROGAÇÃO DA LOCAÇÃO, COMPULSÓRIA OU VOLUNTÁRIA, NÃO ATINGE O FIADOR QUE SE OBRIGOU POR PRAZO DETERMINADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECI-

DO E PROVIDO PELA LETRA D. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Re. 65678, Relator: Ministro AMARAL SANTOS, 1969)

LOCAÇÃO PRORROGADA POR FORÇA DA LEI. FIANÇA ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. SUBSISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DO FIADOR. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Re. 44383, Relator: Ministro PEDRO CHAVES, 1961)

A dissidência jurisprudencial acerca do tema se instaura em virtude da compreensão díspar acerca da compatibilidade entre a prorrogação automática da fiança, prevista nas pretéritas leis que regulavam o inquilinato, com a disposição contida no artigo 1.483 do Código Civil de 1916. Ocorre que a lei civilista, condicionando a exegese do instituto fidejussório, positivou expressamente os princípios *non extenditur de tempore ad tempus* e *non extenditur de re ad rem*, os quais delimitam a extensão das obrigações primitivas do fiador à sua anuência (DINIZ, 2006, p. 4).

À vista da ordem constitucional de 1988 e sob a égide da novel Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), a Corte Superior posicionou-se, num primeiro momento, em conformidade com a tese de que o contrato de fiança deveria ser interpretado restritivamente, sendo inadmissível a responsabilização do fiador por obrigações resultantes de aditamentos do contrato de locação sem a sua anuência, em que pese a existência de cláusula estendendo a obrigação fidejussória até a entrega das chaves (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 502.836/SP, Relator: Ministro PAULO MEDINA, 2005). Nesse sentido, destaque-se o seguinte precedente do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. QUESTÕES NÃO ARGÜIDAS NAS RAZÕES DO APELO. INOVAÇÃO INCABÍVEL. FIANÇA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO GARANTE. CLÁUSULA. ENTREGA DAS CHAVES. SUBLOCAÇÃO. SÚMULA 214/STJ.

[...]

II - A orientação jurisprudencial desta Corte é no sentido de que a responsabilidade do fiador em relação ao contrato de locação deve ser interpretada restritivamente, devendo o garante responder por encargos locatícios advindos até o momento da extinção do respectivo contrato, mesmo que exista cláusula estendendo a sua obrigação até a entrega das chaves (Súmula nº 214/STJ). [...]

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 726.641/RS, Relator: Ministro FELIX FISCHER, 2005)

Nesse mesmo enfoque, as Câmaras Cíveis do TJDF, em apreciação dos Embargos Infringentes Cíveis de nºs 20000111005018EIC (1ª Câmara, Relator Des. Jair Soares) e 20010110477437EIC (2ª Câmara, Relator Des. Arnaldo Camanho de Assis), datados, respectivamente, de 6 de abril 2005 e 2 de março de 2006, reconheceram a impossibilidade de prorrogação por prazo indeterminado do pacto locatício, sem anuência do fiador. Na espécie, homenageou-se a orientação da interpretação restritiva da fiança, aplicando o enunciado sumular nº 214 do STJ, o qual dispõe que “o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 214).

A orientação jurisprudencial outrora relatada perdurou como majoritária nos Tribunais pátrios, até que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, invertendo o seu pretérito entendimento acerca da matéria, deliberou pela permanência da responsabilidade do garante até a entrega das chaves, na hipótese de prorrogação do contrato locatício (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 566633/CE, Rel. Ministro PAULO MEDINA, 2006). Nessa ocasião, firmaram-se os posicionamentos da inaplicabilidade do enunciado nº 214 do STJ, bem como da ampla aplicação do artigo 39 da Lei do Inquilinato, o qual estabelece que a fiança “se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado” (BRASIL, 1991).

Nos presentes dias, o entendimento predominante nas esferas do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios é de que o fiador responde pelas dívidas correspondentes a todo o tempo de locação, ainda que não tenha anuído com a prorrogação do contrato, isso, no caso de ter assumido previamente a obrigação pelo cumprimento do contrato até a efetiva entrega do imóvel. Nessa esteira, vejam-se, respectivamente, recentes decisões do STJ e do TJDFT sobre o tema:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO FIADOR. CLÁUSULA EXPRESSA DE RESPONSABILIDADE ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. RESPONSABILIDADE DO GARANTE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A egrégia Terceira Seção, nos EREsp 566.633/CE, decidiu que, havendo no contrato locatício cláusula expressa de responsabilidade do garante até a entrega das chaves, responde o fiador pelos débitos locatícios subsequentes à prorrogação do contrato, a menos que se tenha exonerado na forma do art. 1.500 do CC/16 ou do art. 835 do CC/2002, a depender da época da avença. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 36.618/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, 2012)

CIVIL E PROCESSO CIVIL - APELAÇÃO. EXONERAÇÃO DE FIANÇA DADA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA EXPRESSA ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO PRORROGADO PARA PRAZO INDETERMINADO. ORIENTAÇÃO ATUAL DO STJ. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 214 DO STJ. SENTENÇA MANTIDA.

1. Segundo a nova orientação do Superior Tribunal de Justiça, havendo previsão expressa e clara no contrato de garantia da locação de garantia fidejussória até a efetiva restituição do imóvel com a entrega das chaves, os fiadores respondem pelos encargos da locação, ainda que em caso de prorrogada tácita da avença de prazo determinado para o prazo indeterminado. [...]

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 545741, 20050110145594APC, Relator LEILA ARLANCH, 2011)

Perduram, no entanto, julgados no âmbito do TJDFT privilegiando a imprescindibilidade da anuência expressa do fiador, mirando a manutenção da caução fidejussória, em virtude da prorrogação *ex lege* do contrato locatício. É o que se denota dos acórdãos exarados pela 1ª Turma Cível em ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 20110610035902APC, e pela 4ª Turma Cível em sede da Apelação Cível 20100112259669APC. Atente-se às ementas das decisões acima mencionadas:

PROCESSO CIVIL. CITAÇÃO. MANDADO CUMPRIDO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. FIANÇA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CONTRATO PRORROGADO POR TEMPO INDETERMINADO. NULIDADE DA CITAÇÃO. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO.

[...]

2. De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o contrato de fiança firmado por meio do mesmo instrumento do contrato de locação deve ser interpretado de forma restrita, e no sentido mais favorável ao fiador. Consequentemente, o fiador não responde pelas obrigações futuras decorrentes da prorrogação do contrato por tempo indeterminado, sem a sua anuência, incluindo-se a outorga de poderes para receber citações em nome do devedor principal, em que pese a existência de cláusula no sentido de que a sua obrigação estende-se até a entrega das chaves. Entendimento da Súmula 214/STJ. [...]

(BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 595094, Relator FLAVIO ROSTIROLA, 2012)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. FIANÇA. RESPONSABILIDADE DO FIADOR. PRAZO DO CONTRATO. NÃO ANUÊNCIA NA PRORROGAÇÃO.

1. Vencido o contrato principal e não tendo sido esse formalmente prorrogado, com a expressa anuência do fiador, acha-se este isento de suas obrigações, não se podendo presumi-las, ainda que o contrato tenha, em cláusula expressa, estendido a garantia a data futura. [...]

(BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Acórdão n. 540757, 20100112259669APC, Relator CRUZ MACEDO, 2011)

Evidenciada a não linearidade de posicionamentos acerca da prorrogação por prazo ilimitado da caução fidejussória locatícia na esfera do egrégio TJDF, mister se faz trazer à tona os fundamentos das correntes conflitantes, isso com o escopo de elucidar a questão sobre a possibilidade de desoneração automática do fiador nas hipóteses de prorrogação voluntária tácita do contrato de locação.

» 3.1.1. FUNDAMENTOS DA CORRENTE JURISPRUDENCIAL MINORITÁRIA QUE PRECONIZA SER IMPRESCINDÍVEL A ANUÊNCIA DO FIADOR POR OCASIÃO DA PRORROGAÇÃO LOCATÍCIA EX LEGE

Para os prosélitos desta corrente, sendo o contrato firmado por prazo determinado, a garantia fidejussória se extinguiria naturalmente em decorrência de sua natureza acessória, a seguir o destino da obrigação principal (DINIZ, 2006, p. 5).

Ademais, em se tratando de contrato gratuito, traduzindo ato de liberalidade, a fiança desafia interpretação restritiva, proibindo-se categoricamente a extensão da garantia além do tempo estipulado, conforme diretriz do princípio *non extenditur de tempore ad tempus* (SOUZA, 2010, p. 175). Com efeito, não responderia o fiador pelas obrigações futuras advindas de alteração contratual por

termo aditivo ou adendo, firmado entre locador e locatário, sem a sua anuência, em virtude do caráter benéfico e desinteressado da garantia fidejussória (COELHO, 2002, p. 87).

Dessa feita, a inserção de cláusula contratual de permanência da garantia até a efetiva entrega das chaves padeceria adiante da natureza do próprio instituto da fiança, de maneira que a ausência de participação do fiador no momento do prolongamento da avença geraria a exoneração da fiança no termo final do prazo certo originariamente previsto para o contrato de locação. Trata-se de exegese voltada a minorar os riscos de ampliação da liberalidade feita pelo garantidor, em absoluta consonância com a vedação à interpretação extensiva disposta no artigo 819 do Código Civil (SOUZA, 2010, p. 175).

Ao mesmo tempo, a ausência de manifestação expressa do fiador no momento da prorrogação contratual locatícia permitiria a invalidação da cláusula negocial (e até mesmo legal) da persistência da fiança, com fulcro nas disposições da Súmula nº 214 do STJ (THEODORO JR, 2004).

Por outra banda, segundo essa linha de pensamento, revela-se indiferente que o art. 39 da Lei do Inquilinato estabeleça a duração da fiança locatícia até a efetiva devolução do imóvel e que o contrato possua, em seu bojo, cláusula estipulando a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves. Os adeptos dessa orientação jurisprudencial entendem que a permanência da fiança até a restituição do prédio locado somente acontecerá, em qualquer situação, “[...] quando o fiador aderir expressamente à prorrogação da relação *ex locato* seja por novo prazo certo, seja por tempo indeterminado” (THEODORO JR, 2004).

Ressalte-se que, para algumas decisões pretorianas, a cláusula de prorrogação automática da fiança, além do prazo inicial da locação e até a restituição das chaves do locador, importaria em renúncia de direito indisponível. Nessa perspectiva, a referida cláusula estaria eivada de nulidade absoluta, na medida em que eternizaria a garantia fidejussória (THEODORO JR, 2004).

Neste particular, extrai-se do voto do Min. Athos Gusmão Carneiro, proferido no Resp 3.821/RS, passagem do magistério de Clóvis Beviláqua, que bem sintetiza a incompatibilidade da imposição perpétua do instituto da fiança, tão combatida por esta vertente jurisprudencial:

A fiança, acto benéfico desinteressado, não pode ser uma túnica de *Nessus*. Assim como o fiador, livremente, a tomou sobre si, livremente, lhe sacode o jugo, quando lhe convier; pois, não tendo prometido conservá-la por tempo certo, contra a sua vontade, não poderá permanecer indefinidamente obrigado (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp 3.821/RS, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, voto-vencido Min. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, 1990).

» 3.1.2. FUNDAMENTOS DA CORRENTE JURISPRUDENCIAL MAJORITÁRIA QUE PRECONIZA SER DISPENSÁVEL A ANUÊNCIA DO FIADOR POR OCASIÃO DA PRORROGAÇÃO LOCATÍCIA *EX LEGE*

Na contramão da corrente anteriormente anotada, há os que preconizam que, existindo inequívoca disposição contratual prevendo a responsabilidade dos fiadores na hipótese de o contrato

passar a ser por prazo indeterminado (por convenção ou *ope legis*) e até a entrega das chaves, não há interpretação a fazer, muito menos restritiva. O caso seria de simples cumprimento da avença (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 435449/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, 2002).

Neste sentido, a vedação à interpretação extensiva inserta no artigo 819 do Código Civil não autorizaria o juiz a desprezar o que, expressa e claramente, as partes, no exercício de sua liberdade contratual, estipularam acerca da duração e prorrogação da fiança locatícia. O intérprete estaria impedido de eventualmente prorrogar a fiança além do prazo contratualmente estipulado, à base de argumentos analógicos ou extensivos. “Não se presta, porém, a interpretação restritiva a modificar a convenção nem, obviamente, a eliminar de seu contexto o que, efetivamente, foi querido pela vontade negocial dos contratantes” (THEODORO JR, 2004).

Por esses fundamentos, a recusa de eficácia a alguma convenção expressa do contrato de fiança dependeria do reconhecimento de sua nulidade pelo órgão julgador. Como mencionado alhures, para alguns arestos, a nulidade da cláusula de prorrogação automática da fiança fundamentar-se-ia na imposição de uma obrigação perpétua ao fiador. Todavia, a presente linha de entendimento identifica alguns equívocos neste raciocínio: a uma, porque obrigação de prazo indeterminado não é obrigação perpétua, pois sempre haverá a possibilidade legal de interrompê-la mediante denúncia (artigo 835 do CCB; artigo 40, incisos IV, V e X, da Lei do Inquilinato); a duas, porque, sendo a cláusula autorizada por lei (artigo 39 da Lei nº 8.245/91), jamais poderá ser qualificada de abusiva (THEODORO JR, 2004).

Prosseguem os defensores desta corrente, aduzindo que a nulidade é da renúncia à liberdade exonerativa, e não do ajuste de prorrogação da fiança por tempo indeterminado. De fato, não poderia ser subtraída do fiador a faculdade de, após a transformação do contrato de prazo certo para prazo indeterminado (até a entrega das chaves), exonerar-se mediante notificação resilitória, nos termos do art. 835 do CC/2002, referendado pelos incisos VI, V e X do artigo 40 da Lei do Inquilinato (THEODORO JR, 2004).

Nessa concepção, não mais se admitiria a pretensão do fiador de se exonerar de pagar o débito deixado pelo afiançado pelo simples fato de ter o contrato sido prorrogado por tempo indeterminado, sem a sua anuência, isso, por força da cláusula de responsabilidade até a devolução do imóvel. Para que ele se alforriasse do vínculo fidejussório seria necessário o efetivo uso do expediente liberatório do art. 835 do Código Civil, uma vez que a anuência à prorrogação da garantia fidejussória já teria sido ofertada, primitivamente, nos próprios termos do contrato de fiança (SOUZA, 2010, p. 173).

Em arremate, no que concerne à aplicabilidade do enunciado sumular nº 214 do STJ, a corrente majoritária entende que inexistente qualquer incompatibilidade entre os termos da referida Súmula com o artigo 39 da Lei nº 8.245/91. Alega-se, neste tema, que a orientação imperativa nº 214 do STJ se refere a aditamento, o que pressupõe um acréscimo ao contrato principal que majore o valor da obrigação garantida, em prejuízo do fiador, que a tanto não se responsabilizou. Ocorre que o artigo

39 da supracitada Lei disciplina hipótese diversa, quando, “[...] *ex vi legis*, prorroga-se o contrato de locação, por tempo indeterminado, e mantidas as mesmas condições, a teor do que dispõe o artigo 26, § 1º, da Lei 8.245/91” (SOUZA, 2010, p. 173). Sobre o tema, merece destaque a lição exarada pelo eminente Professor Humberto Theodoro (2004), em seu artigo intitulado “A fiança e a prorrogação do contrato de locação” (2004), *verbatim*:

A Súmula n. 214 do STJ não atrita, de forma alguma, com o que se acaba de expor. Na verdade, ela diz respeito às inovações convencionais introduzidas no contrato de locação por ajuste entre locatário e locador, sem a anuência do fiador.

Com efeito, o enunciado sumular invoca justificativas em nove precedentes da Quinta e Sexta Turmas do STJ, todos relacionados **com aditivos** inovadores do teor do contrato locatício e não **com simples prorrogações** legais ou autorizadas por cláusula do próprio negócio afiançado. [...]

A Súmula n. 214, portanto, espelha orientação jurisprudencial firmada para situações de pactos de natureza novativa, realizados no âmbito do relacionamento entre locador e locatário, sem a presença ou consentimento do fiador. O caso não envolve o art. 39 da Lei do Inquilinato, nem considera inválido o pacto de fiança a perdurar durante prorrogação da locação por prazo indeterminado, previsto no contrato primitivo. (THEODORO JR, 2004) (grifo nosso).

Destarte, a orientação jurisprudencial predominante conclui que continuam os fiadores responsáveis pelos débitos posteriores à prorrogação locatícia *ex lege*, se anuírem expressamente a essa possibilidade (no contrato primitivo) e não se exonerarem nas formas legais, revelando-se despidiendas as suas manifestações por ocasião da *prorrogatio* (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 566633/CE, Rel. Ministro PAULO MEDINA, 2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os novos contornos sociais adquiridos pelo princípio da autonomia da vontade demandam uma exegese que reverencie o princípio da boa-fé objetiva, de maneira a conciliar a vedação à perpetuidade da fiança com a necessária manutenção das garantias locatícias.

Aparentemente, as dissidências jurisprudenciais acerca da prorrogação automática da fiança no caso de prolongamento voluntário tácito das avenças locatícias residem na resolução díspar do embate entre os direitos fundamentais da liberdade contratual e da segurança jurídica dos mercados.

Nessa seara, a partir do método integrativo proporcional, deve-se privilegiar a solução mais adequada à concretização da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, impõe-se rechaçar qualquer disposição que retire do garante a possibilidade de se exonerar da fiança, quando, por efeito da lei, a locação tornar-se por prazo indefinido. É certo que o sistema jurídico pátrio, mesmo que impli-

citamente, não admite obrigações acobertadas pelo manto da perpetuidade. Por essa razão, o fiador deve dispor de mecanismos legais de exonerabilidade, aptos a garantirem a sua liberdade individual.

Por expressa previsão normativa (art. 39 da Lei do Inquilinato), bem como por aplicação direta do princípio da liberdade contratual, inexistente nulidade da cláusula que preveja a superveniência de prorrogação da locação, ficando, desde logo, o fiador responsável pelas obrigações do locatário. Segue a mesma sorte a previsão de responsabilidade do fiador até a restituição do imóvel ao locador (entrega das chaves), haja vista tratar-se de evidente hipótese de prazo indeterminado vinculado a um fato, ou seja, não configura uma servidão perpétua.

Em face das disposições do art. 39 da Lei 8.245/91, prorrogado o contrato locatício por prazo indeterminado, a fiança também se prorrogará indefinidamente. Durante essa nova etapa da garantia, surgirá para o fiador, no entanto, a faculdade de denunciar, com efeito *ex nunc*, o contrato de fiança, isso com supedâneo no art. 835 do novo Código Civil. Entende-se que a conjugação das posições jurídicas firmadas nos mencionados dispositivos legais oferta a máxima efetividade aos direitos fundamentais aplicáveis à espécie (liberdade e segurança).

Hodiernamente, a orientação que prevalece no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios é no sentido de que o efeito da extensão do vínculo contratual fidejussório é simples consectário daquilo que, desde a origem, haviam ajustado os contratantes. Portanto, a cláusula de permanência da fiança até a devolução do imóvel, e não apenas durante o prazo certo de início avençado, decorre do próprio contrato de fiança. Por esse motivo, “não se pode condicionar sua eficácia à assinatura do fiador no aditivo de prorrogação, porque já convencionado se achava que assim duraria a fiança” (THEODORO JR, 2004).

Assim, conclui-se que a manifestação expressa do fiador não é condição *sine qua non* para que a garantia fidejussória locatícia perdue por tempo indeterminado, uma vez que essa anuência já fora dada nos próprios termos da fiança e o fora em condições de validade incontestes porque amparada por permissivo legal expresso (Lei do Inquilinato, art. 39).

REFERÊNCIAS

1. AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
2. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In Estudos e Parcerias de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004.
3. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. A atual teoria geral dos contratos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7267>>. Acesso em: 3 set. 03/09/12.
4. BRASIL. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Diário Oficial da União, Brasília, 21 de outubro de 1991.
5. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002, Seção 01, p.1.

6. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 36.618/RJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO FIADOR. CLÁUSULA EXPRESSA DE RESPONSABILIDADE ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. RESPONSABILIDADE DO GARANTE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. AGRAVO DESPROVIDO. Agravante: Aquilino Senra Martinez e outro. Agravado: Fundo de Investimento Imobiliário Via Parque Shopping. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília DF, 16 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101954732&dt_publicacao=29/06/2012>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
7. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp 845.951/RS. CIVIL. CONTRATO DE LOCAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO. FIANÇA. RESPONSABILIDADE DOS FIADORES ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES DO IMÓVEL. MATÉRIA PACIFICADA. Agravante: Angelo João Portaluppi. Agravado: Ana Terezinha da Rosa. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Brasília DF, 04 de junho de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200702949250&dt_publicacao=01/07/2008>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
8. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 566633/CE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LOCAÇÃO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO. CLÁUSULA DE GARANTIA ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES. Embargante: Raimundo Edmilson Mourão Souza. Embargado: Maria Myrthes de Azevedo Furtado. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília DF, 22 de novembro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401021725&dt_publicacao=12/03/2008>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
9. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 502836/SP. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO. FALTA DE ANUÊNCIA DO FIADOR. RESPONSABILIDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 214/STJ. Agravante: Nicolino Puccetti. Agravado: José Maria da Cruz Rolão e outro. Relator: Ministro Paulo Medina. Brasília DF, 03 de março de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201748813&dt_publicacao=11/03/2005>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
10. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 726.641/RS. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. QUESTÕES NÃO ARGÜIDAS NAS RAZÕES DO APELO. INOVAÇÃO INCABÍVEL. FIANÇA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO GARANTE. CLÁUSULA. ENTREGA DAS CHAVES. SUBLOCAÇÃO. SÚMULA 214/STJ. Agravante: Pedro Simão Gus e outro. Agravado: Maurênio Roberto Stortti Rosa e outros. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília DF, 15 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500284470&dt_publicacao=00/02/2006>. Acesso em: 6 set. 06/09/2012.
11. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 280577-SP. CIVIL. LOCAÇÃO. EXONERAÇÃO DA FIANÇA. RENÚNCIA EXPRESSA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. ARTIGO 1500 DO CÓDIGO CIVIL. PRORROGAÇÃO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. Reclamante: Edson Aparecido Guerra. Reclamado: Regina Del Rosso Restini e outros. Relator: Ministro Vicente Leal. Brasília DF, 25 de março de 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=resp+280577&b=ACOR>. Acesso em: 6 set. 06/09/2012.
12. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 3.821/RS. FIANÇA. RENUNCIABILIDADE DO DIREITO A EXONERAÇÃO. RESPONDENDO O FIADOR PELAS OBRIGAÇÕES PACTUADAS ATE A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL LOCADO, E VALIDA A CLAUSULA MEDIANTE A QUAL RENUNCIA ELE AO DIREITO DE EXONERAR-SE DA FIANÇA, AINDA QUE A LOCAÇÃO SE TENHA PRORROGADO POR PRAZO INDETERMINADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PELA ALÍNEA 'C' DO AUTORIZATIVO CONSTITUCIONAL E PROVIDO. Recorrente: Mariano Antunes da Cunha e outro. Recorrido: Estácio Marcelino Werlang e outro. Relator: Ministro Barros Monteiro. Voto-vencido Min. Athos Gusmão Carneiro. Brasília DF, 04 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199000061750&dt_publicacao=29/04/1991>. Acesso em: 8 set. 08/09/2012.
13. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 214. DJ 02/10/1998 p. 250. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='214'>>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
14. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 435449/PR. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. DESONERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Recorrente: Djalma Gomes de Araújo e outro. Recorrido: Calmix Indústria de Argamassa para Construção Civil Ltda. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília DF, 10 de setembro de 2002.

- Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200602307&dt_publicacao=30/09/2002>. Acesso em: 8 set. 08/09/2012.
15. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 44383. LOCAÇÃO PRORROGADA POR FORÇA DA LEI. FIANÇA ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. SUBSISTENCIA DA OBRIGAÇÃO DO FIADOR. Recorrente: Espólio de Enéias Nobre Fernandes. Recorrido: Moysés Klein. Relator: Ministro Pedro Chaves. Brasília DF, 29 de junho de 1961. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28re+44383%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
 16. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 65678. NÃO ADMITINDO A FIANÇA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA (CÓDIGO CIVIL, ART.1.483), A PRORROGAÇÃO DA LOCAÇÃO, COMPULSORIA OU VOLUNTARIA, NÃO ATINGE O FIADOR QUE SE OBRIGOU POR PRAZO DETERMINADO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO PELA LETRA D. Recorrente: CLIMAX – Sociedade civil de contadores, economistas, auditores Ltda. Recorrido: Júlio Gomes da Costa. Relator: Ministro Amaral Santos. Brasília DF, 11 de março de 1969. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+65678%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
 17. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 540757, 20100112259669APC. CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. FIANÇA. RESPONSABILIDADE DO FIADOR. PRAZO DO CONTRATO. NÃO ANUÊNCIA NA PRORROGAÇÃO. Apelante: Samir Fayez Faraj. Apelado: Márcio Oberlaender Coelho. Relator: Desembargador Cruz Macedo. Brasília DF, 21 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=34&PGATU=2&l=20&ID=62707,75565,16653&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtmo3&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=fiança locação>>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
 18. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 545741, 20050110145594APC. CIVIL E PROCESSO CIVIL – APELAÇÃO. EXONERAÇÃO DE FIANÇA DADA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA EXPRESSA ATÉ A ENTREGA DAS CHAVES. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO PRORROGADO PARA PRAZO INDETERMINADO. ORIENTAÇÃO ATUAL DO STJ. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 214 DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. Apelante: Irval Figueiredo Teixeira e outros. Apelado: Espólio de Leila Metreb Maksoud rep. Por Sidney Fadel Maksoud e outros. Relator: Desembargadora Leila Arlanch. Brasília DF, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=30&PGATU=2&l=20&ID=62707,73787,10774&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtmo3&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=fiança locação>>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
 19. BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão n. 595094, 20110610035902APC. PROCESSO CIVIL. CITAÇÃO. MANDADO CUMPRIDO POR OFICIAL DE JUSTIÇA. FÉ PÚBLICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. FIANÇA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO CONTRATO PRORROGADO POR TEMPO INDETERMINADO. NULIDADE DA CITAÇÃO. NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. Apelante: Ligia de Moura Silva Cronemberger. Apelado: Angela Maria Mendes e outro. Relator: Desembargador Flávio Rostirola. Brasília DF, 13 de junho de 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=9&PGATU=1&l=20&ID=62707,75340,7511&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtmo3&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=fiança locação>>. Acesso em: 7 set. 07/09/2012.
 20. COELHO, José Fernando Lutz. O contrato de fiança e sua exoneração na locação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
 21. DINIZ, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos, 5º volume. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
 22. DINIZ, Maria Helena. Lei de locações de imóveis urbanos comentada. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
 23. DUARTE, Rui Pinto. A denunciabilidade das obrigações contratuais duradouras propter rem. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 70, v. I/IV, 2010. Disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=112472&ida=112752>. Acesso em: 4 set. 04/09/2012.
 24. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito dos contratos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
 25. HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, 1995.
 26. LOUREIRO, Luiz Guilherme. Teoria geral dos contratos no novo código civil. São Paulo: Método, 2002.
 27. MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. São Paulo: RT, 1995.
 28. MIRANDA, Pontes de. Locação de imóveis e prorrogação. Campinas: Servanda, 2004.

29. MOOR, Fernanda Strachke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 38, n. 152, p. 275-299, out.-dez. 2001. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/740>>. Acesso em: 4 set. 04/09/2012.
30. PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Editora Coimbra, 2005.
31. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
32. SOUZA, Sylvio Capanema de. *Da locação do imóvel urbano: direito e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
33. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
34. THEODORO JR, Humberto. A fiança e a prorrogação do contrato de locação. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília*, v. 8, n. 24 jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/598/778>>. Acesso em: 4 set. 04/09/2012.
35. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Lei do inquilinato comentada*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
36. WALD, Arnoldo. *Direito civil: contratos em espécie*, vol. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A EVOLUÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO VOLTADO PARA AS QUESTÕES DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

The evolution of the legal system facing the issues of child and adolescent

**Josiane Neves
Cajueiro**

Bacharel em Direito pela
Faculdade Integrada
Brasil Amazônia (FIBRA).
Especialista em Direito da
Criança e do Adolescente
pela Universidade Federal
do Pará (UFPA).

SUMÁRIO

Considerações Iniciais. 1. A Realidade da Criança e do Adolescente em Face da Ausência de Instrumentos Legais Específicos Para a Sua Proteção. 2. Os Primeiros Passos na Legislação da Criança e do Adolescente. 2.1. Código de Menores de 1927. 2.2. Serviço de Assistência aos Menores (SAM). 2.3. Código de Menores de 1979. 2.4. Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.4.1. Principais princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.4.1.1. Princípio da prioridade absoluta. 2.4.1.2. Princípio do melhor interesse. 3. Debate Sobre a Maioridade Penal. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a evolução dos Direitos da Criança e do Adolescente no decorrer do tempo. Inicia-se por uma análise do Código de Menores, também conhecido como Código de Menores Mello Mattos, em homenagem a seu redator, editado em 1927; aborda o Código de Menores de 1979 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, associado à Constituição Federal (CF) e ao Código Penal (CP). Tem por objetivo aduzir a importância de uma legislação específica para eles, que necessitam de uma atenção especial por se encontrarem em fase de desenvolvimento psicossocial. O método de procedimento adotado foi o monográfico, utilizado para realizar uma análise referente ao tema proposto, levando em consideração os fins a que se destina. O resultado deste estudo mostra o descaso, a discriminação, o despreparo, a ausência e a negligência a que criança e adolescente vêm sendo submetidos durante décadas, bem como as dificuldades encontradas para a efetivação da política de proteção integral.

» *Palavras-chave: Adolescente. Situação irregular. Proteção integral. Ato infracional. Delinquência juvenil.*

ABSTRACT

The present work deals with the evolution of the Rights of the Child and Adolescent over time. Starts a scan of the Minors Code, also known as Code of Lower Mello Mattos named after its editor published in 1927, addresses the Minors Code of 1979 and the Statute of the Child and Adolescent (ECA) 1990, associated with the Federal Constitution (CF) and the Penal Code (PC). Aims to adduce the importance of specific legislation for them, they need special attention because they are in psychosocial development phase. The method of procedure adopted was the monographic, used to perform an analysis regarding the proposed topic, taking into account the purpose for which it is intended. The result of this study shows the neglect, discrimination, lack of preparation, absence, and neglect that children and adolescents have been subjected to for decades, as well as the difficulties encountered in the realization of the protection policy.

» *Keywords: Adolescent. Undocumented. Full protection. Offense. Juvenile delinquency.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho irá tratar da evolução do ordenamento jurídico voltado para as questões da criança e do adolescente. Será apresentado o contexto da indiferença, do descaso e da desatenção em que a criança e o adolescente estavam envolvidos no período que antecede a instituição dos instrumentos legais para proteção dos seus direitos e garantias, bem como serão expostos os direitos alcançados posteriormente à efetivação desse legado normativo.

Preliminarmente falando, constataremos, por meio da mostragem de renomados autores, que, até os dispositivos legais serem instaurados nas sociedades dos séculos passados, a criança e o adolescente estavam submetidos a uma situação degradante e desumana.

Podemos confirmar isso no período colonial, em que os recém-nascidos decorrentes de gravidez indesejada e os órfãos eram encaminhados às Rodas dos Expostos ou Rodas de Misericórdia, locais criados com a finalidade de receber essas crianças que nasciam na condição de rejeitadas. Veremos também que o abandono dispensado a essas crianças era justificado pela proteção da honra da família, pois, geralmente, essas eram fruto de relações paralelas ao matrimônio e, por conta disso, a identidade das pessoas que as deixavam ficava preservada. É necessário enfatizar que esse momento foi marcado por um número expressivo de mortalidade desses recém-nascidos.

Ainda no período colonial, veremos que a ausência de um instrumento legal específico para tratar dos assuntos relativos à criança e ao adolescente acarretava uma insegurança tanto para a sociedade quanto para esses “menores”. De um lado, a sociedade cobrava do legislativo normas específicas que alcançassem esses “menores”, pois a delinquência juvenil aumentava assustadoramente; por outro lado, o descaso, a humilhação e a intolerância para com as crianças e os adolescentes permaneciam.

Historicamente avaliando, o passo que representa o início desse processo evolutivo é a regulamentação do ensino obrigatório por meio do Decreto nº 1.331-A. Esse texto legal apresentava um teor excludente, pois os escravos, os que não tivessem sido vacinados e os meninos que possuíam moléstias contagiosas não poderiam frequentar as escolas; todavia, apesar dessas controvérsias, essa foi uma das primeiras conquistas dos direitos das crianças e adolescentes.

Um ponto importante que será apresentado por este estudo é o fato de o Código de Menores de 1927 ter estabelecido punições para os “menores” que praticassem crimes; porém, foi omissivo no que tange à atribuição de penalidades previstas para atos de violência contra eles. Outra falha que podemos verificar no decorrer desse projeto é a ausência da medida mais branda que é a advertência, assim, as penalidades dependiam do entendimento do juiz. O que se percebe é que não havia uma dosimetria da pena.

O Código de Menores de 1979, por sua vez, trouxe em seu conteúdo uma atualização conceitual dos direitos dos menores, assim como a criação de novas garantias; em face das inúmeras

transformações sociais, as medidas aplicadas para combater as infrações penais apresentavam um teor mais justo, pois as penalidades aqui passam a ser aplicadas paulatinamente e em conformidade com a gravidade do ato praticado.

Complementando o arcabouço normativo relacionado ao tema supracitado, temos o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado pela Lei nº 8.069/1990. Este prevê um trabalho conjunto entre o poder público e a sociedade civil no sentido de edificar e fiscalizar a efetivação das políticas públicas voltadas para as questões da criança e do adolescente. É válido enfatizar que o ECA é considerado o documento oficialmente reconhecido de direitos humanos com o conteúdo mais avançado em se tratando das matérias relacionadas à criança e ao adolescente.

