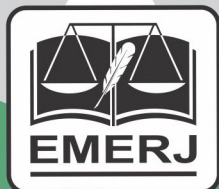


REVISTA DA

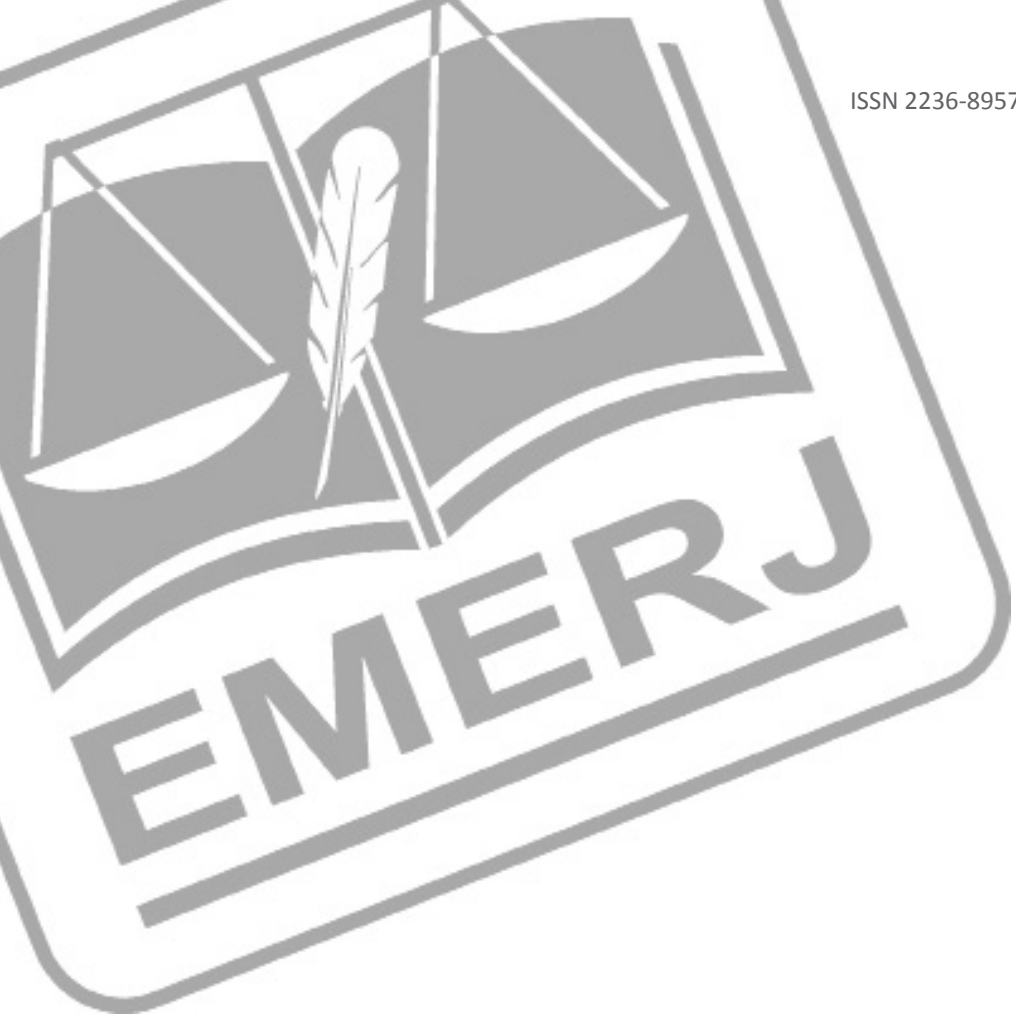
ISSN 2236-8957

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO • V. 17 • N. 66 • Setembro/Outubro/Novembro/Dezembro • 2014



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 17 - n. 66 - 2014

Setembro/Outubro/Novembro/Dezembro

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 17	n. 65	p. 1-308	set-dez. 2014
----------	----------------	-------	-------	----------	---------------

© 2014 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze, Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Juízes de Direito Rubens Roberto Rebello Casara, Alexandre Corrêa Leite e André Luiz Nicolitt.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago.

Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silvares.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Sérgio de Souza Verani

❖ CONSELHO CONSULTIVO/COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Desembargador Nildson Araújo da Cruz

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

Juiz de Direito Alexandre Corrêa Leite

Juiz de Direito André Luiz Nicolitt

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Desembargador Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO

Des. Nagib Slaibi Filho

❖ COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL

Maria Cristina Camargo Corrêa



Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | Da Análise da Culpabilidade no Delito de Tráfico Ilícito de Entorpecentes**
Afonso Henrique Castrioto Botelho
- 16 | O Ajuizamento da Execução Fiscal e a Interrupção da Prescrição (Art. 174, parágrafo único, I, do CTN e o seu efeito *secundum eventum citationis*)**
Cássio Benvenuto de Castro
- 69 | Imunidades Tributárias Genéricas dos Impostos e a Jurisprudência do STF (Breve Análise)**
Daniela Gonçalves de Carvalho
- 93 | Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros e a Atuação do ICSID no Cenário Global: Aspectos Legais, Doutrinários e Jurisprudenciais**
Divo Augusto Cavadas
- 114 | O Mito da Política de Repressão às Drogas por Meio do Direito Penal (Panaceia para todos os males)**
Felipi Martins
- 138 | Liberalismo e Estado Fiscal**
Flavio Mattos dos Santos
- 158 | A Trava Bancária na Recuperação Judicial**
Giovanna Luz Podcameni

- 187** | **O Desafio do Ensino Jurídico: Um Estudo da História do Direito em Apontamento**
Matheus Abreu Lopes de Andrade
- 196** | **A Condição de Idoso e a Incidência da Norma Penal**
Nagib Slaibi Filho
- 214** | **A Qualificação Material do Precatório**
Paula Chaves Cunha
- 249** | **Do *Periculum in Mora* Inverso (Reverso)**
Reis Friede
- 287** | **Interpretação e Aplicação da Constituição no Brasil: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional no Pensamento de Lenio Streck**
Vinicius Figueiredo Chaves

Apresentação

A Sérgio Verani, Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), agradeço a honra da escolha, entre tantos e notáveis mestres, de selecionar os artigos que compõem mais esta edição da tradicional *Revista da EMERJ*.

Salvo quanto ao artigo sobre *A Condição do Idoso e a Incidência da Norma*, adotei o rigoroso critério que Cláudio Vianna de Lima e Décio Gama acolheram desde os primórdios da Escola, há um quarto de século.

Era o Magistério da diversidade de conteúdo e da profundidade na abordagem do tema, muitas vezes no desafio aberto aos paradigmas, pressupostos e até mesmo preconceitos que, de tempos em tempos, invadem o Direito que ensinamos e que usamos nos julgamentos.

Aqui é a Escola Judicial, reconhecida como das mais importantes nestes lados do meridiano, a contar de Tordesilhas, que os antigos reis de Espanha e Portugal adotaram para dividir o mundo de acordo com suas ambições de conquista.

E é a Escola Judicial do início deste promissor século XXI, em que adentramos com a insegurança que a todos contamina ao chegar a ignoto ambiente, mas forçado com a certeza de que o século XX nos deu padrões hoje insuportáveis e descabidos.

A diversidade se demonstra pelos títulos das monografias, desde execução fiscal a atuação de empresas internacionais de investimento, passando pelo mito da repressão a drogas. E a profundidade cognitiva, pelo conteúdo desafiador e instigante.

E assim é a EMERJ como Escola Judicial, voltada à diversidade e à profundidade dos debates.

Desembargador Nagib Slaibi Filho

Membro do Conselho Consultivo da EMERJ



Da Análise da Culpabilidade no Delito de Tráfico Ilícito de Entorpecentes

Afonso Henrique Castrioto Botelho

Juiz de Direito do TJ/RJ

O tráfico de drogas, mazela social de primeira grandeza e carro-chefe de todas as Varas Criminais do Estado do Rio de Janeiro, é, na atualidade, uma das atividades mais rentáveis e mais nefastas que há. Notadamente, o tráfico de cloridrato de cocaína, produto mais caro, mais viciante, mais destrutivo e de mais fácil transporte - em razão de seu pequeno volume e também por ser inodoro. Em determinadas localidades do Estado, uma única cápsula, comprada a R\$ 3,00 na origem, chega a ser vendida por R\$ 50,00 ao consumidor final. Difícil imaginar “negócio” mais rentoso.

Tarefa de complexidade ainda maior do que combater o tráfico ilícito de entorpecentes é explicá-lo sob o enfoque da criminalidade. O perfil do pequeno traficante é, muitas vezes, intrigante. Jovens de classe média-baixa, mas com alguma escolaridade e aptidão profissional, sem alterações na folha penal e incapazes de cometer um ato violento. Sob a luz das teorias que justificam a criminalidade, não há o que explique o desvio de seus caminhos.

Não se pode pensar na chamada teoria ecológica¹ com vistas a explicar a epidemia. Ao menos, não isoladamente. O meio social no qual está inserido o indivíduo, muitas vezes não é determinante para que seja ele contaminado. Da mesma forma como, em comunidades dominadas pelo tráfico, há indivíduos imunes à contaminação, em outras sociedades onde o tráfico praticamente inexistente ocorrem episódios de comércio ilícito, ainda que de forma isolada. As quadrilhas especializadas na venda de drogas sintéticas normalmente vivem na várzea e são filhas da classe média-alta.

¹ Teoria criada em 1982 no Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago.

Talvez Sykes e Matza² tenham alguma razão em comparar os jovens – estes são a grande maioria dos que se dedicam ao tráfico -, a barcos à deriva, vacilantes ainda quanto à decisão de delinquirem ou não. Todavia, a teoria da deriva, por eles proposta, também não oferece uma explicação segura para o fenômeno. Sobretudo na atualidade, época de rápido amadurecimento proporcionado pela difusão massiva de informações em tempo real e pleno acesso à escolaridade.

Travis Hirschi³ formula, em 1969, a teoria dos vínculos sociais, segundo a qual a existência de laços afetivos com pessoas socialmente ajustadas afastaria o jovem da delinquência. Uma vez mais, é parcialmente verdadeira a afirmação. Todos conhecem casos de pessoas socialmente integradas, com vínculos hígidos e duradouros de afetividade, mas que se atiram, ainda assim, à criminalidade⁴.

Observadas de per si, as teorias da tensão, das subculturas ou contraculturas, das predisposições genéticas, do aprendizado e do etiquetamento, nenhuma delas, a exemplo das outras já mencionadas, consegue explicar com precisão esperada o fenômeno do tráfico ilícito de entorpecentes.

Muito possivelmente porque, talvez, teorias sobre a economia expliquem a questão melhor do que teorias sobre a criminalidade. Isto em razão de que o tráfico de drogas nada mais é do que uma atividade econômica, comercial, que visa especialmente o lucro. Por uma circunstância de política criminal, este comércio, assim como o contrabando e o descaminho, é ilícito e severamente punido. Mas não deixa de ser uma atividade comercial. O comerciante adquire o produto por determinado preço e o revende a outra pessoa por este mesmo preço, ao qual se acresce sua margem de lucro. Tão somente isso.

Em alguma medida, as altas penas previstas para esta espécie de delito deveriam servir como fator de dissuasão do agente. Forte em Beccaria⁵, afirma-se que um dos fins da pena é o de impedir que o agente “cause novos danos aos seus concidadãos”, demovendo os demais de agirem naquele determinado sentido. Tal não ocorre, entretanto. Muitos se mostram vacilantes, quando não surpresos até, ao serem inteirados sobre

2 A teoria de Matza e Sykes rejeita as teorias que sugeriam que grupos de delinquentes criam seu próprio código moral que apaga completamente o código moral social. Com essa análise, Matza e Sykes conseguiram explicar como os delinquentes “navegam” entre estilos de vida legítimos e ilegítimos continuamente, uma vez que eles retêm seu código moral (social), ao invés de apagá-lo e substituí-lo por um código moral ilegítimo, como sugeriam as teorias anteriores.

3 Criminalista norte-americano, conhecido por suas teses sobre a perspectiva do controle social na delinquência juvenil.

4 O caso mais emblemático é o do traficante internacional João Estrella, retratado no livro **Meu Nome Não é Johnny**.

5 Beccaria, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, p. 52.

as penas previstas, *in abstracto*, para o tráfico ilícito de entorpecentes. Este fato demonstra nítido desconhecimento acerca da lei penal por aqueles que deveriam sabê-las de cor, por força do “ofício” que exercem. Portanto, a ignorância pode ser um dos elementos a explicar a alta incidência do delito na sociedade brasileira.

Numa sociedade com mentalidade hierárquica, como no Brasil, é comum que se busque o dinheiro com vistas a que se receba melhor tratamento, vantagens e dividendos sociais⁶. A aquisição desse *status* é buscada a qualquer custo. No caso do tráfico ilícito de drogas, considerada a margem de lucro auferida, o resultado excepcional é obtido em muito pouco espaço de tempo. Não há, por parte desses empreendedores, normalmente muito jovens, a análise do risco do empreendimento. Como também não há qualquer preocupação com o malefício que sua atividade proporciona, num primeiro momento ao consumidor e, ao depois, aos setores de saúde pública, que gastam milhões em recuperação de dependentes, muitas vezes sem sucesso. E quando se trata de dependência química, causada pela cocaína, a questão ganha cores ainda mais especiais.

Acerca da nocividade do cloridrato de cocaína, substância que escraviza, que aniquila o usuário e destroça sua família, amplamente difundida tanto nos morros quanto nas várzeas, e cuja comercialização proporciona lucros estratosféricos, há muito a ser dito.

A cocaína é substância bastante mais danosa à saúde do que outras também ilícitas. Aliás, segundo sérios estudos médicos, a mais danosa que há. E os especialistas são unânimes em reconhecer e apontar esta realidade, sem divergências.

Os pesquisadores S.H. Cardoso e R.M.E. Sabbatini, da Universidade Estadual de Campinas, sobre o assunto, assinalam que “a cocaína é a droga que mais rapidamente devasta o usuário. Bastam alguns meses ou mesmo semanas para que ela cause emagrecimento profundo, insônia, sangramento do nariz e coriza persistente, lesão da mucosa nasal e tecidos nasais, podendo inclusive causar perfuração do septo. Doses elevadas consumidas regularmente também causam palidez, suor frio, desmaios, convulsões e parada respiratória. No cérebro, a cocaína afeta especialmente as áreas motoras, produzindo agitação intensa. A ação da cocaína no corpo é poderosa, porém breve, durando cerca de meia hora, já que a droga é rapidamente metabolizada pelo organismo.”⁷

⁶ Almeida, Carlos Alberto. *A Cabeça do Brasileiro*, p. 79.

⁷ *Revista Cérebro & Mente* 3(8), jan/mar 1999 – Universidade Estadual de Campinas - SP.

De relatos científicos bastante consistentes, extrai-se a conclusão de que a cocaína apresenta fenômeno de tolerância bem definido e de estabelecimento rápido. Para obter os mesmos efeitos, o consumidor tem de usar doses cada vez maiores. A substância provoca danos cerebrais extensos ao cabo de apenas alguns anos de consumo. Estudos epidemiológicos denotam que esta droga é muito mais viciante que a maconha, o álcool ou o tabaco.

Não existe subjetividade quando há interrupção do uso. Os relatos são sempre os mesmos: depressão, muitas vezes grave, disforia (ansiedade e mal estar), perda acentuada da capacidade de aprendizagem, desregulação das funções motoras e distensão psicológica de alto grau.

O uso a longo prazo significará múltiplas hemorragias cerebrais, conduzindo à perda importante de neurônios e ao desenvolvimento de esquizofrenia e depressão profunda unipolar. Não são raras as notícias de *overdose*, que menos raro ainda, conduzem à morte dos consumidores deste entorpecente.

Havendo diferenças acentuadas entre as substâncias ilícitas que são habitualmente comercializadas, sob o ponto de vista de sua malignidade, o artigo 42 da Lei 11.343/06 determina ao Juiz – e não apenas o aconselha, recomenda ou solicita – que proceda ao agravamento das circunstâncias judiciais nas hipóteses de tráfico de drogas chamadas pesadas. Inclusive, com preponderância sobre aquelas outras circunstâncias, previstas pelo artigo 59 do Código Penal. A agressividade da droga traficada passa a ser elemento taxativo a ser verificado na primeira etapa do procedimento trifásico de dosimetria. A culpabilidade, conceito jurídico tradicionalmente vago, abstrato e indefinido, agora tem um vetor concreto que, caso verificado, fará com que a pena-base seja fixada em patamar distanciado do mínimo legal previsto para a hipótese. Obrigatoriamente.

Vale dizer: não se pode punir o tráfico de substâncias mais lesivas e viciantes da mesma forma como se puniria a mercancia de substâncias menos danosas. Diria que é, acima de um mandamento legal, uma questão de proporcionalidade. A doutrina mais moderna em campo algum discorda ou combate esta diretiva legal. Antes, a abraça às largas, por entender, como não poderia deixar de ser, que a nocividade da droga deve ser punida com maior rigor.