O que se observa é que, até o momento, muitos direitos e garantias foram conquistados para esse grupo que anteriormente vivia às margens sociais. Entretanto, ainda há muito que fazer para que esses direitos sejam efetivados. É necessária uma visão sociocultural para que esses direitos sejam atendidos pela sociedade e isso requer tempo, pois o processo é lento.

1. A REALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM FACE DA AUSÊNCIA DE INSTRUMENTOS LEGAIS ESPECÍFICOS PARA A SUA PROTEÇÃO

Legalmente falando, a história da criança e do adolescente nos revela um passado marcado pela rejeição, pelo abandono e pela discriminação por parte do Estado e da sociedade.

Esse descaso pode ser comprovado inicialmente no período colonial que “[...] teve início no século XVI e os últimos anos do século XVIII”¹. Nesse momento, surgiram, no Brasil, as Rodas dos Expostos ou Rodas da Misericórdia, sendo caracterizadas como um cilindro de madeira colocado na parte externa dos Conventos e Casas de Misericórdia com a finalidade de receber recém-nascidos rejeitados, resultados de gravidez indesejada.

No Brasil, as primeiras Casas de Misericórdias a disporem da Roda dos Expostos foram as de Salvador (1726) e a do Rio de Janeiro (1738), sendo que o Império Português regulamentou tal prática em 1806, conferindo a essas instituições a incumbência assistencial aos órfãos e abandonados. Entretanto, embora instituída com o objetivo de proteger a honra da família (a identidade das pessoas que deixavam as crianças na roda era preservada) e a vida da infância, a “roda” acabou por criar efeito contrário. Conforme Jurandir Freire Costa, “de protetora da honra, a casa tornou-se um incentivo à libertinagem”.² Isso porque essa prática passou a ser apoio garantido

¹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Formação do Brasil Colonial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 323, 1999.

² COSTA, Jurandir Freire, 1998. Apud. LIMA, João de Deus Alves; MINADEO, Roberto. Ressocialização de Menores Infratores: Considerações Críticas sobre as Medidas Socioeducativas de Internação. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/127-ARTIGO. Acesso em: 10 jun. 2014.

às transgressões sexuais de homens e mulheres, pois estes destinavam seus filhos ilegítimos às casas de misericórdia.

Em contrapartida, o que de fato desencadeou críticas às “Rodas” foi a alta incidência de mortalidade das crianças que eram expostas. Naquele momento, foi comprovado que a moralidade estreitada era nociva à infância. Para reverter a situação da sociedade do período, os higienistas (grupo que tinha por objetivo que a família colonial acompanhasse as profundas mudanças que passaram a ocorrer no Brasil a partir da segunda metade do século XIX) procuraram modificar a postura familiar da época por meio de uma reorganização doméstica. Isso, associado à ausência de apoio financeiro, levou à extinção das Rodas dos Expostos em 1950 no Brasil.

No período colonial, não existia uma codificação específica que tratasse da criança e do adolescente, os quais estavam subjugados à situação de abandono e discriminação social e estatal. Por outro lado, a sociedade cobrava do Legislativo, desde o período inicial da República – “[...] também conhecida como República Velha, constitui a primeira fase da organização republicana nacional e vai desde a Proclamação da República em 1889 até a chamada Revolução de 1930” –, ³ a instituição de um código de menores que determinasse regras aos que fugissem dos parâmetros socialmente exigidos.

Como resultado das reivindicações sociais, em 1830, foi instituído o primeiro Código Criminal e ele acolheu o “Sistema do Discernimento”, dispondo que o maior de 14 anos respondesse criminalmente, sendo recolhido às casas de correção. De acordo com o estabelecido:

“Se se provar que os menores de quatorze anos, que tiverem cometido crimes obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos.”⁴

O que se buscava naquele momento com a instituição dos novos instrumentos legais era inicialmente atender a solicitação da sociedade que cobrava medidas do Legislativo no sentido de se estabelecerem regras aplicáveis aos menores que tivessem atitudes que não se enquadrassem aos parâmetros socialmente exigidos, e, em contrapartida, proporcionar aos “menores” (termo usado no período para a criança e o adolescente) condições mínimas de proteção e direitos para que eles pudessem ter uma expectativa de um futuro melhor.

Pensando nisso, em 1854, foi dado o primeiro passo para a alfabetização daqueles menores, o Decreto nº 1.331-A, que regulamentou o ensino obrigatório. Todavia, a legislação não se aplicava a todos os “menores”, uma vez que apresentava uma segregação explícita em seu conteúdo, de modo que esse direito não estava assegurado aos escravos. E as restrições se estendiam às crianças que não gozassem de bom estado de saúde. Conforme prevê:

³ TALES, Pinto. Primeira República no Brasil. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/historiab/primeira-republica.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁴ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda Executar o Código Criminal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm >. Acesso em: 10 jun. 2014.

Art. 69. Não serão admitidos à matrícula, nem poderão frequentar as escolas:

§ 1º Os meninos que padecerem moléstias contagiosas.

§ 2º Os que não tiverem sido vacinados.

§ 3º Os escravos.⁵

Além dos pontos expressos, é importante ressaltar que os menores que tivessem idade inferior a 5 anos e superior a 15 anos não poderiam ser admitidos nas escolas para receberem educação, enfatizando que o dispositivo foi aplicado a todos os menores, independente de serem infratores ou não. A discriminação trazida no texto legal é algo indiscutível, fato esse que demonstra a necessidade de serem instituídas leis igualitárias e políticas públicas universais, alcançando, assim, todos os menores, sem distinção.

O Código Penal de 1890 fixou um método um pouco diferente do anterior, pois previa a inimputabilidade absoluta aos menores de nove anos completos, ampliando, portanto, o marco anteriormente adotado. No caso dos maiores de nove e menores de quatorze, para que fosse determinada, ou não, a responsabilidade criminal, era necessária que fosse realizada uma análise a respeito do discernimento do “menor” no momento em que este havia cometido o ato infracional. Este é caracterizado como a conduta descrita como crime ou contravenção penal: “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”.⁶ Caso fosse comprovado o discernimento, o “menor” seria julgado. Essa situação, vale dizer, era bastante complicada, visto que estávamos diante de um julgamento de uma pessoa que não estava com seu desenvolvimento psicossocial plenamente formado.

É importante esclarecer que ambos os códigos citados anteriormente não apresentavam uma separação entre criança e adolescente, sendo eles tratados de maneira isonômica, o que não é correto, pois estão em nível de amadurecimento diferente, logo, devem ser tratados de acordo com seu grau de maturidade.

O Código de 1890 concedeu aos menores de nove anos completos inimputabilidade absoluta, de modo que determinava “Art. 27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 09 anos completos”⁷, fato esse que significa um avanço gradativo, mas importante, dos direitos da criança e do adolescente.

⁵ BRASIL. Decreto nº 17.943-A/1927. Aprova o Regulamento para a reforma do ensino primário e secundário do Município da Corte. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1331-a-17-fevereiro-1854-590146-publicacaooriginal-115292-pe.html>. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁶ BRASIL. Lei nº 9.099/1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

⁷ BRASIL. Decreto nº 847/1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=50260>. Acesso em: 12 jun. 2014.

2. OS PRIMEIROS PASSOS NA LEGISLAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1. CÓDIGO DE MENORES DE 1927

Anteriormente à edição da doutrina de proteção integral no Brasil, a situação do jovem infrator passou, a partir de 1830, a ser regida pelo Código Criminal e, posteriormente, pelo Código Penal em 1890; porém, o texto legal não trazia diferenciação entre adultos, crianças e adolescentes no que se refere ao ato infracional e à aplicação de medidas punitivas.

Em 1927, ocorreu a promulgação da primeira legislação voltada para a tutela do “menor” (termo utilizado no período para identificar a criança e o adolescente) – o Código de Menores do Brasil –, que ficou conhecido como Código de Menores Mello Mattos, em homenagem a seu redator.

Contudo, o Código de Menores não foi direcionado para todas as crianças, mas somente àquelas que se enquadravam no perfil estipulado pelo legislador como em “situação irregular”. O Código definia, em seu artigo 1º, a quem se aplicava a Lei: “art. 1º O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção contidas neste Código”.⁸

Essa legislação especial possuía não apenas medidas protetivas, como também medidas que apresentavam um teor punitivo para que os “menores delinquentes” fossem penalizados todas as vezes que cometessem um “crime ou uma contravenção”.

Art. 79. No caso de menor de idade inferior a 14 anos indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado, crime ou contravenção, si das circunstâncias da infracção e condições pessoais de agente ou de seus pais, tutor ou guarda tornar-se perigoso deixá-lo a cargo destes, o juiz ou tribunal ordenará sua colocação em asilo, casa de educação, escola de preservação⁹, ou o confiará à pessoa idônea, até que complete 18 anos de idade. A restituição aos pais, tutor ou guarda poderá antecipar-se, mediante resolução judiciaria, e prévia justificação do bom procedimento do menor e daqueles.

Art. 80. Tratando-se de menor dos 14 a 18 anos sentenciado á internação em escola de reforma, o juiz ou tribunal pode antecipar o seu desligamento, ou retardá-lo até ao máximo estabelecido na lei, fundando-se na personalidade moral do menor, na natureza da infracção e circunstancias que a rodearam no que possam servir para apreciar essa personalidade, e no comportamento no reformatório, segundo informação fundamentada do diretor.

⁸ BRASIL. Decreto nº 17.943-A/1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 12 jun. 2014

⁹ Escola de Preservação. Essa escola é destinada a dar educação física, moral, profissional e literária às menores, que a ela forem recolhidas por ordem do juiz competente. BRASIL. Decreto nº 17.943-A/1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

Art. 81. Si o menor de 14 a 18 anos for sentenciado até a um ano de internação, o juiz ou tribunal, tomando em consideração a gravidade e a modalidade da infração penal os motivos determinantes e a personalidade moral do menor, pode suspender a execução da sentença o pô-lo em liberdade vigiada.

Art. 82. Quando a infração penal for muito leve pela sua natureza, e em favor do menor concorrer circunstâncias reveladoras de boa índole, o juiz ou tribunal pode deixar de condena-lo, e, advertindo-o, ordenará as medidas da guarda, vigilância ou educação, que lhe parecerem úteis.

Art. 83. O juiz ou tribunal pode renunciar a toda medida, si são passados seis meses, depois que a infração foi cometida por menor de 14 anos, ou si já decorreu metade do prazo para a prescrição da ação penal ordinária, quando se tratar de infração atribuída a menor de 14 a 18 anos.¹⁰

A criação desse Código tinha por objetivo estabelecer normas para o tratamento da infância e juventude que, até o momento, estavam excluídas de regras apropriadas, ordenando situações como o trabalho infantil, o pátrio poder, a tutela, a delinquência e a liberdade vigiada, que “consiste em ficar o menor em companhia e sob a responsabilidade dos pais, tutor ou guarda, aos cuidados de um patronato e sob a vigilância do juiz [...]”¹¹ Porém, havia uma centralização de poder por parte do juiz; logo, o destino das crianças e adolescentes dependia do julgamento e da ética do juiz.

O Código de Menores constitui um marco referencial na evolução dos direitos da criança e do adolescente, estabelece em seu texto a doutrina do menor em situação irregular (os que não estavam atrelados a um grupo familiar, os que cometiam crimes ou que estavam em situação de abandono), instituindo método no qual o menor de idade era matéria de guarda do Estado, enfatizando a responsabilização da família.

2.2. SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA AOS MENORES (SAM)

Em 1941, foi instituído pelo então presidente Getúlio Vargas o SAM, subordinado ao Ministério da Justiça, órgão estruturado à semelhança das penitenciárias; a diferença é que seu atendimento era voltado para os infratores até a idade de 18 anos e buscava uma correção repressiva.

As medidas de implantação do SAM foram efetivadas e as internações ocorreram. Entretanto, os adolescentes que ali estavam não eram submetidos a ações que pudessem promover seja a recuperação ou a prevenção. Logo, as instituições de recolhimento eram utilizadas unicamente para tirá-los do convívio social e familiar. Em outras palavras, eles saíam com a mesma mentalidade e comportamento com que haviam ingressado nas casas de acolhimento ou até mais comprometidos. Em virtude disso, a reincidência era certa.

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 17.943-A/1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 17.943-A/1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

2.3. CÓDIGO DE MENORES DE 1979

Após cinco décadas, em 1979, eis que é instituído o novo Código de Menores. A criança e o adolescente, naquele momento, estavam amparados pelo texto legal; todavia, a realidade não estava condizendo com a letra da lei. O descaso e o abandono permaneciam, a violação dos direitos dos “menores” era a única certeza.

Nesse período, o menor deixa de ser chamado de delinquente passando a ser denominado como “infrator”. E o crime ou uma contravenção passa a ser designado de “desvio de conduta ou de infração penal”.

Aconteceu também uma atualização conceitual dos direitos dos menores, assim como a criação de novas garantias em vista das inúmeras transformações sociais que decorreram entre a vigência de um Código para o outro. As medidas aplicadas para combater a infração penal apresentavam um teor mais justo, pois eram aplicadas de acordo com a infração praticada, assim como:

Art. 14. São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária:

- I - advertência;
- II - entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade;
- III - colocação em lar substituto;
- IV - imposição do regime de liberdade assistida;
- V - colocação em casa de semiliberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.¹²

Em comparação com a legislação anterior, o Código de Menores de 1979 representa um passo importante no tratamento do menor. O Código de Menores de 1927 havia trazido punições para os “menores” que praticassem crimes; porém, foi omissivo no que diz respeito à atribuição de penalidades previstas para atos de violência contra eles. Outra falha apontada no Código de 1927 é a seguinte: a medida mais branda, a advertência, inexistia, e as penalidades dependiam do entendimento do juiz. Logo, o que se percebe é que não havia uma dosimetria da pena, diferentemente do que aconteceu em 1979, em que se vê que as penalidades passam a ser aplicadas paulatinamente e em conformidade com a gravidade do ato praticado.

2.4. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O que se constata é que o ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à infância e à juventude, pode ser analisado em duas fases distintas: a primeira definia a chamada “situação irregular”,

¹² BRASIL. Lei nº 6.697/1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

cujo alcance incluía apenas a criança e o adolescente que se encontravam fora de seu grupo familiar ou ainda aquele que cometesse um crime ou infração penal. A segunda fase é denominada de doutrina de proteção integral; sua fundamentação definitiva se encontra na Constituição Federal de 1988 (CF), na qual é admitida absoluta prioridade; assim, vejamos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹³

Com isso, apartamo-nos da doutrina da situação irregular que perdurava até então, para recepcionarmos a doutrina da proteção integral prevista no texto constitucional.

Os direitos da criança e do adolescente constantes na CF foram consolidados com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 13 de julho 1990. Assim, temos um documento oficialmente reconhecido de direitos humanos com um conteúdo mais progressista em se tratando de direitos da criança e do adolescente.

Em julho de 2014, o ECA completou 24 anos de sua publicação; todavia, ele ainda é estranho para grande parte da sociedade brasileira. Vale lembrar que o reconhecimento dos direitos da criança e do adolescente determinados pelo ECA não depende apenas de uma visão normativa, é algo mais complexo: apesar de o Estatuto estar em conformidade com a ideologia mundial de proteção juvenil, é necessária uma nova visão sociocultural para que esses direitos sejam atendidos pela sociedade. Isso requer tempo, pois o processo é letárgico.

» 2.4.1. PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.4.1.1. Princípio da prioridade absoluta

O artigo 227 da CF prevê o princípio da prioridade absoluta, e o ECA traz essa previsão em seu artigo 4º quando diz:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.¹⁴

Ambos os artigos dispõem que é dever não apenas do Estado, mas também da família e de toda a coletividade zelar pela criança e pelo adolescente. Os dispositivos constitucional e legal são claros ao afirmarem que a classe infanto-juvenil possui absoluta prioridade na proteção e efetivação de seus direitos. Assim, a garantia da prioridade alcança:

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2014. Acesso em: 14 jun. 2014.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.069/1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.

- a) Primazia de receber prestação e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública.
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.¹⁵

Todavia, para que a tutela infanto-juvenil seja executada, é necessária a instituição de políticas públicas com essa finalidade específica. No caso da ausência de recurso voltado para a saúde, por exemplo, a criança e o adolescente não terão o atendimento; tampouco pode-se cogitar em preferência.

É imprescindível que as crianças sejam educadas a partir da principiologia de normas previstas no ECA, regido pela Doutrina da Proteção Integral, e que apresenta como base os princípios da prioridade absoluta e do melhor interesse do menor. Se, na infância, a criança for assistida por essa tutela, certamente, na fase adulta, ela não violará os direitos que a abraçaram naquele período.

A prioridade absoluta como um dos princípios norteadores do ECA reflete-se em todo o sistema jurídico, e os administradores estatais devem pensar e verificar cada ato administrativo para que este esteja em consonância com o artigo 227 da CF, de modo que a criança e o adolescente tenham prioridade absoluta em seus cuidados.

2.4.1.2. Princípio do melhor interesse

Não menos importante é o princípio do melhor interesse; neste, todas as decisões serão tomadas, levando em consideração o que é “melhor” para a criança e o adolescente. Destarte, nem tudo que é melhor para eles significa dizer que é o que eles almejam.

Esse princípio versa que a criança e o adolescente, independente de qualquer situação, estão passando por um período de amadurecimento e formação de personalidade e, por esse motivo, necessitam da máxima preservação. Logo, eles possuem o direito fundamental de adentrarem a fase adulta sob as melhores garantias morais e materiais, conforme previsto no art. 227 da CF.

O princípio do melhor interesse do “menor” tem por objetivo assegurar os direitos referentes a ele, garantindo-lhe o pleno desenvolvimento e sua formação cidadã, coibindo os abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica que envolve a criança e o adolescente, visto que eles estão respaldados pela condição de hipossuficiência e, por esse motivo, obrigatoriamente devem ter sua proteção maximizada.

¹⁵ VILAS-BÔAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12. Acesso em: 16 jun. 2014.

3. O DEBATE SOBRE A MAIORIDADE PENAL

O alto índice de infrações cometidas por adolescentes levou a um intenso e incansável debate sobre a redução da maioridade penal; entretanto, existe um dissenso entre legisladores, juristas e a própria sociedade. Por se tratar de um tema complexo, merece uma apreciação cautelosa para que nenhum desvario seja cometido como tantos outros.

É válido enfatizar que a inimputabilidade aos adolescentes já havia sido determinada pelo Código Penal (CP) de 1940, sendo recepcionado pela CF de 1988, que assenta: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.¹⁶ Seguindo a mesma corrente, o ECA adota o mesmo posicionamento em seu artigo 104, o que fortalece ainda mais esse direito assegurado às crianças e adolescentes.

Para uma melhor compreensão, é necessário que seja definido o termo imputabilidade e, a partir daí, possivelmente, será construída uma análise mais aprofundada sobre o respectivo assunto.

A imputabilidade é a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. O agente deve ter condições físicas, psicológicas, morais e mentais de saber que está realizando um ilícito penal. Mas não é só. Além dessa capacidade plena de entendimento, deve ter totais condições de controle sobre sua vontade. Em outras palavras, imputável é não apenas aquele que tem capacidade de inteligência de sua conduta, mas também do comando da própria vontade, de acordo com esse entendimento.¹⁷

Partindo desse pressuposto, entende-se a imputabilidade como uma condição que o “elemento” que praticou um ato infracional possui para que lhe seja atribuída a culpabilidade; portanto, é requisito obrigatório que ele seja capaz de entender o que praticou e que tenha realizado o ato por vontade própria, sendo a imputabilidade obtida por exclusão; em outras palavras, aqueles que praticam um crime e não apresentam tais atributos são considerados legalmente inimputáveis.

Perduram duas correntes que versam sobre essa questão. A primeira defende que a CF deve recepcionar uma emenda constitucional e, conseqüentemente, ocorra uma mudança imediata no sistema, pois a sociedade em geral está rogando por normas mais rígidas que possam, pelo menos, minimizar a violência praticada por adolescentes. Para eles, imputabilidade é sinônimo de impunidade. Isso devido ao fato de praticarem tais atos, certos de que “nada” os atingirá. O quadro a seguir demonstra a realidade das práticas infracionais cometidas pelo adolescente:

A tabela demonstra os Atos Infracionais ocorridos em 2012, 2013 e de janeiro a maio de 2014 nos municípios de Ananindeua, Belém, Benevides, Marituba e Santa Bárbara, estado do Pará.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2014.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva p. 332-333, 2012.

MUNICÍPIO	REGISTRO	2012	2013	2014
ANANINDEUA	Ameaça	26	44	21
	Apropriação indébita	1	0	0
	Arma de fogo de uso restrito	1	2	2
	Calúnia	1	1	0
	Consumo pessoal de drogas	6	11	2
	Desacato	2	5	1
	Estelionato	1	1	0
	Estupro	1	0	0
	Estupro de vulnerável	15	8	1
	Extorsão	0	1	0
	Formação de quadrilha ou bando	0	3	2
	Furto	17	25	13
	Homicídio	21	19	2
	Injúria	1	5	0
	Latrocínio	7	3	0
	Lesão Corporal	38	56	32
	Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido	21	24	7
	Posse irregular de arma de fogo de uso permitido	2	1	2
	Receptação	6	9	4
	Roubo	147	167	78
Tentativa de Homicídio	9	7	6	
Tráfico de drogas	57	63	33	
Violação de domicílio	0	3	0	
Ananindeua Total		380	458	206
BELÉM	Ameaça	132	124	45
	Apropriação indébita	2	0	0
	Art.41-B-Promover/praticar/incitar a violência	0	28	21
	Calúnia	5	1	1
	Constrangimento ilegal	5	3	0
	Consumo pessoal de drogas	55	43	24
	Desacato	13	22	4
	Difamação	6	1	1
	Dirigir sem habilitação	9	7	4
	Estelionato	6	5	5
Estupro	5	4	4	

MUNICÍPIO	REGISTRO	2012	2013	2014
BELÉM	<i>Estupro de vulnerável</i>	26	26	5
	<i>Extorsão</i>	1	0	0
	<i>Falsa identidade</i>	2	8	2
	<i>Falsidade Ideológica</i>	6	1	0
	<i>Falsificação de documento público</i>	2	5	0
	<i>Formação de quadrilha ou bando</i>	5	1	0
	<i>Furto</i>	157	136	58
	<i>Homicídio</i>	68	44	11
	<i>Homicídio Culposo</i>	9	3	0
	<i>Latrocínio</i>	5	11	1
	<i>Lesão Corporal</i>	198	211	56
	<i>Lesão corporal culposa</i>	12	7	1
	<i>Perturbações da Tranquilidade</i>	4	12	5
	<i>Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido</i>	80	55	27
	<i>Provocação de tumulto/conduita inconveniente</i>	0	26	0
	<i>Receptação</i>	18	20	12
	<i>Roubo</i>	685	690	236
	<i>Sequestro e Cárcere privado</i>	0	11	0
	<i>Sequestro Relâmpago</i>	0	4	4
	<i>Tentativa de Homicídio</i>	18	24	8
<i>Tráfico de drogas</i>	291	280	119	
<i>Violação de domicílio</i>	6	6	0	
<i>Violência Doméstica</i>	7	1	1	
Belém Total		1999	1962	704
BENEVIDES	<i>Ameaça</i>	7	3	7
	<i>Consumo pessoal de drogas</i>	17	13	2
	<i>Desacato</i>	7	0	1
	<i>Dirigir sem habilitação</i>	1	1	1
	<i>Estupro</i>	1	1	0
	<i>Furto</i>	13	10	6
	<i>Homicídio</i>	1	2	1
	<i>Lesão Corporal</i>	12	8	2
	<i>Lesão corporal culposa</i>	0	3	0
	<i>Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido</i>	2	9	2
<i>Receptação</i>	1	6	0	

MUNICÍPIO	REGISTRO	2012	2013	2014
BENEVIDES	Roubo	30	46	12
	Tentativa de Homicídio	2	1	2
	Tráfico de drogas	57	35	22
Benevides Total		175	162	62
MARITUBA	Ameaça	6	3	2
	Consumo pessoal de drogas	2	9	1
	Desacato	3	2	1
	Estupro	1	0	0
	Estupro de vulnerável	2	3	0
	Falsa identidade	4	1	1
	Furto	2	4	5
	Homicídio	6	2	1
	Latrocínio	0	2	0
	Lesão Corporal	14	6	5
	Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido	3	10	1
	Receptação	1	1	3
	Roubo	24	48	15
	Tentativa de Homicídio	5	2	0
	Tráfico de drogas	31	35	6
Marituba Total		115	140	43
SANTA BÁRBARA DO PARÁ	Ameaça	9	3	0
	Consumo pessoal de drogas	6	3	5
	Furto	5	14	2
	Lesão Corporal	1	2	3
	Lesão corporal culposa	0	1	0
	Roubo	9	15	5
	Tentativa de Homicídio	0	1	3
Tráfico de drogas	13	7	0	
Santa Bárbara do Pará Total		46	51	19
Total Região Metropolitana		2778	2833	1057

» Fonte: Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (SISP)/Secretaria Adjunta de Inteligência e Análise Criminal (SIAC)/COEST, 2014.

Os dados anteriores mostram os atos infracionais mais comuns praticados pelos adolescentes. Como se pode verificar, roubo e tráfico de drogas estão entre os atos infracionais mais cometidos pelos adolescentes. Isso nos remete a uma interpretação da existência de problema não apenas

de ordem econômica, mas também social. A ausência de recursos para suprir suas necessidades básicas, como alimentação e vestuário, associada à desestruturação familiar, pode ser fator determinante para o agravamento dessa realidade.

É constatado também que o homicídio ocorre em maior proporção em Ananindeua e Belém, locais onde os crimes (praticados por adultos) acontecem em uma escala alarmante, fato esse que nos leva a pensar que os adolescentes estão sendo inseridos na criminalidade por influência dos adultos. A partir da realidade apresentada, Gilvandro Furtado afirma:

Deve ocorrer a redução da maioridade penal do adolescente infrator de 18 para 16 anos. Porém, não existe uma exatidão se o problema será resolvido, pois, isto é um problema de segurança pública e a mazela está impregnada no ser humano. Outra, no Brasil as questões se resolvem com agravamento de pena, entretanto, as estatísticas demonstram que nada foi resolvido, visto que bandido não tem medo de pena agravada. Mas, é melhor tê-los aprisionados que colocando em risco a sociedade.¹⁸

Pensando nisso, o senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP) apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 33/2012), na qual prevê a possibilidade de a Justiça aplicar sanções determinadas atualmente a criminosos adultos, ou seja, com 18 anos ou mais, a adolescentes envolvidos em crimes como homicídio qualificado, extorsão mediante sequestro e estupro.

De maneira genérica, a PEC autorizava a efetivação da lei penal a menores de 16 anos quando envolvidos em crimes hediondos; destarte, era necessária a devida comprovação por meio de laudo médico que, naquele momento, o adolescente compreendia a gravidade da infração por ele praticada; a medida teria que ser postulada por promotor da infância e da juventude e julgada por juiz de vara especializada na área; e a pena estipulada teria que ser cumprida em estabelecimento prisional característico, separado de presos adultos.

Embora parte dos membros que compõem o legislativo brasileiro fosse favorável à redução da maioridade penal, a PEC foi derrubada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) – que “[...] trata dos assuntos ligados à constitucionalidade, juridicidade, legalidade, regimentalidade, técnica legislativa e redação”¹⁹ –, com 11 votos contrários e 8 favoráveis. Diante disso, Aloysio Nunes ainda tentou defender a viabilidade da PEC argumentando que “não só o fato deveria ser julgado por juiz especializado, mas também que seria possível recorrer da decisão em instâncias superiores do Poder Judiciário”.²⁰ Os esforços foram válidos, porém, não o suficiente para que a PEC fosse efetivada.

A segunda e majoritária vertente na Câmara federal apresenta argumentação negando a eficácia da redução da maioridade penal “O nosso sistema prisional não é feito para ressocializar. Não

¹⁸ FURTADO, Gilvandro. Depoimento sobre a Redução da Maioridade Penal. Belém-PA, diretor da Secretaria Adjunta de Inteligência e Análise Criminal (SIAC), 16 jun. 2014.

¹⁹ Câmara Legislativa do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.cl.df.gov.br/ccj>. Acesso em: 18 jun. 2014.

²⁰ FERREIRA, Aloysio Nunes. Senador (PSDB/SP). Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/19/ccj-rejeita-reducao-da-maioridade-penal-e-senadores-sugerem-mudancas-no-eca>. Acesso em: 18 jun. 2014.

há dados de que o rebaixamento da maioria penal reduz o índice de delinquência juvenil. Há aumento de chance de reincidência – alertou” (Senador Randolfe Rodrigues – PSOL/AP)²¹.

A redução da maioria penal não resolve o problema. Pois, toda a mudança legal não ocorre apenas no aspecto criminal; existe aí uma gama de situações macrosociais assim como o desenvolvimento social, a dissolução do ordenamento legal entre outros. A criminalidade não é algo meramente penal, é algo social; caso o pensamento seja contrário, a pobreza será criminalizada.²²

Randolfe sustentou sua argumentação dizendo que a maioria penal é algo inconstitucional por ferir cláusula pétrea. Isso porque, na avaliação do senador, atentava contra direitos e garantias individuais, consolidados em dispositivos da Constituição que não podem ser restringidos nem suprimidos.

A PEC 33/2012 foi derrubada, e inúmeras considerações foram realizadas; todavia, a questão está longe de ser resolvida devido à sua complexidade. Dentro desse contexto, diversas questões devem ser ponderadas, tais como educação, habitação, saúde, entre outros. O jovem, centro desse debate, deve ser ouvido para saber o que precisa ser melhorado e, dessa maneira, evitar sua entrada no submundo da marginalidade. Isso seria uma prevenção.

Por outro lado, as próprias instituições que recolhem esse infrator devem estar conscientes de seu papel no processo de recuperação desse adolescente, sendo inaceitável que ele seja alvo de qualquer tipo de represália interna por parte dos que ali estão para contribuir com esse procedimento.

Entende-se que a rigorosidade legal deva ser associada ao diálogo com profissionais qualificados e que, acima de tudo, sejam dotados de humanismo para que façam esse adolescente entender, por meio de orientações, que o caminho da delinquência não é o melhor para reparar seus diversos tipos de adversidades. É imprescindível empatia por parte do Estado e da sociedade para sanar esse grave problema. Frota afirma que “é preciso saber dimensionar os problemas para saber intervir de modo adequado”.²³ Esse talvez seja o caminho para combater o ingresso e a reincidência infanto-juvenil na criminalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A historicidade dos direitos da criança e do adolescente nos remete a duas correntes que embasaram os pressupostos de nossos legisladores e doutrinadores no que se refere à regularização da conduta de jovens infratores: a doutrina da situação irregular e, em contrapartida, a doutrina da proteção integral.

²¹ RODRIGUES, Randolfe. Senador. (PSOL/AP). Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/19/ccj-rejeita-reducao-da-maioridade-penal-e-senadores-sugerem-mudancas-no-eca>. Acesso em: 18 jun. 2014.

²² SOUZA, Marcos Fabiano Amazonas. Depoimento sobre a Redução da Maioridade Penal. Belém-PA, diretor da Divisão de Atendimento ao Adolescente (DATA). 18 jun. 2014.

²³ FROTA, Maria Guiomar da Cunha. A Cidadania da Infância e da Adolescência: da situação irregular à proteção integral. Belo Horizonte: UFMG, p. 81, 2002.

Os códigos anteriores ao ECA foram instituídos com o intuito de punir os menores de 18 anos que se encontravam em situação irregular, ou seja, os que se achavam em estado de delinquência, abandono moral (falta de cuidado ou negligência dos responsáveis para com os que estão sob sua vigilância, permitindo que pratiquem atos contrários à moral ou aos bons costumes) ou material. Vale dizer que, nessa última categoria, eram compreendidos desde os que se encontrassem casualmente sem habitação definida nem meios de manutenção devido à indigência, à enfermidade, à ausência ou à prisão de seus responsáveis, ou mesmo os que executassem atos contrários à moral e aos bons costumes.

Nesse período, o delinquente era aquele que entre 14 e 18 anos praticava algum ilícito penal. Acontece que aqui o menor delinquente estava sujeito a um processo especial, a ele era atribuída uma responsabilização penal minorada, e a lei foi clara e rigorosa ao conduzi-lo à internação em reformatórios, onde permanecia até a maioridade. É possível perceber que sua condição de abandono produzia um agravamento na pena.

É importante enfatizar que o termo “menor” foi designado à criança e ao adolescente que apresentavam comportamentos que iam de encontro aos estabelecidos pela sociedade. A pobreza e a conduta desviante foram fatores determinantes para a rotulação deles.

É válido expor que ocorreu aí uma separação infanto-juvenil, isso porque o texto legal “protegia” o menor pobre e abandonado e reprimia o adolescente “delinquente”.

O que se constata é que o Código de 1830 “não fez distinção entre criança e adolescente e tampouco conferiu a eles a condição de sujeitos de direitos, o que justifica a absoluta omissão de atribuição dos deveres do Estado [...]”.²⁴ Como visto, o descaso e a intolerância social estavam incorporados a um sistema falho que segregava e discriminava, tendo acompanhado o adolescente durante décadas e se perpetuado de forma sutil até a aprovação do ECA.

O ECA pertence à segunda corrente de fundamentação, na qual é prevista proteção integral que versa sobre a reeducação e a ressocialização de adolescentes infratores, daí por que este dispositivo legal é considerado um instrumento inovador. Traz ainda uma separação entre a criança e o adolescente no contexto normativo, o que gera uma diferenciação no momento em que é detectado um ato infracional.

O legislador responsável pela edição do Estatuto foi mais tolerante ao prever que um indivíduo que possui idade inferior a 12 anos, quando comete ilícito penal, não poderá incorrer em nenhum tipo de processo ou sanção, visto que entende que a criança não possui a capacidade psíquica plena para distinguir um ato infracional. Nesse caso, serão aplicadas medidas protetivas, e a criança deverá receber orientação, apoio e acompanhamento temporário, podendo, a partir daí,

²⁴ DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo. Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Método, p. 24, 2014.

ratificar que tais medidas são basicamente pedagógicas. Busca, com isso, fortalecer o elo comunitário, assim como o familiar.

No entanto, em se tratando de adolescente infrator, esse sim está sujeito a processo judicial. Todavia, a sanção determinada nessas situações não é aplicada de acordo com o procedimento criminal, mas sim, tal como previsto no ECA. Medidas socioeducativas são aplicadas ao “infrator” com o objetivo de inibir a reincidência entre os adolescentes de 12 a 18 anos por possuírem finalidade pedagógica e educativa.

É irrefutável que muita coisa ainda precisa ser melhorada no sistema; porém, conforme foi exposto, hodiernamente a criança e o adolescente brasileiro são concebidos como sujeitos de direitos e obrigações, como cidadãos que podem exigir respeito devido à condição peculiar de pessoa que se encontra em desenvolvimento, carecendo, assim, de proteção especial do “sistema societário”, como prevê o texto constitucional. É necessário que se entenda que a criminalidade juvenil não é uma questão meramente penal; é algo que ultrapassa essa barreira; é algo social que, obrigatoriamente, precisa de políticas públicas específicas voltadas para sanar esse grande “mal” chamado ato infracional.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2014.
2. BRASIL. Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.
3. BRASIL. Decreto nº 1.331-A de 17 de Fevereiro de 1854. Aprova o Regulamento para a reforma do ensino primário e secundário do Município da Corte. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1331-a-17-fevereiro-1854-590146-publicacaooriginal-115292-pe.html>. Acesso em: 10 jun. 2014.
4. BRASIL. Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=50260>. Acesso em: 12 jun. 2014.
5. BRASIL. Lei de 16, de dezembro de 1830. Manda Executar o Código Criminal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm >. Acesso em: 10 jun. 2014.
6. BRASIL. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.
7. BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.
8. BRASIL. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 12 jun. 2014.
9. Câmara Legislativa do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.cl.df.gov.br/ccj>. Acesso em: 18 jun. 2014.
10. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva. 2012
11. COSTA, Jurandir Freire, 1998. *Apud*. LIMA, João de Deus Alves; MINADEO, Roberto. Ressocialização de Menores Infratores: Considerações Críticas sobre as Medidas Socioeducativas de Internação. Instituto Bra-

- sileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/127-ARTIGO. Acesso em: 10 jun. 2014.
12. DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo. Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Método, 2014.
 13. FROTA, Maria Guiomar da Cunha. A Cidadania da Infância e da Adolescência: da situação irregular à proteção integral. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
 14. FURTADO, Gilvandro. Depoimento sobre a Redução da Maioridade Penal. Belém-PA, diretor da Secretaria Adjunta de Inteligência e Análise Criminal (SIAC), 16 jun. 2014.
 15. FERREIRA, Aloysio Nunes. Senador (PSDB-SP). Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/19/ccj-rejeita-reducao-da-maioridade-penal-e-senadores-sugerem-mudancas-no-eca>. Acesso em: 18 jun. 2014.
 16. RODRIGUES, Randolfe. Senador (PSOL/AP). Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/19/ccj-rejeita-reducao-da-maioridade-penal-e-senadores-sugerem-mudancas-no-eca>. Acesso em: 18 jun. 2014.
 17. SOUZA, Marcos Fabiano Amazonas. Depoimento sobre a Redução da Maioridade Penal. Belém-PA, diretor da Divisão de Atendimento ao Adolescente (DATA). 18 jun. 2014.
 18. TALES, Pinto. Primeira República no Brasil. Disponível em: <http://www.brasilecola.com/historiab/primeira-republica.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.
 19. VILAS-BÔAS, Renata Malta. A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12. Acesso em: 16 jun. 2014.
 20. WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Formação do Brasil Colonial. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

The unconstitutional relativization of res judicata

SUMÁRIO

Introdução. 1. A coisa Julgada. 1.1. Conceito e natureza jurídica. 1.2. Efeitos e limites. 1.3. Formas de relativização da coisa julgada. 2. A Coisa Julgada Inconstitucional. 2.1. As previsões legais quanto à relativização da coisa julgada inconstitucional. 2.2. Aspectos procedimentais das hipóteses legais (RE 590809 e novo CPC). 3. A (IN)Constitucionalidade da Relativização da Coisa Julgada Inconstitucional. Conclusão. Referências.

RESUMO

Trata-se de trabalho voltado ao estudo das formas atípicas de relativização da coisa julgada material, em especial a relativização da coisa julgada inconstitucional. Pondera-se, atualmente, na doutrina e na jurisprudência, acerca da necessidade de inclusão de novas formas de relativização da coisa julgada material além da tradicional e típica que é a ação rescisória. Há, no entanto, um sério problema ao afrontar a autoridade da *res judicata*¹ sob a alegação de respeito ao princípio da supremacia da Constituição que deve ser levado em conta. Pondera-se e analisa-se o instituto da coisa julgada para entender-se de perto o que deve prevalecer.

» *Palavras-chave: Relativização. Coisa julgada. Inconstitucional. Supremacia. Constituição.*

ABSTRACT

This is a work devoted to the study of atypical relativization of res judicata, especially by the unconstitutional relativization of res judicata. There are studies in doctrine and jurisprudence about the need to include new forms of relativization of res judicata beyond the traditional and typical form, the rescission action. There is, however, a serious affront to the authority of res judicata by the claim of respecting the principle of the supremacy of the Constitution that should be thought through. The Institute of res judicata need to be deep analyzed in order to understand what must prevail.

» *Keywords: Relativization. Res judicata. Unconstitutional. Supremacy. Constitution.*

Thiago Cordero Pivotto

Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em Direito Processual Civil pela Rede de Ensino LFG.

¹ Coisa julgada.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de trazer à tona uma reflexão acerca do conflito entre a *res judicata* e o princípio da supremacia da Constituição.

Discute-se, atualmente, até que ponto é preciso relativizar a coisa julgada material para que uma decisão injusta ou baseada em uma norma inconstitucional não prevaleça.

Ao travar o conflito entre a autoridade da coisa julgada material, à luz da segurança jurídica, e os princípios da supremacia da Constituição, da proporcionalidade e da razoabilidade, os órgãos jurisdicionais colocam-se em uma tormentosa discussão.

Analisar-se-á, para que esse conflito possa ser devidamente solucionado, a fonte jurídica da coisa julgada bem como a correta ótica acerca do princípio da supremacia da Constituição.

Será visto, primeiramente, o instituto da coisa julgada a partir de vários ângulos – seu conceito, sua natureza jurídica, seus efeitos e seus limites – para então introduzir o assunto concernente à relativização da coisa julgada.

Serão vistos, conseqüentemente, os dispositivos legais acerca da teoria da relativização da coisa julgada inconstitucional bem como os aspectos procedimentais atinentes às hipóteses.

Finalmente, haverá a condução do tema à tormentosa discussão acerca não só da suposta inconstitucionalidade dos dispositivos processuais correlatos, mas também à suposta inconstitucionalidade do instituto da relativização atípica da coisa julgada em si.

O cerne da discussão, portanto, será sobre até que ponto a relativização da coisa julgada material deve ocorrer em prol da não prevalência de decisões baseadas em normas declaradas inconstitucionais ou gritantemente injustas.

Propõe-se, neste trabalho, um novo parâmetro de confronto a ser estabelecido. A verdadeira ponderação a ser feita não é entre a coisa julgada e a força normativa da Constituição, mas, senão, outra. Deve-se travar a ponderação entre a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca de determinada norma à luz da Constituição e, de outro lado, o Estado Democrático de Direito, aqui presente ante a ofensa à coisa julgada, que dele provém como manifestação, dentro do Poder Judiciário, da própria essência da Constituição.

1. A COISA JULGADA

1.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A partir do surgimento de uma demanda no Poder Judiciário, dar-se-á início a uma sucessão de atos processuais no intuito de instruir os autos e formar a convicção do magistrado.

Após as diversas fases processuais iniciais – postulatória, saneadora e probatória –, chega-se à fase decisória, na qual o Estado-juiz pronunciará e individualizará o direito à espécie.

Sabe-se, por oportuno, que a fase decisória compreende a etapa recursal, que se consubstancia na irresignação natural do ser humano, bem como na falibilidade do decisor.

Chega-se a um momento, no entanto, em que a decisão deve revestir-se de um manto protetor, afastando quaisquer incertezas e instabilidades de forma a imperar a segurança jurídica.

A partir do momento em que não há mais a possibilidade de as partes insurgirem-se contra as manifestações judiciais, ou seja, quando não há mais meios legais à disposição para combater o pronunciamento jurisdicional, tem-se o trânsito em julgado da causa.

Pode-se dizer, dessa forma, que a coisa julgada é, segundo a concepção de Liebman, a imutabilidade dos efeitos da sentença transitada em julgado².

O conceito, no entanto, não é tranquilo. Discute-se até que ponto a coisa julgada é um efeito propriamente da sentença ou então uma situação jurídica dela originada. Nos dizeres de Daniel Amorim:

A doutrina é unânime em associar a coisa julgada material à imutabilidade da decisão judicial de mérito que não pode ser mais modificada por recursos ou pelo reexame necessário, na específica hipótese prevista pelo art. 475 do CPC. Existe, entretanto, séria polêmica a respeito do que exatamente se torna imutável em razão do fenômeno da coisa julgada material, sendo possível destacar três correntes doutrinárias.³

Majoritariamente, na doutrina, adota-se o conceito de Liebman susomencionado. A *res judicata* seria uma qualidade da sentença, ou seja, um efeito dela proveniente.

O que não se explica com essa teoria é que, na verdade, os efeitos da sentença não são imutáveis, sendo, como exemplo clássico, um ato ou fato superveniente capazes de modificar os efeitos da decisão. Explica melhor Daniel Amorim.

O efeito principal da sentença condenatória, que é permitir a prática de atos materiais de execução, só pode ser gerado uma vez, sendo inadmissível a existência de sucessivas execuções fundadas numa mesma sentença. Na sentença declaratória, a certeza jurídica

² FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal (Teoria, Crítica e Práxis). 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 1046.

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 493.

pode ser afastada por ato das partes, como na hipótese de dívida declarada e posteriormente quitada pelo devedor ou na ação de investigação de paternidade julgada improcedente com o posterior registro voluntário realizado pelo réu da paternidade do autor. Por fim, na sentença constitutiva, é possível voltar à mesma situação jurídica existente antes da coisa julgada material, servindo de exemplo o novo casamento entre pessoas divorciadas judicialmente.⁴

Sendo assim, surge uma outra vertente, entendendo ser o conteúdo da decisão apresentada em sua parte dispositiva o que realmente é acobertado pela coisa julgada.

Para essa vertente, da qual faz parte Didier, a coisa julgada é uma situação jurídica, de forma que sua imutabilidade restringe-se à norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva da sentença⁵.

Uma terceira vertente aponta, ainda, a *res judicata* como uma certeza jurídica proveniente do elemento declaratório inerente aos pronunciamentos judiciais em geral.

Deve-se, por fim, conceituar a diferença existente entre a coisa julgada formal e a coisa julgada material.

É certo que a imutabilidade do efeito da sentença, ou do dispositivo da sentença, irradia efeitos dentro do próprio processo em um chamado fenômeno endoprocessual, ou seja, há o impedimento da modificação da decisão dentro do processo no qual foi proferida.

A isso é dado o nome de coisa julgada formal, ou preclusão máxima. Qualquer que seja o processo ou a espécie de sentença, haverá a coisa julgada formal.

Em outra ótica, tem-se a coisa julgada material, que é a projeção da coisa julgada para fora do processo, tornando indiscutíveis os efeitos da sentença para além dos limites do processo no qual foi proferida.

Esse fenômeno extraprocessual requer uma cognição exauriente, é dizer, apenas o aprofundamento da cognição do juiz é merecedor da cobertura da coisa julgada material, permanecendo os pronunciamentos em que há cognição superficial com a coisa julgada formal, como ocorre, com pouca divergência, na sentença cautelar. É o que leciona Luiz Guilherme Marinoni.

Se o juiz não tem condições de conhecer os fatos adequadamente (com cognição exauriente) para fazer incidir sobre estes uma norma jurídica, não é possível a imunização da decisão judicial, derivada da coisa julgada material.

Tal é o que ocorre com as ações cautelares. Nelas, o juiz cinge-se a decidir com base na “aparência” (em *fumus boni iuris*), sem que possa chegar a um juízo de “certeza sobre os fatos” – e, portanto, sem que tenha condições de declarar, de forma definitiva, a existência de um direito. Por essas razões, a doutrina é cética em reconhecer a possibilidade de o

⁴ Idem, p. 494.

⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 408.

provimento cautelar gerar coisa julgada material – com exceção feita à hipótese, prevista no art. 810 do CPC, em que o juiz reconhece, na ação cautelar, a ocorrência de prescrição ou decadência do direito acautelado.⁶

1.2. EFEITOS E LIMITES

Diz-se que a coisa julgada produz um efeito negativo e um efeito positivo.

A imutabilidade gerada pela coisa julgada material afasta a possibilidade de a mesma causa – mesmas partes, pedido e causa de pedir – ser decidida novamente em outra demanda a ser proposta. A esse óbice criado pela coisa julgada material dá-se o nome de efeito negativo⁷ ou função negativa⁸.

Por outro lado, há também um outro efeito decorrente da coisa julgada material, que é a vinculação gerada ao magistrado em relação à decisão anteriormente proferida quando for decidir outra causa, em outro processo.

Na verdade, não se impede que o juiz resolva a causa, apenas impõe-se a ele a necessidade de observar o que foi decidido no processo anterior. É o chamado efeito positivo⁹ ou função positiva¹⁰.

Importante notar que a função negativa é gerada quando analisada à luz da teoria da tríplice identidade – *tria eadem*^{11 12} –, enquanto a função positiva é gerada quando analisada à luz da teoria da identidade da relação jurídica, ou seja, há uma mesma relação jurídica que já foi decidida no primeiro processo e que deve ser protegida na análise do segundo.

Há, ainda, um terceiro efeito da coisa julgada, denominado de efeito preclusivo ou julgamento implícito, segundo o qual a coisa julgada cria uma imutabilidade em torno não só do que foi deduzido, mas também do que poderia ter sido deduzido.

Todas as alegações deduzidas, bem como aquelas que seriam dedutíveis, porque mantêm relação direta com o material da primeira demanda (ainda que não tenham sido apresentadas em juízo ou apreciadas pelo magistrado), presumem-se oferecidas e repelidas pelo órgão jurisdicional.

Isto não quer dizer que os motivos da sentença transitam em julgado, mas apenas que, uma vez julgada a controvérsia, e elaborada a regra concreta do caso, todo o material utilizado como pressuposto para atingir essa declaração torna-se irrelevante e superado

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – V. 2 – Processo de Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 645.

⁷ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 425.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 495.

⁹ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol. 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 425.

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 496.

¹¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 12.197/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2008, DJe 18/12/2008.

¹² Tríplice identidade.

(mesmo que, sobre ele, não se tenha o órgão jurisdicional manifestado expressamente, ou completamente).¹³

Há também uma diferenciação entre os limites provenientes da coisa julgada, sendo doutrinariamente divididos em subjetivos e objetivos.

O limite objetivo da coisa julgada diz respeito à capitulação da sentença que é submetida à coisa julgada, sendo certo que apenas a parte dispositiva é acobertada pelo manto da imutabilidade.

A fundamentação, necessária e obrigatória para que o magistrado aplique o direito abstrato à espécie concreta, não recebe a qualidade de coisa julgada, via de regra¹⁴.

O limite subjetivo, por sua vez, determina quem está submetido à coisa julgada, de forma a afastar terceiros que não são beneficiados ou prejudicados pela decisão.

Diz-se que apenas as partes suportam os efeitos da decisão, de forma que o limite subjetivo abrange apenas elas. É a chamada eficácia *inter pars*¹⁵.

Em uma visão constitucional, nada mais lógico que a eficácia ser de fato *inter pars*. Afinal, como admitir que terceiros que não participaram da discussão processual – não foram oportunizados a exercer os princípios da ampla defesa e do contraditório – pudessem ser afetados pela decisão proferida?

A doutrina, de forma geral, faz ainda uma consideração interessante a respeito do limite subjetivo da coisa julgada.

A doutrina acertadamente ensina que todos os sujeitos – partes, terceiros interessados e terceiros desinteressados – suportam naturalmente os efeitos da decisão, mas a coisa julgada os atinge de forma diferente. As partes estão vinculadas à coisa julgada, os terceiros interessados sofrem os efeitos jurídicos da decisão, enquanto os terceiros desinteressados sofrem os efeitos naturais da sentença, sendo que em regra nenhuma espécie de terceiro suporta a coisa julgada material.¹⁶

1.3. FORMAS DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

É certo que a coisa julgada material é uma característica indispensável à noção de Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, da ideia de acesso à justiça.

O acesso ao Poder Judiciário precisa ser analisado também sob o enfoque da sua saída, ou seja, é preciso dar ao cidadão a tranquilidade de um conflito solucionado definitivamente.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – V.2 – Processo de Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 658.

¹⁴ Diz-se via de regra em razão da discussão constitucional a respeito dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, em que há correntes tendentes à transcendência dos motivos determinantes.

¹⁵ Entre as partes.

¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010, p.500.

Ocorre, no entanto, que há certos vícios que tornam necessário relativizar a *res judicata*, ou seja, é preciso afastar o manto protetor que cobre a decisão profunda em respeito a outros princípios.

A esses motivos dá-se o nome de vícios de rescindibilidade, tendo o Código de Processo Civil elencado um rol de nove incisos em seu artigo 485 com essas hipóteses de desconstituição da coisa julgada material.

Essa forma de relativização é, como se vê, prevista em lei, e a doutrina é pacífica quanto à aceitação do mecanismo da ação rescisória para quebrar a proteção da imutabilidade dos efeitos da sentença.¹⁷

Há, no entanto, um movimento crescente e recente que propõe uma nova forma de relativizar a coisa julgada além da hipótese típica da ação rescisória. Para essa nova teoria, caberia a relativização da coisa julgada quando injusta ou inconstitucional, apelidada de relativização atípica da coisa julgada material.¹⁸

Fredie Didier Jr., citando o Ministro José Augusto Delgado e Cândido Rangel Dinamarco, aponta a origem histórica no Brasil dessa relativização atípica.

O primeiro a suscitar a tese da relativização da coisa julgada no Brasil foi José Augusto Delgado, ministro do Superior Tribunal de Justiça. Defendeu, a partir da sua experiência na análise de casos concretos, a revisão da carga imperativa da coisa julgada toda vez que afronte os princípios da moralidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, ou se desafine com a realidade dos fatos. A lição foi difundida por autores como Humberto Theodoro Jr., Juliana Cordeiro e Cândido Rangel Dinamarco.

Cândido Dinamarco já vinha propondo essa solução há um bom tempo. O autor tem uma das opiniões mais abertas sobre a relativização da coisa julgada. Afirma categoricamente que a coisa julgada só deve se conservar inquebrantável se: a) consoante com as máximas da proporcionalidade, razoabilidade, moralidade administrativa – quando não seja absurdamente lesiva ao Estado; b) cristalizar a condenação do Estado ao pagamento de valores “justos” a título de indenização por expropriação imobiliária; c) não ofender a cidadania e os direitos do homem e não violar a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.¹⁹

A relativização da coisa julgada injusta traz tormentosas discussões. Primeiramente, há o problema de conceituação da justiça, que é termo juridicamente indefinido e, talvez, indefinível.

Utilizam-se vários princípios – moralidade, legalidade, razoabilidade e proporcionalidade – para estabelecer algum critério minimamente objetivo, abrindo, contudo, um campo indeterminado e fértil para a casuística.

¹⁷ Adotando-se o conceito de coisa julgada de Liebman.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Fredie Didier Jr. (org.). 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2006, p. 199.

¹⁹ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 441.

Em outra ótica, a relativização aproxima a coisa julgada material da noção de justiça como termo proveniente do senso comum. Ambas as críticas são apontadas na doutrina autorizada de Marinoni e Arenhart.

As teses da “relativização” não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Admitir que o Estado-juiz errou no julgamento que se cristalizou implica em aceitar que ele pode errar novamente, quando a ideia de “relativizar” a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. As soluções apresentadas são por demais simplistas para merecerem guarida, principalmente no atual estágio de desenvolvimento da ciência do Direito e na absoluta ausência de uma fórmula racionalmente justificável que faça prevalecer, em todos os casos, determinada teoria da justiça. Com um apelo quase que sensacionalista, pretende-se fazer crer que os juristas nunca se preocuparam com a justiça das decisões jurisdicionais, ao mesmo tempo em que se procura ocultar que o problema sempre foi alvo de reflexão.

A “tese da relativização” contrapõe a coisa julgada material ao valor justiça, mas surpreendentemente não diz o que entende por “justiça” e sequer busca amparo em uma das modernas contribuições da filosofia do direito sobre o tema. Aparentemente, parte de uma noção de justiça como senso comum, capaz de ser descoberto por qualquer cidadão médio (*l'uomo della strada*), o que a torna imprestável ao seu propósito, por sofrer de evidente inconsistência, nos termos a que se refere Canaris.²⁰

É certo que a coisa julgada material não pode ser um valor absoluto e, conforme a teoria da relativização da coisa julgada injusta, deve-se realizar uma ponderação entre a segurança jurídica e a manutenção da ofensa a um direito fundamental.

Há, dentre os defensores da relativização, quem entenda ser o vício da injustiça fator suficiente para que inexista coisa julgada material e há quem entenda pela existência da *res judicata*, apesar da necessidade de afastá-la.

Entre os defensores da inexistência da coisa julgada, há ainda um dissenso a respeito da alocação do vício da sentença – planos da eficácia, validade ou existência.

Cândido Rangel Dinamarco situa o vício no plano da eficácia; Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria o fazem no plano da validade; já Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina situam o vício no plano da existência.²¹

Na jurisprudência, encontra-se precedente no sentido de ser o vício alocado no plano da existência.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – V.2 – Processo de Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 658.

²¹ Foi utilizada a sistematização dos diversos autores a partir da menção proveniente da obra de Daniel Amorim Assumpção Neves.

1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão.
2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado.
3. “A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada.” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. ‘O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização’, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25)
4. “A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação *incidenter tantum* em algum outro processo, inclusive em peças defensivas.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. ‘Coisa Julgada Inconstitucional’ — Coordenador Carlos Valder do Nascimento – 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65)
5. Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos.
6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos.
7. Recurso especial desprovido.²²

²² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 622405/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 221.

No tocante à relativização atípica da coisa julgada inconstitucional, faz-se remissão ao quarto capítulo deste trabalho.

2. A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

2.1. AS PREVISÕES LEGAIS QUANTO À RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Diferentemente da relativização atípica da coisa julgada injusta, a relativização atípica da coisa julgada inconstitucional possui previsão legal, que não por isso – estar prevista em lei – foge de críticas.

O artigo 741 do Código de Processo Civil tem em seu parágrafo único a seguinte redação.

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Já o artigo 475-L, inciso II e parágrafo primeiro, dispõe o seguinte:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

[...]

II - inexigibilidade do título;

[...]

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

A submissão da *res judicata* à incerteza do porvir de uma declaração de inconstitucionalidade aparenta afrontar os postulados da segurança jurídica e também toda a estrutura do conceito de um Estado Democrático de Direito.

Fredie Didier Jr. aponta esse cenário problemático.

Também a relativização com base na inconstitucionalidade é problemática, pois a qualquer momento que a lei em que se fundou a decisão fosse reputada inconstitucional a decisão poderia ser desconstituída. Com isso, malferir-se-ia frontalmente a garantia da segurança jurídica.²³

²³ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 443.

2.2. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DAS HIPÓTESES LEGAIS (RE 590809 E NOVO CPC).

A hipótese trazida pelo artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, é de embargo à execução contra a Fazenda Pública, seguindo, portanto, os moldes dispostos a tal instrumento.

O artigo 475-L, II, § 1º, por sua vez, traz uma nova hipótese para a fase de cumprimento de sentença, adotando-se, destarte, as regras atinentes à impugnação ao cumprimento de sentença.

Apesar de serem, tecnicamente, formas de desconstituição da coisa julgada material, ou seja, hipóteses de rescisão de sentença, não são aplicáveis a elas as regras da ação rescisória.

Partindo-se dessa conclusão, tem-se a não adoção do prazo bienal da ação rescisória, mas sim o prazo de 15 dias da impugnação ao cumprimento de sentença²⁴ ou o prazo de 15 dias dos embargos à execução contra a Fazenda Pública²⁵.

Além do mais, a competência para a ação rescisória, que é sempre de um Tribunal, não cabe nos casos de embargos ou da impugnação. É o que sistematiza Leonardo José Carneiro da Cunha.

É nova hipótese de rescisão de sentença, que, porém, não se submete ao mesmo regramento jurídico das demais, previstas para a ação rescisória (CPC, art. 485). É relevante a observação, pois há diferenças em relação ao prazo bienal para a propositura da rescisória, que não se aplica a este caso, e à competência, que, para a ação rescisória, é sempre de um tribunal. Há, pois, um novo instrumento de revisão de coisa julgada.²⁶

É certo, no entanto, que os embargos e a impugnação não excluem a possibilidade de a parte ajuizar uma ação rescisória versando sobre a inconstitucionalidade de lei que fundamentou a decisão, bem como ação declaratória autônoma, conforme dispõe autorizada doutrina.

Registre-se por fim que a forma processual dos embargos e da impugnação para a alegação da matéria ora discutida é simplesmente uma opção dada à parte para a sua alegação, sendo admissíveis também a ação rescisória e a ação declaratória autônoma com a mesma finalidade.²⁷

Além dos aspectos relativos à competência e ao prazo, deve-se atentar à hipótese de inconstitucionalidade declarada, uma vez que não é qualquer uma capaz de desencadear as hipóteses dos artigos.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entendiam que a decisão há de ser dotada de eficácia *erga omnes*²⁸, ou seja, em controle abstrato ou então em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal após Resolução do Senado Federal.

Há, contudo, o REsp 783500, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 6 de abril de 2006, que entendeu dispensável a Resolução do Senado.

²⁴ Artigo 475-J, § 1º do CPC.

²⁵ Artigo 738 do CPC.

²⁶ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 292.

²⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 507.

²⁸ Para todos.

[...] 2. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (**independentemente de resolução do Senado**), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte). [...].²⁹ (Grifo não consta no original).

A última decisão, proferida em sede de recurso repetitivo, foi no sentido de ser desnecessária a Resolução do Senado Federal.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. FGTS. EXPURGOS. SENTENÇA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXEGESE. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES A CONTAS DE NÃO-OPTANTES. ARESTO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. 1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional. 2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e **independentemente de resolução do Senado**, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição. 3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado. 4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à vigência do dispositivo. [...]. 7. Recurso especial conhecido em parte e não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.³⁰ (Grifo não consta no original).

Também ganha destaque o último pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria e, em especial, acerca da Súmula nº 343 daquela Corte. O Supremo decidiu que não cabe ação rescisória contra decisões com trânsito em julgado, proferidas em harmonia com a jurisprudência da Corte, mesmo que ocorra alteração posterior do entendimento sobre a matéria. A Corte

²⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 783500/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 24/04/2006, p. 371.

³⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1189619/PE. Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010.

Constitucional aplica a Súmula nº 343, portanto, aos casos em que não há controle concentrado de constitucionalidade.

AÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.³¹

Nesse contexto, atualmente é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça aceita a relativização atípica inconstitucional tanto quando houver controle abstrato quanto difuso, independentemente de resolução do Senado Federal, ao passo que o Supremo Tribunal Federal aceita essa relativização tão somente quando houver controle abstrato de constitucionalidade, reservando o Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo para casos em que há tão somente controle difuso, em que pese toda a discussão acerca da objetivação do controle difuso encabeçada, principalmente, pelo i. Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Fredie Didier Jr. sistematiza alguns pressupostos para a aplicação dos dispositivos, são eles³²: a) que a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha sido anterior à formação do título judicial; b) a lei – cuja inconstitucionalidade já tenha sido proclamada pelo Supremo Tribunal Federal – deve ter sido essencial para a procedência do pedido; c) a não-incidência em relação às coisas julgadas anteriores à vigência do dispositivo.

Quanto à alínea “a”, o autor faz a ressalva de que se adota, em sua obra, o entendimento de que a decisão tenha sido proferida com um defeito genético: já nasceu em desconformidade com a orientação do Supremo Tribunal Federal.

Esse posicionamento, contudo, não parece ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça³³, nem pelo Supremo Tribunal Federal.

EMENTA: [...]. **6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.** 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória.³⁴ (Grifos não constam no original).

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 590809, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014.

³² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol 5. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 373-375.

³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1103584/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 10/09/2010.

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 328812 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-04 PP-00748 RTJ VOL-00204-03 PP-01294 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 255-284.

Araken de Assis aponta não só a possibilidade de o pronunciamento quanto ao controle de constitucionalidade ser posterior à formação do título mas também salienta que o limite bienal da ação rescisória não é um obstáculo para a desconstituição.

A qualquer momento, pronunciada a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que se baseou o pronunciamento judicial, desaparecerá a eficácia do art. 467. E isto se verificará ainda que a Corte Constitucional se manifeste após o prazo de dois anos da rescisória (art. 495).³⁵

Alguns aspectos atinentes à constitucionalidade de ambos os dispositivos, bem como à constitucionalidade em si do instituto da relativização da coisa julgada inconstitucional serão trabalhados no terceiro capítulo deste trabalho.

Chama-se a atenção também à tratativa dada pelo novo Código de Processo Civil à matéria.

O texto consolidado do projeto prevê a necessidade de pronunciamento em controle concentrado por parte do Supremo Tribunal Federal ou, se em controle difuso, apenas após a suspensão da norma por resolução do Senado Federal. Confira-se.

Art. 521.

[...]

§ 10. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexistente o título judicial fundado:

I - em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição da República em controle concentrado de constitucionalidade;

III - em norma cuja execução tenha sido suspensa pelo Senado Federal.

A redação do projeto não está imune às críticas, sobretudo a partir da chamada objetivação do controle difuso de constitucionalidade, ou mesmo da sua força expansiva, como já pronunciado pela Corte³⁶, o que certamente torna duvidosa a necessidade de resolução do Senado Federal no caso de controle difuso de constitucionalidade. De toda sorte, o projeto está de acordo com o mais recente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal levado a efeito no RE 590809, que deu novos contornos ao Verbete nº 343 daquela Corte.

³⁵ ASSIS, Araken. Manual da Execução. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1196.

³⁶ “Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.” (Rcl 4335/AC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014)

3. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Primeiramente, é preciso debruçar-se sobre os artigos 741, parágrafo único, e 475-L, § 1º, do Código de Processo Civil. A doutrina é tormentosa quanto a essas hipóteses e Leonardo José Carneiro da Cunha já aponta um grande problema.

Exatamente no que diz respeito à competência é que aparece uma forte objeção à constitucionalidade dessa inovação. Isso porque, se se trata realmente de uma nova hipótese de rescisão da coisa julgada, como permitir que o juízo da execução, que normalmente é o juízo de primeira instância, aquele que não proferiu o acórdão executado, possa rescindir um acórdão do tribunal? Se fosse proposta uma rescisória contra o acórdão, com base no inciso V do art. 485, seria o tribunal que proferiu a decisão rescindendo o competente para rescindi-la. Por que, nesse caso, quem a rescindiria seria o juízo de primeira instância? O direito ao juiz natural deve ser observado, embora esse aspecto tenha passado ao largo das discussões sobre a aplicação do parágrafo único do art. 741 do CPC. É preciso, portanto, dar coerência ao sistema, reconhecendo a competência para a rescisão, nestes casos, o tribunal que proferiu o acórdão rescindendo, ou ao próprio juízo de primeira instância, no caso de pretender-se rescindir, com base nesse parágrafo, a sua própria sentença, aplicando-se, por analogia, a competência para a querela *nullitatis*.³⁷

O problema trazido pela competência para o julgamento da impugnação ao cumprimento da sentença e dos embargos à execução realmente fica sem resposta ao serem analisados os institutos da rescisória e seus mecanismos.

É que a competência para rescindir o julgamento é originária de tribunal, ao passo que a competência para julgar as impugnações ao cumprimento de sentença e os embargos à execução é do próprio juiz prolator da sentença.

Passando ao largo da discussão quanto à competência concernente ao *iudicium rescindens*³⁸ e ao *iudicium rescissorium*³⁹, Araken de Assis, forte na constitucionalidade dos dispositivos, aponta que a procedência dos embargos não desconstituirá o título, tampouco reabrirá o processo já encerrado, ou seja, o julgado contrário à Constituição – como corolário lógico da conclusão pela ineficácia, não pela inexistência do título – subsistirá.

A remissão do parágrafo único ao inc. II do art. 741 esclarece que o juízo de inconstitucionalidade da norma, na qual se funda o provimento exequendo, atuará no plano da eficácia: em primeiro lugar, desfaz a eficácia de coisa julgada, retroativamente; ademais, apaga o efeito executivo da condenação, tornando inadmissível a execução. Embora não se reproduza, integralmente, o § 79-2 da Lei do Bundesverfassungsgericht, o qual ressalva a subsistência do julgado contrário à Constituição, trata-se de consequência natural

³⁷ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em Juízo*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 292.

³⁸ Juízo rescindente.

³⁹ Juízo rescisório.

de o fenômeno se passar no terreno da eficácia. Assim, a procedência dos embargos não desconstituirá o título e, muito menos, reabrirá o processo já encerrado.⁴⁰

Segundo o autor, portanto, não há tecnicamente uma rescindibilidade da decisão, mas apenas um decote no que se refere à eficácia do título, sendo assim, se do provimento exequível desaparece parte considerável de sua eficácia, cabe a conclusão de que o dispositivo tornou a eficácia da coisa julgada *sub conditione*⁴¹.

Concluindo pela constitucionalidade do parágrafo único do artigo 741, o autor esclarece seu ponto de vista no trecho a seguir.

Em primeiro lugar, cabendo à lei infraconstitucional estabelecer quando e em que hipóteses há coisa julgada, também poderá instituir seu desaparecimento perante eventos contemporâneos ou supervenientes à emissão do pronunciamento apto a gerá-la. Ademais, em que pese a suspeita de que a regra, haja vista sua bem documentada origem, ao fim e ao cabo favoreça apenas a Fazenda Pública, sua aplicação é neutra e indiferente à condição da parte. Ela também beneficia o adversário da Fazenda Pública.⁴²

A posição de Araken de Assis não foge à crítica, encontrada em abalizada doutrina de Luiz Guilherme Marinoni.