Com efeito, Alexandre Bizzotto escreve que “quanto maior a capacidade da droga de viciar e causar estrago no consumidor, maior deverá ser a intensidade na aplicação da pena.” E remata: “Ambas as ponderações de

preponderância são adequadas para se conceder uma proteção diferenciada para a problemática das drogas.”⁸

O magistério de Isaac Sabbá Guimarães não discrepa, ao explicar que “o exame da natureza da substância ou produto visará, segundo podemos depreender, a definir o grau de periculosidade que representa para o bem jurídico saúde pública.”⁹ Neste mesmo sentido caminha Sérgio Ricardo de Souza, ao cotejar os artigos 59, do Código Penal e 42 da nova lei. Após criticar a desnecessidade da edição deste último porque, em *ultima ratio*, o vetusto 59 já permitiria o agravamento da reprimenda pela qualidade da droga, com o que não há como deixar de concordar, pontifica que o legislador “preferiu ser mais específico e deixou claro que a natureza, ou seja, se é droga natural ou sintética, se causa dependência física ou dependência psíquica, bem como a quantidade da substância devem ter especial destaque na fixação das penas cabíveis.”¹⁰

Desse entendimento os Tribunais Superiores não discrepam. O Superior Tribunal de Justiça, por mais de uma vez, avaliou a questão, sempre afirmando o que a lei determina¹¹.

Contudo, o que se tem visto mais próximo de nós, em diversos julgados, mui lamentavelmente, é o descumprimento desta regra tão clara quanto relevante. E este injustificável descumprimento prende-se no mais das vezes à chamada cultura da pena mínima, o que é extremamente preocupante. Preocupante porque é ela malsinado fruto da má interpretação das circunstâncias judiciais, resultando em distorções e injustiças de difícil entendimento e reparação. Mas, sobretudo, porque é a ressurreição da velha máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios¹²: em virtude da precaríssima situação dos presídios, algo que não se pode negar que ocorra neste e noutros Estados, se buscam soluções à margem da lei, sem que se dê conta do perigo extremo que isto representa, para falar o mínimo, em termos de segurança jurídica.

A natureza da droga traficada é elemento de variação da culpabilidade e, como tal, não pode ser desconsiderada pelo julgador. Afinal, não

8 *In Nova Lei de Drogas*: Comentários à Lei nº 11.340, de 23 de agosto de 2006, Lúmen Júris Editora, 2007, p. 99.

9 *Nova Lei Antidrogas Comentada*, Juruá, 2008, p. 152.

10 *Nova Lei Antidrogas* (Lei nº 11.343/2006) Comentários e Jurisprudência, Impetus, 2007, p. 77.

11 HABEAS CORPUS: HC 204213 ES 2011/0087104-6, STJ - HABEAS CORPUS: HC 163677 SP 2010/0034538-1, STJ - HABEAS CORPUS: HC 139196 PE 2009/0114101-6, STJ - HABEAS CORPUS: HC 144631 RJ 2009/0157207-2, STF, **HC 94655, Relatora, Ministra Carmen Lúcia**.

12 Maquiavel defendia a tese de que, para ser bem-sucedido, o governante deveria equilibrar a Virtude e a Fortuna, a fim de assegurar seus interesses políticos e de poder. No entanto, para que o equilíbrio fosse possível, o pensador sugeriu que os valores morais impostos pela fé e pela sociedade não poderiam restringir a ação do rei. Com isso, promoveu a cisão entre Moral e Política, tecendo sua célebre frase, em que pregava a ideia de que os fins justificam os meios.

consta que o referido artigo 42 tenha sido derogado, ou tenha tido sua inconstitucionalidade declarada sob efeito *erga omnes*, para que seja desconsiderado sem cerimônia, como ocorre por vezes.

Desnecessário deve ser rememorar que o primeiro dos deveres do magistrado é cumprir e fazer cumprir as disposições de lei, a teor do que dispõe o artigo 35, I, da LOMAN. Não deve se sentir, o juiz, a cavalheiro para negar-lhe vigência apenas por não concordar com seus termos, ainda que suas razões sejam as mais nobres e fecundas. Deve simplesmente cumpri-la, posto não lhe haver sido outorgada a função legislativa típica.

Ninguém imagina que o juiz se negue, *v.g.*, à homologação de suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público ao autor de crimes graves, como são o furto ou o estelionato, apenas porque não concorde que a lei admita a benesse a tais (verdadeiramente) abjetas condutas. Mesmo angustiado, deverá o juiz dar passagem ao comando legal, deixando proscritas as suas convicções pessoais acerca do acerto ou do desacerto da obra do legislador. Angustiar-se pode. Criticar, pode¹³. Descumprir, não.

Tudo isso, a partir de um prisma meramente formal. Mas há mais. É verdadeiramente injusto punir o traficante de drogas leves com o mesmo rigor com que se pune aquele que comercializa drogas pesadas. E o legislador enxergou isto sem dificuldades, assim como os Tribunais Superiores. Ao fazê-lo, o juiz fere a individualização da pena e ignora a isonomia material, que se identifica como mandamento constitucional inarredável. Portanto, negar vigência ao artigo 42 retratado é algo antijurídico, mas também, injusto.

Prende-se, como dito, a análise desta circunstância, ao elemento de culpabilidade, entendida como medida da reprovabilidade do atuar desvalorado. Ignorando a aplicação do artigo 42 da lei antidrogas sem qualquer razão ou fundamento plausível para isto, não se estará fazendo mais do que relegar a último plano a mais importante das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59 do Código - como tal erigida pelo legislador, ao apresentá-la em primeiro lugar na norma em comento. Nada mais equivocado. Nada mais injusto.

*“Todos os culpáveis serão punidos, mas aqueles que tiverem um maior grau de culpabilidade, receberão, **por justiça**, uma penação mais severa”.*¹⁴

¹³ Artigo 36, III, LOMAN.

¹⁴ Feliz intervenção de Fernando Capez, *In Curso de Direito Penal*, I Volume, 11a. edição, p. 440.

Trabalhando sobre o conceito de culpabilidade, não como pressuposto de aplicação da pena, mas como medida de reprovabilidade, Rogério Greco chama a atenção de que o juiz deverá encontrar a pena justa. E, para tanto, o artigo 59 lhe determina que analise, em primeiro plano, antes de mais nada, a culpabilidade do agente.¹⁵

No mesmo e exato diapasão está Damásio, sempre atual, quando explica que “na fixação da sanção penal, sua qualidade e quantidade estão presas ao grau de censurabilidade da conduta (culpabilidade).”¹⁶ A observação desta regra, positivada no sistema de dosimetria penal, auxilia o juiz a encontrar a pena justa. Imaginar que apenas os antecedentes possam dar a medida da pena justa é, além de ilegal, ingênuo. Os antecedentes criminais são um parâmetro incerto, que dificilmente revelará uma radiografia fiel do destinatário da sanção penal. Sem embargo, há quem advogue até mesmo a inconstitucionalidade desta proposição, já que, ao reconhecer o mau antecedente para exasperação da pena, a bem da verdade o apenado estará sendo punido duas vezes pelo mesmo crime.

Se a culpabilidade da conduta (sempre analisada sob o ponto de vista objetivo, posto não se estar falando sobre periculosidade) desborda do comum, deve ela ser reconhecida, com reflexos penais relevantes, a fim de que se guarde proporcionalidade com aquelas condutas que, efetivamente, possuam culpabilidade mais baixa. Se o que se busca é a pena justa, este é um dogma inafastável. Cuida-se, no mais amplo espectro, de se observar a igualdade material apregoada por cânone constitucional intangível.

A individualização da pena - o que deve ser sempre um procedimento trabalhoso - é, ao lado do contraditório e da ampla defesa, acima de tudo, um direito de determinado apenado naqueles autos em que sua conduta é julgada. Mas não só dele. E não só naqueles autos. Curioso, mas é também direito de todos os demais apenados cujas condutas foram - e serão - por aquele mesmo juiz julgadas, na exata medida em que todas as sentenças proferidas por um mesmo órgão devem manter entre si estrita e estreita proporcionalidade e correlação. Nivelar a todos, por cima ou por baixo, tanto faz, é trabalhar com dois pesos e duas medidas. Algo com que um juiz cômico de suas responsabilidades jamais pode concordar. ❖

¹⁵ **Curso de Direito Penal**, | Volume, 12a. edição, p. 536.

¹⁶ Jesus, Damásio Evangelista de, **Direito Penal**, Parte Geral, Saraiva, 1990, p. 507.

O Ajuizamento da Execução Fiscal e a Interrupção da Prescrição (Art. 174, parágrafo único, I, do CTN e o seu efeito *secundum eventum citationis*)¹

Cássio Benvenuto de Castro

Especialista em Direito. Mestre em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul.

RESUMO

A Lei Complementar número 118/05 modificou o art. 174, parágrafo único, I, do CTN e estabeleceu que o “despacho do juiz que ordenar a citação” do devedor, em execução fiscal, antecipou o marco interruptivo da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. A literalidade da regra está comprometida com o alargamento dos prazos em benefício da Fazenda Pública. Apesar dessa aparência, necessário ter presente que a interpretação e a aplicação dessa norma também tocam o plano dos direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, a reforma do código reclama mais que uma simples imputação literal de seus termos, pois o dispositivo reequipado deve se compatibilizar a uma racionalidade do ordenamento jurídico. A tentativa é de refletir sobre o antes, o durante e o depois da regra prevista no art. 174 do CTN, não em termos históricos, mas através de três perfis que aparelham a questão da prescrição em seus termos processuais, naquilo que a prescrição toca ao processo. Afinal, a execução fiscal é um modelo de processo, e não convém que ela seja eternamente tratada como um balcão de cobrança do crédito tributário, como se fora um vetusto braço da autotutela estatal.

¹ O trabalho é dedicado ao Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary.

INTRODUÇÃO

A Lei Complementar número 118, do ano de 2005, modificou pontualmente o Código Tributário Nacional. No particular, a referida lei estabeleceu um novo marco para a interrupção da prescrição direta da prestação de cobrança do crédito tributário, ao estabelecer: “Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”.

O ensaio discute a aplicabilidade dessa regra.

No mesmo inciso, o CTN originariamente regulamentava que a prescrição do crédito tributário seria interrompida “pela citação pessoal feita ao devedor”. Intuitivo que o lapso de tempo transcorrido, desde o despacho que ordena a citação até a efetivação da citação pessoal do devedor, é significativo. Tanto que o STJ publicou a Súmula 106, na tentativa de uniformizar a matéria: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência. (julgado em 26/05/1994, DJ 03/06/1994, p. 13885)” – um enunciado que é compatível à LC 118/05.

Por essa mesma razão, a jurisprudência² majoritária aplica a nova redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, em sua literalidade. De alguma forma, ratificando a doutrina que comumente referia que “interromper o curso da prescrição, no contexto da execução fiscal, nada mais significa senão exercer, efetivamente, o direito à ação de cobrança e, com isso, afastar de vez a ameaça de extinção desse direito”³.

Ocorre que a interrupção da prescrição não se opera por um passe de mágica, mesmo que o legislador procure atribuir totais efeitos ao des-

2 Conforme o Superior Tribunal de Justiça: “Na hipótese em questão, ajuizada a execução fiscal antes da vigência da LC n. 118/2005, vale a regra antiga, isto é, a interrupção da prescrição ocorre somente com a citação válida, e não com o despacho judicial ordenando a citação. Assim, tendo em vista que se discute, nos autos, a cobrança do IPTU do ano de 1998 e que, na linha da jurisprudência firmada pelo STJ, o termo inicial do prazo prescricional deu-se em 1º/1/1998 e o final, em 31/12/2002 e que o próprio despacho que ordenou a citação só foi proferido em 6/1/2003, encontra-se correto o acórdão recorrido que reconheceu a prescrição. Vale ressaltar que, com o advento da LC n. 118/2005, houve inovação na regra de índole processual contida no art. 174 do CTN, no sentido de antecipar o momento de interrupção da citação para o despacho do juiz que a ordena. Contudo, essa nova regra, segundo a jurisprudência do STJ, deve ser aplicada apenas às execuções ajuizadas após a entrada em vigor da referida LC, que teve *vacatio legis* de 120 dias. Diante disso, a Turma negou provimento ao REsp. Precedentes citados: REsp 1.006.192-RS, DJ 23/6/2008; REsp 762.892-MG, DJ 3/3/2008; REsp 854.953-RR, DJ 25/9/2006; REsp 713.831-SP, DJ 1º/8/2005; REsp 85.144-RJ, DJ 2/4/2001; REsp 938.901-RS, DJ 12/11/2007; REsp 974.700-RS, DJ 19/10/2007, e REsp 966.989-RS, DJ 20/9/2007. REsp 1.030.759-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 16/12/2008.”

3 SAKAKIHARA, Zuudi. Art. 8º, §2º. In FREITAS, Vladimir Passos (coord.). **Execução fiscal**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 213.

pacho da inicial pelo juiz. Na verdade, tanto a jurisprudência como a doutrina citada possuem em comum um detalhe digno de nota: ambas assinalam que a interrupção da prescrição (instituto do direito material) pode ser, e geralmente é, efetuada por intermédio do exercício da ação processual (fenômeno do direito processual). O próprio art. 174, *caput*, do CTN, sequer fala em prescrição da pretensão, mas redige sobre a prescrição da “ação”.

A peculiaridade do trânsito entre institutos do direito material e do direito processual reserva uma mensagem delicada.

A prescrição não é interrompida por qualquer ato processual perdido no tempo e no espaço. Para ser um ato processual típico e produzir os seus efeitos pertinentes, inclusive para fora do processo (interromper a prescrição, por exemplo), determinado ato processual deve ser conforme o que está expresso nas normas do processo, e assim deve se encaixar na série de atos que compõe um procedimento. O processo (espécie de procedimento) preordena uma sequência de atos: um ato subentende o subsequente e é, desse mesmo ato posterior, um seu pressuposto. Logo, o despacho do juiz que contenha a ordem de citação do devedor deve ser colocado em um esquema procedimental e observar os requisitos legais que o encaixam no desenrolar da série.

Vale dizer que o efeito material do despacho do juiz (a interrupção da prescrição), embora previsto no direito tributário (art. 174, parágrafo único, I, do CTN), somente encontrará a sua força quando atendidos os comandos endoprocessuais que lhe supõem a validade e a eficácia (segundo as normas do direito material). A ordem de um juiz para que seja realizada a citação morre por consumação, quando não atendidos os requisitos e termos inerentes à citação. Daí a importância da leitura do processo da execução fiscal não apenas em conjunto com o Código Tributário Nacional, mas também em consonância com o Código de Processo Civil. Na organização do sistema jurídico, uma lei não sobrevive sem a outra: o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, modificado pela LC 118/05, requer a leitura da LEF e do Código de Processo Civil, precisamente em seu art. 219.

Assim, possível adiantar que, se o despacho da petição inicial em execução fiscal implica a interrupção da prescrição, isso quer dizer que o mero ajuizamento da execução fiscal interrompe a prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário. Trata-se de um dogma? O Estado Constitucional brasileiro reclama diuturnas ponderações entre as normas, entre os direitos que dialogam incessantemente no panorama cultural. Nem sempre uma regra aparentemente singela produz uma solução literal.

Juntamente com a leitura do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, é necessária a glosa do art. 263 combinada com a interpretação do art. 219, ambos do CPC. Em especial, os parágrafos 2º a 4º do art. 219, que estabelecem:

§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Ajuizamento + despacho prelibatório do juiz + citação – três atos processuais que desencapam duas percepções, de maneira a conduzirem o fio condutor da presente análise.

Em primeiro lugar, uma reflexão de lógica infere que nem sempre a colocação de uma nova regra no interior de um código de normas acaba produzindo todos os efeitos esperados pelo legislador. Cediço que uma regra jurídica possui uma roupagem (forma) e também um conteúdo. No caso de regulamentar a interrupção da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário, para além da questão da forma (modificação do art. 174 do CTN através de uma lei complementar), é fundamental verificar a compatibilidade semântica da referida norma para com as demais normas que compõem esse contexto do ordenamento jurídico. A prescrição é matéria que não se resume a um artigo de lei – seja a lei complementar, ou seja qualquer outra natureza formal que um dispositivo assumir. Justamente nisso reside a segunda ordem de preocupações.

A prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário é interrompida pelo movimento do credor, em geral, é interrompida pelo ajuizamento da “ação de execução fiscal”. Por sua vez, a execução fiscal é um procedimento que atende a um sistema de normas previstas pelo direito processual. A leitura dos termos e diretrizes que norteiam a interrupção da prescrição – um instituto do direito material –, evidentemente exige a observação da legislação do direito processual civil. O direito material

e o processo trabalham em diuturna coordenação; ainda mais quando o assunto é a prescrição.

Quando se fala em prescrição, o direito material e o processo andam muito próximos e o operador jurídico deve trabalhar com essas complexas interfaces de maneira sistemática. O problema não é apenas definir a prescrição e o seu marco interruptivo, mas, sobretudo, tentar compatibilizar a nova redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com um sistema processual enfeixado pelas leis aplicáveis às execuções fiscais.

A prescrição não nasce e morre somente na virtude bem intencionada do Código Tributário Nacional; a prescrição não consiste em uma ilha na qual a lei complementar definiu toda a matéria com um inciso. O marco interruptivo da prescrição é apenas a ponta de um iceberg, à medida que uma leitura da legislação do processo lhe atribui o respectivo referencial dinâmico.

O presente trabalho desenvolve uma leitura processual do marco interruptivo da prescrição do crédito tributário, percorrendo três perfis que se complementam mutuamente: parte-se de uma reflexão epistêmica, sobre a natureza da execução fiscal; por conseguinte, saliento a estrutura dogmática da fase prelibatória da execução fiscal, com uma leitura estrita, para não dizer exegética sobre o ponto; finalmente, reflito sobre o primado da tutela do direito através do processo e a localização do velho dogma da estrutura da separação dos poderes como a atual função de harmonizar os instrumentos estatais em benefício das pessoas.