É interessante observar que parte da doutrina, ainda que discordando das intenções das regras mencionadas (arts. 475-L, § 1º, e 741, parágrafo único, do CPC), acaba a elas se rendendo, e assim subjugando os direitos a uma norma flagrantemente inconstitucional. É nesse sentido, por exemplo, a lição de Araken de Assis, que dispara contra a insensatez da norma, sem contudo prevenir as suas consequências.⁴³

Apesar de Araken de Assis defender a constitucionalidade do dispositivo, baseado principalmente em sua origem histórica⁴⁴, há grande dissenso na doutrina a respeito do tema, como visto nos trechos supracitados e como notou Daniel Amorim.

Existe doutrina que defende a inconstitucionalidade dos dispositivos ora comentados, com o argumento de que a coisa julgada é uma indispensável garantia fundamental, prestando-se a dotar o sistema da segurança jurídica indispensável à prestação da tutela jurisdicional. A possibilidade de revisão da coisa julgada material em razão de posterior inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal criaria instabilidade insuportável ao

⁴⁰ ASSIS, Araken. Manual da Execução. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1195.

⁴¹ Sob condição.

⁴² Idem, p. 1196.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – V.2 – Processo de Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 688.

⁴⁴ Antes de o art. 741, parágrafo único, surgir na ordem jurídica brasileira, o STF estimava que, a despeito de a proclamação da inconstitucionalidade implicar o desaparecimento de todos os atos praticados sob o império da lei viciada, somente através de rescisória o vencido lograria alcançar a desconstituição do julgado. A 1ª Turma do STF rejeitou, expressamente, o uso dos embargos contra a execução baseada em sentença posteriormente declarada inconstitucional. E o Pleno esclareceu que o julgamento do STF não se afigura eficaz perante a execução baseada em título formado nessas condições. Em sentido diverso, o § 79-2 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* estabelece que, apesar de remanescerem íntegros os provimentos judiciais proferidos com base em lei pronunciada inconstitucional, torna-se inadmissível (*unzulässig*) sua execução, aplicando-se o § 767 da ZPO. Este parágrafo autoriza a oposição do executado (*Vollstreckungsgegenklage*) com base em exceções supervenientes ao trânsito em julgado. (ASSIS, Araken. Manual da Execução. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1195).

sistema, afastando a promessa constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional, considerando-se que tutela jurisdicional não definitiva é o mesmo que sua ausência.

O tema não é pacífico, considerando parcela da doutrina que os dispositivos legais são constitucionais, ainda que indesejáveis. Sendo tarefa das normas infraconstitucionais o estabelecimento de quando e como haverá coisa julgada, também serão essas espécies de normas que determinarão as hipóteses excepcionais de seu desaparecimento, indicando as razões e a forma procedimental para que isso ocorra no caso concreto. Em virtude do histórico do surgimento dessa regra em nosso direito processual, dificilmente o Supremo Tribunal Federal a considerará inconstitucional, ainda que exista ação declaratória de inconstitucionalidade contra o art. 741, parágrafo único, do CPC, pendente de julgamento.⁴⁵

Mais uma vez a doutrina aponta a origem histórica dos dispositivos⁴⁶ como forte freio a uma possível declaração de sua inconstitucionalidade. Ocorre que, passando-se ao largo da discussão acerca da competência ou da natureza do vício da sentença – existência, validade ou eficácia –, há ainda fortes correntes no sentido da inconstitucionalidade da hipótese em si, mesmo por intermédio de outras vias processuais, tais como a rescisória.

Um dos maiores críticos do instituto, Luiz Guilherme Marinoni, aponta o instituto como uma grande aberração, concluindo que a ação rescisória, nesses casos, serviria como um unificador de entendimento sobre a Constituição, o que descaracterizaria por completo a essência da *res judicata*.

Admitir que um processo se desenvolva por anos e gere uma sentença proferida por um juiz que tem dever de controlar a constitucionalidade, para posteriormente se dar ao executado o poder de alegar uma declaração de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada material, constitui gritante aberração, a violar, de uma vez só, o poder dos juízes e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, para não falar nas ilogicidades de menor relevância, como a de impor à administração da justiça o tempo, o trabalho e o custo dos processos individuais que por anos se desenvolveram para se chegar a uma sentença que, muito embora indiscutivelmente legítima, é posteriormente ‘riscada do mapa’.⁴⁷

Não há como discordar que “permitir que uma decisão judicial fique eternamente instável parece solução que aniquila, completamente, a garantia da coisa julgada”⁴⁸, daí a solução apontada por parcela da doutrina, consistente em aceitar a relativização da coisa julgada inconstitucional apenas se a decisão proveniente do controle de normas tiver sido originada anteriormente à formação do título judicial.

É preciso aqui estabelecer um cenário de ponderação, em que figure, de um lado, a supremacia constitucional – ou a supremacia da decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a norma

⁴⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 506.

⁴⁶ Vide nota de rodapé 35.

⁴⁷ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 292, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: RT, 2008, n. 5.4-5.5, p. 132.

⁴⁸ DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 292.

–, e, de outro lado, o instituto da *res judicata*, simultaneamente diretriz e alicerce de um Estado Democrático de Direito.

O Supremo Tribunal Federal já estabeleceu o princípio preponderante nesse conflito, conforme ementa abaixo.

EMENTA: [...]. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. **5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.** 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória.⁴⁹ (Grifos não constam no original).

Cabe, agora, refletir se, de fato, a coisa julgada deveria abrir espaço à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Na verdade, cabe refletir se, de fato, a ponderação é realmente entre esses institutos, vejamos.

Nelson Nery Jr., forte na inconstitucionalidade da relativização da coisa julgada, aponta a supremacia da coisa julgada mesmo diante de decisão do Supremo Tribunal Federal que declara inconstitucional lei ou ato normativo. É que, segundo o autor, em citação a Canotilho, o efeito *ex tunc*⁵⁰ da declaração de inconstitucionalidade encontra como limite à retroatividade a coisa julgada.

Título judicial é sentença transitada em julgado, acobertada pela autoridade da coisa julgada. Esse título judicial goza de proteção constitucional, que emana diretamente do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*), além de possuir dimensão de garantia constitucional fundamental (CF 5º XXXVI). Decisão posterior, ainda que do STF, não poderá atingir a coisa julgada que já havia sido formada e dado origem àquele título executivo judicial. A decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo tem eficácia retroativa *ex tunc*, para atingir situações que estejam se desenvolvendo com fundamento nessa lei. Essa retroatividade tem como limite a coisa julgada.⁵¹

Fredie Didier Jr. salienta que “a coisa julgada é instituto construído ao longo dos séculos e reflete a necessidade humana de segurança. Ruim com ela, muito pior sem ela. Relativizar a coisa julgada por critério atípico é exterminá-la”⁵².

Nesse cenário, portanto, o autor assume que não vê com bons olhos o movimento de relativização da coisa julgada por critérios atípicos, e fundamenta com quatro argumentos.

⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 328812 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-04 PP-00748 RTJ VOL-00204-03 PP-01294 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 255-284.

⁵⁰ Para trás; retroativo.

⁵¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1086.

⁵² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol. 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 447.

a) O processo jurisdicional é método de construção da norma jurídica individualizada. A decisão judicial produz uma norma jurídica nova; não revela uma norma jurídica já existente. Essa nova regra jurídica é produto de um procedimento cooperativo e organizado em contraditório, o que garante a participação democrática dos interessados na solução daquele caso concreto. Não há uma “justiça” anterior ao processo, que deve ser “encontrada” ou “revelada” pelo magistrado. A justiça é sempre construída pelos sujeitos processuais, em contraditório e cooperativamente. Não há um “lugar” onde se possa “encontrar” a Justiça (partindo-se da premissa de que está superada a visão jusnaturalista do Direito, obviamente). Parece-nos que esse método de construção de justiça é o melhor até hoje inventado pelo gênio humano. [...]

b) [...] Mas a coisa julgada ainda pode ser encarada sob outro enfoque. Ela é um limite ao exercício da função jurisdicional e, pois, uma garantia do cidadão. Se a decisão jurisdicional é a última e é inevitável, é preciso que haja um momento em que nem mesmo os órgãos jurisdicionais possam rever aquilo que foi decidido. A coisa julgada impede o reexame da questão pela lei, por ato administrativo e, principalmente, pelo próprio Poder Judiciário.

c) O processo garante-nos a certeza dos meios e a incerteza do resultado. O direito litigioso é pura incerteza. Não há como saber qual será o resultado de um processo, embora possamos prever toda uma sequência de atos processuais que devem ser praticados. O direito tido como certo pelo demandante, no processo é mera expectativa. Permitir a revisão da coisa julgada por um critério atípico é perigosíssimo. Esquecem os adeptos desta corrente que, exatamente por essa especial característica do direito litigioso, àquele que pretende rediscutir a coisa julgada bastará alegar que ela é injusta/desproporcional/inconstitucional. E, uma vez instaurado o processo, o resultado é incerto: pode o demandante ganhar ou perder. Ignora-se esse fato. O resultado do processo não se sabe antes do processo; a solução é, como disse construída. É por isso que a ação rescisória (instituto que é a síntese de vários meios de impugnação das sentenças desenvolvidos em anos de história da civilização contemporânea) é típica e tem um prazo para ser ajuizada.

d) Não se pode teorizar o absurdo casuístico e pontual. Explico: o movimento da relativização da coisa julgada surgiu da necessidade de revisão de algumas sentenças, que revelam situações específicas marcadas pela desproporcionalidade. Situações particulares absurdas não podem gerar teorizações, que são sempre abstratas, exatamente porque são excepcionais. Pergunto: vale a pena, por que o absurdo pode acontecer, criar, abstratamente, a possibilidade de revisão atípica da coisa julgada? Não é correto criar uma regra geral por indução, partindo-se de uma situação absurda.⁵³

De todos os argumentos trazidos, chama-se a atenção à ideia do construtivismo judicial ao aplicar a lei ao caso concreto. Não há mais espaço, hodiernamente, para se adotar uma hermenêutica clássica de interpretação e aplicação do direito, como se o juiz fosse a mera boca da lei.

É certo que, ao interpretar as normas alegadas pelas partes como fundamentadoras de seu direito, o magistrado não simplesmente escolhe qual prevalece e a aplica. Por meio da interpretação, do ativismo, o magistrado cria, é dizer, gera norma nova que, a partir de então, encontra-se

⁵³ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol. 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 445-447.

dissociada das normas alegadas pelas partes, o que só traduzir em uma indiferença na eventualidade de se declarar a inconstitucionalidade de norma “fundamentadora” da decisão.

Ademais, como proposto por parcela da doutrina, é preciso adequar de melhor forma o instituto da *querela nullitatis*⁵⁴ para combater extremos vícios, que, conforme jurisprudência, calham em impedir a formação da coisa julgada⁵⁵.

Não se passa despercebido pela problemática que possa surgir a partir da ideia de um conceito amplo de vícios capazes de impedir a formação da coisa julgada material. Dizer que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado traz o problema da definição de quais seriam tais vícios.

Tem-se, portanto, novamente o problema da relativização sob outra roupagem. Relativizar a coisa julgada injusta, por exemplo, é o mesmo que apontar a não formação da *res judicata* ante uma decisão injusta.

Trata-se, na verdade, de uma ponderação casuística a respeito do princípio da proporcionalidade em suas várias facetas – proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade.

Nesse ponto, cabe a concordância com o argumento trazido por Fredie Didier Jr. ao estabelecer a desnecessidade de se teorizar o absurdo casuístico e pontual.

A jurisprudência, inclusive, concorda com o caráter excepcional da relativização da coisa julgada.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. LIMITES AO CONHECIMENTO. INAPLICABILIDADE DA REFERIDA NORMA. PRECEDENTES DO STF INVOCADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. ATOS NORMATIVOS DIVERSOS DAQUELES QUE FUNDAMENTARAM O TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A tese da coisa julgada inconstitucional não pode ser utilizada como uma regra, mas sim como exceção, verificada caso a caso, sob pena de se enfraquecer a figura da coisa julgada (erigida a direito fundamental), bem como retirar de toda a sociedade a segurança jurídica, princípio que deve permear toda a atividade jurisdicional, sobretudo para que as decisões do Poder Judiciário tenham a força que um estado democrático reclama. [...].⁵⁶ (Grifos não constam no original).

⁵⁴ Ação de nulidade de sentença.

⁵⁵ Daí dizer que não cabe ação rescisória para combater os chamados vícios transrescisórios, impugnáveis pela *querela nullitatis*. O vício é de tal magnitude que não há a formação da coisa julgada, conseqüentemente, não há espaço para a utilização da ação rescisória, criada para desconstituir a coisa julgada material. A respeito, colaciona-se o posicionamento jurisprudencial: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. ACÓRDÃO DO STJ QUE CONCEDEU O WRIT. NULIDADE DO PROCESSO POR ALEGADA FALTA DE CITAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. TEMPESTIVIDADE. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. SENTENÇA DE MÉRITO INEXISTENTE. I. Tempestividade da ação, considerada a existência de litisconsórcio a duplicar o prazo recursal, nos termos do art. 191 do CPC. II. Desacabimento da rescisória calcada em nulidade do mandado de segurança por vício na citação, à míngua de sentença de mérito a habilitar esta via em substituição à própria, qual seja, a de *querela nullitatis*. III. Ação extinta, nos termos do art. 267, VI, do CPC. (AR 771/PA, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 26/02/2007, p. 539).

⁵⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 832036/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010.

Partindo-se, portanto, da visão de que a coisa julgada é uma garantia ao exercício da jurisdição por parte do Poder Judiciário, bem como entendendo o sentido ontológico da coisa julgada, que extrai sua força diretamente de dois postulados constitucionais, a saber, o Estado Democrático de Direito, disposto no artigo 1º da CRFB, e a garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada, encartado no artigo 5º, inciso XXXVI, propõe-se, neste trabalho, um novo parâmetro de confronto a ser estabelecido.

Cabe, aqui, colacionar os dizeres de Marinoni sobre o tema.

A coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento. Nesse exato sentido é a lição de Rosenberg, Schwab e Gottwald, quando defendem a ideia de que a “coisa julgada material é uma consequência necessária do direito à proteção legal pelos tribunais. Sua ancoragem constitucional é encontrada no princípio do Estado de Direito”.⁵⁷

Em outras palavras, há o mesmo raciocínio exercido por Nelson Nery Jr.

Não poderá alcançar [a decisão do STF que declara inconstitucional lei ou ato normativo], portanto, as relações jurídicas firmes, sobre as quais pesa a *autoritas rei iudicatae*, manifestação do Estado Democrático de Direito (do ponto de vista político-social-coletivo) e garantia constitucional fundamental (do ponto de vista do direito individual, coletivo ou difuso). A esse respeito, ressaltando a coisa julgada dos efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade, embora nem precisasse fazê-lo, é expressa a CF portuguesa (art. 282, n. 3, 1ª parte). Caso se admita a retroação prevista na norma ora comentada como possível, isso caracterizaria ofensa direta a dois dispositivos constitucionais: CF 1º *caput* (Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada é manifestação) e 5º XXXVI (garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada).⁵⁸

A verdadeira ponderação a ser feita não é entre a coisa julgada e a força normativa da Constituição, mas, senão, outra.

Deve-se travar a ponderação entre a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal acerca de determinada norma à luz da Constituição e, de outro lado, o Estado Democrático de Direito, aqui presente ante a ofensa à coisa julgada, que dele provém como manifestação, dentro do Poder Judiciário, da própria essência da Constituição.⁵⁹

Cabe, contudo, aguardar o julgamento da ADI 2.418-3 proposta pelo Conselho Federal da OAB em face do artigo 10 da Medida Provisória 2.102-27, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 741 do CPC, para apurarmos o deslinde da questão. A referida ADI encontra-se, ainda, pendente de julgamento, aguardando designação de dia em pauta, conforme requisição do Ministro Relator em 26/6/2013.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – V.2 – Processo de Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 678.

⁵⁸ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1086.

⁵⁹ Idem.

CONCLUSÃO

Nota-se, a partir de toda a construção elaborada no presente trabalho, que a ótica do conflito tratada pela jurisprudência pode não ser a mais correta. Simplificar a ponderação entre a coisa julgada e os princípios da supremacia da Constituição e da proporcionalidade mostra-se como um possível equívoco.

É preciso entender a essência da coisa julgada e, principalmente, sua origem e fontes de valor. O Estado Democrático de Direito é baseado na ideia da coisa julgada, e o próprio indivíduo tem esse instituto como garantia fundamental.

A partir dessa consideração, o fundamento axiológico da coisa julgada ganha outra tonalidade e relevância, tornando necessária uma releitura da ponderação corriqueiramente feita atualmente.

Relativizar a coisa julgada, por si só, já é uma atividade conturbada. Estabelecer formas atípicas baseadas na injustiça da decisão ou na inconstitucionalidade da norma que supostamente serviu de base à prolação da decisão judicial mostra-se como uma ofensa frontal à segurança jurídica, instituto tão caro em uma democracia fundada na ordem jurídica.

O princípio do acesso ao Poder Judiciário é esquecido, uma vez que uma decisão sem definitividade não pode ser classificada como decisão. Além do mais, esquecem-se aqueles que defendem a relativização atípica da *res judicata* de que a atividade jurisdicional não é baseada, sob uma visão moderna, na hermenêutica clássica.

O magistrado não apenas aponta a norma prevalecente, mas efetivamente cria norma nova no dispositivo de sua sentença, a qual retira eficácia da sua fundamentação, não de uma norma absoluta posteriormente declarada inconstitucional.

A clássica visão da hermenêutica deve evoluir e entender que os textos, enunciados e disposições nada dizem. O significado dos textos, enunciados e disposições é dado a partir da tarefa interpretativa, daí o seu resultado: a norma.

Além do mais, sob o enfoque da relativização da coisa julgada injusta, partem os seus defensores de uma noção – ou mesmo falta dela – a respeito da justiça.

Há a respeito da justiça, no máximo, conceitos subjetivamente vagos. Parte-se de uma visão jusnaturalista ultrapassada para estabelecer o critério de justiça esquecendo-se a verdadeira razão da criação do direito.

Não se está aqui a defender a prevalência de decisões absurdas analisadas no caso concreto. É preciso, na verdade, fortalecer outros institutos para afrontar tais pronunciamentos, tais como a *querela nullitatis*.

De *lege ferenda*⁶⁰, propõe-se o estabelecimento de critérios objetivos para que uma decisão mereça o manto da coisa julgada material. Melhorar o critério de merecimento em vez de estabelecer formas novas de supressão do instituto é, talvez, a melhor forma de balancear os princípios da supremacia da Constituição, da proporcionalidade e da razoabilidade em face do Estado Democrático de Direito, balizado pela coisa julgada.

REFERÊNCIAS

1. ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
2. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. A Apelação e seus Efeitos. São Paulo: Atlas, 2003.
3. ASSIS, Araken. Manual da Execução. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
4. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.
5. BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2008.
6. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
7. DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.
8. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. Salvador, Jus Podivm, 2009.
9. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de direito processual civil. Salvador, Jus Podivm, 2009.
10. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol 2. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
11. DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Vol 5. Salvador: Jus Podivm, 2009.
12. FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal (Teoria, Crítica e Práxis). 7ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
13. GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
14. JORGE, Flávio Cheim. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
15. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
16. MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de Metodologia Científica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
17. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil – V.2 – Processo de Conhecimento. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
18. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
19. MEDEIROS, João Bosco. Redação Científica. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
20. MORAES, Guilherme Peña. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
21. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. 5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
22. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. Relativização da coisa julgada – enfoque crítico. Fredie Didier Jr. (org.). 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.
23. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁰ Lei a ser criada.

24. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Método, 2010, p. 493.
25. NUNES, Rizzatto. Manual da monografia jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
26. SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
27. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AR 771/PA, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 26/02/2007, p. 539.
28. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 832036/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010.
29. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MS 12.197/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2008, DJe 18/12/2008.
30. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1103584/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 10/09/2010.
31. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 622405/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 20/09/2007, p. 221.
32. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 783500/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 24/04/2006, p. 371.
33. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1189619/PE. Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010.
34. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 590809, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014.
35. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 4335/AC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014.
36. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 328812 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-04 PP-00748 RTJ VOL-00204-03 PP-01294 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 255-284.
37. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A INEFICÁCIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Inefficacy in term of imprisonment in crimes against tax order

SUMÁRIO

Introdução. 1. Do Bem Tutelado nos Delitos Tributários. 2. O Pagamento como Extinção da Punibilidade. 3. A Exclusão da Tipicidade e o Princípio da Insignificância. 4. As Penas Alternativas em Substituição às Penas Privativas de Liberdade. Conclusão. Referências.

RESUMO

O Direito Penal aplicado no âmbito tributário visa coibir as fraudes fiscais, mas é perceptível que o fim tem sido a cobrança dos créditos tributários. Desse modo, o pagamento extingue a punibilidade, e o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a adesão aos Programas de Recuperação do Crédito Fiscal também inibe a continuação da execução fiscal e da apuração do crime contra a ordem tributária. Ao final do parcelamento, os processos são arquivados. Além disso, a Fazenda Nacional tem aplicado o princípio da insignificância em débitos até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). As medidas alternativas, como as penas restritivas de direito, têm se mostrado bastante eficazes no tratamento dos crimes fiscais. É imprescindível mudar a forma de tratamento de determinados crimes, aplicando medidas firmes e executáveis, em que o Estado possa punir o transgressor das normas fiscais sem agravar ainda mais o falido sistema penitenciário. A metodologia empregada fora a pesquisa básica, qualitativa e explicativa. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, está enquadrada como bibliográfica e documental, com ênfase na lei, na jurisprudência e na doutrina. A discussão sobre o assunto tem que evoluir. Punir com razoabilidade significa punir o que é realmente necessário e também agir no foco do problema, este é o caminho para o alcance da consciência fiscal.

» *Palavras-chave: Crédito tributário. Crime. Extinção da punibilidade. Pagamento. Princípio da insignificância. Penas alternativas.*

ABSTRACT

Criminal law applied in the tax context aims to curb tax fraud, but it is noticeable that the order has been collecting the tax credits. The payment extinguishes criminal liability, moreover, the Supreme Court has decided that the adherence to Programs Recovery Tax Credit also inhibits the continuation of the tax foreclosure and the calculation of crime against the tax system. At the end of the installment, cases are filed. Besides the above, the National Finance has applied the principle of insignificance in debt to R\$ 20.000,00 (twenty thousand reais). Alternative measures such as penalties restricting rights, has proven quite effective in the treatment of tax crimes. It is necessary to change the form of treatment for certain crimes, applying firm and enforceable measures, where the State may punish the offender of the tax rules without further aggravating the failed prison system. The methodology used was the basic, qualitative

**Nonacilda Feitoza
Moreira**

*Advogada. Pós-graduada
em Direito e processo
tributário pela Universidade
de Fortaleza – UNIFOR*

and explanatory research. From the standpoint of technical procedures is framed as literature and documents, with an emphasis on law, jurisprudence and doctrinal books. The discussion on the subject has to evolve. Punish reasonably means to punish what is really needed and also act in the focus of the problem, this is the way to achieve the fiscal conscience.

» *Keywords: Tax credit. Crime. Extinction of punishment. Payment. Principle of insignificance. Alternative sentencing.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a discussão da necessidade e da eficácia das medidas privativas de liberdade nos crimes contra a ordem tributária. O Direito Penal deve assumir uma intervenção mínima, e a otimização do combate à sonegação fiscal é um dos fins do modelo de prevenção. A criminalização de determinadas condutas tem ocasionado uma inversão de valores: menor punição, aumento do índice de sonegação fiscal e descrédito por parte da sociedade em relação ao poder fiscalizatório do Estado. Este artigo tem como intuito inicial o questionamento da validade das penas privativas de liberdade nesta modalidade especial de crimes contra a ordem tributária.

Ao longo da exposição, será abordado qual o bem jurídico protegido, o pagamento como excludente da punibilidade, o parcelamento na suspensão da execução fiscal e do processo penal em curso, bem como a substituição das penas privativas por alternativas e a utilização do princípio da insignificância no Direito Penal Moderno.

Analisando a jurisprudência dos Tribunais Superiores, é perceptível a flexibilização das normas incriminadoras da sonegação fiscal e a não utilização das sanções penais privativas de liberdade. Através do método bibliográfico e documental, fora feita uma releitura de alguns pressupostos do direito penal. Defende-se que as sanções devem estar condizentes com sua natureza e aplicação do perfil dos possíveis transgressores das normas. As medidas restritivas são insuficientes para albergar o bem jurídico realmente ameaçado, que é a fé pública, dando lugar apenas ao Estado como mero cobrador de ferro dos seus créditos.

O tema é bastante vasto e merecedor de discussões. Não se pretende sustentar a ideia de que o Estado se abstenha de sua função de perquirir seus créditos e de punir os transgressores da lei, mas que este fim seja realizado de modo eficaz, punindo, na prática, à medida do dano. O processo penal nos crimes contra a ordem tributária não pode ser apenas *pro forma*, já que muitos processos, ao final de longos anos, são sentenciados com a prescrição dos crimes. Com isso, a sociedade, o Ministério Público e todos os envolvidos no processo se deparam com a realidade de que todos os esforços não levaram a lugar nenhum.

1. DO BEM TUTELADO NOS DELITOS TRIBUTÁRIOS

Objetivamente, o bem tutelado é o que o direito especificamente quer proteger. Na seara penal tributária, é essencial o alcance da interpretação da vontade do legislador na edição dos crimes dessa natureza, bem como o regime jurídico dos ilícitos fiscais e suas sanções. Torna-se necessário conhecer o objeto de proteção da norma para a compreensão do grau de importância desse objeto para a sociedade e quais serão as medidas adotadas neste caso em tela que refletirão na confecção da norma penal incriminadora, com o intuito de inibir determinadas ações.

A finalidade do Direito Penal é a proteção da sociedade, através da tutela de bens jurídicos considerados de suma relevância, ou seja, a vida, a integridade física, moral e intelectual, a liberdade, o patrimônio, a família, a fé pública, entre outros. A violação desses bens poderá culminar na mais grave das sanções, a pena restritiva de liberdade.

Vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio constitucional da lesividade ou ofensividade para punir determinado indivíduo. Não há crime sem ofensa ou perigo de ofensa a um bem juridicamente tutelado como condição necessária para a aplicação da sanção penal. No Direito Penal, o bem jurídico tem quatro funções primordiais:

- 1) função garantidora: o bem jurídico é o próprio limite material da norma penal;
- 2) função teleológica: interpretação das normas penais;
- 3) função individualizadora: na fixação da pena *in concreto*, considera-se a gravidade da ofensa ao bem jurídico; e
- 4) função sistemática: o critério classificatório dos crimes é o próprio bem jurídico (PALHARES, 2004)¹.

Hodiernamente, a doutrina tem apontado como objeto de tutela nos crimes tributários: a Fazenda Pública, o Erário Público, a Fé Pública, o poder tributário e a ordem tributária, esta última adotada pela Lei nº 8.137/1990, regra que versa, entre outros aspectos, sobre a sonegação fiscal. Em suma, o objeto da tutela penal nesses crimes abrange todos os bens jurídicos supracitados. Trata-se de interesses jurídicos difusos e metaindividuais, pois provocam dano à sociedade, prejudicando, assim, o pleno funcionamento do Sistema Tributário Nacional.

Sintetiza Andreas Eisele *apud* Maurício Kalache² sobre os diversos interesses tutelados pela norma penal tributária:

- a) A solidariedade tributária, que é expressão da igualdade dos sujeitos, proporcionalmente implementada pela regra da capacidade contributiva;

¹ PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Crimes Tributários: Uma visão prospectiva de sua despenalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 143, 2004.

² KALACHE, Maurício. Crimes Tributários: Uma análise da estrutura penal nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990. Curitiba: Juruá, p. 158, 2006.

- b) a igualdade de condições no exercício da competição mercantil;
- c) a estrutura institucional do Estado, viabilizadora da prestação das tutelas sociais que lhe são constitucionalmente conferidas;
- d) a função administrativa estatal de arrecadação tributária, assim como a eficácia dos instrumentos utilizados para tal finalidade;
- e) a qualidade de vida dos indivíduos beneficiários das prestações estatais de cunho social;
- f) a base cultural dos integrantes da sociedade, referente à consciência acerca da importância do respeito ao patrimônio público, considerado como instrumento de implementação efetiva do Estado Social e Democrático de Direito.

Desse modo, referidos crimes são enquadrados como graves e refletem valores econômicos, mas até que ponto a responsabilização criminal pela ofensa à ordem tributária alcança sua finalidade que deveria ser a não reincidência? Realmente, o bem tutelado está descrito na norma, mas a sociedade que vive na regência dessa mesma norma não reconhece os crimes tributários como típicos crimes.

2. O PAGAMENTO COMO EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Um dos primeiros conceitos de sonegação fiscal está exposto na Lei nº 4.729/1965³, que, em seu art. 1º, assim prescreve:

Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;

II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;

III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;

IV - fornecer ou emitir documentos gratuitos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal.

³ BRASIL. Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

Prescreve Carlos Henrique Abrão⁴:

De fato, a sonegação fiscal é considerada propriamente uma forma delituosa que visa fraudar o recolhimento da obrigação tributária e conseqüentemente ilaquear a fiscalização, porquanto o contribuinte, terceiro e sucessor, por qualquer meio, procede com dolo específico caracterizando o ilícito tributário.

Assim, a apropriação indébita, a evasão fiscal e a supressão de escrituração de livros estão enquadradas como crimes de sonegação fiscal. Além disso, pela sua abrangência, a sonegação fiscal arrebatava crimes meios, como a falsificação documental.

Em análise conjunta da Lei nº 8.137/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e a forma como são tratados esses crimes, mais especificamente nos artigos 1º e 2º, e da Lei nº 10.684/2003, que dispõe sobre parcelamento de débitos (art. 9º, § 2º), vê-se que o objetivo é a obtenção do crédito tributário, pois o pagamento do tributo tem o condão de extinguir a punibilidade.

Desde 1965, já existia uma lei que previa condutas denominadas genericamente como crimes de sonegação fiscal (Lei nº 4.729/1965); no artigo 2º era previsto que se extinguia a punibilidade de tais crimes quando o agente promovesse o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria.

Já em 1967, uma nova norma (Decreto-Lei nº 157) ampliou o alcance da extinção da punibilidade, nos seguintes termos:

Art. 18. Nos casos de que trata a Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, também se extinguirá a punibilidade dos crimes nela previstos se, mesmo iniciada a ação fiscal, o agente promover o recolhimento dos tributos e multas devidos, de acordo com as disposições do Decreto-lei nº 62, de 21 de novembro de 1966, ou deste Decreto-lei, ou, não estando julgado o respectivo processo depositar, nos prazos fixados, na repartição competente, em dinheiro ou em Obrigações Reajustáveis do Tesouro, as importâncias nele consideradas devidas, para liquidação do débito após o julgamento da autoridade da primeira instância.

§ 1º O contribuinte que requerer, até 15 de março de 1967, à repartição competente retificação de sua situação tributária, antes do início da ação fiscal, indicando as faltas cometidas, ficará isento de responsabilidade pelo crime de sonegação fiscal, em relação às faltas indicadas, sem prejuízo do pagamento dos tributos e multas que venham a ser considerados devidos.

§ 2º Extingue-se a punibilidade quando a imputação penal, de natureza diversa da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, decorra de ter o agente elidido o pagamento do tributo, desde que ainda não tenha sido iniciada a ação penal se o montante do tributo e multas for pago ou depositado na forma deste artigo. (DECOMAIN, 2008)⁵.

⁴ ABRÃO, Carlos Henrique. Crime tributário: um estudo da norma penal tributária. 2ª ed. revisada e ampliada. São Paulo: IOB, p. 35, 2009.

⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a Ordem Tributária. 4 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, p. 618, 2008.

Como pode ser visto, o pagamento como extinção de punibilidade sempre fora bastante discutido. Já na década de 1990, passou a ser considerada extinta a punibilidade no caso de o pagamento ser efetuado antes da denúncia. Previa o art. 14 da Lei nº 8.137/1990⁶: “Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.”

Mas esse artigo fora revogado pela Lei nº 8.383/1991 através do art. 98. Em 1995, o legislador pátrio restabeleceu o pagamento como causa extintiva da punibilidade. Essa reinserção fora realizada pela edição da Lei nº 9.249/1995⁷, no art. 34, *in verbis*:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Reiterada posteriormente pelo art. 83 da Lei nº 9.430/1996⁸, que diz:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

Essa indecisão legislativa enfraqueceu a norma e provocou nos cidadãos o sentimento de impunidade e de maleabilidade das normas penais, já que o legislador ora diz que o pagamento extingua a possibilidade de o Estado punir determinado agente, ora revoga a ordem e restabelece, alguns anos depois, a mesma norma.

Diante de tantas normas sobre o mesmo tema, conclui Cinthia Rodrigues Menescal Palhares⁹:

Os crimes tributários têm, portanto, bem jurídico bifronte: de um lado, o interesse estatal na obtenção de meios para a consecução de suas atividades e prestação de seus serviços; de outro, o interesse patrimonial do Tesouro, relacionado à receita do Estado.

No ano de 2003, ocorreu a edição de mais uma norma tratando sobre o pagamento. A Lei nº 10.684/2003¹⁰, que altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à

⁶ BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

⁷ BRASIL. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos ao procedimento sumário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9245.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

⁸ BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

⁹ PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Opus citatum, p.149.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Assim, tem-se manifestado o art. 9º a seguir transcrito:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

[...]

§ 2º *Extingue-se a punibilidade* dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. (Grifo nosso).

Em 2011, fora editada nova norma, a Lei nº 12.382¹¹, versando sobre o parcelamento do crédito tributário. Reza o art. 6º:

Art. 6º O art. 83 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º:

“Art. 83. [...]”

§ 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento.

§ 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

§ 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 4º *Extingue-se a punibilidade* dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

§ 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento.