A linha de chegada proposta não apresenta uma tese pacífica. Também pudera, trafega-se pelas entranhas do direito material e do direito processual, o que muito provavelmente é desprezado pelo próprio legislador, quando elabora uma regra modificativa de um código de normas. A teoria e a prática caminham juntas, o direito e o processo andam abraçados, hipótese de trabalho cuja solução de compromisso é proporcionar ao leitor uma visão de conjunto do ordenamento regente da matéria.

1. O FORMALISMO DO DIREITO PÚBLICO E O PROBLEMA DA ESSÊNCIA JURÍDICA

Um ordenamento jurídico que é estabelecido por intermédio de codificações⁴, como o brasileiro, permite identificar com certa facilidade o

4 A codificação é uma realidade do direito continental desde o século XVIII (diferente do direito *common law*, caracterizado pela ausência dos códigos). Por “código” se entende um corpo sistematizado de normas, um texto com

regime *dualista*, no qual se identifica a separação entre o direito material e o direito processual. O esquema do direito é tradicionalmente disposto ao largo desses dois planos⁵: o plano do direito material reproduz um sistema de normas que regulamentam as posições jurídicas dos sujeitos, os seus direitos, as faculdades, os poderes, os deveres, os ônus e, enfim, as possíveis sanções aplicáveis às suas condutas. De outro lado, quando tal conjunto de normas do direito material não resolve uma questão, por falta de cooperação⁶ entre os sujeitos, por desvio de comportamento desses sujeitos, ou mesmo pelo *imperativo de tutela de um direito não previsto positivamente no ordenamento*⁷, é necessário reclamar a proteção jurídica promovida pelo plano do direito processual.

O plano do direito processual é um sistema de normas que preordena os mecanismos e as operações para a resolução das crises oriundas do descumprimento⁸ do direito material⁹. O dualismo é

expressão abrangente e organizada sobre determinado campo da experiência jurídica, ao contrário de uma mera *coletânea de leis* (mero tomo de legislações que são elaboradas no decorrer do tempo). Ver CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 28 e ss.

5 PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 146. A questão do dualismo e do monismo é pormenorizada e originalmente tratada em FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, *passim*.

6 Uma nota sobre a questão da executoriedade. No plano do direito material, pode-se inferir a *exigibilidade* – quando o credor solicita ao devedor o cumprimento da obrigação. Não atendida voluntariamente ao chamado, o credor pode “acionar” o devedor, por intermédio do processo, para que seja executado (em sentido largo: demandado) o seu direito. Isso consiste na “executoriedade” do direito, quando o sistema jurídico proíbe a autotutela. Aprofundando, a prescrição fulmina a “pretensão” (a exigibilidade), e não menoscaba o próprio “direito” em si mesmo (uma complexa diferenciação que merece revisão na teoria geral do direito civil).

7 Os “novos direitos” não pedem licença ao legislador, em um mundo dinâmico como o atual. A questão exaspera o âmbito do presente trabalho, mas registro que a “experiência jurídica” é muito maior que a aparentemente estática previsão de normas legais. O mundo da vida reclama necessidades mais urgentes que a dinâmica legiferante – inclusive porque *ex facto ius oritur* (e vice-versa).

8 O direito processual serve ao direito material e, por ele, também é servido. O processo possui uma (clássica) função de garantia, falando em sentido amplo. Por exemplo, por intermédio do processo não apenas são julgados litígios, mas também se homologam situações limítrofes de disposição de direitos (como o caso da separação e do divórcio). Essa visualização é decisiva no presente estudo, porque a homologação consiste em uma espécie de questão prévia à tutela do direito, de maneira a cotejar o caráter social da matéria colocada em juízo, a igualdade material entre os sujeitos interessados, e as circunstâncias concretas do caso. Sobre o direito material, e como método para promover a tutela efetiva do direito, o processo civil aparece com o seu rigor formal que, no entanto, não deve ser um rigor excessivo, mas um formalismo-valorativo. O formalismo processual cumpre a importante missão de garantir com efetividade, como lembra Troller: “O processo deve ser rigorosamente regulado enquanto vigilante de fronteiras entre esferas jurídicas privadas desconhecidas (ou pelo menos duvidosas), em relação às quais desempenha a sua tarefa de regulação. Por isso, nunca poderá ser afastado completamente o forte dualismo entre o direito processual e o material. Para a prática do direito privado, esse dualismo mostra-se de muito maior importância do que a bastante duvidosa divisão metódica entre direito positivo e direito natural”. Ver TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 17.

9 A racionalidade direcionada pela influência do Iluminismo, no glorioso século das luzes, estipulou uma metodologia de guinada empirista. Em termos de processo civil, essa vertente sufragou a corrente processualista ou cientificista que, por sua feita, levou ao extremo a consideração dos institutos jurídicos a partir de dicotomias. Na verdade, é a matriz kantiana de separar o “racional” do “sensível”, o artifício da “mente” em contrapartida ao do “sentimento”. Cenário que seria explicável melhormente, inclusive, não apenas pelos escritos de Kant, mas para quem tiver a

uma realidade que não chegaria a refletir um problema¹⁰ científico em si mesmo considerado, nos dias atuais, seja porque está positivado na legislação, seja porque está pacificado no aspecto teórico.

Porém, dúvidas ou lacunas podem ocorrer quando a leitura de algum organismo do processo (ou do direito material), de maneira inconsciente, é estudado apenas com base na *técnica do processo* e, assim, termina por não levar em conta um diálogo instrumental entre o processo e o direito material (e vice-versa). Em pleno terceiro milênio, é perigoso pesquisar os institutos do processo civil totalmente desapegados de algumas notoriedades do direito material (friso: e vice-versa).

Óbvio que não defendo um monismo, seja ele prático ou teórico. Contudo, saliento que meditar com as bases em um dualismo excessivo ou puritano, à moda do velho cientificismo e do *apartheid* jurídico, não permite uma efetiva tutela dos direitos, à medida que relega a dinâmica da vida a uma segunda ordem de prioridades, para privilegiar a manutenção de dogmas dicotômicos e ocasionalmente estéreis, dogmas propriamente teóricos que práticos. Exemplos desse ranço cientificista são facilmente identificados e demonstram a superação de suas vetustas lógicas: basta lembrar que o sistema bicolor da questão de direito e da questão de fato está sendo superado pelo entendimento das questões mistas; ou questionar a percepção estática e não ponderativa da multifuncionalidade entre o princípio da efetividade e da segurança jurídica. Ora, o *certo* ou o *errado* se transformaram no “tendencial” ou “razoável”, como se observa no manejo do interesse público que, outrora, era um intocável obelisco maniqueísta da Administração, mesmo que, para tanto, subjugassem os interesses privados (atualmente, os interesses privados compõem o público e vice-versa). A própria noção de soberania estatal absoluta é matéria ultrapassada, pois um aceno ortodoxo produziria o apoucamento da pessoa humana no plano internacional, o que é incompatível com a contemporânea força institucional de tribunais internacionais, hoje conferida a instituições como a Corte Internacional de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional¹¹ – realidades sensíveis a uma singela pesquisa.

curiosidade de investigar a história de vida do filósofo, que é muito curiosa. No momento, interessa ressaltar que o século XIX despertou o que denomino de *apartheid* jurídico, ou seja, a consolidação de um raciocínio em “binários” ou em “dicotomias”, o que decisivamente influenciou a elaboração dos códigos de processo civil que vigoraram no Brasil e, infelizmente, ainda sobrepára na atarracada visão dos conservadores de plantão.

10 A separação entre os planos é salutar e a prática demonstra a seguinte ciranda aproximativa entre eles: um plano serve ao outro e, na volta, também por ele acaba sendo servido.

11 Ver CASTRO, Cássio Benvenuto de. **(Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, *passim*.

O mundo da vida não permite conceitos estanques nesse quadrante cultural. O cenário contemporâneo exige ductibilidade¹². Em termos de processo civil, apesar de alguns institutos ou de atos buscarem fundamentos genéticos em normas do direito material, isso não significa que os seus efeitos jurídicos pertençam somente ao direito material de origem. Existem atos que nascem no direito material, mas brotam no processo (e vice-versa), e daí produzem certos efeitos no cenário do processo.

Aqui o ponto: existem atos – a exemplo da prescrição – que possuem uma natureza jurídica de instituto do direito material, todavia, dependem do processo para que sejam regulados ou promovidos os seus efeitos.

Em um sistema jurídico que proíbe a autotutela, a interrupção da prescrição da pretensão de cobrança dos créditos é um mecanismo que reclama a orientação normativa das leis do processo. Seja a prescrição da pretensão fundada no direito civil, ou a prescrição da pretensão fundada no direito público, tanto faz, pois elas retiram a sua essência da teoria geral do direito. Quando estudado o fenômeno da prescrição, o tráfego entre direito e processo é ainda mais aproximado.

Na verdade, a relativização dessas fronteiras se torna delicada na hipótese de se estudar qualquer entidade do direito público (seja o direito criminal, o direito administrativo ou o direito tributário, entre outros). O fundamento de uma mitigação mais acentuada reside na epistemologia do caráter “público” da seara do direito no qual se analisa a prescrição.

A programação linguística que o direito público utiliza é uma série de mensagens formais, verdadeiros *formalismos*, pois o trato da “coisa pública” reclama um maior rigor por parte dos seus operadores. Com o respaldo do princípio da indisponibilidade e do princípio da supremacia, vale dizer que o interesse público não pertence a ninguém em particular, mas pertence a todos os indivíduos da coletividade e à própria coletividade enquanto pessoa jurídica com pretensão de universalidade. Nesses termos, a gestão dos interesses públicos merece uma atenção redobrada¹³, desperta um *rigor formal* que, por decorrência, acaba aproximando ainda mais o direito material ao processo.

¹² Se o dualismo é uma realidade teórica e legislativa, merecendo ser tratado como um ponto de partida para uma racionalidade analítica, o *ponto de chegada* deve permitir e promover a tutela dos direitos no mais amplo sentido das soluções. Portanto, pesquisar o processo civil à distância do direito material (ou vice-versa) é uma aventura do desserviço ao homem. Os problemas do homem do terceiro milênio reclamam a instrumentalidade e o diálogo das fontes, a maleabilidade.

¹³ Um estudo dos fundamentos de algumas coisas jurídicas facilmente explicita que o caráter da indisponibilidade do direito também trafega nos direitos denominados “privados”. Basta examinar facetas do direito de família, que a conclusão advém ao natural: o caráter social do direito que define a maior ou menor possibilidade de disposição do interesse em pauta.

Vide os seguintes exemplos: antes de processar criminalmente alguém, necessário o levantamento dos indícios por intermédio de um inquérito ou pelo procedimento próprio a tal finalidade; antes de se punir um servidor público, a Administração deve providenciar um processo que possibilite a defesa do servidor e um contraditório forte para, eventualmente, aplicar a sanção disciplinar; antes da cobrança de um tributo, é necessário o lançamento tributário para o acerto do fato gerador e o cálculo do montante a ser atendido/cobrado.

A Administração (sentido amplo) pensa por escrito e com um rigor formal que deve preservar os indivíduos contra uma possível arbitrariedade. A faceta do valor segurança, concretizada pelo princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, é que faz majorar o formalismo dos atos regrados pelo direito público.

O direito tributário reflete essa percepção.

Trata-se de um compartimento do direito público que regulamenta a receita originária do Estado. Logo, o direito tributário é estruturado por uma vasta gama de formalismos. E o rigor formal não começa e acaba no próprio direito material tributário, pois o processo¹⁴ que discute o direito tributário também não fica para atrás. Seja uma demanda de conhecimento ou a execução fiscal, o processo cuja matéria é o direito tributário está repleto de aspectos formalistas, dignos do objeto que discute – o direito público por excelência.

O formalismo¹⁵ do direito público é uma via de mão dupla: ele vale tanto para Fazenda Pública como também vale para o contribuinte. Os direitos individuais que compõem o interesse público devem ser avistados, inclusive, quando um contribuinte é um executado – daí o império de uma teoria da justiça (fundamenta esse caráter bifronte).

O que isso significa na prática da execução fiscal?

14 A legislação positivada fornece exemplos vivos do formalismo processual, no qual é discutido ou executado o direito material tributário: o privilégio de a Fazenda Pública pagar seus débitos pelo regime de precatórios (art. 730 do CPC) é uma modalidade formal por excelência; o formalismo também afasta que sejam concedidas liminares em mandados de segurança para afastar a exigibilidade do crédito tributário (art. 7º, § 2º, 4º, da Lei 12.016/09); o rigor formal do direito tributário não permite que um provimento processual em tutela antecipada ordene a compensação para extinguir o crédito tributário (art. 170A do CTN).

15 Em termos acadêmicos ou de maior profundidade técnica, o formalismo não seria um sinônimo de forma no sentido estrito. Por formalismo, seria concebida a “totalidade formal do processo”; de outro lado, a forma no sentido estrito é o “exterior sensível de um ato isolado”; possível ainda se falar em “formalidade” (as circunstâncias externas a um ato). Para finalidades práticas, as expressões formalismo, rigor formal ou forma, são utilizadas como sinônimas, pois o exame assinala a interface do *rigor formal* que povoa tanto o processo como o direito material tributário possuem – e não estuda apenas o processo, seu formalismo, as suas formas no sentido estrito e, enfim, as suas formalidades.

As regras jurídicas que regulamentam o processo civil tributário são permeadas por um formalismo peculiar, por um rigor formal que assinala a tipicidade do direito tributário. O direito material tributário se aproxima bastante do direito processual civil tributário, eles possuem inúmeras interfaces, sendo o rigor formal uma moeda comum a ambas as searas, pois consiste em um reflexo da cautela no trato do dinheiro público. Com efeito, o processo civil tributário é um *processo de rigor formal robustecido*, acaba sendo um retrato de seu objeto, qual seja, o direito material tributário que é colocado em juízo. A mesma aproximação entre os planos direito-processo é verificada na execução fiscal, uma modalidade de processo civil tributário.

O formalismo do direito tributário não é um problema em si mesmo. Ele passa a ser um problema quando atende a objetivos desviados, quando não obedece aos ditames constitucionais. Agora, qual o objetivo razoável do formalismo do direito tributário e do formalismo do seu braço de cobrança, a execução fiscal? É proteger o direito individual do contribuinte, como também proteger o direito de a Fazenda Pública executar seus créditos sem, contudo, desprezar as garantias processuais de um ou de outro.

A lógica da execução fiscal é ponderar esses direitos em conflito. Do contrário, a execução fiscal não seria matéria jurisdicional, mas exercício de autotutela.

A prescrição é um instituto do direito material. Ocorre que a vida da prescrição (ou a sua morte?) – a interrupção da prescrição – é consequência de uma “ação” por parte do credor, é resultado de uma demanda do credor. Assim, a indelével correlação que a prescrição orienta em seu desdobramento: a prescrição está quase toda regulamentada nas leis do direito material¹⁶, mas também deve atender às regras do processo, palco no qual é exercitada a “ação” que interrompe a prescrição.

A essência da prescrição como um fenômeno total, como uma realidade que percorre o direito material e o processo, elastece o rigorismo formal acerca do instituto. A prescrição merece uma glosa dinâmica e que não se resume a um artigo do Código Tributário Nacional. Isso posto, examino a compatibilização do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com

16 A prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário é um instituto geral do direito tributário, é matéria cujos contornos precípuos está reservada à lei complementar. Todavia, não basta que a lei complementar estipule um novo marco sobre a prescrição. A prescrição é um ato-fato jurídico, os respectivos *termo a quo* e *ad quem* podem estar regulamentados pela norma do direito material. Mas, para se alcançarem os termos limítrofes, o regulamento da prescrição deve também observar as normas processuais – afinal, é o processo exercitado pela “ação” que interrompe a prescrição.

a abrangência sistemática alvitrada pelo ordenamento jurídico, com referência aos três perfis que regulam o seu desdobramento.

Três perfis que não deixam de ser “processuais”, pois revelam o antes, o durante e o depois do efetivo agir estatal.

2. O PERFIL EPISTÊMICO. A NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO FISCAL

O debate sobre a natureza jurídica da execução fiscal permite problematizar de *onde provêm e para onde* caminham as diversas reformas que entrecortam alguns aspectos da legislação processual civil. Além da discussão dogmática sobre o *se uma nova regra do Código de Processo Civil é diretamente aplicável à execução fiscal (?)*, é salutar compreender a própria razão que norteia uma atualização da dogmática – tanto no que toca às reformas do CPC como às reformas da LEF.

A nova redação do art. 174, parágrafo único, I, do CTN conferiu essencialmente a mesma regra que já estava alinhada no art. 8, § 2º, da Lei 6.830/80 (aplicada ao regime de execução fiscal do crédito não tributário).

Art. 174, parágrafo único, I, do CTN: “pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;”	Art. 8º, § 2º, da LEF: “O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.”
---	--

A roupagem de lei complementar é o bastante para alterar toda a rotina da interrupção da prescrição do crédito tributário? A vida e a morte da prescrição e, por decorrência, a vida e a morte do processo de execução fiscal, é matéria a ser regulamentada por um artigo de lei complementar previsto no Código Tributário Nacional?

Uma perspectiva sobre a natureza jurídica do processo (em especial, do processo de execução) permite a visualização.

2.1. A execução fiscal como um procedimento em contraditório

Uma parcela da doutrina considera(va) a execução como um arremedo de processo civil, pois somente o processo de conhecimento seria o

verdadeiro processo. Não é preciso se aprofundar na história do processo civil para identificar respeitáveis escritos que consideram a execução fiscal como uma “ação de execução singular”¹⁷.