§ 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.”

¹¹ BRASIL. Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

É perceptível que o bem tutelado é o crédito tributário e o objetivo é a arrecadação dos tributos e contribuições. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça^{12 13} assim tem decidido:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PENAL. INFORMAÇÃO FALSA EM DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL DE IMPOSTO DE RENDA. TIPIFICAÇÃO. ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990. ESTELIONATO. INEXISTÊNCIA. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. CONSEQUÊNCIA DO DELITO. PARCELAMENTO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. QUITAÇÃO INTEGRAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. ART. 9º, § 2º, DA LEI N. 10.826/2003. 1. A conduta daquele que presta informação falsa quando da declaração de ajuste anual de imposto de renda para reduzir o tributo devido amolda-se ao tipo penal do art. 1º, I, da Lei n. 8.137/1990, e não ao crime de estelionato (art. 171, § 3º do CP), sendo o fato de a conduta ter gerado indevida restituição do imposto retido na fonte apenas consequência do delito, desnecessária para a sua configuração. 2. Julgado que não debateu a questão objeto do recurso especial não presta para caracterizar a divergência jurisprudencial. 3. *O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte, firmado do sentido de que há a extinção da punibilidade pelo deferimento do parcelamento do débito tributário, nos termos do art. 34 da Lei n. 9.249/1995, antes do recebimento da denúncia.* 4. Hipótese concreta em que o parcelamento do débito tributário ocorreu apenas em 2006, ou seja, já na vigência da Lei n. 10.684/2003, quando o simples parcelamento não é suficiente para a extinção da punibilidade, exigindo-se o pagamento integral da dívida, a qualquer tempo. 5. Noticiado pelo Juízo de primeiro grau ter havido a quitação integral do débito parcelado, operou-se a extinção da punibilidade, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (STJ – REsp: 1111720 PR 2009/0037442-5, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Data de Julgamento: 13/08/2013, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 28/08/2013). (Grifo nosso).

O Relator, em seu voto, assim se manifestou:

“(…) No caso, conforme noticiado pelo Juízo de primeiro grau, o débito tributário referente ao presente recurso foi extinto por quitação de parcelamento em 16.01.2010, conforme informação da Delegacia da Receita Federal de Londrina, através do Ofício DRF/LON/GAB nº 202/2013 (fl. 237).”

“Ocorrida a quitação integral do débito tributário, operou-se a extinção da punibilidade, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei n. 10.684/2003.”

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. PAGAMENTO PARCIAL DO DÉBITO. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NO JUS PUNIENDI ESTATAL. PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE. NECESSIDADE. DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. TESE DE ABSOLVIÇÃO. EXAME DA VIA DO RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. SÚMULA N.º 07/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência consolidada deste Superior Tribunal Federal, apenas o pagamento

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Recurso Especial nº 1.111.720 – PR (2009/0037442-5). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Miriam Regina Rubim. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Brasília, Julgamento em: 13 ago. 2013, publicado no DJe em: 28 ago. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900374425&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 292.390 – ES (2013/0036083-1). Agravante: Edvalter Ceccon. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Julgamento em: 10 dez. 2013, publicado no DJe em: 03 fev. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300360831&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 out. 2014.

integral do tributo devido tem repercussão na condenação imposta ao Réu. Assim, “*Comprovado o pagamento integral dos débitos oriundos de sonegação fiscal, ainda que efetuado posteriormente ao recebimento da denúncia, mas anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, extingue-se a punibilidade, independentemente de ter se iniciado a execução penal*, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei 10.684/03.” (HC 123.969/CE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 04/02/2010, DJe 08/03/2010.) 2. O crime de sonegação de contribuição previdenciária se consuma com prática de qualquer das condutas omissivas elencadas nos incisos I a III do art. 337-A, não sendo necessária a comprovação do especial fim de agir, tal qual ocorre em relação aos delitos de apropriação indébita de contribuição previdenciária, (art. 168-A do Código Penal) e sonegação tributária (art. 1.º, inciso I, da Lei n.º 8.137/90). 3. A tese de absolvição pelo fato de o Réu não ter concorrido para infração penal e pela existência de circunstâncias que isentem o Réu, afastadas pelo Tribunal de origem após o exame das provas dos autos, é inviável de ser apreciada por este Superior Tribunal de Justiça na via do recurso especial, em face do entendimento sufragado na Súmula n.º 07/ST. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 292390 ES 2013/0036083-1, Relator: Ministra Laurita Vaz, Data de Julgamento: 10/12/2013, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 03/02/2014). (Grifo nosso).

Ressalte-se que a extinção da punibilidade pelo pagamento é o ponto central quando se trata de crimes contra a ordem tributária, visto que é aplicado independentemente do momento do pagamento, tanto antes como depois do recebimento da denúncia, desde que ocorra antes do trânsito em julgado da decisão.

A persecução penal nos crimes tributários gira em torno do pagamento, pois, na sua essência, move-se o Poder Público, através de audiências, oitivas de testemunhas, despachos, diligências com o único intuito de receber o crédito.

Pagar tributo é cada vez mais oneroso no Brasil e a inadimplência se eleva a cada ano. Assim, surge o parcelamento dos débitos como uma medida paliativa. O primeiro Programa de Recuperação Fiscal, mais conhecido pelo nome de REFIS, surgiu em 10 de abril de 2000 através da Lei nº 9.964, com a finalidade de promover a regularização de créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal – SRF e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou ajuizar, com a exigibilidade suspensa ou não, inclusive os decorrentes de falta de recolhimento de valores retidos.

Atualmente, o Refinanciamento de Dívidas Fiscais se transformou em prática administrativa. A União, os Estados e os Municípios elaboram suas leis e seus respectivos programas de recuperação fiscal, diante das suas necessidades e conveniência abonando multas e juros, cobram apenas o principal e parcelam em inúmeros meses, geralmente com percentuais de atualizações diminutos. A adesão ao parcelamento suspende a ação penal e a execução fiscal. Ao finalizar o pagamento da dívida ambos são arquivados.

Segue breve histórico do REFIS realizado pela União¹⁴:

REFIS 1 – O REFIS – Programa de Recuperação Fiscal – Lei 9.964/2000 destinava-se a promover a regularização dos créditos da União, decorrentes de débitos de pessoas jurídicas, relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal e pelo Instituto Nacional do Seguro Social, com vencimento até 29 de fevereiro de 2000.

REFIS 2 (oficialmente: “PAES”) – A Lei 10.684/2003 instituiu parcelamento especial de débitos em até 180 meses para todos os débitos para com a Fazenda Nacional (SRF e PGFN), constituídos ou não, inscritos ou não em Dívida Ativa da União, vencidos até 28 de fevereiro de 2003.

REFIS 3 (Oficialmente: “PAEX”) – A Medida Provisória 303/2006 instituiu parcelamento especial de débitos em até 130 (cento e trinta) prestações mensais e sucessivas para os débitos de pessoas jurídicas junto à Secretaria da Receita Federal – SRF, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN e ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com vencimento até 28 de fevereiro de 2003.

REFIS 4 (também apelidado como “REFIS da Crise”) – A Lei 11.941/2009 (conversão da MP 449/2008) permitia o parcelamento das dívidas tributárias federais vencidas até 30 de novembro de 2008. O prazo de adesão ao programa de parcelamento do “REFIS da Crise” foi reaberto até 31.12.2013 pelo artigo 17 da Lei 12.865/2013.

E, através da Lei 12.973/2014, artigo 93, houve nova reabertura deste prazo, que finalizaria em 31.07.2014. Pela Lei 12.996/2014, artigo 2º, o prazo de adesão foi ampliado para 25.08.2014 (data fixada pela MP 651/2014), compreendendo os débitos vencidos até 31.12.2013.

REFIS das Autarquias e Fundações – o artigo 65 da Lei 12.249/2010 estipulou parcelamento dos débitos administrados pelas autarquias e fundações públicas federais e os débitos de qualquer natureza, tributários ou não tributários, com a Procuradoria-Geral Federal. O prazo de adesão a este programa de parcelamento foi reaberto até 31.12.2013 pelo artigo 17 da Lei 12.865/2013.

REFIS dos Bancos – instituído pelo artigo 39 da Lei 12.865/2013, trata do parcelamento de débitos do PIS e COFINS em até 60 parcelas, com descontos de multa e juros.

REFIS dos Lucros no Exterior – instituído pelo artigo 40 da Lei 12.865/2013, trata do parcelamento de débitos do IRPJ e CSLL de lucros oriundos no exterior, em até 120 parcelas, com descontos de multa e juros.

Como tudo na vida tem seu lado bom e ruim, o REFIS, de certo modo, premia os maus pagadores, já que o refinanciamento de dívidas ocorre geralmente a cada três anos e é um evento certo na realidade do país. No entanto, resgata empresas que sofrem com a intensa carga tributária brasileira. Ao que parece, o Estado lança mão do refinanciamento quando necessita encher novamente os cofres públicos.

¹⁴ EQUIPE PORTAL TRIBUTÁRIO. REFIS – Programas de Parcelamentos de Débitos Tributários Federais. Disponível em: < <http://www.portaltributario.com.br/guia/refis.html> >. Acesso em: 25 out. 2014.

Os doutrinadores divergem sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento. Hugo de Brito Machado¹⁵ traz em sua obra alguns argumentos contrários e favoráveis e, ao fim, expõe sua opinião. Seguem as linhas de defesa contrárias e favoráveis, respectivamente:

Os que se manifestam contrários à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo alegam, em síntese, que admiti-la implica:

- a) tornar o direito penal extremamente utilitarista, desprendido de sua base ética;
- b) estimular a sonegação, à medida que garante ao sonegador que, se apanhado, livrar-se-á da pena, pagando o tributo;
- c) estabelecer tratamento desigual entre os que podem e os que não podem pagar, privilegiando os primeiros.

Para os mais radicais, a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, juntamente com a exigência da conclusão do processo administrativo como condição para que a notícia do crime seja ofertada ao Ministério Público, constituem as maiores causas da impunidade.

Um dos defensores do entendimento supramencionado é o Procurador da República Mário Luiz Bonsaglia. De modo antagônico, defende Juary C. Silva:

Os que se manifestam favoráveis à extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo sustentam, em síntese, que:

- a) as normas que tutelam o crédito tributário, sejam criminais ou não, objetivam tornar efetivo esse crédito; assim, sendo o crédito satisfeito, não subsistem razões para insistir na aplicação de pena criminal, contra todas as considerações de política criminal;
- b) por outro lado, se o contribuinte sabe que, mesmo pagando, continuará sob a ameaça de pena privativa de liberdade, não terá nenhum interesse em efetuar o pagamento.
- c) o sistema penitenciário encontra-se em situação precária, não se justificando onerá-lo.

Segue opinião do tributarista Hugo de Brito Machado:

- a) constitui hipocrisia negar que a criminalização do ilícito tributário tem inegável caráter utilitarista, pois, se a razão de ser da criminalização é compelir as pessoas ao pagamento, como de fato é, pagar o tributo com os acréscimos legais satisfaz plenamente os objetivos da lei;
- b) é um equívoco acreditar que o efeito intimidativo da pena é capaz de fazer com que todos paguem regularmente os tributos;
- c) não haverá estímulo à sonegação, desde que sejam aplicadas penas pecuniárias severas e a fiscalização tributária seja eficiente;
- d) a extinção da punibilidade funciona como estímulo ao pagamento, de sorte que o contribuinte, vencido no processo administrativo, vai preferir pagar a questionar a exigência na via judicial;
- e) não é contrária à isonomia, e em situações outras a lei penal admite a reparação do dano, tanto como causa de exclusão do crime (art. 15), como de redução da pena (art. 16),

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, p. 230-231, 2002.

e aos que não podem pagar resta o recurso do parcelamento, que poderá redundar na extinção da punibilidade.

Destarte, pagar à vista ou parcelar os débitos tributários é uma realidade no sistema tributário brasileiro e referido modelo tem alcançado o fim da norma, apesar das críticas.

3. A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Para que uma determinada conduta seja considerada criminosa, além do enquadramento na tipicidade formal, também tem que estar presente a tipicidade material, ou seja, a lesão significativa a bens jurídicos relevantes para a sociedade. Quando uma conduta é formalmente tipificada, mas não afeta de modo significativo o bem jurídico protegido, há a ausência de tipicidade material. Não é interessante ao Direito Penal mover uma ação penal ou até mesmo cobrar em sede de execução fiscal por um dano ínfimo, como, por exemplo, a propositura de uma ação penal pelo não pagamento do ICMS no valor de R\$ 100,00 (cem reais).

O princípio da insignificância opera, portanto, no âmbito da tipicidade, a qual é um dos elementos do fato típico, o primeiro substrato do crime. Quando a prática da conduta criminosa não chega nem a expor a perigo de lesão o bem jurídico, não se justifica a punição daquele que empreendeu tal conduta. Muitas vezes, mover o aparelho jurisdicional para apurar e punir determinadas condutas tão irrelevantes acaba sendo mais caro e sem nenhuma eficiência no plano prático. Perquirir determinados atos resulta em perda de tempo, diante de crimes e questões sérias que aparecem todos os dias no cenário do Poder Judiciário brasileiro.

Ensina o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt *apud* Pedro Roberto Decomain¹⁶:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio da bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amíúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

Julgados e leis têm adotado alguns parâmetros monetários para a aplicação do princípio da insignificância. Em 1997, a Lei nº 9.469/1997, no seu art.1º, e o art. 20 da MP nº 1.542-28097 previam que o Erário, no âmbito da União, considerava R\$ 1.000,00 (mil reais) o limite para dispensa da

¹⁶ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Opus citatum*, p. 124.

propositura de ação. Com a entrada em vigor da Lei nº 10.522/2002, este valor subiu para a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

A partir do julgamento do REsp. 1.112.748/TO¹⁷, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça passou a admitir o limite de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), disposto no art. 20 da Lei 10.522/02, para a aplicação do princípio da insignificância, relativamente aos crimes de descaminho. Segue trecho da decisão:

[...] A Seção, ao julgar o recurso repetitivo (art. 543-C do CPC e Res.8/2008-STJ), entendeu que, em atenção à jurisprudência predominante no STF, deve-se aplicar o princípio da insignificância ao crime de descaminho quando os delitos tributários não ultrapassarem o limite de R\$ 10 mil, adotando-se o disposto no art. 20 da Lei 10.522/02. O Min. Relator entendeu ser aplicável o valor de até R\$ 100,00 para a invocação da insignificância, como excludente de tipicidade penal, pois somente nesta hipótese haveria extinção do crédito e, conseqüentemente, desinteresse definitivo na cobrança da dívida pela Administração Fazendária (art. 18, § 1º, da referida lei), mas ressaltou seu posicionamento e curvou-se à orientação do Pretório Excelso no intuito de conferir efetividade aos fins propostos pela Lei 11.672/2008 (julgado em 09.09.2009).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que a aplicação do princípio da insignificância é orientada pelo art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias nºs 75 e 130, ambas de 2012, expedidas pelo Ministério da Fazenda. Alguns julgados recentes de ambas as colendas Turmas^{18 19}:

EMENTA: Habeas corpus. Crime de descaminho (CP, art. 334). Impetração dirigida contra decisão monocrática do Relator da causa no Superior Tribunal de Justiça. Decisão não submetida ao crivo do colegiado. Ausência de interposição de agravo interno. Não exaurimento da instância antecedente. Precedentes. Extinção do writ. *Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. Valor inferior ao estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários. Ordem concedida de ofício.* 1. A jurisprudência contemporânea do Supremo Tribunal não vem admitindo a impetração de habeas corpus que se volte contra decisão monocrática do relator da causa no Superior Tribunal de Justiça que não tenha sido submetida ao crivo do colegiado por intermédio do agravo interno, por falta de exaurimento da instância antecedente (HC nº 118.189/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 24/4/14). 2. Extinção da impetração. 3. *No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da*

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. Recurso Especial Nº 1.112.748 – TO (2009/0056632-6). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Eronildes Gomes de Souza e Eliseu Gomes de Souza Júnior. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento em: 09 set. 2009, publicado no DJe em: 13 out. 2009. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900566326&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Habeas Corpus 119.849 – Paraná. Pacte(s): Olair Siebre Almira. Imppte(s): Defensoria Pública da União. Proc. (A/S) (Es): Defensor Público-Geral Federal. Coator(A/S) (Es): Relator do Aresp Nº 318036 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 19 ago. 2014, publicado no DJe em: 07 out. 2014. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 25 out. 2014.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus 95.749-8 – Paraná. Pacte.(s): Sérgio Gomes de Moraes. Imppte.(s): Defensoria Pública da União. Coator(A/S) (Es): Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 23 set. 2008, publicado no DJe nº 211em: 07 nov. 2008. Disponível em: < <http://tedir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559899>>. Acesso em: 25 out. 2014.

Fazenda. Precedentes. 4. Na espécie, como a soma dos tributos não recolhidos perfaz a quantia de R\$ 10.865,65, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho, com base no princípio da insignificância, em relação ao paciente, que preenche os requisitos subjetivos necessários ao reconhecimento da atipicidade de sua conduta. 5. Ordem concedida de ofício. (STF - HC 119849, Relator (a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, Processo Eletrônico: DJe-195. DIVULG 06-10-2014 PUBLIC 07-10-2014). (Grifo nosso).

Acrescenta-se fragmento do voto do Ministro Relator:

“(…) Anoto que, embora a expressividade financeira do tributo omitido ou sonegado pelo paciente em decorrência da prática de descaminho seja superior a R\$ 10.000,00, no caso, de R\$ 10.865,65 (dez mil oitocentos e sessenta e cinco reais e sessenta e cinco centavos), é ela inferior a R\$ 20.000,00 – valor atualmente estabelecido nas Portarias nºs 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda para a dispensa de instauração do executivo fiscal contra o contribuinte renitente”.

“Na esteira do que vem decidindo esta Primeira Turma, nessas condições, é o caso de reconhecimento do princípio da insignificância sempre que as provas demonstrem que os denunciados não sejam pessoas dedicadas à atividade criminosa e contumazes na prática do ilícito”.

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. DÉBITO TRIBUTÁRIO INFERIOR AO VALOR PREVISTO NO ART. 20 DA LEI Nº 10.522/02. ARQUIVAMENTO. CONDUTA IRRELEVANTE PARA A ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 1. Crime de descaminho. O arquivamento das execuções fiscais cujo valor seja igual ou inferior ao previsto no artigo 20 da Lei n. 10.522/02 é dever-poder do Procurador da Fazenda Nacional, independentemente de qualquer juízo de conveniência e oportunidade. 2. É inadmissível que a conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o direito penal. *O Estado, vinculado pelo princípio de sua intervenção mínima em direito penal, somente deve ocupar-se das condutas que impliquem grave violação ao bem juridicamente tutelado. Neste caso se impõe a aplicação do princípio da insignificância.* Ordem concedida. (STF - HC 95749, Relator (a): Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 23/09/2008, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-04 PP-00708 RTFP v. 17, n. 84, 2009, p. 364-366). (Grifo nosso).

Por fim, extrato do voto do Ministro Relator:

O artigo 20 da Lei n. 10.522/02 estabelece que:

“Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Em que pese o preceito condicionar o arquivamento das execuções fiscais ao requerimento do Procurador da Fazenda, a 2ª Turma desta Corte fixou entendimento no sentido de que esse requerimento consubstancia ato vinculado. Trata-se de um dever-poder desdobrado do princípio da legalidade, que independe de qualquer juízo de conveniência e oportunidade [HC n. 92.438, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Sessão do dia 18.8.08].

Na oportunidade, o Relator, Ministro Joaquim Barbosa, observou que “[à] luz dos princípios que regem o direito penal, especialmente o princípio da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima, é inadmissível que uma conduta seja administrativamente irrelevante e, ao contrário, seja considerada criminalmente relevante e punível! A única conclusão a que se pode chegar, na espécie, é a de que não houve lesão ao bem jurídico tutelado”.

(...)

Concedo a ordem, declarando a atipicidade material da conduta do paciente por aplicação do princípio da insignificância.

Todavia, o valor mínimo, no âmbito da União, não vincula os Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo servir apenas como analogia. Pela autonomia dos entes, cada um, de acordo com suas necessidades, pode instituir parâmetros próprios para a aplicação do princípio da insignificância. Pedro Roberto Decomain (DECOMAIN, 2008, p. 129) cita, como exemplo, o Estado de Santa Catarina, que fixa como valor mínimo R\$ 2.500,00 (art. 5º da Lei nº 12.646, de 4 de setembro de 2003, resultante da conversão da Medida Provisória nº 111, de 6 de agosto de 2003) quando se tratar de crédito tributário oriundo de ICMS, tendo como exceção crédito resultante de penalidade pecuniária não proporcional ao valor do tributo ou da mercadoria a ele relacionada. Nos demais casos, o limite é de R\$ 700,00 (setecentos reais).

4 AS PENAS ALTERNATIVAS EM SUBSTITUIÇÃO ÀS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

É notável que as normas penais tributárias seguem o caminho da não aplicação das penas restritivas de liberdade, seja pela benesse do parcelamento, seja pelo pagamento à vista, ou até mesmo pela conversão de penas. A prisão para os crimes contra a ordem tributária tornou-se algo ineficaz e não aplicável. É sabido que a pena privativa de liberdade não reeduca, e sim gera maior criminalidade. Será que a solução correta é condenar à prisão o contribuinte que realizou omissão de entrada de mercadoria? Tolher a liberdade de um cidadão é medida extrema dentro de um Estado Democrático de Direito, visto que um sonegador fiscal não será reeducado e transformado em uma prisão comum. Diante dessa realidade, as penas restritivas de direitos ou pecuniárias são mais adequadas neste tipo de crime, ou seja, mecanismos mais eficientes à efetiva reparação do mal ocasionado ao Erário.

As medidas tomadas nos crimes contra a ordem tributária deveriam perquirir a conscientização dos cidadãos em relação aos seus deveres fiscais. Segue uma reunião de atitudes de cunho não exaustivo: diminuição da carga tributária vigente, maior transparência dos gastos públicos, reeducação fiscal, penas específicas e mais efetivas para os transgressores das normas tributárias, mais transparência dos gastos públicos. São alguns atos que poderiam transformar o sistema de sonegação contínua que está enraizado na sociedade.

Convive-se com algumas dúvidas que assolam todas as pessoas em diferentes classes sociais: os tributos aumentaram porque a sonegação é alta ou a sonegação é alta porque os tributos aumentaram? Essa sonegação ocorre por parte do governo ou dos empresários? Qual o grau de contribuição de cada um? Não há respostas concretas sobre essas perguntas. É um ciclo vicioso.

Não se pode tratar da mesma forma todos os crimes, um homicida não pode ser tratado como um sonegador fiscal. Além disso, um sonegador com menor potencial ofensivo não poderá ter o mesmo tratamento de um sonegador reincidente. É preciso analisar também o porte da empresa. Diante dessa realidade, as penas restritivas de direitos apresentam-se como a sanção adequada a esses crimes.

Torna-se ineficiente a prisão de um empresário, já que nenhuma lição este aprenderá durante o cumprimento da pena. Na análise dos fatos mais aprofundada, seria uma espécie de prisão por dívida, prática tão coibida no direito contemporâneo. Seria um retrocesso.

Vale ressaltar que a prisão, nesse tipo de crime, gera um efeito social altamente negativo, já que, com a prisão dos sócios, principalmente da figura do socioadministrador, a empresa poderá cessar suas atividades de modo definitivo, culminando com a extinção de postos de trabalhos e, conseqüentemente, com a elevação da taxa de desemprego. Sem contar no impacto que isso trará no seio familiar do próprio acusado. Além disso, será uma empresa a menos para tributar. Nesse modelo de punir, o interesse da Fazenda Pública também estará comprometido.

Outra vertente do supramencionado efeito negativo é que a manutenção de um detento no sistema prisional gera custos para o Estado, que necessita fornecer: alimentação, saúde, segurança, atendimento jurídico, vestuário, educação, higiene e projetos de ressocialização. Assim, além de o Estado não receber o valor do imposto, ainda irá gastar com o indivíduo. Seria um duplo prejuízo para a sociedade.

Cintia Rodrigues Menescal Palhares²⁰, defensora dessa substituição e remodelação do sistema penal tributário, cita algumas formas de penas alternativas:

- 1) prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas (Código Penal, artigo 43, I), sobretudo àquelas nas quais a falta de recursos públicos se faça sentir de forma mais contundente, como hospitais, escolas, abrigos de crianças e idosos etc.
- 2) interdições temporárias ou perda de direitos (Código Penal, artigo 43, V), como aquisição de passaporte, proibição de prestar concursos públicos, proibição de contratar com pessoas jurídicas de direito público;
- 3) expulsão do território, para estrangeiros;
- 4) suspensão e privação de direitos políticos;
- 5) confisco de bens produto do crime (Código Penal, artigo 91, II);
- 6) pagamento do custo do crime ao Estado (despesas do Estado com a persecução penal, dentre outros).

²⁰ PALHARES, Cintia Rodrigues Menescal, *opus citatum*, p. 179.

Dessa forma, muitas outras medidas poderão ser tomadas com a finalidade de substituir as penas restritivas de liberdade por alternativas. Estas últimas têm-se mostrado bastante eficazes. Logo, um maior aparelhamento do Estado, com mais rigor e controle dos seus atos e de suas penas, é essencial para que um novo modelo de punição seja instalado. As medidas privativas de liberdade seriam reservadas em casos excepcionais, como na reincidência e na falha das penas alternativas, quando essas não alcançassem seu fim. Para isso, é necessário fiscalizar e obter um controle mais efetivo das penas alternativas.

CONCLUSÃO

Os ilícitos tributários tipificados pela lei penal, diante das características de seus agentes e do bem tutelado, são merecedores de um tratamento diferenciado. Privar de liberdade não é a solução para todos os males e adotá-la nesses crimes é uma medida ineficaz e sem aplicação prática.

Defende-se que seja realizada uma revisão nas sanções previstas na Lei nº 8.137/1990 e que seja repensado este modo para se alcançar a consciência social e fiscal dos contribuintes e do papel do tributo para sustento do Erário e de todas as obras voltadas para a coletividade. Na aplicação da sanção penal tributária, necessita-se fazer uma análise mais apurada, se realmente o ato de prender é eficaz no combate desses crimes, pois um modelo penal menos sancionador e mais eficiente para reprimir o ilícito é o que anseia a sociedade. O Estado deve ser imponente para cobrar e punir, não de forma desmedida, mas visando o adimplemento tributário com moderação, respeitando os direitos dos contribuintes.

O pagamento, seja integral e à vista ou parcelado, antes ou depois do oferecimento da denúncia, tem o condão de extinguir a punibilidade. Dessa forma, a criminalização, nesse caso, serve como instrumento para alcançar o pagamento. Cria-se a cultura do medo pela possibilidade de uma condenação penal com pena privativa de liberdade. Logo, a reforma tributária tão debatida por toda sociedade é cada vez mais necessária. Não se pode utilizar o Direito Penal, que preza pela intervenção mínima, como aparato para cobranças de dívidas.

De nada adianta a rigidez normativa sem a aplicação no plano prático. É inservível mover o Poder Judiciário em um processo penal caro e moroso para, ao final, o crime estar prescrito ou ainda o contribuinte efetuar o pagamento e culminar na extinção da punibilidade.

O vital é a simplificação dos procedimentos de apuração dos tributos, em parceria com a estruturação do Poder Judiciário e medidas aplicadas na proporção da gravidade do delito, tudo visando à concretização do resultado específico que é a criação da conscientização fiscal.

REFERÊNCIAS

1. ABRÃO, Carlos Henrique. Crime Tributário: um estudo da norma penal tributária. 2ª edição revisada e ampliada. São Paulo: IOB, 2009;

2. DECOMAIN, Pedro Roberto. Crimes contra a Ordem Tributária. 4 ed. rev, atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008;
3. KALACHE, Maurício. Crimes Tributários: Uma análise da Estrutura penal nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27.12.1990. Curitiba: Juruá, 2006;
4. MACHADO, Hugo de Brito. Estudos de direito penal tributário. São Paulo: Atlas, 2002;
5. PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Crimes Tributários: Uma visão prospectiva de sua despenalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;
6. EQUIPE PORTAL TRIBUTÁRIO. REFIS - Programas De Parcelamentos De Débitos Tributários Federais. Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br/guia/refis.html>. Acesso em: 25 out. 2014;
7. BRASIL. Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965. Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm>. Acesso em: 22 out. 2014;
8. _____. Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967. Concede estímulos fiscais à capitalização das empresas; reforça os incentivos à compra de ações; facilita o pagamento de débitos fiscais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0157.htm>. Acesso em: 22 out. 2014;
9. _____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 22 out. 2014;
10. _____. Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm>. Acesso em: 22 out. 2014;
11. _____. Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos ao procedimento sumaríssimo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9245.htm>. Acesso em: 22 out. 2014;
12. _____. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições Para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430.htm>. Acesso em: 22 out. 2014;
13. _____. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Regulamenta o disposto no inciso VI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, antes da administração indireta; regula os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária; revoga a Lei nº 8.197, de 27 de junho de 1991, e a Lei nº 9.081, de 19 de julho de 1995, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm>. Acesso em: 22 out. 2014;
14. _____. Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000. Institui o programa de Recuperação Fiscal - REFIS e dá outras providências, e altera as leis nºs. 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leis/ant2001/lei996400.htm>>. Acesso em: 22 out. 2014;
15. _____. Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Altera o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. Alterada pela Lei nº 10.637, de 30/12/2002. Alterada pela Lei nº 10.954, de 29/09/2004. Alterada pela Lei nº 11.033, de 21/12/2004. Alterada pela Lei nº 11.051, de 29/12/2004. Alterada pela Lei nº 11.345, de 14 de setembro de 2006. Alterada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Alterada pela Lei nº 12.548, de 15 de dezembro de 2011. Alterada pela Lei nº 12.649, de 17 de maio de 2012. Alterada pela Lei nº 12.788, de 14 de janeiro de 2013. Alterada pela Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013. Alterada pela Lei nº 12.844, de 19 de julho de 2013. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/leis/2002/lei10522.htm>>. Acesso em: 22 out. 2014;
16. _____. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em: 22 out. 2014;

17. _____. Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm>. Acesso em: 22 out. 2014;
18. MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA. Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf075.htm>>. Acesso em: 25 out. 2014;
19. _____. Portaria MF nº 130, de 19 de abril de 2012. Altera a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/Portarias/2012/MinisteriodaFazenda/portmf130.htm> Acesso em: 25 out. 2014;
20. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Habeas Corpus nº 95.749-8 – Paraná. Pcte.(s): Sérgio Gomes de Moraes. Impte.(s): Defensoria Pública da União. Coator(A/S) (Es): Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 23 set. 2008, publicado no DJe nº 211 em: 07 nov. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=559899>>. Acesso em: 25 out. 2014;
21. _____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Seção. Recurso Especial nº 1.112.748 – TO (2009/0056632-6). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Eronildes Gomes de Souza e Eliseu Gomes de Souza Júnior. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgamento em: 09 set. 2009, publicado no DJe em: 13 out. 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900566326&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 out. 2014;
22. _____. Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. Recurso Especial nº 1.111.720 – PR (2009/0037442-5). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Miriam Regina Rubim. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Brasília, Julgamento em: 13 ago. 2013, publicado no DJe em: 28 ago. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200900374425&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 out. 2014;
23. _____. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 292.390 – ES (2013/0036083-1). Agravante: Edvalter Ceccon. Agravado: Ministério Público Federal. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Julgamento em: 10 dez. 2013, publicado no DJe em: 03 fev. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201300360831&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 25 out. 2014;
24. _____. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Habeas Corpus nº 119.849 – Paraná. Pcte(s): Olair Siebre Almiranda. Impte(s): Defensoria Pública da União. Proc.(A/S) (Es): Defensor Público-Geral Federal. Coator(A/S) (Es): Relator do Aresp Nº318036 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento em: 19 ago. 2014, publicado no DJe em: 07 out. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 25 out. 2014.

A MULTA TRIBUTÁRIA E SEU EFEITO CONFISCATÓRIO

Tax effect and its fine confiscatory

**Josiane Souza de
Lima Barreto**

*Advogada. Professora
Substituta do
Departamento de Direito
Público na Universidade
Federal do Amazonas.*

SUMÁRIO

Introdução. 1. A Multa Tributária e Seu Efeito Confiscatório. 2. O Confisco no Direito Tributário Brasileiro. 3. Distinção Entre Multa e Tributo. 4. Classificação das Multas Tributárias. 5. O Princípio da Proporcionalidade e o da Razoabilidade Relacionados com o Efeito Confiscatório. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O presente estudo versará sobre as multas tributárias previstas no ordenamento jurídico brasileiro, que, muitas vezes, caracterizam-se com efeito confiscatório, mesmo com a disposição constitucional expressa no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que garante o não confisco e determina que a atuação da Administração deve seguir parâmetros legais e razoáveis. Em certas situações, esse princípio é violado.

É importante destacar que o Estado necessita, em sua atividade tributária e financeira, captar recursos para manter sua estrutura e disponibilizar aos cidadãos os serviços que atendam os interesses da coletividade. Assim, os objetivos essenciais que devem ser observados durante a atividade tributária pela Administração Pública é a sua forma de atuar pautada na legalidade e na aplicação dos princípios gerais do direito, especialmente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com o intuito de atingir a justiça fiscal.

Apesar de termos situações em que o princípio de vedação ao confisco é violado, não podemos esquecer que o princípio em questão é um importante instrumento de proteção ao contribuinte da relação tributária em face da possibilidade de exercício de atos abusivos quanto ao poder tributante do Estado.

Assim, através de pesquisas bibliográficas, doutrinárias e jurisprudenciais, queremos demonstrar que o texto constitucional vigente apresenta normas essenciais quanto à arrecadação e à vedação ao confisco, devendo tais atos serem utilizados pela Administração Pública de forma coerente e equilibrada, a fim de garantir aos cidadãos a segurança jurídica necessária.

» *Palavras-chave: Multa Tributária. Efeito Confiscatório. Princípio da Proporcionalidade. Princípio da Razoabilidade. Segurança Jurídica. Justiça Fiscal.*

ABSTRACT

This study will focus on tax penalties provided for in the Brazilian legal system that often are characterized with confiscatory effect, despite the constitutional provision expressed in art. 150, item IV of the Constitution of 1988, which guarantees no confiscation and determines

that the Administration's actions must follow legal and reasonable parameters, in certain situations this principle is violated.

Importantly, the state needs in their tax and financial activity, raising funds to maintain its structure and provide citizens with the services that meet the interests of the community. Thus, the essential objectives that must be observed during the tax activity by the Public Administration is the way you act guided by the law and in applying the general principles of law, particularly the principles of proportionality and reasonableness , in order to achieve justice tax.

Although we have situations where the principle of sealing the confiscation is violated, we can not forget that the principle in question is an important instrument to protect the taxpayer 's tax relationship facing the possibility of exercising abusive acts on the taxing power of the state.

Thus, through literature , doctrinal and jurisprudential research, we want to demonstrate that the current constitutional text presents basic standards for the collection and sealing confiscation , and such acts be used by the public authorities in a coherent and balanced manner in order to guarantee citizens the necessary legal certainty.

» *Keywords: Confiscatory effect. Tax penalty. Principle of Proportionality. Principle of Reasonableness. Legal Security. Tax Justice.*

INTRODUÇÃO

Há muito se questiona, no Direito Tributário brasileiro, sobre como a carga tributária demasiadamente elevada pode comprometer o exercício da atividade econômica e, especialmente, o direito de propriedade. Por isso, a importância do dispositivo constitucional que proíbe a utilização de tributo com efeito confiscatório.

Nesse sentido, a multa excessivamente onerosa, não razoável e que absorve a própria fonte da tributação caracteriza o efeito confiscatório e contraria a disposição constitucional que veda o não confisco e determina que a atuação da Administração deve seguir parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, garantindo a segurança jurídica.

Deve-se levar em conta que a imposição de sanções não deve ser tomada para absorver grande parte do valor da propriedade ou da renda do contribuinte devedor, havendo uma diferença entre o imposto constitucional e o confiscatório. Na mesma esteira, pode-se afirmar que a previsão expressa da vedação ao confisco teve a intenção de alertar o legislador infraconstitucional para o fato de que a tributação deve ser razoável e proporcional, de forma a não expropriar nenhum bem particular do contribuinte.

Veremos que a multa sancionatória pode ser classificada em ressarcitória, punitiva, desincentivadora, implícita e corretiva, devendo ser aplicada dependendo da situação concreta e visando a preservação

da ordem, a tranquilidade da sociedade, a reparação do dano e, em especial no que tange ao Direito Tributário, coagir o contribuinte a trazer sua participação para que as necessidades públicas sejam satisfeitas.

Dessa forma, a multa, a pretexto de desestimular a reiteração das condutas infracionais, não pode atingir o direito de propriedade, cabendo ao Poder Legislativo a fixação dos limites à sua imposição.

1. A MULTA TRIBUTÁRIA E SEU EFEITO CONFISCATÓRIO

O princípio do não confisco tem previsão expressa no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, e tem por finalidade impedir que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, ao instituírem ou majorarem tributos, confisquem a propriedade do contribuinte.

Embora tal dispositivo faça referência apenas ao tributo quando proíbe sua cobrança com efeito confiscatório, a jurisprudência e a doutrina entendem perfeitamente aplicável às multas a mesma limitação.

Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já decidiu:

[...] VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. (STF, Tribunal Pleno, ADI 551-1, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, 2002).

E ainda:

TRIBUTÁRIO. MULTA PUNITIVA. VEDAÇÃO DE TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA... I – É aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. (STF, Primeira Turma, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, AI 482281 AgR, 2009).

Portanto, para aprofundarmos o estudo da multa tributária com efeito confiscatório faz-se necessário um breve relato histórico sobre o instituto do confisco que é uma regra milenar que esteve e ainda está presente em vários países ao longo da história, desde o Direito Romano até os tempos atuais.

De acordo com Sacha Calmon, o princípio do não confisco originou-se do pavor da burguesia nascente em face do poder de tributar dos reis (COELHO, 1999, p. 349).

A partir do século XI, os povos europeus já defendiam a necessidade de lei aprovada pelas Assembleias Representativas do povo para a cobrança de tributo, confirmando o ideal de que a exigência tributária é um sacrifício coletivamente consentido.¹

¹ CORDEIRO, Rodrigo Aiache. O princípio do não confisco tributário. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1646>>. Acesso em 28 de dezembro de 2014.

Essas foram as origens do princípio da legalidade, que se configura como uma importante limitação ao poder de tributar e, por conseguinte, barreira, também, à tributação com efeito confiscatório.

Durante a Idade Medieval, grande parte do povo demonstrava-se descontente com a opressão fiscal e começou-se a pôr em dúvida a justiça e a aplicação do confisco, situações que resultaram nas famosas revoluções francesa e americana, cujas reivindicações conduziram à determinação dos princípios basilares do direito constitucional.

Na França, a luta da burguesia contra o clero e a nobreza era intensa, uma vez que esses últimos eram isentos de grande parte dos impostos (UCKMAR, 1999, p. 31).

Após isso, as discussões acerca da legitimidade do confisco se deram em sede de Direito Internacional Público, principalmente em razão da apropriação dos bens dos inimigos de guerra.

Nesse sentido, Fabio Brun Goldschmidt afirma que:

Discutiu-se nessa seara se o confiscável era unicamente a propriedade pública do inimigo, ou, inclusive, os bens particulares do mesmo, havendo se inclinado a doutrina a somente admitir a primeira hipótese, tendo em vista tratar-se a guerra de um conflito entre Estados, e não entre pessoas, motivo pelo qual inclusive regulamentos militares proíbem confiscar-se a propriedade privada do inimigo. Dentro da ótica da guerra, o confisco é visto não apenas como punição, tal qual ordinariamente ocorre, mas também como medida de prevenção.²

Atualmente, o princípio da vedação ao confisco encontra-se em estágio elevadíssimo de evolução, sendo, inclusive, reconhecido por grande parte das constituições existentes no cenário mundial.

A palavra confisco tem sua origem etimológica do verbo latim *confiscare*, que, segundo Ives Gandra Martins, “é concebido, no ambiente jurídico, como ação de força exercida pelo Estado consistente em transferir para si todos ou parte dos bens de um particular.”³

Segundo De Plácido e Silva:

Confisco, confiscação, é o vocábulo que se deriva do latim *confiscatio*, de *confiscare*, tendo o sentido de ato pelo qual se apreendem e se adjudicam ao fisco bens pertencentes a outrem, por ato administrativo ou por sentença judiciária, fundados em lei.⁴

Podemos depreender que confiscar significa a apreensão pelo Fisco de bens do patrimônio particular, sem que este receba pelo bem a corresponde indenização, ou seja, é o ato pelo qual o Estado retira a totalidade ou parcela considerável da propriedade do cidadão, sem qualquer retribuição econômica ou financeira, caracterizando o caráter de penalidade.

² GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. O princípio do não-confisco no direito tributário. São Paulo: RT, 2003, p. 45.

³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direitos Fundamentais do Contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 93.

⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 199.

Assim, o tributo confiscatório é forma de se desvirtuar a finalidade para a qual a atividade tributária foi criada e autorizada, gerando, por conseguinte, a própria perda da propriedade privada do particular.

2. O CONFISCO NO DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Inicialmente, devemos ressaltar a importância que possui a atividade de tributar na vida socioeconômica do Estado. Ensina Eduardo Sabbag, em seu Manual de Direito Tributário (2011), que o Estado necessita, em sua atividade financeira, captar recursos materiais para manter sua estrutura e disponibilizar aos cidadãos os serviços que lhe compete em razão de ser o principal provedor das necessidades coletivas.

Assim, a cobrança de tributos se mostra como a principal fonte de receitas públicas, voltadas ao cumprimento dos objetivos fundamentais estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, tais como a garantia do desenvolvimento nacional, bem como o meio de viabilizar o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

O Estado, na tentativa de equilibrar as despesas públicas com a sua receita, cria novos tributos e majora os já existentes. No entanto, para que sejam respeitados as garantias e os direitos reconhecidos aos contribuintes, é imprescindível que referida atividade não se faça de maneira exagerada e desproporcional.

É imperioso destacar a conexão do princípio do confisco com o direito de propriedade. Nas lições de Eduardo Sabbag, a vedação constitucional do confisco tributário traduz-se na interdição pela Carta Política da pretensão governamental tendente à injusta apropriação do patrimônio particular, parcial ou integralmente, sem a correspondente indenização, levando ao seu comprometimento, em face da insuportabilidade da carga tributária imposta (SABBAG, 2014, p. 241).

Desse modo, a manutenção da propriedade privada apresenta-se como essencial para alcançar sua função social, nos termos do art. 5º, inciso XXIII, da CF, pois o princípio que veda a confiscatoriedade é derivado da garantia de proteção aos direitos fundamentais do contribuinte.

Analisando o princípio do não confisco no Direito Tributário brasileiro, Juliana Balbino ensina que o confisco aparece como limitação ao poder de fixar ou majorar tributos que acarretem a perda da propriedade do contribuinte, já que todo tributo, a princípio, transfere parte da propriedade do particular para o Estado (BALBINO, 2007, p. 43).

E continua:

A despeito de não ter sido a intenção do legislador pátrio expropriar o bem do contribuinte, o princípio do não confisco veda o efeito prático da referida exigência. É dirigido não ape-

nas a um ente federativo, mas às esferas políticas de nossa República, quais sejam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Assim sendo, de um lado, evita-se a prática de política arrecadatória devastadora e, de outro, garante-se a cobrança de tributos em patamares proporcionais e razoáveis em relação a todos os contribuintes. O princípio em comento atua como garantia material desses contra o excesso de tributação, constituindo fundamental instrumento de proteção aos direitos e às garantias individuais dos cidadãos brasileiros.⁵

Na mesma esteira, Luiz Felipe Difini esclarece que nem sempre estará em questão a propriedade, mas também a livre iniciativa e o livre exercício profissional, *in verbis*:

Assim como o direito de propriedade, também os princípios do livre exercício profissional e da livre iniciativa podem entrar em conflito com outros princípios, que visam a fins de sociabilidade objeto de proteção constitucional, derivados do princípio do Estado Social e Democrático de Direito, aplicando-se, no campo da tributação, o princípio da não confiscatoriedade, como norma de colisão para a solução destes conflitos.⁶

Para Ives Gandra Martins, no momento em que a tributação subtrai do contribuinte a capacidade de se sustentar e se desenvolver, afetando a garantia de atendimento às suas necessidades essenciais, tem-se o confisco (MARTINS, 1990, p. 142).

Nesse passo, Luciano Amaro ensina que o princípio da vedação ao confisco deriva do princípio da capacidade contributiva, atuando aquele em conjunto com este (AMARO, 2014, p. 144), porquanto essa capacidade econômica se traduz na aptidão para suportar a carga tributária sem que haja perecimento da riqueza tributável que a lastreia, calcada no mínimo existencial (SABBAG, 2014, p. 239).

Por sua vez, o mínimo existencial está disposto no art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal, cujo conteúdo indica os parâmetros de quantidade de riqueza mínima que são necessários para a manutenção do cidadão e de sua família, ou seja, é um limite que não pode ser extrapolado no âmbito da tributação e da capacidade que o contribuinte pode pagar.

A proibição expressa do tributo confiscatório foi introduzida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 150, IV, no capítulo I – Do Sistema Tributário Nacional, da Seção II – Das Limitações ao Poder de Tributar, representando limite explícito ao poder de tributar do Estado. Nas constituições brasileiras anteriores, não havia previsão expressa da proibição do confisco, mas tão somente implícita sua garantia.

Hodiernamente, apesar de sua previsão ser explícita no texto constitucional, a expressão é vaga e dotada de imprecisão, pois falta delimitação quantitativa quanto à sua aplicação.

Nesse sentido, Juliana Balbino afirma que:

O princípio do não confisco é princípio valorativo, o que torna sua definição extremamente árdua, isto é, não há como identificar, imediatamente, o seu alcance objetivo. A

⁵ BALBINO, Juliana Lamego. O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário Brasileiro. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2007, p. 43.

⁶ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Proibição de tributos com Efeito de Confisco. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 263-264.

discussão de seus limites adentra, inclusive, [...], na seara do que deva ser considerado confiscatório: o tributo ou a carga tributária.⁷

Portanto, podemos concluir que o princípio do não confisco tem relevante função social, uma vez que, por meio dele, outros fins são atingidos, como, por exemplo, a garantia do direito de propriedade e da justiça social. E ainda, a atividade de tributar não deve somente guiar-se pela legalidade formal, mas também deve proporcionar a realização da justiça fiscal e, especialmente, a segurança jurídica.

É importante frisar que a justiça fiscal se insere nesse contexto em razão da realização pela Administração Pública da distribuição de renda e da promoção de políticas públicas que realizem os interesses sociais dos cidadãos, pois o Estado, ao compensar as desigualdades sociais por meio dessas políticas, utiliza como fonte de renda principal a tributação, bem como da capacidade contributiva que gradua a carga tributária considerando aspectos pessoais do contribuinte, devendo levar em conta o seu patrimônio, rendimento ou forma de avaliação econômica.

3. DISTINÇÃO ENTRE MULTA E TRIBUTO

A Constituição Federal, ao estabelecer as competências tributárias, as limitações ao poder de tributar e a repartição de receitas tributárias, permite que se extraia do seu próprio texto qual é o conceito de tributo.

Assim, nos termos constitucionais, Leando Paulsen conceitua tributo como sendo:

Prestações em dinheiro exigidas compulsoriamente, pelos entes políticos, de quem revele capacidade contributiva ou que se relacione direta ou indiretamente a atividade estatal específica, com vista à obtenção de recursos para o financiamento geral do Estado ou para o financiamento de atividades ou fins realizados e promovidos pelo próprio Estado ou por terceiros no interesse público, com ou sem promessa de devolução.⁸

Portanto, trata-se de toda prestação em dinheiro exigida compulsoriamente pelos entes políticos de pessoas físicas ou jurídicas, objetivando a obtenção de recursos para o financiamento geral do Estado ou para o financiamento de atividades ou fins específicos realizados e promovidos pelo próprio Estado ou por terceiros no interesse público.

No mesmo diapasão, o conceito de tributo expresso no art. 3º do Código Tributário Nacional “é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Assim, o tributo não pode ser interpretado como penalidade imposta ao que comete algum ato ilícito.

⁷ BALBINO, Juliana Lamego. *bid. op. cit.* p. 44.

⁸ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 16ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 1229.

Por outro lado, nas lições de Eduardo Sabbag, podemos afirmar que multa não é tributo, mas sanção exigível perante o descumprimento de obrigação tributária, como nítida reação do Direito a um comportamento devido, e não realizado (SABBAG, 2014, p. 251). Assim, se um contribuinte deixa de recolher um determinado tributo até a data de seu vencimento, ser-lhe-á aplicada uma multa, e esta não se confunde com o tributo não quitado.⁹

Todos os fatos descritos como hipóteses de incidência dos tributos são, sem nenhuma exceção, lícitos, como, por exemplo: prestar serviços, ser proprietário de imóvel urbano, realizar operação de venda e compra de mercadorias.

Quando a lei descrever como hipótese um comportamento ilícito, como, por exemplo, a não emissão de notas fiscais, a consequência normativa nunca será uma relação jurídica tributária que legitime o Fisco a cobrar tributo, mas sim multa.¹⁰

Como bem ensina Paulo de Barros Carvalho, “os acontecimentos ilícitos vêm sempre atrelados a uma providência sancionatória e, fixando o caráter lícito do evento, separa-se, com nitidez, a relação jurídica do tributo da relação jurídica atinente às penalidades exigidas pelo descumprimento de deveres tributários”.¹¹

Para forçar os contribuintes a cumprirem com suas obrigações tributárias, as penalidades são previstas como consequências pelo desrespeito à legislação tributária.¹² Assim, a multa tem força motivadora de comportamentos lícitos, fazendo com que os contribuintes cumpram, de forma correta e espontânea, as suas obrigações.

A multa é penalidade aritmeticamente aferível e dotada de valor preciso, que pode ser razoável ou não. Nesse sentido, ensina Eduardo Sabbag que vivemos hoje uma realidade de cobrança de multas intimidativas pelos Fiscos, que se sentem, em muitos casos, empolgados a substituir o tributo por essas prestações, fazendo com que o tributo seja travestido de multa, o que raia ao absurdo (SABBAG, 2014, p. 251).

Continua afirmando que:

É natural que se devam aplicar pesadas multas a certos contribuintes, até porque é da essência dessa prestação pecuniária dissuadi-los da recalcitrância na conduta transgressora, principalmente quando estiverem em jogo superiores interesses da coletividade. Entretanto, a prática adotada deve ir ao encontro dos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade.¹³

⁹ ROSSI, Carlos Alberto Del Papa e ROSSI, Gilberto Bim . O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO E A MULTA NO CAMPO DA TRIBUTAÇÃO. Disponível em: <<http://carlosrossi.wordpress.com/artigos/o-principio-da-vedacao-ao-confisco-e-a-multa-no-campo-da-tributacao/>>. Acessado em: 28 de dezembro de 2014.

¹⁰ ROSSI, Carlos Alberto Del Papa e ROSSI, Gilberto Bim. bid. op. cit.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 22.

¹² ROSSI, Carlos Alberto Del Papa e ROSSI, Gilberto Bim. bid. op. cit.

¹³ SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 251.

Todavia, o que não pode ocorrer é a cobrança de multas realizada de forma intimidativa pelo Fisco, no sentido de substituir o tributo por essas pesadas prestações, fazendo com que o tributo seja disfarçado de multa.

A ideia da utilização da multa como forma de penalidade é perfeitamente aceitável e conforme destaca Ricardo Alexandre, deve ser:

Aplicada de forma razoável e moderada, sem que a tributação tenha por efeito impedir o exercício de atividades lícitas pelo contribuinte, dificultando o suprimento de suas necessidades vitais básicas ou comprometendo seu direito a uma existência digna.¹⁴

Quando os critérios para fixação das multas aplicadas sobre determinada infração ultrapassam patamares que extrapolam a razoabilidade e a proporcionalidade, fica evidenciado o efeito confiscatório e a inconstitucionalidade do lançamento tributário.

Nesse sentido, a doutrina majoritária tem-se manifestado favoravelmente à aplicação do postulado tributário às multas exacerbadas. Tanto a multa moratória quanto a multa punitiva podem ser confiscatórias se extrapolarem os limites do proporcional, do razoável e do necessário.

Assim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 1.075/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, com julgamento em 17/06/1998, considerou confiscatória a penalidade pecuniária que estabeleceu multa de 300% sobre o valor do bem ou da operação da qual não tinha havido a emissão da nota fiscal correspondente, estabelecida pelo art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 8.846/94 (SABBAG, 2014, p. 252).

Em recentes julgados, temos o mesmo sentido de posicionamento:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I – Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido. II – A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida. III – Agravo regimental improvido. (RE 748257 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 06/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 19-08-2013 PUBLIC 20-08-2013).

E ainda:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRECEITO INSCRITO NO ART. 150, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CARÁTER SUPOSTAMENTE CONFISCATÓRIO DA MULTA TRIBUTÁRIA COMINADA EM LEI – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONFISCATORIEDADE DO TRIBUTO – CLÁUSULA VEDATÓRIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO MATERIAL AO EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA

¹⁴ ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 134.

TRIBUTÁRIA E QUE TAMBÉM SE ESTENDE ÀS MULTAS DE NATUREZA FISCAL – PRECEDENTES – INDETERMINAÇÃO CONCEITUAL DA NOÇÃO DE EFEITO CONFISCATÓRIO – DOCTRINA – PERCENTUAL DE 25% SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO – “QUANTUM” DA MULTA TRIBUTÁRIA QUE ULTRAPASSA, NO CASO, O VALOR DO DÉBITO PRINCIPAL – EFEITO CONFISCATÓRIO CONFIGURADO – OFENSA ÀS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS QUE IMPÕEM AO PODER PÚBLICO O DEVER DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE PRIVADA, DE RESPEITO À LIBERDADE ECONÔMICA E PROFISSIONAL E DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE – AGRAVO IMPROVIDO. (RE 754554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 27-11-2013 PUBLIC 28-11-2013).

Assim, a fixação de multas que ultrapassam a capacidade contributiva do sujeito passivo, que comprometem seu direito a uma existência digna e que implicam a ruína de empresas é um tremendo equívoco, pois acaba estimulando a procura por soluções nem sempre lícitas.

Uma empresa que recebe uma multa elevada apenas porque não enviou determinado formulário ou informação ao Fisco, de repente, vê seu patrimônio desaparecer, mesmo tendo quitado todos os tributos, e certamente não terá estímulo a investir no país e contribuir para o crescimento econômico e social da nação.

A multa, a pretexto de desestimular a reiteração de condutas infracionais, não pode atingir o direito de propriedade, cabendo ao Poder Legislativo, com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a fixação dos limites à sua imposição, desde que, ao legislar, não venha a ferir preceitos básicos do sistema de equilíbrio entre o seu poder e os direitos e garantias fundamentais.

Existindo notória ausência de razoabilidade, cabe ao contribuinte buscar no Poder Judiciário a tutela de seus interesses na tentativa de se proteger contra a ânsia arrecadatória do Fisco, insurgindo-se contra as elevadas multas arbitradas em autuações fiscais federais, estaduais e municipais.

Portanto, não há dúvida de que uma multa excessiva, que extrapole os limites do razoável, ainda que visando a desestimular o comportamento ilícito, mostra-se tendenciosa a lesar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco, agredindo o patrimônio do contribuinte.

4. CLASSIFICAÇÃO DAS MULTAS TRIBUTÁRIAS

Como visto, as multas são as penalidades pecuniárias que surgem pelo inadimplemento e/ou descumprimento de uma obrigação tributária, revelando-se, muitas vezes, como um instrumento de intervenção na economia, o que indica seu caráter de estimular ou desestimular determinados comportamentos.

Como ensina Leandro Paulsen, todas as multas constituem respostas a um ilícito tributário, revestindo-se, portanto, de caráter sancionatório, punitivo, e configuram obrigação tributária principal, ao lado dos tributos, nos termos do art. 113, § 1º, do CTN. As multas também são objeto de

lançamento e, até mesmo, de cobrança executiva, muitas vezes em conjunto com os tributos a que dizem respeito.¹⁵

As multas são classificadas de várias formas e podem variar de autor para autor, porém a mais tradicional e adotada pela legislação é a que se refere a três espécies: moratórias, de ofício e isoladas.

As multas moratórias constituem penalidades aplicadas em razão do simples atraso no pagamento de tributo ou no pagamento insuficiente, ou seja, é a multa aplicada pelo descumprimento de uma obrigação principal. As multas de ofício são aplicadas pela própria autoridade através de auto de infração quando verifique que o contribuinte deixou de pagar tributo, mediante omissão ou fraude. As multas isoladas, por sua vez, são aplicadas pelo descumprimento de obrigações acessórias ou por outras infrações que independem de ser ou não devido determinado tributo.¹⁶

Por outro lado, é importante destacar o que Ives Gandra Martins ensina quanto às tipologias das sanções na seara tributária, sendo classificadas em ressarcitórias, punitivas, desincentivadoras, implícitas e corretivas (MARTINS, 1998, p. 60-61), conceituadas a seguir:

As sanções ressarcitórias visam exclusivamente permitir a reposição do valor do tributo recolhido a destempo, pelos acréscimos compensatórios do custo daquele valor, se viesse o Estado a ser obrigado a recorrer-se do sistema financeiro.

As sanções punitivas, por outro lado, ultrapassam os limites do ressarcimento para representarem acréscimo de receita, pretendendo o poder tributante apenas o contribuinte ou responsável, na ocorrência do pagamento a destempo, com carga superior, embora reconhecendo somente a existência de culpa.

As sanções desincentivadoras, por superiores às meramente punitivas, no peso de sua incidência, pretendem atingir a falta de recolhimento oriunda de dolo do sujeito passivo exteriorizado pela sonegação, conluio ou fraude.

As sanções implícitas são aquelas que se incorporam ao próprio tributo, nos casos específicos de tributação penal.

As sanções corretivas constituem penalidades apenas incidentes sobre infrações formais, onde não tenha havido falta de recolhimento do tributo.¹⁷

Ressalte-se que aplicação das sanções ao caso concreto visa a preservação da ordem, a tranquilidade da sociedade e a reparação do dano, além de coagir o contribuinte a trazer sua participação para que as necessidades públicas sejam satisfeitas.

Assim, as multas são inquestionavelmente uma forma de concretização pelo inadimplemento de uma obrigação anteriormente pactuada e não cumprida, assumindo assim um caráter punitivo. Fato é que, independente da natureza da multa sancionatória, temos caso em que o Fisco aplica ele-

¹⁵ PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário completo. 6ª. ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 174.

¹⁶ PAULSEN, Leandro. *ibid.* op. cit. p. 175.

¹⁷ MARTINS, Ives Gandra. Da Sanção Tributária. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 60-61.

vadas multas que ameaçam a continuidade da atividade econômica, principalmente quando aplicadas contra pessoa jurídica, ou quando comprometem a totalidade do patrimônio da pessoa física.

5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DA RAZOABILIDADE RELACIONADOS COM O EFEITO CONFISCATÓRIO

Os princípios exercem função essencial dentro do ordenamento jurídico, pois revelam um conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. Outra questão relevante é o fato de que eles, ao serem aplicados ao caso concreto, devem sempre buscar a harmonia entre si. Por isso, não há como deixar de relacionar a observância do princípio do não confisco com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Podemos afirmar, ainda, que os princípios são normas elementares instituidoras de base e que servem de alicerce de alguma coisa. Nesse sentido, os princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade representam garantia constitucional aos contribuintes contra as possíveis arbitrariedades realizadas pelos agentes públicos ao exercerem as suas atividades fiscais e administrativas.

Destaca Juliana Balbino que o Estado deve manter a proporcionalidade de seus atos em relação aos objetivos por ele almejados e que a vedação ao tributo confiscatório e o respeito à proporcionalidade devem ser os princípios limitadores de toda atividade estatal.¹⁸

Assim, é que a atividade estatal de fiscalização, de tributação e de aplicação de sanções aos contribuintes deve ser realizada em rigorosa observância ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a multa confiscatória pode-se apresentar como forma de imposição restritiva ao direito de propriedade do particular.

É importante destacar a análise de Juliana Balbino quanto ao postulado da proporcionalidade implícito no ordenamento jurídico positivado, *in verbis*:

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro não prever o princípio da proporcionalidade expressamente, este deve ser observado de maneira imperativa, por simples decorrência de outros princípios; mais especificamente, ele tem sua sede material na disposição constitucional que determina a observância ao devido processo legal substantivo, isto é, não basta ter sido a lei criada com respeito aos seus ditames formais, uma vez que deve também ser observada a sua proporcionalidade.¹⁹

¹⁸ BALBINO, Juliana Lamego. *bid. op. cit.* p. 68.

¹⁹ BALBINO, Juliana Lamego. *bid. op. cit.* p. 69.

No mesmo sentido, em sua obra *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, Helenilson Cunha Pontes ensina que:

A ordem jurídica reconhece a positividade de princípios postos expressamente, bem como de princípios por ela pressupostos. O princípio da proporcionalidade, a rigor, prescinde de uma consagração expressa em texto positivo na medida em que constitui um princípio pressuposto por uma ordem jurídica que se funda nos valores do Estado de Direito e da proteção da dignidade humana. Princípios como o da proporcionalidade, encontram-se no próprio alicerce do processo de concretização dos comandos constitucionais.²⁰

Assim, podemos verificar que, apesar de o princípio da proporcionalidade não se apresentar expressamente na legislação tributária positivada, não significa dizer que ele não deve ser respeitado; pelo contrário, o referido princípio exerce função relevante ao alcance da segurança jurídica, pois se apresenta como instrumento de controle da atividade estatal arbitrária e excessiva, devendo o agente fiscal, ao realizar o seu trabalho, buscar a medida proporcional na aplicação das multas sancionatórias e os fins almejados pelo Estado.

Na mesma esteira, destaca Juliana Balbino que outro princípio que tem relação com o não confisco é o princípio da razoabilidade, que também não tem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro.

Este princípio estabelece que tanto a Administração Pública quanto o legislador devem obedecer aos critérios aceitáveis como sendo justos do ponto de vista racional, agindo sempre embebidos de prudência e sensatez na consecução de seus fins coletivos. Os meios por eles utilizados precisam manter harmonia com as finalidades e os resultados perseguidos, sob pena de violarem o exercício de direitos e liberdades individuais.²¹

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o princípio da razoabilidade da seguinte forma:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes, ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.²²

Nesse sentido, vale ressaltar que a tarefa do agente fiscal de conferir o que é razoável deve ser feita no caso concreto, analisando a realidade de cada contribuinte, suas características e particularidades, pois só assim estará atribuindo valor de justiça e equilíbrio.

²⁰ PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

²¹ BALBINO, Juliana Lamego. *Ibid.* op. cit. p. 71.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16^a ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 99.

Pelo exposto, destaca-se que tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade são agentes limitadores ao exercício arbitrário do poder público, uma vez que as multas por infrações tributárias devem ser aplicadas de maneira que não afetem a capacidade de sobrevivência do sujeito passivo da obrigação tributária e evitem a supressão de bens que constituam sua propriedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi visto neste trabalho, podemos concluir que a finalidade dos tributos é a captação de recursos para o abastecimento dos cofres públicos para a manutenção dos serviços essenciais aos cidadãos. Por outro lado, as multas objetivam a penalização dos contribuintes que não cumprem tempestivamente com as suas obrigações tributárias.

Portanto, não restam dúvidas de que tributo e multa não se confundem, não havendo nenhuma semelhança entre ambos.

Ainda, é importante destacar que, quando se fala em justiça fiscal, não se pode cogitar apenas o tributo compatível com a capacidade contributiva do sujeito passivo, limitada ao mínimo existencial indispensável e à segurança jurídica que nos dê estabilidade em nossos negócios, mas também na aplicação de políticas públicas.

Todavia, a questão de maior relevância é a necessidade de afastarmos a possibilidade de multas excessivamente absurdas, fixadas em valores incompatíveis com a realidade do contribuinte, pois entendemos que a aplicação de multas elevadas pode servir de instrumento de ameaça para viabilizar a corrupção, além de desestimular o investimento no país.

A carga tributária total deve ser razoável, de forma a não desfalcocar o patrimônio do contribuinte ou aniquilar a sua atividade, preservando a economia e a própria fonte de arrecadação do Estado, pois as consequências da violação ao princípio do confisco vão desde a informalidade de microempresários até o comprometimento dos recursos do Estado por inadimplência dos contribuintes.

Pelo exposto, não se pode admitir que num Estado Democrático de Direito venha a ser outorgado ao agente fiscal o poder de aplicar multas excessivas sem parâmetros, que afetem os contribuintes e violem o princípio do confisco, sendo de grande relevância uma proposta de emenda constitucional que fixe limites máximos para as multas tributárias sancionatórias.

REFERÊNCIAS

1. ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 8ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
2. AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

3. BALBINO, Juliana Lamego. O Princípio do Não Confisco no Direito Tributário Brasileiro. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2007. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/posgraduacao/mestrado/dissertacoes/2011/julianalamegobalbinooprincipionaoconfiscodireitotributariobrasileiro.pdf>> Acesso em: 28 dez. 2014.
4. BRASIL. Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 17ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.
5. CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
6. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
7. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
8. _____. Curso de Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
9. _____. Infrações tributárias e suas sanções. 1ª. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1982.
10. CORDEIRO, Rodrigo Aiache. O princípio do não confisco tributário. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1646>>. Acesso em: 28 dez. 2014.
11. COSTA, Cláudio. Crimes de Sonegação Fiscal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
12. DALLA, Ricardo Corrêa. Multas tributárias. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
13. DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 7ª. Ed. São Paulo: Renovar, 2007.
14. DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Proibição de tributos com Efeito de Confisco. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
15. FURASTÉ, Pedro Augusto. Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Explicitação das normas da ABNT. 17ª. ed. Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2013.
16. GOLDSCHMIDT, Fabio Brun. O princípio do não confisco no direito tributário. São Paulo: RT, 2003.
17. MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. Vol. VI, tomo I, São Paulo: Saraiva, 1990.
18. _____. Da Sanção Tributária. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
19. _____. Direitos Fundamentais do Contribuinte. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
20. _____. Sistema tributário na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1990.
21. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
22. PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário: completo. 4ª. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
23. _____. Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 16ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
24. PONTES, Helenilson Cunha. O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2000.
25. ROSSI, Carlos Alberto Del Papa; ROSSI, Gilberto Bim. O princípio da vedação ao confisco e a multa no campo da tributação. Disponível em: <<http://carlosrossi.wordpress.com/artigos/o-principio-da-vedacao-ao-confisco-e-a-multa-no-campo-da-tributacao/>>. Acesso em: 28 dez. 2014.
26. SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
27. SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
28. TORRES, Ricardo Lobo. Curso de direito financeiro e tributário. 18ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
29. UCKMAR, Victor. Princípios comuns de direito constitucional tributário. Tradução e notas de Marco Aurélio Greco. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE DE TARIFAS BANCÁRIAS

Acórdão 815979

NÃO HÁ ABUSIVIDADE OU ILEGALIDADE EM COBRANÇA DE TARIFAS BANCÁRIAS QUANDO O CONSUMIDOR É DEVIDAMENTE INFORMADO DOS SERVIÇOS E VALORES, AINDA QUE TAL INFORMAÇÃO NÃO CONSTE DO CONTRATO

A 3ª Turma Cível do TJDFT deu provimento ao recurso manejado pelo banco e julgou prejudicada a apelação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – MPDFT, por entender que os contratos elaborados pelo banco demandado estavam de acordo com as normas fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Trata-se, na origem, de ação civil pública proposta pelo MPDFT em desfavor de instituição financeira, objetivando determinar a alteração dos contratos firmados com os seus correntistas para especificar, de forma expressa, os serviços que serão prestados mediante cobrança de valores, além da periodicidade e do índice de reajuste, tendo em vista cobrança ilegal, sem previsão contratual e contrária ao disposto nas normas do Banco Central do Brasil. Bem ainda, foi requerida a condenação do banco à devolução dos valores cobrados ilegalmente e a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

A r. sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos postos na inicial para condenar a parte ré na obrigação de “adequar todos os seus contratos bancários que envolvam cobrança de tarifas para incluir a tabela de preços, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), até o máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)”.