A “ação” processual é uma posição jurídica subjetiva de evolução progressiva¹⁸, significa um *movimento*, uma dinâmica, um exercício, de maneira que se torna secundário ou desimportante o caráter singular¹⁹ ou coletivo desse fenômeno. O que interessa, sobremaneira quando analisada a natureza jurídica da execução fiscal, é identificá-la enquanto uma faceta da atividade jurisdicional, sob pena da própria execução fiscal se perder como um resquício de autotutela da Administração.

A “ação” processual consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, ônus e direitos no sentido estrito. Não basta dizer que a “ação” é um direito público subjetivo, que ela confere o acesso do postulante à jurisdição, à medida que a “ação” é um desenrolar complexo, tanto que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁰ anota que o “o agir é realizado exclusivamente por meio da ação processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v.g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos, etc.)”²¹.

Se atualmente não existe discordância em dizer que a “ação” é atípica por natureza e que ela consiste em um *modus* dinâmico pelo qual é atingida ou perseguida a tutela jurisdicional, sobra evidente que a sequência de poderes, deveres, ônus, direitos e faculdades que ela emprega, seja

17 KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. "Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal." *Revista da Ajuris*, n. 127, p. 67.

18 PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 230. Postura científica que muito provavelmente o autor tenha buscado na doutrina de Elio Fazzalari, ver **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 111 e ss.

19 Utilizado apenas para separar a execução singular da execução coletiva (por exemplo, na recuperação de empresas).

20 Em palestra promovida no Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reforçou: “ação processual é, afinal de contas, agir. Garantia de ação, o direito fundamental de ação é algo que não diz respeito à ação processual, é algo pré-processual, vem antes da ação. E a ação é o agir. E como é que eu ajo? Ajo exercendo os poderes que me são concedidos abstratamente pelo ordenamento, por atos concretos. E isso é ação. Ação não é, como dizia Liebman, só o poder de provocar a jurisdição, mas de exercer todos os poderes até o fim do processo, até o último ato do processo; isso é ação processual. Poderes que não abstratamente concedidos; por exemplo, o poder de recorrer, o poder de demandar, o poder de pedir provas, o poder de arrazoar, poderes que são abstratamente concedidos e que são exercidos concretamente por atos processuais: recorrer, arrazoar, etc”. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466A, 466B e 466C pela Lei nº 11.232/05. *In*: "As recentes reformas processuais." **Cadernos do centro de estudos**, v. I, TJRS, p. 36.

21 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. "Efetividade e tutela jurisdicional." *In* MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). **A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 102.

ordenada de maneira lógica e cronológica²² por um vínculo normativo ou de diversas normas concatenadas entre si. Tal ligação é providenciada pelo *procedimento*, que reúne diversos atos concretos – desde o primeiro ato da “ação” (a *demanda*) até o seu ato final, o provimento²³.

A questão é fundamental, o que levou Elio Fazzalari a ressaltar que os *extremos da série sequencial da ação* – a demanda e o provimento final – também compõem o procedimento, porque são elementos essenciais a ele mesmo. O procedimento organiza os atos e as posições jurídicas com a finalidade de atingir o ato final (o provimento), assinalando um compromisso funcional²⁴. Um groviglio de ideias começa a ganhar forma.

Ao dizer que alguém *age*, é intuitivo que o *agente* se coloque em movimento, pois ele se retirou da situação ou do seu mero *status* para se colocar em pontaria de combatividade²⁵. Em termos empíricos (e psicológicos), questiono se os atos são invisíveis (?), pois as condutas dos sujeitos não aparecem no plano dos *agires*. Vale dizer, não são os *agires* do sujeito que permitem uma observação, mas o que deixa rastros é o resultado final ou mesmo o caminho percorrido para cruzar que os sujeitos atingem os seus objetivos. Daí a importância do procedimento – um esqueleto sensível dos *agires*, um verdadeiro rastro por intermédio do qual, da demanda até o provimento final, é providenciado um fio condutor.

O procedimento é o liame que permite visualizar uma “ação” que, enquanto fenômeno prático, seria invisível. O procedimento é o vínculo que concatena os atos concretos e as posições jurídicas processuais em ordem lógica e cronológica²⁶. Ou seja, o procedimento é um corpo

22 PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 230.

23 FAZZALARI, Elio. "Procedimento e processo (teoria generale)." **Enciclopedia del diritto**, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha de partes de **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 111 e ss.

24 FAZZALARI, Elio. "Processo. Teoria generale". **Novissimo digesto italiano**, v. XIII, Torinese, 1957, p. 1068.

25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 103.

26 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define o procedimento “como estrutura formal constante, a sequência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”. Ver **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156/7. Uma definição que, na verdade, traduz os dizeres da doutrina italiana – de Fazzalari a Nicola Picardi.

sensível²⁷ dos *agires*. No interior dessa *espinha dorsal* do formalismo processual, que nasce com a demanda e se funcionaliza em direção ao provimento final.

Qual a importância do manancial teórico para a execução fiscal?

Com efeito, para atingir o provimento final da execução fiscal e para que seja entregue o dinheiro ao credor-Fazenda Pública, é necessário ser observado o *procedimento previsto em lei*, como uma série concatenada de atos processuais. Mais ainda, para que sejam produzidos os efeitos do processo e do seu provimento na esfera jurídica do devedor-parte executada, é necessário que o liame entre a demanda e o ato final se organize de maneira paritária e simétrica, assim permitindo uma plena *discussão* entre os destinatários ou interessados pelos efeitos jurídicos gerados e sofridos.

Por isso que o processo civil possui a natureza jurídica de um procedimento em contraditório²⁸, no qual se estrutura um esquema dialético que permite a participação e a discussão das questões pelos sujeitos processuais²⁹. O “processo é uma subespécie do gênero procedimento de

27 Pensamento análogo ao dizer que “ação” processual “consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio do exercício dos poderes e faculdades que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, e correspondentes posições subjetivas processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v. g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.). Nada tem a ver, assim, com a tutela jurisdicional prestada pelo órgão judicial, que decorre não do meio, mas do *resultado* do processo, da imperatividade e da soberania do Estado-juiz”. Ver **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73.

28 FAZZALARI, Elio. “Procedimento e processo (teoria generale)”. **Enciclopedia del diritto**, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 827.

29 Uma leitura atenta de Fazzalari deixa escapar interessante curiosidade sobre a ordem dos acontecimentos. Notável que ele comenta o fato de não terem sido os processualistas que identificaram a existência de procedimentos estranhos ao *iudicium*. Esse mérito é atribuído aos estudiosos do direito administrativo. Os respectivos ensinamentos foram trazidos para o processo civil, apenas em um segundo momento, como que de fora para dentro. Vale dizer que o procedimento, após nascer, voltou ao seu pretense habitat natural: o processo civil. Isso permite constatar que o processo, na sua essência mais evoluída da leitura constitucionalista (formalismo-valorativo), não fora produto de uma análise estrutural, consoante ocorre com a grande maioria dos institutos jurídicos e se coaduna ao pensamento do século XIX. Pensar de maneira estrutural chega a ser uma abreviação, resume grande parte da visão à técnica. O processo – através do seu gênero procedimento –, primeiramente fora visualizado por Fazzalari em um universo funcional, quando o provimento seria o ato finalizado pelos sujeitos, com um evidente nexo teleológico. Apenas em um posterior momento, após consolidado o raciocínio sobre o procedimento, é que o contraditório forte *puxa para dentro do processo uma esquematização paritária e que reclama a simetria* entre os sujeitos. Ou seja, primeiro a função e, após, uma apreensão estrutural do fenômeno. Quero dizer que Fazzalari pensou de fora para dentro do processo, como se dos efeitos se raciocinasse em direção à eficácia, o que é humanamente mais plausível. Como salientei em termos da “ação”, o ser humano somente consegue visualizar o concreto, o palpável. O fenômeno não pode ser definido, apenas sentido ou matéria de exposição – não definição. Entretanto, ainda no pós-kantismo isso tudo parece causar certa surpresa à significativa parcela de pensadores. Ver FAZZALARI, Elio. “Processo. Teoria generale.” **Novissimo digesto italiano**, v. XIII, Torinese, 1957, em especial, p. 1069/1070. Dinamarco chega a comentar a influência dos administrativistas para a definição do procedimento e do processo (inclusive por existir relação de gênero e espécie), ver **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82. A origem publicista de uma concepção de procedimento em confronto com o processo pode ser observada no precursor ensaio de BENVENUTI, “Feliciano. Funzione amministrativa, procedimento, processo.” **Rivista Trimestale di Diritto Pubblico**, anno II, 1952, em especial, p. 126/7. O sobrenome não é mera coincidência. Se o leitor quiser aprofundar para muito além do processo civil, a filosofia empresta uma distinção entre os pensamentos de Parsons e Luhmann que, talvez,

estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético, necessariamente com observância do contraditório. O processo é policêntrico porque envolve sujeitos diversos, cada um dos quais tem uma posição particular e desenvolve um papel específico. A essa estrutura subjetivamente complexa corresponde um desenvolvimento dialético. O tecido conectivo do necessário equilíbrio dinâmico entre as partes (igualdade de chances; paridade de armas) é estabelecido pelo contraditório³⁰⁻³¹. Seja qual for a modalidade da atividade jurisdicional – de *conhecimento*, *cautelar ou de execução* –, o processo é um esquema procedimental em contraditório.

A execução fiscal consiste em um procedimento em contraditório.

Desde o ato inicial (desde a demanda), com o ajuizamento da petição inicial protocolada pela Fazenda Pública, ocorre uma sequência preordenada – advêm a citação e os demais atos processuais, até culminar no provimento final e a entrega do dinheiro. Cada ato da série supõe um ato subsequente; do contrário, um ato processual ficaria pendente, um órfão no esquema do procedimento. As recentes reformas do art. 40 da Lei 6.830/80 correspondem a essa racionalidade:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

descortina a transição de um raciocínio estrutural-funcionalista para o funcional-estruturalista, na teoria dos sistemas (fundamentos, inclusive, de recente filmacoteca norte-americana, vide a verdadeira poesia na película **Matrix**, em especial o **Matrix II**, quando o conflito entre os mundos Zion-Matrix coloca a descoberto a dialética dos sistemas e as questões da autopoiese e da heteropoiese; *aprofundando* o raciocínio, até programas televisivos, como o Big Brother, exploram a questão sistêmica).

30 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 99.

31 Uma definição de Nicola Picardi, **Manuale**, *op. cit.*, p. 230/1.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

O procedimento deve caminhar sempre para a frente. A execução fiscal deve caminhar sempre avante – essa epistemologia fundamenta a reforma do art. 40 da LEF. Por esse dispositivo, o legislador consagrou a prescrição intercorrente que outrora apenas a jurisprudência reconhecia (provavelmente com base na prescrição intercorrente então prevista no Código Penal). O mesmo fundamento epistêmico também funcionaliza as recentes reformas do Código de Processo Civil.

Portanto, não basta modificar o termo interruptivo da prescrição por intermédio da lei complementar. O “despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal” (art. 174, parágrafo único, I, do CTN) reclama um ato processual superveniente para produzir os seus efeitos – a citação –, assim como a citação supõe o ato antecedente na série. Daí concluir que o despacho da inicial, para produzir os seus efeitos, é *secundum eventum citationis*: a sucessão lógica e cronológica da demanda-despacho-citação, para resultar no processo de execução, deve atender aos requisitos da lei. Um não vive sem o outro. Do contrário, sequer de execução se poderia falar, mas de um arremedo de procedimento executório.

Quando ajuizada a execução fiscal e ordenada a citação, porém, não efetuada a citação – por diversos problemas: falta de endereço correto, não localização do devedor, não efetuado o pedido de citação por edital –, o procedimento pode até ser reputado existente, mas de *um procedimento*

efetivamente executório não se trata. Afinal, não houve sequência de atos conforme previsto na lei de execução fiscal, mas apenas uma *sequência de atos atípicos*, que ficaram barrados na crise de instância da execução fiscal.

A citação do devedor não precisa ser definida como o termo específico da interrupção da prescrição. É possível, assim como pensou o legislador, que seja estipulado como o termo interruptivo da prescrição o despacho do juiz ou mesmo o ajuizamento da demanda. Inclusive, o CPC determina que a citação retrotrai os seus efeitos à data do ajuizamento (art. 219, §1º c/c 263).

A interrupção da prescrição é um ato que toca ao direito material e ao processo, pois a inércia é uma série de atos, de *agires*, que avança ao largo de um procedimento. Daí se falar que o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, é *secundum eventum citationis* – a citação é uma condição de possibilidade da interrupção da prescrição, a citação integra a ordem do juiz que a ordenou, sendo um ato processual essencial à fase prelibatória da execução fiscal. Se não existe uma citação, chega a ser impossível pensar em uma execução, à medida que execução não existe, constrição sobre um patrimônio jurídico não existe, sequer um processo existe.

2.2. A execução fiscal como uma relação jurídica processual

A compreensão do processo enquanto uma relação jurídica entre o juiz e as partes respondeu pela autonomia científica do processo civil, separando-o definitivamente do direito material (desde o século XIX). O Código de Processo Civil, de 1973, é um reflexo vivo dessa matriz jurídica, comum ao panorama cultural então vigente no Brasil.

O CPC de 1973 não se preocupou em aproximar o processo à realidade do direito material. A grande questão da época de sua formulação era reforçar a independência dogmática do processo civil, com o alvitre de o elevar a uma estrutura não³² ideológica e, sobretudo, tecnicista³³.

32 Inúmeros dispositivos originariamente positivados no CPC demonstram a solução de compromisso de “não-especificidade” adotada pelo CPC/73: o Código de Processo Civil tendeu a unificar os procedimentos em modalidades ordinárias e alheias ao direito material, com raros casos de “processos especiais”; o juiz deveria ser neutro, um juiz não ativo; os meios executórios (inclusive os meios probatórios) se pautavam pelo princípio da tipicidade, daí sacralizando um formalismo excessivo; as eficácias das sentenças se fungibilizaram ao denominador comum da sentença condenatória, vigorando a teoria ternária para obsessivamente classificar as sentenças e não as espécies de tutela jurisdicional; o procedimento não abria possibilidade real à antecipação da tutela e refutava o sincretismo, existia um momento prévio para o conhecimento e uma fase posterior para a execução. Entre outros exemplos, em sua feição genética, o CPC/73 manteve afastado o processo civil do direito material; daí retratando a era da técnica processual.

33 A referência à metodologia denominada de “processualista, tecnicista, ou conceitualista” reflete a posição que, desde o iluminismo, alavancou o processo a uma posição de autonomia em relação ao direito material, mas também

A Escola processualista, que ilustrou o CPC³⁴, também é responsável pela sorte de influências que nortearam a formulação da Lei 6.830/80. Uma racionalidade que reproduz efeitos teóricos e pragmáticos até o presente, mormente quando a matéria subjacente – o objeto do processo: o direito tributário – é de cunho tão formalista quanto o próprio processo. Daí o fundamento epistêmico pelo qual as reformas³⁵ pontuais elaboradas recentemente ao CPC (Lei 11.382/06) não despertam uma imediata aplicação, quando do manejo da execução fiscal.

Uma bifurcação de correntes epistêmicas sobrepára: de um lado, a nova ordem mundial compreende o processo civil como um procedimento em contraditório, assim embasando dispositivos como o art. 40 da LEF; de outro lado, um perfil abstracionista e outrora responsável pela autonomização do processo reinava quando do advento do CPC e da própria LEF, fincando raízes para entender o processo como uma relação jurídica. O abismo epistêmico entre as duas correntes é dantesco.

A lei especial número 6.830/80 foi criada para conferir privilégios processuais à Fazenda Pública. Deve, portanto, seguir o formalismo do direito tributário para tutelar tais interesses supremos. O dualismo extremo entre o processo e o direito material, que sobre-

fora responsável para afastar o processo da realidade que ele tende a solucionar com a justiça. Até a consagração do processualismo, existia uma visão plana do ordenamento jurídico, na qual Dinamarco refere que “a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento)”. Para aprofundar a sequência entre as correntes metodológicas, na ordem, sincretismo, processualismo ou autonomismo e instrumentalismo, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 18. Finalmente, também se fala no formalismo-valorativo, corrente que é defendida no decorrer dessa exposição.

34 Merece referência a soberba literal do item “I”, alínea “5”, da Exposição de Motivos do CPC de 1973: “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito”. Além de retirar do povo (os verdadeiros detentores do poder) e, conseqüentemente, do próprio cenário da cultura, a força de coesão para colaborar com a formação do direito – entropias de influência do social sobre o âmbito do jurídico –, parece que o processo civil, segundo o CPC do século passado, não pretendeu “se misturar” a outros ramos da ciência jurídica, sendo intuitiva uma fragmentação do direito em compartimentos estanques do conhecimento, como se fosse possível entender institutos através de uma leitura em tiras incomunicáveis. Tampouco se admitia um efetivo diálogo entre as fontes normativas, uma aproximação real entre direito e processo, o que, atualmente, são mecânicas indispensáveis a uma própria dicção do que é racional ou razoável em termos jurídicos.