O banco interpôs apelação, arguindo preliminares de nulidade da sentença, de inépcia da petição inicial e de ilegitimidade ativa *ad causam*. Na questão de fundo, sustentou que a condenação trará impacto negativo ao seu programa de gestão ambiental e reiterou a legalidade da cobrança

Desa. Nídia Corrêa Lima

Relatora – 3ª Turma Cível

de tarifas, afirmando que o autor não foi capaz de comprovar suas alegações. De forma subsidiária, pleiteou a redução do montante arbitrado a título de multa diária, aduzindo que os efeitos do julgado não podem extrapolar os limites da competência territorial do órgão prolator.

O MPDFT também apelou, alegando que a conduta do banco de elevar os valores cobrados pelos serviços postos à disposição dos correntistas, sem a devida previsão contratual e sem indicar a periodicidade e os índices impostos, violaria o CDC, impondo a revisão contratual. Asseverou que a hipótese retratada transgrediria direito metaindividual dos consumidores, razão pela qual requereu a condenação do banco ao pagamento de indenização por danos morais coletivos. Ponderou, ainda, que o *quantum* indenizatório sugerido na inicial se mostrava razoável, porquanto levou em consideração o lucro líquido auferido pelo réu em um trimestre.

A e. Desembargadora Relatora não acolheu a preliminar de nulidade da sentença, ao fundamento de que a sentença vergastada abordou, de forma clara, a temática relacionada ao fato de que a obrigação de fazer se reputa aos negócios jurídicos a serem entabulados no futuro e não aos em vigor.

Com relação à preliminar de inépcia da petição inicial, tendo em vista a ausência de especificação de quais seriam os contratos bancários pendentes de correção, assentou a e. Relatora que o argumento formulado foi no sentido de aferir a legalidade de cobrança de tarifas bancárias originadas em contratos de adesão firmados pelo banco com os seus clientes, razão que indica a subsunção ao disposto nos artigos 282 e 283 do CPC e a rejeição da preliminar.

No tocante à preliminar de ilegitimidade do MPDFT, a e. Desembargadora Relatora, Nídia Corrêa Lima, afirmou que o Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento no sentido de que “o Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública para o exame de abusividade de cláusulas de contratos bancários” (STJ – 3ª Turma, AgRg no REsp 441999/DF, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe 08/05/2006, p. 194).

Dessa forma, concluiu que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios é parte legítima para propor ação civil pública objetivando a proteção de direitos individuais homogêneos e relativos ao direito do consumidor, ainda que de natureza disponível.

No mérito, a e. Relatora assinalou que o banco disponibiliza a tabela de serviços bancários em placas nas suas agências e na sua página eletrônica na rede mundial de computadores. Assim, entendeu que não se sustenta a alegação de falta de informação e de acesso do consumidor às cláusulas do contrato firmado com a instituição financeira.

Extrai-se do voto da e. Desembargadora Nídia Corrêa Lima o seguinte trecho, que bem retrata o seu ponto de vista sobre a temática trazida na apelação. *In verbis*:

(...) verifico a existência de simetria entre a norma do Conselho Monetário Nacional e os contratos elaborados pelo banco réu, nos quais consta expressamente que haverá a cobrança de tarifas pela prestação de serviços bancários, contratados na forma de pacote ou

avulsa, cujas especificações e valores poderão ser encontradas em qualquer agência, bem como que haverá prévia comunicação acerca dos reajustes a serem realizados.

A meu ver, não há desvantagem exagerada ou ameaça ao equilíbrio contratual, pois ao consumidor é disponibilizado, antes mesmo da assinatura do contrato de adesão e a qualquer momento posterior, o acesso aos valores que lhe serão cobrados a título de tarifa pelos serviços bancários a serem prestados, ou quando previamente autorizados ou solicitados.

Ademais, a cobrança de tarifa pelos serviços prestados se justifica pelas despesas da instituição com pessoal, armazenagem, transporte, segurança, sistemas informatizados, manutenção e troca dos equipamentos, dentre outras despesas inerentes à disponibilização de equipe qualificada em suas agências e de terminais de autoatendimento (...). (TJDFT – 3ª Turma Cível, Acórdão n.º 815979, APC 20100111051129, Relatora Des. Nídia Corrêa Lima, DJe: 04/09/2014, p. 95).

Assim, a 3ª Turma Cível assinalou que o consumidor tem a opção de escolher outra instituição financeira ou de estabelecer a melhor forma de gerir seu relacionamento com o banco demandado.

Por essa razão, foi provido o recurso do banco e reformada r. sentença, julgando-se improcedente o pedido inicial, ficando prejudicado o recuso interposto pelo MPDFT.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Acórdão 741525

**Des. Romão
C. Oliveira**

*Relator-
Conselho
Especial*

NÃO CONFIGURA TRANSPOSIÇÃO DE CARGO PÚBLICO O APROVEITAMENTO DE PROCURADORES DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL COMO PROCURADORES AUTÁRQUICOS E DE FUNDAÇÕES DO DISTRITO FEDERAL

O Conselho Especial do TJDFT julgou ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na qual foi impugnada a parte final do § 6º do artigo 2º da Emenda à Lei Orgânica 61/2012 e Decreto 34.139/2013, que facultaram aos Procuradores de Assistência Judiciária do Distrito Federal o direito de serem integrados aos quadros da Procuradoria-Geral do Distrito Federal para desenvolverem atividades referentes aos serviços jurídicos de representação judicial e de consultoria jurídica das autarquias e fundações públicas do Distrito Federal.

A opção dada aos Procuradores de Assistência Judiciária do Distrito Federal decorreu do fato de esta carreira ter sido transformada na carreira de Defensor Público do Distrito Federal, por força da Emenda Constitucional 69/12.

Segundo a Procuradoria-Geral de Justiça, as regras impugnadas teriam contrariado princípios basilares da Constituição da República, configurando transposição de cargo público. Enfatizou, ainda, que a opção pela carreira de procurador, mencionada no artigo 10 das disposições transitórias da Lei Orgânica do Distrito Federal¹, já teria sido exercida quando da estruturação do CEAJUR.

¹ Art. 10. Compete ao Distrito Federal prestar assistência judiciária aos necessitados, por intermédio do Centro de Assistência Judiciária, enquanto não editada a lei complementar federal que disponha sobre a Defensoria Pública do Distrito Federal, facultando a seus atuais ocupantes optar pelos serviços jurídicos das autarquias ou fundações. (Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Distrito Federal)

Destacou o e. Relator, Desembargador Romão C. Oliveira, que, além de a Defensoria Pública do Distrito Federal, criada pela Lei Complementar Federal 80/1994, não ter sido instalada pela União Federal, tal incumbência foi transferida para o Distrito Federal após a promulgação da EC 69/2012.

Visando enriquecer a sua fundamentação, o e. Desembargador colacionou os termos da manifestação do Conselho Seccional da OAB/DF, que participou da discussão como *amicus curiae*, nos seguintes termos:

As novas atribuições a serem exercidas pelos Procuradores de Assistência Judiciária, consistentes na representação judicial e na consultoria jurídica das autarquias e fundações públicas distritais, não são mais complexas do que aquelas que eles anteriormente desempenhavam, de assistência jurídica aos necessitados, tampouco exigem formação diversa ou superior.

Com efeito, tanto a assistência jurídica em favor dos necessitados, quanto a representação judicial e a consultoria das autarquias e fundações públicas distritais consistem no exercício da **mesma profissão**, qual seja, a advocacia, e, por conseguinte, exigem **idêntica formação**: a graduação em Direito e, ainda, a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. (TJDFT – Conselho Especial, Acórdão n.º 741525, ADI 20130020041135, Rel. Des. Romão C. Oliveira, DJe: 09/12/2013, p. 39).

O e. Relator concluiu o voto pela improcedência do pedido, destacando o seguinte:

O art. 60, § 4º, da Constituição Federal limita expressamente o poder de reforma constitucional, estabelecendo que não será objeto a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Entretanto, a LODF não contém cláusulas pétreas. Com efeito, o art. 70, § 3º, da LODF, dispõe que ‘não será objeto de deliberação a proposta de emenda que ferir princípios da Constituição Federal’. De sorte que ao prever a possibilidade de aproveitamento dos atuais procuradores de assistência jurídica nas autarquias e fundações integrantes do sistema jurídico do Distrito Federal, a expressão impugnada, constante de emenda à Lei Orgânica do Distrito Federal, e o Decreto que a regulamenta terminam por reeditar a opção constante do art. 10 do Ato das Disposições Transitórias. Assim, as normas impugnadas não albergam o vício da inconstitucionalidade em face da LODF, eis que restou observada a regularidade do processo legislativo quanto aos requisitos formais e materiais. (TJDFT – Conselho Especial, Acórdão n.º 741525, ADI 20130020041135, Rel. Des. Romão C. Oliveira, DJe: 09/12/2013, p. 39).

O e. Desembargador Mario Machado, acompanhando o voto do e. Relator, afirmou que a opção dada aos procuradores não configurou transposição de cargo, pois fizeram concurso para a Procuradoria de Assistência Judiciária e continuarão exercendo as funções próprias do referido cargo, somente aproveitados nas autarquias e fundações.

O Desembargador J. J. Costa Carvalho, por sua vez, destacou o seguinte:

(...) a previsão de aproveitamento de Procurador de Assistência Judiciária nos serviços jurídicos de autarquias e fundações do Distrito Federal, ao contrário do que afirma o au-

tor da referida ação, não consubstancia transposição inconstitucional de cargo público, lesando o princípio do concurso público, mas decorre de franquia expressa no próprio texto da vigente Constituição Federal, sob a forma de redistribuição. Desse modo, a ação em comento deve mesmo ser julgada improcedente. (TJDFT – Conselho Especial, Acórdão n.º 741525, ADI 20130020041135, Rel. Des. Romão C. Oliveira, DJe: 09/12/2013, p. 39).

O Desembargador Romeu Gonzaga Neiva, reforçando o entendimento do e. Relator, consignou que, estando a norma impugnada em consonância com o disposto no artigo 10 do Ato das Disposições Transitórias da Lei Orgânica do Distrito Federal, a sua exclusão do mundo jurídico dependeria de sua impugnação também frente à Constituição Federal, o que não ocorreu no caso.

Com esse entendimento, a Ação Direita de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente pelo egrégio Conselho Especial.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

Acórdão 840969

O DIREITO À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS INTEGRAIS PRESSUPÕE QUE A DOENÇA ESTEJA ESPECIFICADA EM LEI

A 5ª Turma Cível do TJDFT proferiu acórdão em que, por maioria, concluiu ser devida a aposentadoria integral à servidora, uma vez comprovada, por laudo médico, a sua incapacidade total e permanente para o trabalho. Para tanto, enquadrou a invalidez permanente da paciente como doença grave ou incurável, apesar da falta de previsão expressa no rol elencado no artigo 186 da Lei 8.112/1990, por considerar que essa lista possui caráter meramente exemplificativo.

Tal decisão foi objeto de embargos infringentes interpostos pelo Distrito Federal, os quais foram desprovidos, por maioria, pela 1ª Câmara Cível. Na oportunidade, entenderam os julgadores que não há como considerar taxativo o rol elencado em lei, em face da dificuldade de se alcançar todas as doenças que, de alguma forma, impossibilitam o servidor de exercer normalmente suas atividades, circunstância suficiente a autorizar a concessão do benefício.

Inconformado, o Distrito Federal interpôs recurso especial, que teve o seu processamento indeferido pela Presidência da Corte, e recurso extraordinário, que ficou sobrestado, haja vista o reconhecimento da existência de repercussão geral sobre o tema (RE 656.860/MT – RG 524).

Referido paradigma foi julgado pelo c. Supremo Tribunal Federal, nos termos da ementa abaixo transcrita, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ COM PROVENTOS INTEGRAIS. ART. 40, § 1º, I, DA CF. SUBMISSÃO AO DISPOSTO EM LEI ORDINÁRIA. 1. “O art. 40, § 1º, I, da Constituição Federal assegura aos servidores públicos abrangidos pelo regime de previdência nele estabelecido o direito

**Des. Romeu
Gonzaga Neiva**
Relator – 1ª Câmara Cível

a aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. O benefício será devido com proventos integrais quando a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na 'forma da lei'. Pertence, portanto, ao domínio normativo ordinário a definição das doenças e moléstias que ensejam aposentadoria por invalidez com proventos integrais, cujo rol, segundo a jurisprudência assentada pelo STF, tem natureza taxativa". 2. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (STF – Tribunal Pleno, RE 656860/MT, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 17/09/2014).

Os autos retornaram à 1ª Câmara Cível para novo julgamento, oportunidade em que o referido Órgão reviu o posicionamento adotado anteriormente, em acórdão ementado nos seguintes termos:

EMBARGOS INFRINGENTES. APOSENTADORIA INTEGRAL DE SERVIDOR PÚBLICO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE NÃO ESPECIFICADA EM LEI. SOBRESTAMENTO. REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA. SUBMISSÃO AO DISPOSTO EM LEI ORDINÁRIA. 1. "O art. 40, § 1º, I, da Constituição Federal assegura aos servidores públicos abrangidos pelo regime de previdência nele estabelecido o direito a aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. O benefício será devido com proventos integrais quando a invalidez for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, 'na forma da lei'. Pertence, portanto, ao domínio normativo ordinário a definição das doenças e moléstias que ensejam aposentadoria por invalidez com proventos integrais, cujo rol, segundo a jurisprudência assentada pelo STF, tem natureza taxativa". (RE 656.860/MT). 2. Recurso provido. Unânime. (TJDFT – 1ª Câmara Cível, Acórdão n.º 840969, EIC 20060110809302, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJe: 19/12/2014, p. 73).

Ao rever o seu posicionamento, o e. Desembargador Relator, Romeu Gonzaga Neiva, destacou o seguinte trecho do voto prolatado pelo e. Ministro Teori Zavascki no julgamento do recurso extraordinário paradigma:

O art. 40, § 1º, I, da Constituição é preceito normativo de eficácia limitada ou reduzida, por dispor sobre a necessidade de edição de lei ordinária para regulamentar a abrangência da aposentadoria por invalidez e o rol de moléstias profissionais e doenças graves, contagiosas ou incuráveis:

§ 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei.

A norma garante aos servidores públicos inseridos em Regime Próprio de Previdência Social o direito à aposentadoria por invalidez, que pode ter (a) proventos proporcionais ao tempo de contribuição; (b) e, excepcionalmente, proventos integrais, desde que a aposentadoria seja motivada por acidente em serviço, moléstia profissional ou doença

grave, contagiosa ou incurável, conforme disposto em lei ordinária. Assim, ficou reservada ao domínio normativo do direito ordinário a definição das moléstias profissionais e doenças que ensejam a aposentadoria por invalidez com proventos integrais. Portanto, a norma constitucional não comporta juízo de interpretação extensiva, que possa comprometer a reserva legal.

A e. Desembargadora Vogal Nídia Corrêa Lima, embora tenha adotado a posição da Suprema Corte, expressou a sua preocupação com a solução adotada, uma vez que existem diversas doenças não especificadas em lei aptas a causar a invalidez permanente do portador. Acrescentou que, em sua opinião, deveria ficar a critério do julgador, amparado em provas concretas da invalidez permanente, identificar o momento em que a doença poderia gerar a aposentadoria integral. Entretanto, como a lei não contempla essa possibilidade, acompanhou o eminente Relator.

A 1ª Câmara Civil, então, com base no julgamento da Suprema Corte, deu provimento aos embargos infringentes, fazendo prevalecer o douto voto minoritário da 5ª Turma Cível, que concluiu que a aposentadoria por invalidez com proventos integrais somente pode ser concedida quando a doença do beneficiário se enquadra no rol das consideradas pela legislação como incapacitante e incurável.

ATIVISMO JUDICIAL

Acórdão 828779

Des. João Egmont
Relator - 5ª Turma Cível

CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL

A 5ª Turma Cível do TJDF, à unanimidade, revogou decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que, deferindo parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinou a reabertura do setor de pediatria dos Hospitais Regionais de Santa Maria e do Gama, com o remanejamento dos profissionais e das atividades exercidas em outros centros de atendimento, inclusive UPAs.

O e. Desembargador Relator, João Egmont, ressaltou que cabe ao Legislativo e ao Executivo formular e executar políticas públicas e que a saúde pública do Distrito Federal carece de melhorias, mas que não houve omissão na gestão promovida pela Administração do Distrito Federal. Destacou que a intervenção do Poder Judiciário nas ações voltadas ao controle ou à implementação dessas políticas se limita a situações excepcionais, ou seja, às hipóteses em que a omissão da Administração violar a Constituição Federal ou importar no descumprimento de leis ou atos administrativos.

No particular, segue trecho do voto proferido pelo e. Desembargador Relator, *in verbis*:

(...) a regra é que descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos, limitando-se o controle judicial aos casos de inconstitucionalidade e de ilegalidade. Na situação dos autos, a despeito das alegações formuladas na exordial, não há comprovação de que a Administração esteja descumprindo ao determinado pelo ordenamento constitucional, nem tão pouco que a gestão hospitalar implementada esteja impedindo ou violando o direito à saúde, das comunida-

des envolvidas. Ao contrário, segundo as provas até o momento apresentadas, o remanejamento dos profissionais de atendimento pediátrico, do HRSM para o HRG, foi feito 'provisoriamente', como forma de contingenciamento à carência de médicos pediatras, nas redes pública e privada. A concentração do atendimento pediátrico no HRG foi justificada na maior capacidade de atendimento do referido hospital. Segundo comprovado pela Secretaria de Saúde, em 2013, foram realizadas 58.887 consultas pediátricas no HRG, enquanto que no HRSM foram registrados 13.358 atendimentos (fls. 768). Além disso, também não há plausibilidade no pedido de lotação no HRG e no HRSM dos profissionais selecionados para Unidades de Pronto Atendimento (UPA), porque importaria em prejuízo imediato no atendimento de casos com menor complexidade. As UPAS estão previstas na Política Nacional de Urgência e Emergência, lançada pelo Ministério da Saúde em 2003, funcionam 24 horas por dia, sete dias por semana, e podem resolver grande parte das urgências e emergências, como pressão e febre alta, fraturas, cortes, infarto e derrame. Reduzir os médicos das UPAS teria como consequência a sobrecarga dos hospitais regionais, que, fora os casos de maior complexidade, também teriam que atender situações mais simples. (TJDFT – 5ª Turma Cível, Acórdão n.º 828779, AGI20140020172025, Rel. Des. João Egmont, DJe 04/11/2014, p. 311).

Ressaltou o ilustre Relator, ainda, que a redução dos médicos das UPAs traria como consequência a sobrecarga dos Hospitais Regionais, que, fora os casos de maior complexidade, também teriam de atender situações mais simples.

Tendo como base tais fundamentos, a Turma concluiu que, por mais que seja evidente a necessidade de melhorias na saúde pública do Distrito Federal, não há comprovação de desvio ou de omissão por parte da Administração local que respalde, em sede antecipatória, a intervenção do Poder Judiciário.

AVANÇO ESCOLAR. EDUCAÇÃO INFANTIL*Acórdão 822065*

Des. Teófilo Caetano
Relator - 1ª Turma Cível

NÃO É PERMITIDO O AVANÇO ESCOLAR DE ALUNO MATRICULADO NA EDUCAÇÃO INFANTIL, SE ESTE NÃO ATINGIU A IDADE MÍNIMA DEFINIDA EM LEI

A 1ª Turma Cível do TJDFT revogou, em agravo de instrumento, a antecipação de tutela que cominava ao Distrito Federal a obrigação de conceder vaga em escola pública ou conveniada próxima à residência de menor que objetivava realizar matrícula em estabelecimento de educação infantil, no nível pré-escolar.

No caso concreto, a agravada, mesmo sem satisfazer o critério etário estabelecido pelas resoluções 01/2010 e 06/2010, ambas do Conselho Nacional de Educação, pleiteou o avanço escolar, sob as alegações de que a sua diferença de idade frente àquela exigida pela lei seria de apenas alguns dias e que possuía amadurecimento intelectual suficiente para ter sua matrícula efetivada na pré-escola.

Em contrapartida, argumentou o Distrito Federal que a agravada não atendia ao critério etário estabelecido pela Administração Pública para a disponibilização de vagas, pois contava apenas com 3 anos e 11 meses no dia 31 de março de 2014, data limite para a definição da série apropriada. Esclareceu, ainda, que a negativa da matrícula se deu em razão da insistência dos genitores da agravada em afastar a regulamentação normativa, matriculando-a em série diversa daquela a que estava habilitada, e não em razão da indisponibilidade de vagas na rede pública, mesmo já tendo sido advertidos acerca das normatizações previamente estabelecidas pelo Conselho e pela Secretaria de Educação do Distrito Federal.

O e. Relator, Desembargador Teófilo Caetano, ao analisar a matéria em debate, decidiu que a argumentação trazida pela agravada bem como o direito por ela invocado não se encontravam revestidos de veros-

similhança e plausibilidade suficientes a ensejar sua contemplação com a tutela antecipatória. Com espede nesses fundamentos, assim aduziu:

Do cotejo dos elementos coligidos aos autos afere-se que, já no início do corrente ano letivo, os genitores da agravada haviam sido advertidos acerca das normatizações estabelecidas pelo Conselho e Secretaria de Educação do Distrito Federal sobre a equivalência idade/série que passara a vigor a partir do ano letivo de 2010, e, outrossim, sobre as possíveis consequências daí advindas para a vida escolar da infante no que tange à sua inserção nas séries seguintes. Sob essa moldura afere-se que, conquanto os genitores da agravante já estivessem cientes das modificações ocorridas nas regras relativas à idade/série a serem observadas pelas escolas, prosseguiram no intento de matriculá-la na Pré-Escola no ano letivo corrente, sustentando, porque se viram impedidos de fazê-lo, que as resoluções em tela não possuem amparo jurídico e violam os princípios constitucionais da isonomia e razoabilidade.

Sob essa realidade material não se evidencia a verossimilhança a ensejar a concessão da medida antecipatória vindicada, eis que não cabe ao Judiciário, nessa estreita via de delibação, desconsiderar resolução de órgão que dispõe de competência para disciplinar a matéria, máxime quando se apreende que tais normatizações não são inócuas nem de aplicação vazia. Ao contrário, as normas, aliadas ao fato de que emergiram dos órgãos regulatórios competentes, são lastreadas em estudos e estatísticas, tendo por norte a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a qual, ao disciplinar o avanço do estudo previsto pelo artigo 208 da Constituição Federal, o faz com base em normas e estudos que possuam parâmetro adequado aos fins almejados pelo mandamento constitucional de acesso à educação. (TJDFT – 1ª Turma Cível, AGI 2014.00.2.008125-8, Rel. Des. Teófilo Caetano, DJe 29/09/2014, p. 88).

Afirmou, ainda, que a despeito de a infante possuir ótimo aproveitamento escolar e encontrar-se adaptada às atividades desenvolvidas no nível que cursou no ano letivo de 2013, tais fatos não garantiriam que a menor mantivesse o mesmo ritmo de aproveitamento nos níveis subsequentes, os quais lhe exigiriam maior esforço intelectual.

Além disso, salientou que, de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, o avanço escolar pelo mérito do aluno é admitido apenas nos níveis fundamental e médio da educação básica, não se aplicando à educação infantil, que constitui etapa fundamental da formação intelectual e emocional do estudante.

A 1ª Turma Cível, portanto, deu provimento ao agravo de instrumento para revogar a antecipação de tutela originalmente concedida, por falta de amparo normativo.

CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Acórdão 834659

**Des. Mário-Zam
Belmiro**
Relator Designado –
Conselho Especial

NÃO SE ADMITE A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA COM NATUREZA CAUTELAR E COMO SUCEDÂNEO DO INSTRUMENTO APROPRIADO PARA CONCEDER EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO

A impetrante, que foi aprovada em concurso público da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, havia proposto ação judicial (mandado de segurança) anterior, a fim de ser nomeada extemporaneamente para o cargo de Técnico em Saúde, alegando direito líquido e certo à nomeação, decorrente do não recebimento do telegrama de convocação.

Em decisão liminar, foi determinada a nomeação e posse da impetrante, tendo sido tal entendimento confirmado por sentença, mas, posteriormente, reformado, em sede de apelação julgada pela 4ª Turma Cível do TJDF.

Do citado acórdão, a impetrante opôs embargos de declaração e, diante da iminência de sua exoneração, impetrou novo mandado de segurança com o objetivo de garantir a sua manutenção no cargo público até o trânsito em julgado da decisão definitiva naqueles autos.

O Distrito Federal alegou o cumprimento da liminar, bem como informou a rejeição dos embargos de declaração. Ressaltou que os recursos especial e extraordinário não possuem efeito suspensivo e que eventual medida com o objetivo de obstar os efeitos do julgado deveria ser perseguida na via adequada, sob pena de tumulto processual.

A ilustre Desembargadora Vera Andrighi, Relatora originária do writ, considerou evidente a presença de direito líquido e certo da impetrante, tendo consignado o seguinte:

(...) conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade. Da

análise dos fatos narrados nos autos, bem como em razão do conjunto probatório colacionado, evidencia-se a presença de direito líquido e certo da impetrante em permanecer no cargo de Técnico em Saúde na Secretaria de Estado de Saúde. (TJDFT – Conselho Especial, Acórdão n.º 834659, MSG 20140020123128, Relatora Des. Vera Andrighi, Relator Designado Des. Mario-Zam Belmiro, DJe: 28/11/2014, p. 20).

Asseverou a e. Relatora, ainda, que o Administrador deve agir com cautela e nos termos da legalidade, razão pela qual deve aguardar o trânsito em julgado da decisão para, só então, efetivar a exoneração da impetrante. Com esses fundamentos, afastou os argumentos do Distrito Federal, proferindo voto pela suspensão do ato de exoneração da impetrante do cargo de Técnico em Saúde.

Em contrapartida, o e. Desembargador Vogal Mário-Zam Belmiro, abrindo a divergência, entendeu que somente o Tribunal Superior poderia atribuir o efeito suspensivo pretendido. Afirmou ser inadequada a via do mandado de segurança ao fim pretendido, tendo demonstrado, ainda, preocupação face às consequências da criação de precedente nesse sentido.

Nesses termos, confira-se trecho de seu voto, *in verbis*:

(...) Muitos têm usado medida cautelar para tal finalidade. De sorte que, malgrado os fundamentos da eminente Relatora e a finalidade social que emerge do seu judicioso voto, fico em situação difícil para conceder a ordem, pois esse precedente seria muito utilizado em casos desse jaez, o que vem se tornando cada vez mais comum. Isso não estaria ligado somente a este tema, abrindo ensanchas para quaisquer outros, e certamente teríamos uma quantidade elevada de mandados de segurança com tal finalidade, desvirtuados da teleologia do referido remédio constitucional.

Com efeito, não se admite a impetração de mandado de segurança com natureza cautelar e como sucedâneo do instrumento apropriado para conceder efeito suspensivo a recurso.

Então, tendo em vista não estar este órgão autorizado a conceder efeito suspensivo, peço vênia à eminente Relatora, que proferiu voto tão fundamentado, para admitir o *mandamus*, mas denegar a segurança. (TJDFT – Conselho Especial, Acórdão n.º 834659, MSG 20140020123128, Relatora Des. Vera Andrighi, Relator Designado Des. Mario-Zam Belmiro, DJe: 28/11/2014, p. 20).

No mesmo sentido, destacou o e. Desembargador Vogal Angelo Passareli que “o mandado de segurança se mostra totalmente contraproducente, porque sabemos muito bem que ele teria de obter uma medida cautelar do Tribunal Superior para ressuscitar a liminar de cuja concessão desfrutou um dia”. Ressaltou, também, o seguinte:

(...) O Governador já está com o ato preparado porque o ordenamento jurídico o autoriza. Estamos concedendo a segurança para impedir o efeito próprio de uma decisão colegiada de um órgão deste Tribunal, por meio de uma decisão de outro órgão do mesmo Tribunal. Senhora Presidente, esse é o caminho de desencontros futuros.

Por isso, peço a devida licença a quem entende por conceder a ordem para acompanhar a divergência, pois minha preocupação não é só com o caso concreto, mas, sim, com a generalidade dos casos. (TJDFT – Conselho Especial, Acórdão n.º 834659, MSG

20140020123128, Relatora Desa. Vera Andrighi, Relator Designado Des. Mario-Zam Belmiro, DJe: 28/11/2014, p. 20).

Para o e. Desembargador Vogal Teófilo Caetano, a tutela buscada pela impetrante via mandado de segurança possuía natureza cautelar, tendo se manifestado nos seguintes termos:

(...) o que existe é um direito incerto a tutelar a impetrante, à medida em que sua possível exoneração decorre de decisão proferida por órgão colegiado. Fica patente, pois, que o almejado é simplesmente a obtenção de prestação cautelar destinada a obstar a realização do que ficara decidido pela egrégia 4ª Turma Cível desta Corte de Justiça, ao rejeitar o mandado de segurança promovido anteriormente pela ora impetrante.

Diante dessa circunstância, não há alternativa, senão reconhecer a impropriedade do instrumento eleito. Se a impetrante almeja tão somente obstar a imediata consumação da decisão que lhe fora desfavorável, deverá valer-se da via apropriada para esse desiderato, que, como consabido, é a medida cautelar a ser proposta, se for o caso, perante a Corte Superior de Justiça, principalmente porque inexistente, na espécie, direito líquido e certo passível de ser tutelado pela via do mandado de segurança. Ademais, é inadmissível a formulação de impetração com natureza cautelar e como sucedânea do instrumento apropriado para conceder efeito suspensivo a recurso. (TJDFT – Conselho Especial, Acórdão n.º 834659, MSG 20140020123128, Relatora Desa. Vera Andrighi, Relator Designado Des. Mario-Zam Belmiro, DJe: 28/11/2014, p. 20).

O Desembargador Vogal Romeu Gonzaga Neiva, por sua vez, destacou que, tecnicamente, o caminho tomado não foi o mais correto. Todavia, ressaltou que a posição adotada pela e. Relatora deveria prevalecer, especialmente porque ainda não estava aberta à impetrante a possibilidade de pleitear medida cautelar perante os Tribunais Superiores. Por tal motivo, concluiu o seu voto nos seguintes termos:

(...) há, sim, na jurisprudência, a possibilidade de, em casos excepcionais como este, a parte se valer da via mandamental como medida preventiva para obstar a sua exoneração, objetivamente falando, até que se tenha, no processo principal, a oportunidade de se manejar o adequado recurso constitucional. Só então se lhe abriria a oportunidade de pleitear a medida cautelar, que reconheço ser a mais correta. Porém, Senhora Presidente, com tais considerações, penso que a posição adotada pela eminente Relatora consulta mais ao interesse social, porquanto estaríamos impedindo que se concretizasse uma exoneração que pode até ser revertida por meio do recurso constitucional. (TJDFT – Conselho Especial, Acórdão n.º 834659, MSG 20140020123128, Relatora Desa. Vera Andrighi, Relator Designado Des. Mario-Zam Belmiro, DJe: 28/11/2014, p. 20).

A maioria dos membros do Conselho Especial, no entanto, adotou a posição divergente inaugurada pelo e. Desembargador Mário-Zam Belmiro, pelo não cabimento da impetração de mandado de segurança com natureza cautelar e como sucedâneo do instrumento apropriado para conceder efeito suspensivo a recurso.

COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO

Acórdão 834741

AS AMEAÇAS PROFERIDAS ANTES DA FORMALIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL, DESDE QUE REALIZADAS COM O INTUITO DE INFLUENCIAR O RESULTADO DE EVENTUAL INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, CARACTERIZAM O CRIME DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO

Trata-se, na hipótese, de embargos infringentes em que a defesa busca a prevalência do voto minoritário que, em sede de recurso de apelação, manteve a sentença que absolveu o embargante pelo crime de coação no curso do processo, tipificado no artigo 344 do Código Penal.

Os embargos foram rejeitados, por maioria, mantendo-se a condenação, sob o fundamento de que o embargante se utilizou de grave ameaça para intimidar a vítima e a testemunha no curso de processo administrativo, bem como durante o inquérito policial, colimando atender a interesse próprio, o que seria suficiente para caracterizar o crime de coação no curso do processo.

No voto condutor do aresto, o Relator, Desembargador Roberval Casemiro Belinati, consignou que o elemento subjetivo, *in casu*, é o dolo de favorecer interesse próprio ou alheio em processo judicial, policial ou administrativo ou em juízo arbitral, por meio de violência ou grave ameaça, tendo afirmado que a situação fática delineada na hipótese em análise amolda-se perfeitamente ao tipo penal em questão:

Na espécie, não há dúvida de que o embargante utilizou-se de grave ameaça para intimidar a vítima e testemunha K. L. de L., no curso de processo administrativo, bem como durante inquérito policial, com o intuito de fazê-la desistir de prestar depoimento ou até mesmo de voltar atrás em suas declarações contra o réu perante a Corregedoria da Polícia Civil, ou seja, a fim de atender interesse próprio. (TJDFT, Câmara Criminal, EIR 20100710111564, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, DJe 02/12/2014, p. 173).

Des. Roberval
Casemiro Belinati
Relator - Câmara Criminal

O prolator do d. voto minoritário, Desembargador Jesuíno Rissato, asseverou que não há como imputar ao embargante o crime do artigo 344 do Código Penal com base em supostas ameaças ocorridas em fevereiro de 2010, se o inquérito policial 23/2010 só foi instaurado em seu desfavor em março do referido ano, *in verbis*:

(...) a denúncia é bem específica. Ela imputa ao réu o crime de coação no curso do processo sob a conduta de que, nos dias 21 e 22 de fevereiro de 2010, usou de grave ameaça contra a vítima, a fim de favorecer interesse próprio nos autos do inquérito policial nº 23/2010, *in verbis*: Assim, não vejo como condenar o réu por ter supostamente coagido a vítima durante o procedimento administrativo na Corregedoria, que antecedeu ao inquérito, sem ferir de morte o princípio da correlação. (TJDFT, Câmara Criminal, EIR 20100710111564, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, DJe 02/12/2014, p. 173).