35 As reformas do CPC, bem como as reformas da própria LEF (nova redação dos parágrafos do art. 40), assinalam o vértice epistêmico acolhido pelo legislador: na esteira da contemporânea doutrina do século XX, o processo é compreendido como um procedimento em contraditório. Logo, o processo sempre deve andar para a frente.

pairava naquela época, estava cravado na alma da operação jurídica como um todo e poderia ser sensivelmente notado no abstracionismo regulamentado na Lei de Execução Fiscal. Dessa forma, se o regime jurídico do CPC de 1973, inerente à cultura brasileira do último quartel do século XX³⁶, influenciou a lei de execução fiscal, atribuiu a ela um maior “grau” de formalismo admissível, dentre todas as espécies de processos de execução. As mensagens conceituais cristalizadas nessa lei extraordinária, não por acaso, isolam os diversos atos processuais em verdadeiras “crises de instâncias” – a execução fiscal não chega a ser um procedimento em contraditório, mas possui geneticamente uma natureza de *relação jurídica de direito público*.

A execução fiscal está repleta de atos processuais formais que praticamente se isolam entre si, como se fossem ilhas. Na prática da execução fiscal, tudo depende de intimações e de ciências inequívocas de parte a parte, para que assim se prossiga adiante. A consagração de uma *estrutura relacional* legitimou um esquema de “poder”, no qual a Administração é colocada no vértice, no topo de uma pirâmide, contra o indivíduo outrora considerado um súdito.

Uma fórmula epistêmica que assegurou um desenvolvimento processual truncado, no seguinte acordo de conveniências: enquanto a execução fiscal promete a falência dos prazos processuais próprios, pois concede à Fazenda Pública quase uma potestade de *agires*, ao seu talante e possibilidade, ao devedor foi garantida uma saída à francesa, pois a cada *não comparecimento* se estabelece uma crise de instância que emperra o procedimento.

A separação entre uma “relação jurídica processual” e a “relação em direito material”, que lhe recorta o objeto, demonstra que a escola processual brasileira trouxe, desde o direito privado, uma realidade conceitual³⁷

36 A metodologia tecnicista e seus devaneios excessivamente formalistas não permitem ponderar a multifuncionalidade da efetividade e da segurança em perspectiva dinâmica, não observa a tutela do direito e a tutela jurisdicional em cotejo simbiótico, como tampouco não possibilita a visualização de categorias do gênero “questão mista” em processo civil. A metodologia da técnica assola a LEF e a remete a um amontoado de “crises de instâncias”, normalmente geradas pela concepção de um processo formalista ao extremo, que reflete o rigor do direito tributário e da burocracia brasileira da década de 1980. A lei de execução fiscal jamais cogitou de sincretismo. Na longínqua década de 1980, conhecimento e execução não se misturavam, tanto que os embargos formam verdadeira crise existencial na execução e possui uma limitação material quanto às matérias que poderiam ser alegadas. Uma lente que violenta a ampla defesa enquanto direito fundamental, porém, expressa a cultura de que a Administração tinha prevalência sobre o direito individual do contribuinte.

37 A racionalidade oitocentista (e o panorama kantista desde então) trabalha com dicotomias, isso não causa estranheza. Vale a pena analisar a obra de Bülow para, além desse cenário, constatar os fluxos e contrafluxos científicos ao largo do tempo. Para repudiar o pragmatismo do romanismo, que muito influenciou o processo comum da idade média, Bülow ressalta que avistar o processo em sua dinâmica é uma ideia *superficial* que não o afasta do proce-

– a relação jurídica³⁸. Nicola Picardi³⁹ salienta que o processo como uma relação jurídica de direito público configura uma limitação de natureza “orgânica”, limita a dinamicidade ínsita à figura do processo como sequencia de atos concatenados entre si. Para cada relação jurídica do direito material, deve existir uma relação jurídica de natureza processual.

Qual a consequência de se reputar a execução fiscal como uma relação jurídica?

Desde a racionalidade kantiana, é intuitivo que uma relação jurídica é uma relação entre dois sujeitos, ou que coloca dois ou mais sujeitos em posição de observação perante determinado objeto. A lógica da relação jurídica é “estrutural”: um vínculo⁴⁰ + um objeto + pessoas. Em síntese:

contexto estrutural da relação jurídica	vínculo estabelecido pela norma
	objeto
	<i>mais de um interessado no objeto</i>

dimento. O qualificador do processo é a “relação jurídica de direito público”. Bülow joga a realidade das coisas em uma definição cunhada no direito material, o velho modo de compreender as realidades por uma estática. O autor refere que a concepção dominante no século XIX, até a sua obra, deixava “predominar o procedimento na definição do processo, não se descuidando de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção”. Qualquer semelhança com o sentido inverso dessa moeda não é mera coincidência. Atualmente, a doutrina majoritária devolve a noção de procedimento como mola propulsora do formalismo processual. O que interessa não é a relação jurídica, mas o qualificativo dinâmico de um contraditório que qualifica o padrão, a rotina pela qual o procedimento trafega. “Os fluxos e contrafluxos da ciência.” Ver BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 08. A doutrina de Bülow influencia pelo menos dois séculos de gerações do processo civil, inclusive, ele é denominado o “pai do processo”, o responsável pela separação do processo em confronto com o direito material. Em precisa reconstrução histórica, Giovanni Tarello salienta que Oscar Bülow “forse il piú influente processualista del sec. XIX; può considerarsi l’iniziatore della nuova processualística dogmatica; e certamente rappresenta nel massimo grado le tendenze della cultura giuridica germânica dell’età bismarkiana”. TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. **Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile**. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 37.

38 PICARDI, Nicola. **La successione processuale**. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 28.

39 Picardi refere que “i fenomeni processuali non si prestano ad essere ricondotti, nel loro complesso, sub specie di rapporto giuridico. Infatti, se il quid, che lega nello schema del rapporto giuridico le posizioni soggettive, va identificato nel nesso di <correlazione> e se tale nesso, nella sua eccezione piú rigorosa, va risolto unicamente nella coppia dovere-diritto, ne risulta che solo alcune posizioni processuali si prestano ad essere considerate sub specie di rapporto”. PICARDI, Nicola. **La successione processuale**. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964, p. 49.

40 O vínculo é definido de maneira prática, por Kelsen, como um elemento sensível que supõe a “forma” que reveste a “essência/conteúdo” da relação jurídica. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 187.

Hans Kelsen explica que, na relação jurídica, existe uma coligação entre “o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente direito”⁴¹. Ou seja, se o processo é uma relação jurídica de direito público, devem existir dois sujeitos em posição de contrapartida de direitos e deveres. Tal correspondência de labores não seria somente em uma parte – a demandante – e o juiz (o órgão assimétrico), até porque o juiz é “assimétrico” em relação a quem? Ora, o julgador é assimétrico em relação às partes, elas é que se colocam em posição de combatividade equidistante entre si mesmas.

Uma bifurcação acaba se problematizando: se a execução fiscal é um procedimento em contraditório, supõe-se que deve haver um ato processual legalmente previsto, após o despacho do juiz que ordena a citação; de outro lado, se a execução fiscal é uma relação jurídica de direito público, deve haver uma lógica estrutural que a sustente, ou seja, o processo da execução implica um objeto + vínculo + sujeitoS parciais e o juiz que se sobrepõe assimetricamente ao certame.

Em ambas as modalidades epistêmicas de observar a execução fiscal, por sobre o despacho do juiz que ordena a citação, é necessária a citação do devedor. Caso impossível a citação pessoal, a legislação fornece alternativas fictas para a efetivação do chamamento do réu ao processo de execução. Sempre devendo ser atendidos os prazos e formalismos das leis do processo.

3. O PERFIL DOGMÁTICO. A LACUNA TÉCNICA DA LEF E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

A recente reforma do Código de Processo Civil no tocante à execução de título executivo extrajudicial (Lei 11.382/06) levantou a seguinte dúvida: as modificações do CPC são aplicáveis ao esquema da execução fiscal?

No seu art. 1º, a Lei 6.830/80 é cristalina ao prever que “a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

41 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 182.

Na verdade, não precisaria haver uma lacuna da LEF para a aplicação do CPC, porque o seu regime é coligado ao CPC por uma questão de lógica-jurídica. Trata-se de conjuntos normativos de mesma hierarquia e em posição de coordenação.

Ocorre que as inúmeras discussões foram motivadas por uma diversidade de perfil epistêmico sem, contudo, que a observação voltasse ao “fundamento” do problemas, mas apenas perquirisse sobre soluções de pontuais questões. Ora, a reforma do CPC é incompatível com a LEF porque a lei de execução fiscal criou raízes em um esquema estrutural conceitualista que também fundamentou epistemicamente a origem do CPC, nas distantes décadas de 1970 e 1980.

Esse o motivo pelo qual a doutrina e os tribunais sustentam que a reforma do CPC (em especial, a Lei 11.382/06) não se aplica, na totalidade, ao regime da execução fiscal.

O exemplo clássico da incompatibilidade consiste na discussão sobre os efeitos em que recebidos os embargos à execução de título extrajudicial. A nova execução de título extrajudicial (hoje encartada no CPC) previu um procedimento sincrético, no qual o conhecimento e a execução trafegam ao mesmo tempo. O que isso significa? Que o legislador está compreendendo o processo como um procedimento em contraditório. Basta examinar em conjunto os seguintes dispositivos do Código: “Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. § 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado.” O art. 652 abre a porta de entrada para a execução, e a reforma do CPC é sintomática.

Mais adiante, ao mesmo tempo em que se procede à execução, uma regra estipula a possibilidade de discutir sobre a legitimidade do débito: “Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.” Sem precisar falar na objeção de executividade – a reforma do CPC trouxe a realidade do mundo da vida para o processo: a velha fórmula do conhecer para executar ou só executar e não conhecer se transformou em peça de museu.

Atualmente, é natural pensar que a execução e o conhecimento tragam juntos e misturados. Vive-se a época dos caminhos fluidos e temperados entre si.

O mundo contemporâneo é multimídia, é multiforme, reclama plurissignificados, e o profissional deve possuir metaconhecimentos para se manter competitivo no mercado de trabalho e no cenário empresarial. Também o processo civil reflete a superação do mundo das dicotomias, o velho mundo solipsista do positivismo científico do século XIX. O esquema atual é sincrético: conhecimento e execução ao mesmo tempo, quiçá, a cautela também.

A Lei de Execução Fiscal é de outros tempos, o que a faz resistir ao sincretismo de uma maneira sorrateira, quase turrona. A LEF reflete um tempo em que a Administração Pública era o núcleo do poder, sendo desprezados outros órgãos do qual emanam forças de interferência social. Isso posto, a estratégia era manter a informação (sinônima de “poder”, naqueles tempos) no controle da Administração, retroalimentando um estrutural-funcionalismo da coisa pública. O limite e o fim do direito não era o homem, mas realizar o que a estrutura matizada como democrática dizia que tinha de ser feito.

O sistema da LEF se fechou no entorno da manutenção de uma especialidade, de um peculiar privilégio à Fazenda Pública. Os prazos, os formalismos excessivos, a limitação dos meios e dos conteúdos impugnativos, parecem transferir a LEF não à década de 1980, mas ao sacro século XIX – a era da informação, em que a notícia consistia em “poder”. Portanto, apesar da orientação pela aplicação subsidiária do CPC à LEF, não existe compatibilidade lógica entre o sincretismo e o formalismo excessivo, entre o sincretismo e a postura sistêmica, entre a abertura sincrética e o fechamento estruturalista que a LEF promoveu ao largo dos anos. Uma razão que sustenta a base sólida da doutrina, quando se comenta que os embargos em execução fiscal permanecem com efeito suspensivo, apesar da modificação do CPC.

A doutrina é precisa ao elencar os dispositivos que não permitem a interpretação de subsidiariedade: “É verdade que não está escrito, textualmente, na Lei de Execuções, algo como o que constava do art. 739 do CPC. Mas o que consta dos arts. 18, 19, 24 e 32 é um texto que, embora formado por expressões diferentes, têm o mesmo sentido. Usando um exemplo colhido da ciência médica, pode-se fazer a seguinte analogia: a

Lei de Execuções Fiscais não afirma que ‘o homem morreu’, como afirmava o art. 739 do CPC. Mas afirma que seu coração parou de bater, que sua atividade cerebral cessou e que seu funeral já foi concluído. Expressões distintas que, contudo, têm o mesmíssimo sentido”⁴².

Desencontros dogmáticos poderão ser observados em uma interpretação sincrônica. Agora, em termos diacrônicos, o raciocínio remete o observador de volta a um fundamento epistêmico: enquanto o CPC de 1973 e a LEF de 1980 eram ditados por uma racionalidade que lhes conferiam a natureza jurídica de uma relação jurídica de direito público, atualmente, as reformas que modificam tanto o CPC como a LEF lhes reputa a natureza jurídica de um procedimento em contraditório. As contínuas reformas das leis processuais tendem a adequar⁴³ o processo ao direito, adequar o processo ao seu objeto, mas nem sempre as modificações da legislação processual alcançam todo e qualquer objeto⁴⁴.

Uma reforma legislativa – quando pontual, quando focada em um artigo de lei – não possui o condão de modificar a natureza das coisas. O novo termo para a interrupção da prescrição estabelecido pela LC 118/05 não vive sozinho no mundo jurídico. Ele reporta a essência do art. 8º, § 2º da LEF, mas esse mesmo dispositivo deve observar a totalidade do processo (o formalismo) para a sua plena aplicabilidade. O art. 8º, § 2º da LEF, por imposição do art. 1º dessa lei, reclama a orientação do art. 219 do CPC. Todos convivem juntos e com a mesma dose de normatividade.

Ambos os perfis epistêmicos não permitem que a prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário seja interrompido apenas com a ordem de citação no despacho inicial do juiz. O despacho deve ser sucedido da citação, seja porque o procedimento subentende a sequência de atos na série, ou seja porque a relação jurídica supõe dois sujeitos e um objeto.

42 MACHADO, Hugo de Brito. "Execução fiscal. Pesquisas tributárias." Nova série, n. 14. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

43 Um processo sumário ou um processo especial nada mais representa que um processo adaptado a uma posição jurídica preordenada pelas peculiaridades do direito material. Assim acontece com a execução fiscal, quando diversos privilégios são predispostos à Fazenda Pública, outrora invencível tutora do interessa público – lembro que a lei é de uma época na qual interesse público era intangível à pessoa, pois não se tinha uma visão do direito individual como componente da seara pública, muito menos uma noção que o direito individual reproduz o núcleo da teoria da justiça.

44 Uma visão do processo pode sustentar uma reforma pontual, mas uma reforma pontual (de um dispositivo, que seja) não consegue sustentar uma visão de processo. Trata-se da noção de sistema e de sua funcionalidade: as coisas jurídicas estão preordenadas de maneira pretensamente harmônica, no entorno de um princípio reitor normativo e que sobremaneira subentende uma hierarquia e um diálogo entre as fontes. Uma perspectiva cada vez mais lembrada não apenas pelos clássicos jusfilósofos positivistas (como a tríplice entente de Kelsen, Bobbio e Hart), como também pelos teóricos de uma visão de justiça pela integridade (vide "Dworkin e a noção de integridade do direito repristinada e/ou convencionalizada, uma justiça com amparo na tradição", e Richard A. "Posner com a formação pragmática da justiça, uma justiça existencialista").

O problema não é meramente dogmático, porquanto não pertence apenas ao campo estrito da norma. A lógica do sistema normativo é matéria que deve sobrepair, pois o direito é uma ciência, o direito é uma experiência da regulação social. Assim, segundo Kelsen, uma “lacuna técnica apresenta-se quando o legislador omite normar algo que deveria ter normado para que, de todo, em todo fosse tecnicamente possível aplicar a lei”.

O escrito clássico kelseniano, aprofundando a linha devisada, pode remeter o pesquisador ao seguinte ao descortinamento: uma lacuna não precisa estar escrita que é uma lacuna, até porque, se estiver expressa como lacuna, de lacuna não se trata – mas se tratará de um regulamento inútil. Portanto, uma lacuna normativa é uma realidade que remete o operador do direito à solução de compromisso com um sistema, com um ordenamento jurídico, naquilo que a compatibilidade das normas possibilitarem e ensejarem.

O art. 1º da LEF explicita o que todos sabem. A fase prelibatória da execução fiscal, com o despacho da inicial e a fase de chamamento do réu, com citação do devedor, remetem a utilização das normas da LEF em coordenação com o formalismo do processo civil, de acordo com os regramentos do CPC. Uma questão de lógica não precisa justificar o intuitivo, pois além dos prazos e termos prescricionais previstos pelo CTN, também os articuladores do mundo jurídico devem atender aos prazos e termos que tiram o credor da inércia – os prazos e termos previstos para que a citação seja instrumentalizada, segundo o CPC, pois *agir* segundo um procedimento formalista é uma rotina regulamentada nas leis processuais, o que diretamente afeta o fenômeno da prescrição.

A inércia não vive sem o movimento, são lados de uma moeda. Assim como é impossível se cogitar da morte quando não existe a vida.

4. O PERFIL FUNCIONAL. O PRIMADO DA TUTELA DO DIREITO

O perfil epistêmico localizou de *onde* a prescrição parte; o perfil dogmático reflete a *estrutura* da vida e da morte da prescrição; e o perfil funcional salienta que o Estado existe e se instrumentaliza para servir ao ser humano, qual a *finalidade* do Estado. O ser humano é a razão e a finalidade para que o direito e as instituições se desenvolvam.

O atual quadrante constitucional operou uma abertura do sistema jurídico, admitindo novas matérias-primas normativas, ora mais elásticas, e que deslocaram o foco da controlabilidade⁴⁵ entre os poderes instituídos: hoje, é atribuída a força normativa aos princípios, aos critérios hermenêuticos, aos valores, aos postulados normativos aplicativos. Além disso, mesmo as velhas regras não são aplicadas por um mero cotejo silogística – a metodologia do direito constitucional implica um exercício ponderativo entre as forças normativas que povoam o sistema. O direito é uma empresa em permanente construção, é resultado da experiência social, e não apenas a modificação das próprias ferramentas desencadeou uma ruptura, mas, sobremaneira o que variou foi a metodologia da operação jurídica, de maneira que seja realizado um diálogo entre as fontes com a decorrente democratização dos escopos totais – os valores constitucionais.