O e. Relator rebateu o entendimento minoritário, salientando que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que as ameaças proferidas antes da formalização do inquérito policial, desde que realizadas com o intuito de influenciar o resultado de eventual investigação criminal, como no caso, caracterizam o crime de coação no curso do processo. No particular, deixou assim assentado:

(...) o Procedimento de Apuração Preliminar nº 009/2010 da Corregedoria Geral de Polícia, no qual a vítima prestou as declarações que ensejaram as ameaças proferidas pelo acusado, visou apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas funções ou relacionada com as atribuições do seu cargo, ou seja, trata-se de processo administrativo, de modo que o elemento subjetivo (dolo) da coação perpetrada pelo embargante estava voltado a evitar novas declarações da vítima neste processo administrativo já instaurado, e não somente no inquérito policial que teve início em 09/03/2010. Ainda, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência que entende que as ameaças proferidas antes da formalização do inquérito policial, desde que realizadas com o intuito de influenciar o resultado de eventual investigação criminal, como no caso, caracterizam o crime de coação no curso do processo:

‘HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE QUE NÃO RESTOU CONFIGURADO O DELITO, POIS NÃO HAVIA, NO MOMENTO DA CONDUTA PROCEDIMENTO INSTAURADO. AMEAÇAS DIRIGIDAS À VÍTIMA E TESTEMUNHAS OCORRIDAS LOGO APÓS A PRISÃO EM FLAGRANTE E ANTES DA LAVRATURA DO AUTO. INÍCIO DA ATUAÇÃO ESTATAL COM A CUSTÓDIA DO ACUSADO. TIPICIDADE DEMONSTRADA. DIFERENÇA ENTRE ATO ADMINISTRATIVO E A SUA FORMALIZAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Se, após efetuada a prisão em flagrante pelo crime de furto, o Paciente desferiu ameaças direcionadas às vítimas e às testemunhas com o objetivo de influenciar o resultado de eventual investigação criminal, resta caracterizado o tipo previsto no art. 344 do Código Penal. 2. A lavratura do auto de prisão em flagrante é mera formalização do ato inicial do procedimento investigatório que já ocorreu concretamente no mundo dos fatos, com a efetiva custódia do Acusado pela Autoridade Policial, em virtude do cometimento do crime de furto. [...]’ (STJ – 5ª Turma, HC 152.526/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 19/12/2011).

Destacou, ainda, que, depois de instaurado o inquérito policial citado, a vítima sofreu outras coações, o que, por si só, seria suficiente para condenar o embargante como incurso nas penas do artigo 344 do Código Penal.

Finalizou o voto registrando que, em delitos dessa natureza, geralmente ocorrido às escondidas, a palavra da vítima merece especial atenção, servindo como fundamento da condenação. Em respaldo, citou entendimento desta Corte de Justiça, *in verbis*:

PENAL – PROCESSO PENAL – COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO – CONJUNTO PROBATÓRIO SÓLIDO – ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL. [...] III. Nos crimes de coação e ameaça, de natureza clandestina e sub-reptícia, a palavra da vítima tem especial dimensão. (TJDFT – 1ª Turma Criminal, Acórdão nº. 819719, APR 20120310225339, Relatora Desa. Sandra De Santis, DJe: 18/09/2014, p. 188);

[...] 1. A palavra da vítima, nos delitos de coação no curso do processo, reveste-se de relevante eficácia probatória, mormente quando corroborado pelos demais elementos de prova constante nos autos, pois praticado, na maioria das vezes, na ausência de testemunhas oculares. [...] (TJDFT – 3ª Turma Criminal, Acórdão nº. 654217, APR 20100110331658, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, DJe: 19/02/2013, p. 300).

COMISSÃO DE CORRETAGEM

Acórdão 815330

**Juiz Luis
Martius Holanda
Bezerra Júnior**
Relator - 3ª Turma
Recursal dos Juizados
Especiais Cíveis e Criminais
do Distrito Federal

COMISSÃO DE CORRETAGEM DEVE SER SUPORTADA POR QUEM EFETIVAMENTE CONTRATA OS SERVIÇOS DE APROXIMAÇÃO DO CORRETOR E AUFERE OS BENEFÍCIOS ECONÔMICOS DE SUA EXITOSA ATUAÇÃO

Mantendo o posicionamento exposto em decisões anteriores, a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal condenou construtora a restituir, em dobro, quantias pagas a título de comissão de corretagem, reconhecendo a abusividade da cobrança em sede de negócio jurídico de compra e venda de unidade imobiliária na planta.

Em seu voto, o ilustre Relator, Dr. Luis Martius Holanda Bezerra Junior, asseverou o seguinte, *in verbis*:

(...) o corretor que atua previamente credenciado pela construtora, em estande de vendas por vezes localizado no próprio canteiro de obras, age, por óbvio, no interesse exclusivo do fornecedor, perdendo a autonomia que caracteriza a atividade de aproximação, apresentando-se em verdadeira relação de subordinação, equiparando-se às figuras do representante, do comissário, ou mesmo do empregado. Mostra-se, em tais hipóteses, abusiva a transferência de tal encargo ao consumidor, posto que se trata de custo assumido e inerente à própria atividade empresarial da construtora e de seus parceiros comerciais. (TJDFT – 3ª Turma Recursal, Acórdão n.º 815330, ACJ20140110007417, Rel. Juiz Luis Martius Holanda Bezerra Junior, DJe 01/09/2014, p. 363).

Ainda, segundo o MM. Juiz Relator, a repetição em dobro dos valores vertidos é consectário inarredável e dispensa comprovação da má-fé, pois decorre do risco-proveito do negócio, configurando a cobrança um engano injustificável, nos termos do artigo 42, parágrafo único, do CDC.

Assim, concluíram os Julgadores ser abusiva, na hipótese, a transferência do encargo da comissão de corretagem ao consumidor, por se tratar de custo inerente à própria atividade empresarial da construtora.

COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL QUE ENVOLVE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Acórdão 832513

COMPETE AO JUÍZO DE FAMÍLIA APRECIAR AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, AINDA QUE A CAUSA ABRANJA A PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Trata-se de ação de reconhecimento de união estável, em que a União manifestou interesse em ingressar no feito, pois a causa engloba questão relativa à percepção de benefício previdenciário.

O Juízo de Família de Brasília declinou da competência para a Justiça Federal, sob o fundamento de que, havendo interesse da União, a competência para processar e julgar o feito não seria da Justiça Comum Estadual.

Diante disso, as partes interessadas interpuseram agravo de instrumento, com pedido de liminar, alegando que o interesse da União no caso é mediato, não se justificando o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

O e. Desembargador Relator, José Divino de Oliveira, reconheceu que, via de regra, a presença da União Federal na causa atrai a competência da Justiça Federal, conforme dispõe o artigo 109, I, da Constituição Federal. A matéria, inclusive, já foi sumulada pelo c. STJ, que editou o enunciado 150, segundo o qual compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas.

No entanto, o e. Relator sustentou ser razoável a intervenção da União em causas, sem que tal circunstância provoque necessariamente o deslocamento do processo para a justiça especializada.

Ressaltou, nesse sentido, que o requerimento previdenciário é apenas uma questão de natureza reflexa, não justificando a remessa dos autos à Justiça Federal. E conclui:

*Des. José Divino
de Oliveira
Relator -
6ª Turma Cível*

(...) a causa versa sobre reconhecimento de união estável, matéria tipicamente inserida no âmbito da Justiça Comum, sendo que a percepção de benefício previdenciário é apenas de natureza reflexa, de maneira que não se justifica o deslocamento da competência para a Justiça Federal. (TJDFT – 6ª Turma Cível, Acórdão nº. 832513, AGI 20140020165957, Rel. Des. JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, DJe: 25/11/2014, p. 307).

Acrescentou, ainda, que existem reiterados julgados no Superior Tribunal de Justiça proclamando a ausência de interesse da União em feitos que versem sobre o direito de família, o que autoriza a não aplicação da súmula 150/STJ. Destacou, então, o seguinte precedente do STJ, que retrata o mencionado entendimento:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO. INTERESSE REMOTO DA UNIÃO FEDERAL NA SOLUÇÃO DA LIDE. PENSÃO ESTATUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL ESTABELECIDADA ENTRE OS CONVIVENTES. SÚMULA 150/STJ. INAPLICABILIDADE. COMPETÊNCIA DAS VARAS DE FAMÍLIA. A pretensão inicial em ação declaratória para o reconhecimento de sociedade de fato é obter uma decisão judicial sobre a existência do relacionamento afetivo mantido entre os conviventes e, a partir daí, usufruir dos direitos decorrentes dessa declaração. Eventuais reflexos pecuniários indiretos, relativos ao pagamento de pensão pelos cofres públicos, não são aptos a justificar a intervenção da União Federal na relação processual, com o conseqüente deslocamento da competência para a justiça federal. 2. Diante do fato de que diversos precedentes desta Corte já proclamaram a ausência de interesse da União na intervenção em ações que versem sobre direito de família, a despeito de provável finalidade previdenciária, a Súmula 150/STJ é inaplicável a espécie dos autos. 3. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ – 3ª Turma, REsp 929.348/SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 18/04/2011).

A 6ª Turma Cível, portanto, deu provimento ao agravo de instrumento e determinou o processamento da ação na Vara de Família, por compreender que matéria relativa a reconhecimento de união estável é de competência da Justiça Comum, independentemente dos benefícios ou obrigações que decorrerão dessa prestação jurisdicional.

COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA

Acórdão 837770

É POSSÍVEL A COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA

A Câmara Criminal do TJDF, por maioria, deu parcial provimento a embargos infringentes, fazendo prevalecer o d. voto minoritário proferido pelo Desembargador João Batista Teixeira no acórdão recorrido, determinando a compensação, na segunda fase da dosimetria da pena, do aumento decorrente da agravante de reincidência com a redução relativa à atenuante da confissão espontânea.

O e. Desembargador Relator dos embargos infringentes, João Timóteo de Oliveira, registrou a evolução jurisprudencial a respeito da possibilidade da compensação entre a confissão espontânea e a reincidência, assim se manifestando, *in verbis*:

Nos termos do art. 67 do Código Penal, 'no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência'.

Interpretando o dispositivo em comento, a jurisprudência pátria tinha entendimento firme, embora não unânime, de que, no concurso entre circunstâncias legais, a agravante da reincidência preponderava sobre a atenuante da confissão espontânea, em razão da natureza dos institutos, que afastava o caráter subjetivo da confissão e, portanto, a correspondência com a personalidade do agente.

Não obstante, ante a divergência interna entre a 5ª e a 6ª Turmas, competentes para apreciar a matéria penal, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, no julgamento do REsp 1154752/RS, pacificou a

**Des. João Timóteo
de Oliveira**

Relator – Câmara Criminal

questão no sentido de autorizar a pleiteada compensação, sob o fundamento de que a confissão espontânea é traço da personalidade do agente e, por isso, deve ser qualitativamente equiparada à reincidência, para efeitos de dosimetria da pena:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. 1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes. 2. **É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.** 3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local. (STJ – 3ª Seção, EREsp 1154752/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 04/09/2012) (Grifo nosso).

Desse modo, o Desembargador Relator acatou o entendimento do STJ e concluiu seu voto compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, diminuindo, assim, a pena aplicada em maior extensão.

O e. Desembargador Revisor, Romão C. Oliveira, filiando-se ao entendimento do STF, aplicou o artigo 67 do Código Penal e decidiu pela preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea, conforme jurisprudência citada em seu voto:

“Há concurso de circunstâncias legais agravantes e atenuantes quando estão presentes concomitantemente, devendo ser consideradas de per si; havendo equivalência, poder-se-á proceder à compensação, o que vale dizer, agrava-se e em seguida atenua-se, com o mesmo valor. No entanto, quando não haja equivalência decorrente de uma delas ser preponderante (art. 67 do CP de índole subjetiva), esta deve prevalecer para maior aumento ou menor diminuição, em relação àquelas de cunho objetivo (JCAT 76/700). Agravante e atenuante. Reincidência e confissão espontânea. Incidência do art. 67 do Código Penal. Redução da pena indeferida. Recurso não provido (JTJ 181/280).”

No mesmo sentido, colacionou arestos do c. Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, II, III E IV). DOSIMETRIA DA PENA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ARTIGO 67 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. 1. O artigo 67 do Código de Processo Penal dispõe que no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais, as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. 2. Deveras, a reincidência revela que a condenação transitada em julgado restou ineficaz como efeito preventivo no agente, por isso merece maior carga de reprovação e, por conseguinte, deve preponderar sobre a circunstância atenuante da confissão espontânea. 3. *In casu*, o juiz ao afirmar que “A circunstância de ser o réu reincidente, já tendo sido condenado várias vezes, prepondera sobre a confissão espontânea”, nada mais fez do que aplicar o citado artigo 67 do Código Penal, que trata especificamente do concurso entre circunstâncias agravantes

tes e atenuantes; aliás, na linha da jurisprudência desta Corte: HC 96.063/MS, 1ª Turma, Rel. Min. DIAS TÓFFOLI, DJe de 8.9.2011; RHC 106.514/MS, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 17.2.2011; e HC 106.172/MS, 2ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 11.3.2011. 4. Recurso ordinário em *habeas corpus* ao qual se nega provimento. (STF – 1ª Turma, RHC 111.454, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 23.4.2012);

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME DE FURTO. FIXAÇÃO DA PENA. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA. I – Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso em exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. II – Sentença, que, ademais, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. III – Ordem denegada. (STF – 1ª TURMA, HC 106.514/MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 17/02/2011);

Habeas Corpus. 2. Concurso de agravantes e atenuantes. Preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea. Art. 67 do CP. Constrangimento ilegal não caracterizado. 3. Ordem denegada. (STF – 2ª Turma, HC 106.172/MS, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 11/03/2011).

Prevaleceu, todavia, o voto do e. Desembargador Relator que, conforme salientado anteriormente, defendeu a possibilidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

CONFISSÃO QUALIFICADA

Acórdão 815736

Des. Souza e Avila
Relator - Câmara Criminal

A CONFISSÃO QUALIFICADA OU PARCIAL, QUANDO UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO DO JULGADOR, IMPÕE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, UMA VEZ QUE ESTA POSSUI CARÁTER OBJETIVO, BASTANDO, PORTANTO, O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA AUTORIA DO CRIME PERANTE A AUTORIDADE

A Câmara Criminal do TJDF, por maioria, entendeu que a confissão do réu, ainda que qualificada, enseja a aplicação da circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, tipificada no artigo 61, inciso I, do mesmo diploma legal, quando da dosimetria da pena.

Trata-se de embargos infringentes em que se objetiva a prevalência do voto minoritário proferido pelo e. Desembargador João Batista Teixeira, no qual se deu parcial provimento, em maior extensão, ao apelo interposto pelo réu, ora embargante, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência.

No caso sob exame, a confissão qualificada do réu/embargante foi utilizada em diversas ocasiões para atestar a autoria do crime de homicídio simples que lhe foi imputado, reforçando os demais elementos de prova coligidos aos autos.

Contudo, o acórdão embargado não reconheceu a referida confissão como circunstância atenuante, sob o fundamento de que “a confissão qualificada não importa em redução de pena decorrente do art. 65, inc. III, alínea “d”, do CP, pois o acusado, ao sustentar a legítima defesa, causa que afasta a antijuridicidade da conduta, na verdade, nega o dolo do crime a ele imputado”. (TJDF – 3ª Turma Criminal, APC 20140910052519, Acórdão nº 790007, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, DJe: 22/05/2014, p. 228).

Ao apreciar os embargos infringentes, o e. Relator, Desembargador Souza e Avila, fundamentando-se em recente jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, assim se manifestou sobre o tema:

(...) Entendo, todavia, que a atenuante da confissão espontânea possui caráter objetivo, de modo que, para sua configuração, basta o reconhecimento espontâneo da autoria do crime perante a autoridade, mesmo que qualificada ou parcial. Desde que a confissão tenha sido utilizada pelos julgadores para convencimento quanto à autoria. (TJDFT – Câmara Criminal, Acórdão nº 815736, EIR 2014.09.1.005251-9, Rel. Des. Souza e Avila, DJe: 03/09/2014, p. 67).

Ainda nos termos do entendimento externado pelo e. Desembargador Relator, no caso em análise restou configurada a atenuante da confissão espontânea, pois o fato de ter o réu/embar-gante efetuado disparos de arma de fogo contra a vítima, mesmo sob a alegação de tê-lo feito em legítima defesa, foi considerado em todas as decisões como elemento de prova da autoria do crime de homicídio simples.

De outro vértice, o e. Revisor, Desembargador Humberto Ulhôa, condutor do voto minoritário, exarou entendimento segundo o qual o réu/embar-gante, não obstante tenha confessado ser o autor dos disparos, o fez com a intenção de desqualificar o crime em si, sustentando ter agido em legítima defesa. Nesse sentido, não haveria como se falar em confissão espontânea, uma vez que a tese sustentada pela defesa representaria uma excludente de ilicitude.

Ponderou, também, que mesmo diante do eventual reconhecimento da confissão espontânea na hipótese dos autos, a agravante de reincidência deveria ser preponderante sobre a atenuante da confissão espontânea, à luz de precedentes jurisprudenciais que entendeu aplicarem-se à espécie.

Ao final, a Câmara Criminal, por maioria, deu provimento aos embargos infringentes e, posicionando-se conforme o voto minoritário anteriormente proferido pelo e. Desembargador João Batista Teixeira, firmou o entendimento segundo o qual a confissão do réu, ainda que qualificada, enseja a aplicação da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, devendo ser compensada com a circunstância agravante da reincidência.

CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO

Acórdão 833082

**Desa. Nilsoni
de Freitas**

Relatora – Câmara Criminal

INCUMBE AO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR DE SAMAMBAIA/DF ACOMPANHAR O TRÂMITE DE INVESTIGAÇÃO POLICIAL QUE DIZ RESPEITO A SUPOSTOS CRIMES ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, PRATICADOS POSTERIORMENTE À RESOLUÇÃO 10/2014 DO TJDF, MESMO JÁ EXISTINDO, EM OUTRO JUÍZO, PROCESSO ENVOLVENDO AS MESMAS PARTES, REFERENTE A INFRAÇÃO SIMILAR, PRATICADA NO MESMO CONTEXTO FÁTICO, PORÉM, ANTES DA MENCIONADA RESOLUÇÃO

O conflito de jurisdição em questão diz respeito à competência para acompanhar o trâmite de investigação policial que apura supostos crimes de lesão corporal e de estupro de vulnerável praticados por padrasto contra enteada, em data posterior à edição da Resolução 10/2014 do TJDF, que criou, na Circunscrição Judiciária de Samambaia/DF, um Juizado exclusivo para o processamento de feitos decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher e dois Juizados especiais cíveis e criminais.

O d. Juízo suscitante, do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Samambaia/DF, entendeu que, mesmo os fatos tendo sido praticados após a edição da mencionada Resolução, incumbiria ao 2º Juizado Cível e Criminal, que antes possuía competência tanto para as matérias relacionadas à Lei 9.099/95, como à Lei 11.340/06, acompanhar a apuração dos fatos mencionados, porque nele já tramitava outro processo envolvendo as mesmas partes e infração similar, praticada no mesmo contexto fático. Aduziu, então, existir conexão instrumental entre os fatos sob investigação e o crime de estupro anteriormente praticado, asseverando que o fato de o d. Juízo suscitado, do 2º Juizado Especial Cível e Criminal, ter perdido a competência para a apreciação das matérias relacionadas à Lei Maria da Penha não impediria que lhe fossem encaminhados os feitos que devem ser distribuídos por dependência.

O d. Juízo suscitado, de seu turno, alegou ser absolutamente incompetente para o processamento e julgamento do feito, por envolver crimes praticados no contexto de violência doméstica, em data posterior à edição da Resolução 10/2014.

A c. Câmara Criminal, no julgamento do conflito, concluiu pela competência do d. Juízo suscitante, ao fundamento de que os fatos apurados no processo em questão envolvem violência doméstica e foram praticados em data posterior à Resolução mencionada, tornando, assim, absolutamente incompetente, ao julgamento da causa, o 2º Juizado Especial Cível e Criminal suscitado.

Por importante, a e. Relatora, Desembargadora Nilsoni de Freitas, salientou que, ainda que cabível a reunião dos processos para tramitação perante o mesmo Juízo em razão de eventual conexão probatória, tal medida não seria recomendável, tendo em vista que os feitos reputados conexos se encontravam em estágios processuais bastante distintos. No particular, destaca-se o seguinte excerto do voto condutor do aresto:

Assim, em razão da incompetência absoluta do Juízo Suscitado, o Juízo do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Samambaia é o competente para o processamento e julgamento do processo n. 2014.09.1.021979-9, ainda que existente a conexão probatória entre ele e processo n. 2013.09.1.004090-8. De todo modo, é imperioso destacar que, mesmo se cabível a reunião dos processos perante o Juízo Suscitado, ela já não seria recomendável, pois os feitos encontram-se em fases muito distintas. No processo em curso no Juizado Especial Criminal de Samambaia, já foram encerradas duas audiências de instrução e julgamento. Já nos autos n. 2014.09.1.021979-9, distribuído a Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Samambaia, sequer houve a conclusão do inquérito policial ou o oferecimento da denúncia, sendo bastante provável que a instrução criminal do processo em curso perante o juizado suscitado será finalizada antes mesmo do recebimento da inicial deste feito. Dessa forma, a junção dos processos, ao invés de atender aos princípios da celeridade e da economia processual, iria contrariá-los. (TJDFT – Câmara Criminal, Acórdão nº. 833082, CCR 20140020254278, Relatora Desa. NILSONI DE FREITAS, DJe: 20/11/2014, p. 76).

Assim, com base na Resolução 10/2014 e nas distintas fases em que se encontravam os processos, o pedido de reunião das ações foi indeferido, proclamando-se como competente o d. Juízo suscitante.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Acórdão 825038

**Juíza Edi Maria
Coutinho Bizzi**
Relatora - 3ª Turma
Recursal dos Juizados
Especiais Cíveis e Criminais
do Distrito Federal

A AVERBAÇÃO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO EM GOZO DE LICENÇA SEM VENCIMENTOS DEPENDE DO RECOLHIMENTO MENSAL DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, CALCULADA SOBRE A REMUNERAÇÃO DO SEU CARGO

Servidora do Distrito Federal foi impedida de averbar o tempo de contribuição referente ao período em que esteve de licença para acompanhar o cônjuge, embora tenha procedido ao recolhimento previdenciário mensal.

Para a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, o recolhimento de contribuição previdenciária ao Regime Geral de Previdência Social, calculada sobre o salário-mínimo, não confere direito, ao servidor público, de contagem do tempo no Regime Próprio do Serviço Público.

Para a Relatora, Edi Maria Coutinho Bizzi, o recolhimento mensal ao RPPS é indispensável para assegurar o custeio do benefício futuro. Nesse sentido, citou, no aresto, dispositivo da Lei Complementar 769/2008, *in verbis*:

(...) art. 69, § 1º, da Lei Complementar 769/2008 (...) 'o segurado em atividade que se encontre em gozo de licença sem vencimentos, sem ônus à administração pública do Distrito Federal, para fins de assegurar o custeio de seu benefício futuro deverá efetuar o recolhimento mensal, a ser calculado com base na sua remuneração, bem como demais vantagens de fins previdenciários, diretamente ao Iprev/DF ou mediante depósito bancário'. (TJDFT – 3ª Turma Recursal, ACJ 20130111495608, Rel. Edi Maria Coutinho Bizzi, DJe 14/10/2014, p. 272).

Salientou, ainda, em conformidade com as Orientações Normativas do Ministério da Previdência Social (3/2004 e 1/2007), que o servidor público, enquanto estiver licenciado sem remuneração, permanecerá vin-

culado ao regime de previdência de origem, devendo recolher a contribuição com base na remuneração do seu cargo.

Com esses fundamentos, a 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal concluiu que a servidora não faz jus à contagem do tempo de licença para efeito de aposentadoria no regime próprio do serviço público, uma vez que efetuou o recolhimento da contribuição previdenciária, calculado sobre o salário-mínimo, para o Regime Geral de Previdência Social.

CORREÇÃO MONETÁRIA E PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

Acórdão 835262

**Desa. Simone
Lucindo**

Relatora – 1ª Turma Cível

A RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS A PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA DEVE SER OBJETO DE CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA, POR ÍNDICE QUE RECOMPONHA A EFETIVA DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA, AINDA QUE O ESTATUTO DA ENTIDADE ESTABELEÇA CRITÉRIO DIVERSO

Decidiu a 1ª Turma Cível do TJDFT que quem permanece vinculado a entidade de previdência privada e, assim, recebe complementação da aposentadoria, possui direito à revisão do valor, mediante a incidência de índice que recomponha efetivamente a inflação, não obstante previsão diversa nos regulamentos da entidade.

Para a Desembargadora Simone Lucindo, Relatora do recurso de apelação, seria inviável a correção do saldo de reserva de poupança do participante vinculado à entidade que tenha optado pelo recebimento mensal do benefício, pois a reserva gerada com as contribuições vertidas incorpora o patrimônio da entidade de previdência. Por isso, não há direito ao recebimento de diferenças derivadas de expurgos inflacionários, pois o saldo mencionado não se insere na esfera patrimonial do participante.

Em contrapartida, o pedido de correção do saldo da reserva de poupança apenas teria pertinência nos casos em que houvesse o rompimento do vínculo com a entidade de previdência complementar e o consequente resgate a menor da reserva.

Nesse sentido, votou a Desembargadora Relatora:

(...) em se tratando de rompimento do vínculo com o resgate da reserva de poupança, o imperativo de correção monetária plena das contribuições devolvidas pela entidade privada autoriza a inclusão dos expurgos inflacionários (Súmula 289/STJ), enquanto que, na hipótese da permanência do vínculo com a entidade, a complementação mensal da aposentadoria, igualmente, sujeita-se à

correção monetária efetiva, o que, pontuado o descabimento da discussão em torno da incidência dos expurgos inflacionários, permite a substituição do índice de atualização monetária. (TJDFT – 1ª Turma Cível, Acórdão n.º 835262, APC 20130111771800, Relatora Desa. Simone Lucindo, DJe: 01/12/2014, p. 177).

Dessa forma, decidiu a Turma que, para a atualização que recomponha efetivamente o valor da moeda, quanto ao valor mensal acrescido à aposentadoria, deve-se adotar o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, ainda que o regulamento haja previsto a Taxa Referencial – TR, por entender que somente aquele índice efetivamente possibilitaria a composição da complementação da aposentadoria. Determinou, ainda, o pagamento das diferenças decorrentes da recomposição da complementação realizada pela TR.

CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO

Acórdão 832198

**Juíza Marília
de Ávila e Silva
Sampaio**

Relatora -
2ª Turma Recursal
dos Juizados Especiais
Cíveis e Criminais do
Distrito Federal

A CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO COM CHIP GERA DANO MORAL IN RE IPSA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO.

No caso em análise, o autor recebeu em seu celular mensagem informando compra com cartão de crédito não efetuada por ele e, logo em seguida, comunicou o ocorrido ao banco. A instituição financeira bloqueou o cartão, mas manteve a cobrança do valor na fatura, e, posteriormente, incluiu o nome do autor em cadastro de inadimplentes pelo não pagamento.

Para a 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, cabia ao banco bloquear o cartão de crédito e não faturar o valor supracitado, pois o consumidor informou, imediatamente, que não era o responsável pela dívida. Na espécie, constatou-se que o ônus da prova incumbiria à instituição financeira fornecedora do serviço, nos termos do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, segue trecho elucidativo da ementa:

(...) o ônus da prova incumbiria ao fornecedor dos serviços quanto à inverdade da afirmação do consumidor, ou mesmo em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pela parte autora, à luz do que estatui o artigo 333, II, do CPC. Nesse contexto, diante da verossimilhança da alegação do consumidor, havido ainda como hipossuficiente, ante a evidente dificuldade para produzir prova de fato negativo, caberia à recorrente carrear elementos hábeis a demonstrar a idoneidade da compra lançada, cuja fraude com o referido débito foi imediatamente identificada pelo autor que resolveu por informar o banco requerido. Assim, não comprovada a regularidade da compra, resta configurada a fraude. (TJDFT – 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, ACJ 20140110832087, Relatora Marília de Ávila e Silva Sampaio, DJe 18/11/2014, p. 268).

Asseverou a i. Relatora ser objetiva a responsabilidade do banco, com base na teoria do risco do negócio ou da atividade. Bem ainda, ressaltou ser evidente o transtorno que a fraude causou na vida do consumidor, o qual foi, inclusive, compelido a buscar resposta judicial para um serviço prestado de forma defeituosa.

Diante disso, concluiu a eg. Turma Recursal ser devida ao consumidor a compensação pelos danos morais suportados, em valor capaz de atender às finalidades compensatória, punitiva e preventiva, observado o poderio econômico da instituição bancária e a necessidade de se evitar casos futuros análogos.

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA NA ESFERA DA LEI MARIA DA PENHA

Acórdão 827829

**Des. Jesuíno
Rissato**
Relator Designado –
3ª Turma Criminal

O DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS NA LEI MARIA DA PENHA CARACTERIZA CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

A 3ª Turma Criminal do TJDFT, por maioria, manteve a condenação pelo crime de desobediência, sob o fundamento de que a existência de previsão legal estabelecendo sanções de natureza cível a eventual descumprimento de medidas protetivas previstas na Lei 11.340/06 não exclui a tipicidade da conduta.

O e. Desembargador João Batista Teixeira, Relator originário, assinalou que o descumprimento das medidas protetivas não configura crime de desobediência, salientando que as determinações judiciais, nas quais o cumprimento pode ser assegurado mediante imposição de sanções de natureza civil, processual civil e administrativa tornam atípica a desobediência na esfera penal. Nesse sentido, colacionou o seguinte julgado do STJ:

PENAL – CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – DETERMINAÇÃO JUDICIAL ASSEGURADA POR SANÇÃO DE NATUREZA CIVIL – ATIPICIDADE DA CONDUTA. As determinações cujo cumprimento for assegurado por sanções de natureza civil, processual civil ou administrativa, retiram a tipicidade do delito de desobediência, salvo se houver ressalva expressa da lei quanto à possibilidade de aplicação cumulativa do art. 330, do CP. Ordem concedida para cassar a decisão que determinou a constrição do paciente, sob o entendimento de configuração do crime de desobediência. (STJ – 5ª Turma, HC 16.940/DF, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, DJe 18/11/2002, p. 243).

O e. Relator asseverou que o c. STJ, em recentes decisões monocráticas, vem se posicionando no sentido de que não configura crime de desobediência o descumprimento de medida protetiva fundada na Lei 11.340/2006, justamente em razão da previsão de sanções específicas para o caso de não ser observada a determinação judicial. (REsp 1.390.622/DF, DJe 05.09.2013 e REsp 1.280.328/DF, DJe 04.09.2012).

Acrescentou, ainda, que a Lei 11.340/2006 prevê sanções específicas que visam assegurar o cumprimento de decisões judiciais proferidas em sede de Medida Protetiva de Urgência, não havendo qualquer ressalva quanto à caracterização do crime de desobediência. Diante de tais fundamentos, concluiu seu voto nos seguintes termos:

(...) considerando a existência de sanções específicas previstas na Lei nº 11.340/2006 para o caso de descumprimento de medidas protetivas, bem como o silêncio do legislador quanto à responsabilização penal por esse fato, é impositiva a absolvição do apelante pelos crimes do art. 330 do Código Penal, nos termos do inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal. (TJDFT – 3ª Turma Criminal, Acórdão n.º 827829, APR 20131110001370, Relator Des. João Batista Teixeira, Rel. Designado Jesuíno Rissato, DJe: 29/10/2014, p. 127).

O e. Desembargador Jesuíno Rissato, Vogal e Relator designado, sustentou que o fato de a lei de regência prever sanções específicas para o descumprimento das medidas protetivas não impede o seu enquadramento como crime de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal, não havendo que se falar em atipicidade de eventual conduta, pois as esferas cível e penal são independentes. Nesse contexto, afirmou que o réu pode responder pelas demais sanções legais previstas, as quais se consubstanciam em medidas acautelatórias e não sancionatórias.

Salientou, ainda, que não desconhece o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, mas, diante da existência de decisões em ambos os sentidos, manteve seu posicionamento e reconheceu a tipicidade do crime de desobediência decorrente do descumprimento de medidas protetivas. Para corroborar seu posicionamento, citou o seguinte precedente:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE CRIMINAIS – LEI MARIA DA PENHA – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – PREVALÊNCIA DOS VOTOS MAJORITÁRIOS. 1. Consoante entendimento majoritário desta egrégia Corte de Justiça, o descumprimento de medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha configura crime de desobediência, porquanto as medidas legais que podem ser aplicadas no caso da prática de violência doméstica e familiar, sejam as previstas na legislação processual civil (*caput* e §§5º e 6º do artigo 461 do CPC, por força do que dispõe o § 4º do artigo 22 da Lei Maria da Penha) ou na legislação processual penal (prisão preventiva, de acordo com o inciso III do artigo 313 do CPP), não têm caráter sancionatório, mas se tratam, na verdade, de medidas de natureza cautelar, que visam, portanto, assegurar a execução das medidas protetivas de urgência. Precedentes. 2. Embargos infringentes e de nulidade criminais conhecido e não provido. (TJDFT – Câmara Criminal. Acórdão n.º 825736, EIR 20130710265838, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, DJe: 17/10/2014, p. 29).

O Vogal, e. Desembargador José Guilherme de Souza, a despeito dos fundamentos expostos pelo Relator, acompanhou a tese desenvolvida pelo e. Desembargador Jesuíno Rissato, motivo pelo qual a Turma manteve a condenação do réu como incurso nas sanções do delito de desobediência, previsto no artigo 330 do Código Penal, em continuidade delitiva, ante o descumprimento reiterado das medidas protetivas de proibição de aproximação e de contato com a vítima, rejeitando a tese de atipicidade da conduta.