O direito existe para ser efetivado. Alguns direitos abstratamente previstos, mais que isso, possuem tamanha força normativa que chega a ser proibida qualquer tendência que os viole. Daí a característica da fundamentalidade material dos direitos: de tão importantes, os direitos fundamentais impõem medidas concretas para a sua efetivação. A perspectiva objetiva desses direitos reputados fundamentais enseja soluções de compromisso às instituições, ou seja, uma “mais-valia” jurídica.

Vale dizer que os direitos fundamentais não permitem uma previsão em planos – objetivo e subjetivo –, mas refletem uma “mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais; mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e dentre as quais o reconhecimento de deveres de proteção (imperativos de tutela) assume um lugar de destaque, inclusive no que diz com sua

45 Em visão bastante atual, fazendo uma reconstrução dos remédios do constitucionalismo norte-americano, a doutrina contemporânea utiliza a denominação *substantive due process* como sendo “o princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado. Trata-se de disposição constitucional aberta (*open-ended constitutional provision*), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo os direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente”. E salientando a multifuncionalidade do *substantive due process*, em ponto inerente à rotina da força normativa da Constituição brasileira, o autor assegura que o princípio do “devido processo substantivo não se confunde, do ponto de vista funcional, com os postulados da razoabilidade ou da proporcionalidade. É dotado de *funcionalidade própria e autônoma* em face dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Razoabilidade e proporcionalidade são cânones hermenêuticos ou postulados normativos aplicativos, que podem estruturar a interpretação e aplicação do princípio do devido processo substantivo, assim como de outras normas jurídicas, mormente constitucionais”. Ver MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, respectivamente, p. 84 e 128.

repercussão na esfera jurídico-penal"⁴⁶. Em virtude da função que eles desempenham, porque apontam diretamente aos valores do sistema jurídico, os direitos fundamentais prevalecem sobre as demais normas, consistindo em pedras de toque do Estado Constitucional.

Os *direitos fundamentais afirmam valores* e, assim, passam a incidir sobre a totalidade do ordenamento jurídico, iluminando todas as tarefas do Legislativo, do Executivo e do Judiciário⁴⁷ (o que os qualifica de direitos ubi-quitários⁴⁸). Disso se infere o caráter democrático e social do Estado brasileiro (e dos Estados nacionais articulados pelo constitucionalismo do pós-guerra), porque os poderes instituídos nesses e por esses Estados se reforçam principiológica e valorativamente⁴⁹. As instituições estão vinculadas não somente à lei, mas atendem a um esquema de "juridicidade"⁵⁰ (bloco de normas que protegem os direitos), tanto quanto as próprias relações dos particulares entre si (eficácia horizontal e a eficácia vertical com repercussão lateral⁵¹).

Portanto, *não basta que uma lei seja complementar* – como a LC118/05 – e modifique o art. 174 do Código Tributário Nacional. Somado ao aspecto da forma, é decisivo que as normas da lei modificadora prestigiem o conteúdo da Constituição e, ainda, o conteúdo da racionalidade jurídica que ilustra o sistema. Os itens acima discutiram sobre esse último ponto de compatibilização; agora, chama-se a atenção para a base valorativa que está cravada logo no primeiro artigo da Constituição⁵², em especial, o valor da "dignidade da pessoa humana".

46 SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal." In GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdIPucrs, 2008, p. 213.

47 MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 131.

48 MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 147.

49 Assente que os valores se diferenciam dos princípios e das regras. Assim como as regras, os princípios atuam no plano deontológico, no plano do dever-ser, e possuem natureza mais aberta que em relação às regras; de outro lado, os valores ilustram todas as normas do sistema – sejam elas regras ou princípios – e, portanto, subjazem a todas as tarefas estatais e, sobremaneira, estruturam e legitimam as políticas e suas opções públicas, tanto as de ordem genéricas como as de natureza casuística. A atuação em um plano axiológico afirma o que é o "melhor" e consta acertado democraticamente na Constituição. ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade." **RDA** 215, p. 165.

50 Existem duas ordens de "juridicidade": uma juridicidade no sentido formal, que trata da força normativa no sentido de vigência das normas (assim como fazia a velha legalidade clássica); e uma juridicidade que remete o operador a uma faceta substancial das normas, porque além de vigentes, as normas devem respeitar o conteúdo principiológico e valorativo previsto na Constituição. Somente o atendimento dos requisitos de forma e da substância confere validade e aplicabilidade às normas jurídicas dos tempos atuais.

51 Marinoni, **Técnica**, *op. cit.*, p. 181/7.

52 O dispositivo estabelece: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

A dignidade da pessoa humana é o polo metodológico do sistema constitucional brasileiro. Somente a partir da dignidade dos indivíduos e para ela, o Estado pode pensar no cumprimento de suas outras finalidades. Não adianta organizar o poder, estruturar a Administração, rearticular burocraticamente os prazos e formular as leis especiais, se não está respeitada a dignidade do ser humano. O Estado brasileiro tem o dever de proteger os indivíduos e as instituições estatais, por sua vez, devem se organizar de maneira harmônica, para cumprir tal mister. A prescrição reflete um punhado da segurança jurídica, logo, preserva a dignidade do ser humano, pois ele não pode ficar indefinidamente amarrado à potestade do Estado.

Com efeito, o Estado deixou de ser um “inimigo” das pessoas e assumiu uma posição complexa, que se agita no sentido de proporcionar a todos, de maneira efetiva, uma vida melhor, uma (sobre)vivência qualificada. Esse o verdadeiro sentido de sobrepor os direitos fundamentais à legislação infraconstitucional e dizer que a nota da fundamentalidade deve caracterizar as manifestações institucionais do Brasil. A supremacia do direito no Estado Constitucional⁵³ remete os direitos fundamentais a uma posição de vantagem, porque apontam em direção aos valores basilares do sistema⁵⁴. Se hoje dispomos de uma Constituição dirigente, é porque

53 O Estado Constitucional não afirma um conceito pronto, mas recolhe um ponto de partida dos interesses comunitários para, como uma empresa em diuturna construção, elaborar uma estrutura de dois corações em direção às suas finalidades – o Estado Constitucional significa: o Estado de direito + o Estado democrático = busca das finalidades. Essa formatação é uma empresa em construção e vem se condensando em diversos momentos que concretizam um momento subsequente na relação jurídico-constitucional entre o político e o jurídico. Ou seja, o modelo acaba por elaborar a “domesticação do domínio público pelo direito” que, na verdade, representa o “grau” de juridicidade atribuído ao controle da política. Se atualmente o Estado consiste em um esquema aceitável de racionalização institucional que organiza as sociedades modernas, o Estado Constitucional qualifica um modelo plus, como uma “tecnologia política de equilíbrio político-social”. Uma realidade engendrada pela teoria constitucional que, historicamente, perpassou três modelos basilares de supremacia do direito (ou “códigos de observação político-jurídico”):

a) *Rule of law*: modelo que privilegia o *due process of law* em detrimento da legalidade, apesar de, em alguns casos, admitir a codificação. Utilizado na tradição *common law*, ele se fundamenta na *judicial review* para conferir a soberania do direito ao panorama social.

b) *L'État legal*: modelo que utiliza a hierarquia piramidal do esquema Declaração, Constituição e lei para, desde uma perspectiva franco-liberal do final do século XVIII, privilegiar o princípio da legalidade em detrimento do devido processo legal. A França é o exemplo de “Estado Legal”, onde a supremacia do direito é ditada pelo parlamento.

c) *Rechtsstaat*: desde o início do século XIX, a assimetização do regime germânico estipula um modelo de supremacia constitucional do direito no qual houve a fixação de poderes para controlar os atos e as normas por um Tribunal Constitucional. É um mecanismo também denominado de “austriaco”, cujo império do direito é assegurado através de instrumentos de salvaguarda do próprio sistema.

O Estado Constitucional é um modelo superveniente a tais modelos tradicionais, representa um plus a essas variações, seja porque reúne juridicidade+participação, seja porque está em permanente transformação, sempre em busca das finalidades que reputa ótimas, pois se trata de um mecanismo funcional-estrutural do constitucionalismo contemporâneo e da filosofia do direito. Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 83/97.

54 No esquema do século XIX, o Estado era visualizado como o poder exclusivo para criar o direito-conceito, e a legalidade formal se estatuiu como um limite do poderio desse próprio genitor. Agora a realidade é diversa, porque, além de não se permitir ao direito um regresso autofágico a marcos que logrem direitos fundamentais (petrificação

ela se abriu principiologicamente, de maneira a reunir diversas opções políticas e jurídicas em contínua dinamização, como se de alguma forma apaziguasse as normas submetidas a juízo ponderativo, quando elas forem conflitantes nos casos concretos (no processo, o exemplo corriqueiro da efetividade versus a segurança, que dialogam tanto em abstrato como em concreto). Trabalhar com essa dialética é pressuposto de qualquer ciência diretamente influenciada pela cultura.

O direito e o próprio Estado (como realidade institucional⁵⁵) se tornaram mecanismos em diuturna mutação construtiva, empresas em permanente construção. Na verdade, eles são instrumentais à proteção da civilidade e devem reproduzir, com variações abstratas (legisladas) ou concretas (atos administrativos e tutela jurisdicional), o diálogo permanente no qual se ponderam os interesses conflitantes. Característica que reserva à velha legalidade estática uma distante recordação histórica⁵⁶. Tudo isso está a compor a tutela (a proteção em um sentido amplo).

A assinalada abertura e a elasticidade do cenário normativo são exasperadas pela multifuncionalidade⁵⁷ dos direitos fundamentais – dentre os quais, o metadireito de proteção, o dever institucional de tutelar os direitos, e o próprio poder dos cidadãos propriamente ditos, para formularem mecanismos civis para a tutela das situações da vida. Isso tudo caracteriza a moeda concreta para a efetivação da tutela em sentido largo.

No Estado Constitucional brasileiro, inegável o *primado da tutela dos direitos e a inafastabilidade da tutela jurisdicional* enquanto direitos fundamentais. A concretização dos demais direitos no plano das relações

das garantias), o que pode ser compreendido como uma pedra estrutural de toque é o compromisso funcional desse mesmo Estado em proporcionar medidas para efetivar – ou medidas tendentes à satisfação – os compromissos sociais assumidos com a totalidade dos indivíduos, através da ponderação dos interesses em permanente diálogo.

55 A compreensão do direito como uma ordem normativa institucional e a feição do Estado enquanto ator e produto desse contexto é reflexo de uma postura jusfilosófica que apresenta não uma visão única das coisas, mas o confronto de diversas visões e dentre elas a eleição do concretamente melhor ou mais razoável. Ver MACCORMICK, Neil. *Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador. Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 3.

56 Mais detalhadamente em CASTRO, Cássio Benvenuto de. "Decadência da potestade invalidante do ato administrativo." *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, n. 105, abril/2010, p. 853 e ss.

57 Em termos de multifuncionalidade, os direitos fundamentais se dividem em direitos de defesa (ações negativas do Estado) e direitos a prestações (ações positivas). O primeiro grupo veio consagrado pelo liberalismo, são as garantias; o segundo grupo constitui a grande característica de um Estado Social e pode ser subdividido em três espécies: os direitos a prestações sociais (fáticas) ou direitos a prestações em sentido estrito; os direitos à proteção normativa; e os direitos à organização e ao procedimento. Justificada a diretriz contemporânea da nova ordem constitucional, é visível o dever institucional de proteger ou de tutelar os direitos no plano das relações materiais e, assim, visualizar um reflexo qualificado desse dever, então por intermédio da tutela jurisdicional dos direitos. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 202 e 442 e ss.

sociais depende da expansão contínua do direito de tutela, do direito de proteção. E a fundamentalidade dos direitos no sentido material não apenas reclama efetividade àquilo que está positivado na Constituição, como também implica o dever estatal de tutelar os direitos como um todo. O dever de tutela e a tutela jurisdicional é um metadireito, diretamente ligados ao valor dignidade da pessoa humana⁵⁸.

O que isso representa quanto à prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário? Qual a influência do valor dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à tutela do direito para o reconhecimento da prescrição?

A ordem jurídica tutela normativamente as situações que possibilitam uma convivência social pacífica. A tutela dos direitos sob o prisma legislativo, no paradigma que se pode dizer “formal”, que elabora e publica leis em abstrato, garante os direitos dos indivíduos “desde fora”. Ou seja, em abstrato, por intermédio da previsão de normas jurídicas, o legislador regulamenta a prescrição e seus prazos, os atos que interrompem a prescrição e, por conseguinte, as técnicas que instrumentalizam o atingimento das finalidades jurídicas da prescrição. “A escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito à prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens”⁵⁹.

O sistema normativo predispõe uma espécie de continuum de proteção, desde a previsão normativa e abstrata dos direitos, até que eles sejam efetivados no plano concreto. A colocação do problema da tutela dos direitos no plano constitucional e a positivação da inafastabilidade⁶⁰ da ju-

58 No caso da previsão infraconstitucional de um direito, o imperativo da tutela não é retirado do caráter formal de uma eventual colocação de um dispositivo na Constituição. A hipótese que pretendo salientar subentende o “dever geral de proteção”, que é sempre devido pelo Estado, justamente, para assegurar a civildade esperada no trâmite social. Marinoni afirma que “o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não requer apenas a proteção dos direitos fundamentais, mas a tutela de quaisquer direitos. Tratando-se da tutela de direitos não fundamentais, o único direito fundamental em jogo é o próprio direito à efetividade da tutela”. Em *Técnica, op. cit.*, p. 170.

59 Alexy, *Teoria, op. cit.*, p. 442. Vide Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 83.

60 A questão da sobreposição da tutela jurisdicional em relação à tutela do direito ratifica o dever institucional de assegurar uma convivência civilizada. Uma questão, inclusive, que pode ser alavancada pela dupla face da proporcionalidade. Luciano Feldens afirma que “na atualidade, tem-se como inequívoco que os direitos fundamentais, ao revés do que propugnado por um modelo liberal clássico, não tem sua eficácia restringida a um plano negativo, ou seja, de direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao Estado. Mais que isso, como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico, reclamam dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas no sentido de sua proteção”. O autor define a dupla instrumentação da proporcionalidade no direito penal (a ser refletido no plano dos direitos humanos e transnacionais): além de vedar uma excessiva voracidade punitiva, os mecanismos de tutela (proteção) também devem ombrear medidas eficazes para a proteção dos anseios dos ofen-

risdição, quando ocorre qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV da CRFB), evidencia que a cada direito previsto devem ser estabelecidos instrumentos que viabilizem o seu exercício no plano da realidade. Se a tutela do direito material é regulamentada no plano metafísico (porque abstrato-normativo, apesar de os direitos poderem e geralmente serem atendidos espontaneamente⁶¹), a respectiva efetivação da proteção ou tutela – também é possível a considerar “outra” forma de tutela – ocorre através da tutela jurisdicional.

O direito deve ser tutelado no desenvolver de todas as vias e por todas as instituições, pois as instituições existem e funcionam para atender ao ser humano.

A tutela jurisdicional é o resultado do processo, é o produto da imperatividade e da soberania do Estado-juiz, supondo a preordenação de meios eficientes para tanto. A tutela jurisdicional é o valor que decorre do provimento jurisdicional e “as consequências desse valor no plano social, com a respectiva interferência no mundo fático: o jurídico que se realiza ou tende a se realizar não se manifesta apenas endoprocessualmente, mas, sobretudo, na esfera social, no mundo da vida. Por isso, quando se fala de tutela, a forma da realização é tão essencial e distintiva quanto a finalidade, mormente porque há entre ambas uma relação dialética, uma influenciando a outra”⁶².

A tutela jurisdicional é um somatório, um plus que permite a tutela do direito. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sintetiza que “a tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo material) – ressarcitória, restitutória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata, prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restitutória, de remoção do ilícito etc) deve corresponder,

didos, e assim promoverem a manutenção do equilíbrio democrático da situação triangular Estado, perturbador da ordem jurídica e vítima. E arremata: “a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima da proporcionalidade à noção da proibição do excesso (*übertassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas com *uma* de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição de excesso, a *proibição de infraproteção* ou de *proteção deficiente* (*üntermassverbot*) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”. Ver FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 98 e 108, respectivamente.

61 O cumprimento espontâneo do direito aparece no momento da pretensão e da atendibilidade. Uma vez que elas sejam frustradas, abre-se o lastro à executoriedade (ressalvadas as hipóteses de auto-executoriedade do ato administrativo e a questão da autotutela, excepcionais ao sistema). Ou seja, quando observada a rotina civilizada das movimentações sociais (contratos e respectivo adimplemento, por exemplo) ou mesmo do direito penal (quando a grande maioria atende à ordem de “não delinquir”), na verdade, existe o cumprimento espontâneo do direito.

62 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, **Teoria e prática da tutela jurisdicional**, cit., p. 73.

no plano processual, de modo concreto, uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva *lato sensu*)⁶³.

Disso decorre que o direito fundamental à efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB) “é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”⁶⁴.

A tutela jurisdicional efetua a ligação ou uma *ponte*⁶⁵ entre o direito material e o processual. Quando constitucionalizada, assumiu uma posição privilegiada e verticalizou as demais estruturas do processo, de maneira teleológica. Assim, a “ação” e o “processo” são modelados por um nexo de finalidade, cujo norte é a tutela. E por isso mesmo, impossível que seja estudada a prescrição – um fenômeno aparentemente do direito material – com o desdobramento do processo, que reproduz a retirada do credor de sua inércia.

Para tanto, a interpretação das realidades jurídicas reclama uma visão funcional, na qual, para além dos escopos, prepondera o *background* valorativo previsto na Constituição. Os objetivos ou finalidades do sistema podem e devem variar ao talante das realidades e dos interesses sociais oscilantes, porém, compatíveis com a discricionariedade do poder estatal. O processo civil (ciência cultural por excelência) acompanha essa dinamicidade, de maneira que, para a satisfação dos cada vez mais atribulados e momentâneos alvires sociais, econômicos, científicos, e políticos, imprescindível emprestar ao processo uma racionalidade valorativa que transcenda a singela subsunção aritmética do direito material sobre os fatos. A ponderação é imperativa, a lógica do razoável é produto de um funcional-estruturalismo.

63 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12.

64 Marinoni, **Técnica processual e tutela dos direitos**, cit., p. 143.

65 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, **Teoria e prática**, cit., p. 74.

Imperioso que o fator “instrumentalidade” do processo assuma um caráter multifatorial. O processo deve ser *instrumental* em um sentido amplo, de maneira a permitir o melhor trânsito de todas as instituições do Estado em benefício à tutela do direito. Desde o processo para o direito material e vice-versa, tudo deve avistar os valores constitucionais, tudo com o vértice na efetiva proteção do cidadão: a tutela efetiva e segura, seja ela uma tutela jurisdicional ou uma tutela não jurisdicionalizada. O Estado trabalha como uma empresa e em benefício do indivíduo. O Estado Constitucional deve ao indivíduo a tutela do direito. A tutela no sentido concreto é o objeto premente, a razão de existir das próprias instituições.

O apego ao formalismo legalista rejeita uma leitura sistemática do art. 174, parágrafo único, I, do CTN. Não apenas em termos endopositivos, como também na virtude que a teleologia das instituições implica.

Um parêntese sobre a separação dos poderes ou funções estatais é peremptório.

O cenário jurídico brasileiro açambarcou rescaldos lusitanos do direito das Ordenações, deitando raízes em uma espécie de *bartolismo* científico – quando as lacunas eram colmatadas pela metodologia escolástica –, o que gerou uma superestima do liberalismo francês, dominante na Europa desde o século XIX. A estrutura do Código Civil de 1916 demonstra que Clóvis Beviláqua se espelhou em uma realidade europeia, privilegiando uma normatividade individualista, patrimonialista, “dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica, pensada a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela jurisdicional repressiva”⁶⁶. Isso não é novidade, tudo é importado no direito brasileiro. O problema é quando o produto da exportação já não condiz com a superveniência de uma Constituição que desenvolve outra maneira de racionar o direito. Em outras palavras, a metodologia que o operador jurídico brasileiro geralmente utiliza – em termos da separação das funções estatais – condiz com uma leitura civilista e bevilaquiana da matéria, com raízes no ano de 1916, e não com uma mentalidade que se pode extrair da própria letra da Constituição de 1988 e das suas diuturnas e recentes reformas pontuais.

66 MITIDIERO, Daniel Francisco. "O processualismo e a formação do código Buzaid." *In Revista de Processo*, n. 183, p. 182. Tanto o Código de Processo Civil de 1973, versão original, quanto o Código Beviláqua, de 1916, ostentem uma percepção individualista, patrimonialista, com a ideologia liberdade-manutenção do status quo, pensando-se apenas sob a ótica do dano e da tutela repressiva. Tratava-se da ciência neutra com relação à cultura, o que acabou perenizando uma estrutura social do século XIX – então proclamada pelos alemães e italianos. Patrimonialismo em duas frentes: propriedade imobiliária e a mercantilização/fungibilidade de todas as obrigações em pecúnia. Uma mecanização não concretista dos problemas apresentados em juízo, quando a manutenção do poder central muito bem acenava a crescente assimetria dos obeliscos dos Estados Nacionais europeus.

O legado civilista efetua uma leitura da Constituição com os olhos da exegese, para a qual os poderes do Estado eram *absoluta e absurdamente separados e estáticos* (!); época em que os planos do direito e do próprio conhecimento não se tocavam entre si. Trata-se de um retrato do movimento cultural da época napoleônica, que teve seus motivos históricos para operar uma ruptura epistêmica dessa magnitude. Legislativo, Executivo e poder Moderador não se tocavam; direito penal e direito não penal também não se comunicavam. Afinal, as ciências não conheciam o que significava ductibilidade, interdisciplinaridade e sincretismo. Giovanni Tarello salienta: “Una delle caratteristiche più costanti delle organizzazioni giurichi liberali, e particolarmente di quelle dell’Europa continentale che vennero costruendosi sulla base delle strutture di origine napoleônica, fu la rigida distinzione, nell’ambito della funzione giurisdizionale, tra il processo penal ed il processo civile”⁶⁷.

O perigo da importação total dessa construção oitocentista é a desconsideração da metodologia de trabalho constitucional, atualmente imperante a todas as estações jurídicas: mormente ao direito tributário e ao processo civil tributário. A diferença entre essas forças metodológicas (civilista clássica e constitucionalista contemporânea) não representa apenas uma nova feição das fontes do direito e das técnicas jurídicas para o aporte normativo, o que ainda hoje se faz necessário, mas, uma total incomunicabilidade de racionalidades coerenciais de maneira estanque, como se uma área do direito pudesse sobre(viver) sem a outra, como se determinado aspecto jurídico pudesse existir validamente sem a utilização da Constituição e do seu respectivo *background* filosófico como instância de irradiação, legitimação, síntese e formulação de metas.

A Constituição é o paradigma de toda a racionalidade jurídica; não é o Código Civil que está no epicentro do sistema. Adotar separações absolutas é conviver com apanhados rousseauianos e hobbesianos em pleno terceiro milênio. Thomas Hobbes abalizou a consolidação dos estados nacionais, formulando uma doutrina política de “refinado absolutismo”⁶⁸. Ele alavancou o jusracionalismo nacionalista, por meio de uma rigorosa dedução lógica contratualista, retirando os homens do “estado da natureza” e os subordinando ao necessário e irrefreável poder absoluto do

67 TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. "Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile." *In* **Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile**. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 16.

68 NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 175.

soberano. Tanto que Franz Wieacker conclui que tal visão de um positivismo político extremo é atualmente impensável e “aparece mesmo como uma hipocrisia intelectual”⁶⁹. Cenário complementado por Rousseau, que estipulou a possibilidade da tutela – formal – da liberdade e da igualdade pela legislação. Baluartes do Iluminismo francês, que parecem até hoje surtir efeitos a poucos desavisados do Terceiro Mundo.

Nessa ordem de ideias do positivismo clássico, a legalidade formal ou a mera legalidade estabelece uma espécie de “metanorma” de reconhecimento da cogência do direito vigente. Ferrajóli é veemente ao criticar que, para tal corrente oitocentista, basta que uma norma jurídica, “qualquer que seja o seu conteúdo, existe e é válida por força unicamente das formas de sua produção”. A consideração dessas premissas “provocou uma inversão de paradigmas no que diz respeito ao direito pré-moderno: a separação entre direito e moral, ou mesmo entre validade e justiça, por força do caráter inteiramente artificial e convencional do direito existente. A juridicidade de uma norma não depende mais, no direito moderno, da sua intrínseca justiça ou racionalidade, mas somente da sua positividade, ou seja, do fato de ser ‘posta’ pela autoridade competente na forma prevista para sua produção”⁷⁰.

Ou seja, se uma lei formalmente válida pode estipular qualquer absurdo, natural que as instâncias de controle – os poderes, e os próprios compartimentos do direito – não se comunicam. Seria possível que algum déspota, manipulando o legislativo, chegasse ao ponto de positivizar que determinada raça ou religião é inferior e, portanto, devesse ser alocada e dizimada em campos de concentração, ou enfiada em *apartheids* de subespecificação. Imaginável apenas na ficção científica? Qualquer coincidência histórica desse raciocínio nada mais representa que reflexo de um estancamento de comunicabilidade entre as instâncias de controle do direito.

A questão do art. 174, parágrafo único, I, do CTN não vai longe disso, pois escreve uma semântica desconforme com outra linhagem formal. Não basta o legislador dizer, em uma linha, que a prescrição é interrompida pelo despacho do juiz que ordena a citação. Para além dessa referência, o sistema jurídico estabelece que o prazo máximo da prescrição da pretensão de cobrança do crédito tributário é de cinco anos, ou que a razoabilidade

69 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4ª Edição. Tradução de Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 343.

70 FERRAJÓLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 43.

desse prazo seja elástica apenas em condições limítrofes, por exemplo, quando ajuizada a demanda em tempo realmente hábil e a citação não seja efetivada por situação totalmente alheia à imprevidência do credor.

O prazo de cinco anos é um tempo significativo: um estabelecimento comercial não chega a sobreviver cinco anos no Brasil; um passaporte é válido por cinco anos; um carro não dura mais que cinco anos, geralmente; um casamento raramente dura cinco anos (ou meses!); um jogador de futebol não permanece no mesmo clube por mais de cinco anos; um indivíduo não tem perspectiva de um mesmo emprego por mais de cinco anos; a legislação brasileira não dura mais de cinco anos.

O que significa o prazo de cinco anos para a prescrição direta do crédito do tributário?

Na verdade, o prazo de cinco anos para a cobrança do crédito tributário é fruto de uma troca política: o prazo para a legislatura e para a manutenção de um partido político no poder fora rebaixado para quatro anos – daí acontece de tal reforma política consolidar uma troca, pois muda o governo e *se ganha ou se perde um ano* para o ajuizamento da execução fiscal, a depender se houve a reeleição, ou não. Um mediano entendedor talvez consiga imaginar essa formidável *coincidência*, pois a autoarticulação de interesses não acontece por acaso na *história desse país*.

O prazo de cinco anos para a vida da pretensão e para a morte da pretensão, com a prescrição, corresponde a um lapso de tempo razoavelmente grande. Ele é grande em relação a quem? Ou melhor, a quem serve o prazo da prescrição?

O prazo de cinco anos serve ao Estado, mas também deve servir como uma garantia de segurança jurídica em benefício do contribuinte. Por isso que uma teoria da justiça deve coordenar os direitos em conflito, deve ponderar as normas em aparente contraposição, e daí concluir que os cinco anos asseguram que o contribuinte, em linha geral, não ficará mais tempo que esse lustro amarrado aos humores estatais. Com um detalhe: o prazo de cinco anos começa a correr após o lançamento, ainda na Administração Pública, e continua a correr perante o Judiciário, já com a demanda de cobrança; a transição entre as funções estatais, da Administração para o Judiciário, com o ajuizamento da demanda, somente pode ser considerado como interruptivo da prescrição quando efetivada a citação do sujeito, disso podendo repriminir à data do ajuizamento, porquanto antes disso não existe um processo de execução fiscal.

A prescrição vincula as pessoas em relação a um evento da vida. O que prescreve não é a pessoa, o que prescreve é uma pretensão, que coloca em linha de exigibilidade um direito perante um *bem da vida* e, vale dizer que o *bem da vida* assinala um “objeto”. Daí ser possível utilizar um referencial kantiano, para inferir que a prescrição acarreta a morte da pretensão, cuja essência de alguma maneira é objetiva. A prescrição impossibilita a exigibilidade de um direito quando ultrapassado um determinado prazo (no caso, cinco anos).

Logo, não é pela variação das esferas estatais (Administração e Judiciário) que, via de regra, a prescrição renasce. A prescrição renasce, se interrompe, quando integrado o exercício ou a plena exigibilidade do direito (pretensão) perante o devedor.

Antes da citação efetuada, é possível inferir que existe uma pretensão que nasceu na Administração e fora comunicada ao Judiciário, pelo ajuizamento da demanda, permanecendo uma pretensão latente perante os órgãos estatais. A questão é delicada, mas parece lógico perceber que um prazo de cinco anos que tramita pelos escaninhos – seja da Administração ou do Judiciário – depende, necessariamente, da citação, para completar o seu curso de interrupção da prescrição. Mesmo que o termo da interrupção repristine à data do despacho do juiz que ordenou a citação, ou mesmo que o termo retrotraia ao ajuizamento da ação de execução fiscal (protocolo da inicial). O problema é que referidos termos para a interrupção da prescrição carecem da citação, são *secundum eventum citationis*, em virtude do aprofundamento da observação sobre a essência objetiva-solipsista da prescrição.

E se a Fazenda Pública ajuizar uma execução fiscal e a demora entre o despacho inicial e a citação ocorrer por culpa ou acúmulo de serviço atribuído ao Judiciário? Somente o caso concreto poderá dizer que a citação esteve obstada por mecanismos inerentes ao Judiciário (assim justificando a aplicação da Súmula 106 do STJ).

No mais das vezes, o descumprimento do prazo para a realização da citação é atribuído diretamente à Administração que, assim, indiretamente desatende ao lustro prescricional. Quando a Fazenda Pública não promove a citação do devedor nos prazos e termos do CPC? Diversas hipóteses apontam essa conduta (ou não conduta) processual. As circunstâncias objetivas se universalizam nos seguintes tipos de ruídos processuais:

* Certidão da dívida ativa com algum defeito formal e a não correção dentro do prazo de cinco anos e, mais, sem atendimento aos prazos previstos para a citação segundo o CPC.

* Erro ou falta de dados para identificar o devedor, tanto quanto ao seu nome como em relação ao endereço correto. Em época de redes sociais, de Google earth, de apps de celulares para a pronta localização das pessoas, de cruzamentos de dados entre as Fazendas e órgãos públicos (art. 199 do CTN), impossível que o Judiciário assuma como um balcão de cobrança de informações, em benefício da Administração, e passe a exigir a “prova de vida” do contribuinte. As Administrações contemporâneas facilitaram o crédito e distribuíram toda a sorte de bolsas e auxílios assistenciais, sendo nada mais natural que providencie o paradeiro da multidão de devedores que a própria Administração deveria organizar, bastava ter a matrícula de imóveis junto à própria CDA.

* Quando a citação é frustrada pelo correio (ARMP), a Fazenda Pública deve providenciar o pagamento da condução do oficial de justiça. A demora nesse depósito naturalmente descredencia o cumprimento das formalidades do CPC, o que relativiza o prazo de cinco anos da prescrição. Da mesma forma, quando os autos permanecem por desarrazoado tempo em carga, com a finalidade de informar o endereço correto do devedor. Os prazos do CPC são exíguos, não precisam ser atendidos à risca, tratam-se de prazos “semi-próprios”, mas, somado ao prazo do CPC deve ser atendido o prazo total de cinco anos, desde a exigibilidade do crédito tributário até a efetivação da citação.

Tudo isso poderia ser evitado, se as Procuradorias fazendárias ajuizassem as execuções fiscais logo quando lançado e não pago um tributo. No entanto, o que ocorre de fato?

As Procuradorias aguardam o período das eleições e, somente no quarto ou no quinto ano, prestes a prescrever o crédito tributário, ajuízam a execução fiscal. Assim, o jogo de compensações que a mudança do prazo da legislatura (de cinco para quatro anos) norteia está fadado à seguinte sorte: se um governo perde a reeleição, sequer ajuíza suas execuções pendentes e deixa que o sucessor acerte as contas com o TCE/TCU e a lei de responsabilidade fiscal; de outro lado, se um governo é vitorioso na reeleição, espera passar o novel mês de outubro – o mês da eleição – e deságua no Judiciário uma enxurrada de iniciais com os prazos limítrofes, prestes a se exaurir os cinco anos previstos como o prazo prescricional.

A manobra remete a *culpa* ou a responsabilidade pela prescrição para o Judiciário. Afinal, a Administração se desincumbiu da sua atribuição e ajuizou a execução às vésperas do dia em que completado o quinto ano. Ainda por cima, a Administração despreza os prazos do CPC quanto às formalidades da citação, porque se escora na súmula 109 do STJ e, praticamente, a gestão cartorária de uma vara da Fazenda Pública tem sido sustentada por servidores e estagiários cedidos pelo Executivo.

Por sua vez, uma Lei Complementar atribuiu ao juiz um poder de mágico, pois o seu despacho, de pronto, interrompe a prescrição. A essência das coisas jurídicas não é tão simples, seja no *antes*, no *durante* e no *depois* da prescrição. Sempre deve ser observado um trâmite inerente ao formalismo do direito tributário e do processo de execução fiscal, o que conduz o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, a ser uma regra *secundum eventum citationis*.

O prazo prescricional de cinco anos não deve ser contado para autolegitimar a burocracia. O lustro legal merece uma contagem de acordo com a perspectiva que, além de assegurar um prazo razoável à Fazenda Pública, também garanta a tutela dos direitos individuais do contribuinte – o valor justiça impõe tal ponderação. Portanto, impossível dizer que um prazo corre contra a Administração e outro prazo, totalmente diverso, começa quando simplesmente protocolada uma petição junto ao Judiciário. O ser humano é apenas um, o Estado é apenas um, e o prazo da prescrição – não interessa a qual instituição/órgão beneficie – existe para tutelar o direito de cada qual.

O prazo de cinco anos é um direito fundamental do indivíduo, de maneira que seria inconstitucional e violador da dignidade da pessoa humana, que tal prazo não fosse um “patrimônio de cada função ou de cada poder estatal”. O prazo não é uma potestade da Administração pública e/ou do Judiciário.

Estudar e aplicar o discurso da separação dos poderes, como se a Administração fosse incomunicável ao Judiciário, remete aos vetustos moldes elucubrados pela Revolução Francesa, em um esquema que rearticula a política da burguesia daquela época e permaneceu indiferente à pessoa humana e aos valores do Estado do antigo regime. A neutralidade do velho Estado de Direito francês, que algum conservadorismo brasileiro ainda defende, é mais ideológica que propriamente jurídica. Ora, o lobo da neutralidade é o mais disfarçado contrafluxo de uma ideologia. Se an-

tes da revolução iluminista ‘*the king can do no wrong*’, com a nova ordem oitocentista ‘*the Parliament can do anything*’.

Um exemplo abaliza o cenário. Os denominados poderes do Executivo, Legislativo e Judiciário seriam considerados órgãos estanques. Sequer configurariam *funções*, para alguma dose de entendimento, mas, *poderes* mesmo, no talvegue da ideologia centralizadora oitocentista. Logo, praticamente tudo o que um desses *poderes* realiza, observando as mensagens formais sobre a vigência de seus atos, não pode ser examinado pelo outro órgão: uma lei que segue o processo legislativo, é absolutamente válida; um ato administrativo que obedece a um procedimento, apesar de aberrante em termos de razoabilidade, seria válido; uma decisão judicial promanada por um juiz investido no cargo, torna-se automaticamente válida e irrefutável, a despeito dos escopos e fundamentos de justiça que o julgador deva atender.

Isso existe? Na concepção oitocentista de alguma maneira legada ao Brasil, esse prisma é o que impera, é o paradigma aparentemente majoritário.

Defensores dessa ideologia esquecem – ou se homiziam em cegueira deliberada (*willfull blindness*) – do caráter dúctil das ciências humanas atuais, mormente as ciências jurídicas. Também desprezam a relativa e funcional divisão não de “poderes”, mas de “funções” estatais, a legislativa, a executiva e a judiciária⁷¹, todas as quais devem cumprir a Constituição e em especial promover os direitos fundamentais

A legalidade é um princípio fundante do sistema jurídico, mas assume contornos de juridicidade, que condiciona todas as manifestações estatais – seja pelo intermédio do executivo, judiciário ou legislativo. Se a Revolução Iluminista expressou a onipotência do legislador com base na legalidade formal, o paradigma constitucional contemporâneo submete as normas, as decisões, os procedimentos, enfim, ao paradigma dos direitos fundamentais e dos valores expressos com o vigor normativo da Constituição. Juridicidade é muito mais que legalidade da forma, porque busca na ética da justiça a validade substancial das própria premissas.

A aplicação do art. 174 do CTN, a leitura do CPC e da LEF devem retomar um cuidadoso zelo constitucional para a validade de suas regras. O ordenamento jurídico deve obedecer as luzes que principiam e enfeixam

71 Ao referir Legislativo, Executivo e Judiciário em sentido clássico – como poderes –, utilizo a letra maiúscula; quando escrevi com a letra minúscula, é no sentido contemporâneo, de legislativo, executivo e judiciário enquanto funções estatais.

todo o sistema jurídico a partir da Constituição. A estrutura, o fundamento e os escopos do sistema jurídico somente podem ser visualizados pela lente dos ditames constitucionais.

Respeitosamente, impossível considerar incomunicáveis os “poderes” estatais. O Estado é somente um, o que deve ser diagramado para efeitos pragmáticos são as suas “funções”, de maneira que todas elas trabalhem em benefício da tutela dos direitos (da Fazenda e do contribuinte, em ponderação). A operação jurídica que implica uma absoluta separação das atualmente consideradas funções estatais, desgraçadamente, despreza a interdisciplinaridade à qual o paradigma constitucional remete e acaba por ferir de morte a hierarquia suprema dos direitos fundamentais. Porque separação de funções e interdisciplinaridade convergem de maneira a tutelar direitos, mormente os fundamentais, verdadeiras razões da existência dos Estados soberanos.

A Constituição Federal estabelece: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” A nota de *harmonia* quer dizer dialeticidade, significa dinamização ou correlacionalidade interdisciplinar, vale dizer, ostenta a aplicação das normas infraconstitucionais sob o paradigma estipulado na Carta Suprema. Ou seja, a “independência e a harmonia dos Poderes”, atualmente, reclama uma consideração sob a lente da Constituição. Óbvio que existe uma diferença estrutural, persecutória e mesmo teleológica entre as referidas instâncias. Isso faz parte da controlabilidade imanente à democracia. Agora, o primado da tutela dos direitos fundamentais subjaz como um denominar comum imperativo, o que acarreta a instrumentalização dos órgãos públicos em benefícios dos direitos individuais.

A história das instituições brasileiras adotou uma *estrutura* francesa sobre a questão da separação dos “poderes”. No entanto, a Constituição brasileira atual utilizou um mecanismo norte-americano para pautar as *funções* estatais. Note-se que a Administração Pública adota o modelo de “gestão” eficiente ianque até em propagandas de televisão, o que está expresso no art. 37 da CF e em diversas práticas da Administração (vide o juiz-gestor em detrimento do juiz assimétrico em termos de Administração cartorária). Quando explicitou a “harmonia” entre os “Poderes” (art. 2º da CF), necessário ter presente que a nova ordem jurídica instituída observa um dialético panorama de fontes, técnicas legislativas e metodologia de trabalho constitucional, diferente daquele organograma estáti-

co outrora imaginado pelo movimento napoleônico. Mauro Cappelletti⁷² ressalta que a estrita separação dos poderes no “French style”, de nítida inspiração montesquiana, estava a milhas de distância da separação das funções adotada praticamente ao mesmo tempo pela Constituição americana. E na América, a separação de poderes não utiliza a semântica da “separação”, mas, sobretudo a flexibilidade dos “freios e contrapesos”, princípio no qual permite a conurbação funcional das normas, dos fatos, e dos postulados normativos, cotejados fatos e normas, normas e fatos – todos os quais na busca do dever do Estado enquanto poder instituído: a satisfação dos direitos fundamentais, a persecução dos valores eleitos democraticamente e daí a premente tutela da dignidade da pessoa humana.

O modelo americano está plasmado explicitamente na Constituição da República Federativa do Brasil. O preâmbulo da Constituição brasileira chega a ser bastante parecido com o da Constituição norte-americana. Vive-se a *era da jurisdição*. E examinar a doutrina de Mauro Cappelletti é fundamental, não porque esse autor seja discípulo de Calamandrei que, por sua vez, era discípulo de Chiovenda: uma tríade dos maiores processualistas do século XX. Mas, porque Cappelletti fora responsável pela concepção do processo enquanto instrumento de modificação social, como um paradigma efetivador dos direitos fundamentais através do dinamismo das instituições, coarctando o direito material ao direito processual pela mecânica da tutela.

Mauro Cappelletti⁷³ lamenta as vicissitudes dramáticas da Europa continental até meados do século XX, quando a ideologia francesa da rígida *séparation des pouvoirs*, ao invés de efetivar direitos dos indivíduos, valeu-se de retórica para se autolegimar em um regime de assimetrização e centralização de prerrogativas, quando a informação era sinônima de poder. O *poder serviu ao poder*, na velha França, pois o interesse dos vencedores (burguesia) era a própria manutenção. No contraponto, Cappelletti salienta que o modelo americano de “freios e contrapesos” – adotado no Brasil – livra-se das perigosas e débeis autonomias do *poder pelo poder*, para impor uma Administração, um Legislativo e um Judiciário, cada qual e todos dinamicamente, trabalhando em benefício dos

72 CAPPELLETTI, Mauro. "Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da 'justiça constitucional'." Tradução Fernando Sá. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Nova Prova, v. 20, p. 271. No mesmo sentido, ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 52/8.

73 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 53.

indivíduos, da paz social, e para a realização dos direitos eleitos democraticamente. As funções estatais se conformam e instrumentalizam em prol da tutela dos direitos.

Manoel Aragões Reyes salienta que o constitucionalismo é uma empresa em construção, porém, nada adiantaria festejar o advento de Constituições sistemáticas e que explicitam os direitos fundamentais, se mesmo os operadores do direito permanecem aplicando *direitos legais*, e não, os *direitos fundamentais*. Conferir uma interpretação de formalismo excessivo e restritiva dos direitos fundamentais a alguma regra jurídica significa riscar do cenário a luminosidade constitucional. Não adianta modificar o panorama normativo através de milagrosas leis, se a metodologia de trabalho permanece atarracada e apoucada pelos ranços napoleônicos. “De ahí la necesidad de ‘constitucionalizar’ el derecho para hacer que la Constitución, ‘como derecho’, rija. No solo ‘constitucionalizar’ el derecho como ordenamiento (hacer que la Constitución llegue a todos los rincones del sistema normativo), sino también, y muy principalmente, al derecho como ‘saber’, a la ciencia del derecho. No puede haber, sencillamente, Constitución duradera sin derecho constitucional desarrollado. Esa es una de características más profundas del Estado Constitucional y, por ello, una de sus características más rigurosas exigencias”⁷⁴.

A constitucionalização do direito é devedora da constitucionalização da metodologia. Nos termos de Zagrebelsky⁷⁵, o “império da lei” é destronado pela função unificadora da Constituição que, fonte e medida de todo o sistema normativo, elege os valores e estabelece o paradigma deôntico a ser obedecido. Consoante Friedrich Müller⁷⁶, a nota do corriqueiro em termos interpretativos inverteu a ordem dos problemas no Estado Constitucional: o *hard case*, antes discriminado onde existia tensão normativa, hoje é o que de mais comum acontece.

Portanto, a separação dos poderes e a decantação absoluta entre os compartimentos jurídicos merece uma releitura, agora sob o paradigma unificador da Constituição. No mesmo sentido, a reconstrução do entendimento sobre o “interesse público”, outrora devedor de uma retórica

74 REYES, Manuel Aragón. **La Constitución como paradigma**. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/130/3.pdf>>. Página 29. Acesso em: 30/08/2012.

75 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 40.

76 MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

oriunda do autoritarismo – quando o indivíduo não tinha ou detinha poucos direitos e compunha a classe de súditos ou servos do poder real ou do formal-positivismo. Por suposto que a Administração se adstringe à legalidade. O patrimônio da Administração é indisponível, ou melhor, torna-se disponível desde que atendidos os pressupostos de formalização dessa disposição. Trata-se de um reflexo do caráter coletivo (porque estrutura conjugadora de interesses conflitantes) do setor público.

Agora, o interesse público não pode continuar sendo colocado como um dogma absoluto, como se a Administração tudo pudesse, na esteira da sacralização de um conceito que de neutro não tinha nada – mas, cumpria uma interessante função sistêmica: a manutenção do poder a quem dele mesmo se alimentava. Um raciocínio automático e sem ressalvas sobre o interesse público, e o liberal subjuço do interesse privado em benefício de conceitos, nos conduziria a um retrocesso autofágico contra o sistema constitucional dos direitos fundamentais. Deveras, a legalidade neoconstitucional se permeia à deontologia principiológica e aos valores axiologicamente sistematizados a partir do norte da Constituição. Em decorrência, organizar a supremacia do interesse público sobre o privado, como um axioma indisponível e sem reflexão dinâmica, sem que se verifique que, no bojo dos auspícios públicos, também se encontra a proteção das individualidades como partes de um todo recíproco, significa legitimar pela via extroversa a formal-legalidade do liberalismo napoleônico, aquela legalidade que expressava uma vontade suprema do legislador e desprezava a legitimação social da essência dessa vontade (os fatores sociais de coesão).

Cada princípio tem o respectivo alcance resultante das limitações recíprocas para suas autodeterminações, porque “eles recebem seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”⁷⁷. Entre o público e o privado, necessário integrar uma conexão funcional-estrutural. O mundo da cultura é solidário, no qual todos os princípios devem conviver. Arrebatadora a síntese de Humberto Ávila, ao repensar a supremacia do interesse público sobre o privado não como axioma, mas postulado da unidade da reciprocidade de interesses intersubjetivamente relacionados: Em vez de uma relação de contradição entre os interesses privado e público há, em verdade, uma conexão estrutural. Se eles – o interesse público e o privado – são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre outro fica prejudicada,

77 ÁVILA, Humberto Bergmann. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”. In *RDP*, 24/1998, p. 167.

bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a Administração deve se orientar sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia compreender, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência⁷⁸.

Com efeito, quando o legislador estabelece direitos e garantias individuais ao contribuinte, ao lado de finalidades públicas⁷⁹ inerentes às funções do Estado, devem ser observados todos os quadrantes da aplicação das normas em permanente tensão. Um direito da Fazenda Pública – executar o seu crédito insatisfeito – implica o dever de ponderação, cuja condição de possibilidade somente é obtida mediante o cotejo com as demais normas do sistema jurídico. Assim, para realizar a sua pretensão executória, um dos requisitos é observar o prazo da prescrição. Esse prazo não confronta a Administração para com o Judiciário, mas coloca em debate o Estado e o indivíduo.

De um lado, o direito fundamental de o contribuinte ser executado no prazo combinado, ser citado segundo o procedimento previsto em lei; de outro lado, a potestade pública de lançar o seu crédito tributário e ajuizar a execução fiscal.

Além do conceito de interesse público merecer sopesamento concreto, na metodologia do direito constitucional, ele deve desempenhar função instrumental em relação aos cidadãos: tutelar os direitos fundamentais. Ou seja, quem ostenta o direito material deve ser protegido em todas as instâncias pelas instituições, mero reflexo da justiça material, valor metadiscursivo do ordenamento jurídico do Estado Constitucional.

O prazo de cinco anos pode sofrer interrupção, é verdade. Mas, para tanto, não basta que a Administração transfira a sua responsabilidade ao Judiciário, também é preciso que seja ajuizada a execução fiscal no lustro legal e, caso ultrapassado tal limite de cinco anos em termos de diligências prelibatórias, não sejam ultrapassados os prazos previstos no Código de Processo Civil para o chamamento do devedor. Isso é razoável.

78 ÁVILA, Humberto Bergmann. "Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'". In *RDP*, 24/1998, p. 167.

79 ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade". In *RDA* n. 215, p. 170-2.

A interrupção da prescrição pelo despacho do juiz (art. 174, parágrafo único, I, do CTN) é *secundum eventum citationis*.

5. CONCLUSÃO

Nunca na história desse país houve tamanha facilidade para se postular em juízo. Atualmente, é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um gerente de banco; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um administrador prisional; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um gerente de loja; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com um enfermeiro-chefe de um hospital ou com o almoxarifado dos remédios fornecidos pelo Estado; é mais fácil *falar* com o juiz que falar com o superintendente de alguma entidade pública ou com um gestor de uma empresa privada. E assim sucessivamente. O problema não está na “facilidade” em si mesma, mas no complexo jogo de compensações que dela reflete no certame sócio-jurídico-econômico-político.

A acessibilidade ao Judiciário é um fenômeno crescente e digno de ser festejado. A socialização da jurisdição, todavia, além dos clássicos freios de linhagem técnica e processual, desencobre ou deixa como subliminar uma mensagem preocupante: as instituições, os órgãos de controle estatal e, enfim, os mecanismos de poder da sociedade civil estão em crise, eles estão à beira de um colapso.

Não é por acaso que as problemáticas da saúde pública, tanto no que toca às internações como ao fornecimento de remédios deságuam comumente na jurisdição; não causa surpresa a massificação das demandas consumeiristas que poderiam ser dizimadas com um compromisso de prevenção dos problemas pelos próprios fornecedores, detentores de grande capital; não é raro que o controle dos atos administrativos e a própria gestão dos órgãos que deveriam fiscalizar o dirigismo social estão cada vez mais sendo delegados ao Judiciário – vale dizer que a instância administrativa chega a ser um degrau prelibatório da jurisdição. Uma sintomática temerária que é produto de uma mentalidade paternalista cada vez mais centralizadora, como indicativa do vetusto lusitanismo de conduzir as coisas, há mais de quinhentos anos.

O discurso da “democracia” brasileira é ruidoso, pois materialmente ele mantém os mesmos atores no poder, e apenas troca momentanea-

mente o nome das personagens por fatores que simbolicamente legitimam a articulação dos episódicos interesses. A administração acostumou-se a transferir a própria gestão à jurisdição, mormente nos menores núcleos estruturais do poder (por exemplo, as prefeituras), daí se instrumentalizando um curioso tráfego de participações burocráticas em termos de execução fiscal: o Judiciário não consegue mais dar conta do inexpugnável e geométrico número de demandas ajuizadas; em contrapartida, as Administrações cedem funcionários e estagiários como medidas-tampões para emergencialmente efetuarem a cobrança dos débitos em execução. O que a Administração não faz administrativamente, ela tenta remendar jurisdicionalmente.

Agora, isso não é tutela jurisdicional. Transformar varas da fazenda pública ou anexos fiscais em balcões de cobrança que procuram endereços de devedores e suplicam para o pagamento de dívidas nos meses subsequentes às eleições não é julgar, decidir, valorar e, enfim, aplicar o sistema jurídico como um todo complexo e cuja finalidade é a preservação da tutela dos direitos fundamentais e dos escopos da justiça. A modalidade do estica e puxa que a administração parece zelar pelos seus créditos tributários em nível municipal, de alguma maneira parece empurrar, a conta gotas, a legitimação dos seus atos a um poder (função) cuja feição está sendo quedada a um monólogo com a Fazenda Pública, sem a perspectiva de serem examinados os demais casos urgentes e dignos de proteção. Afinal, a execução fiscal não tem urgência – na praxe da burocracia brasileira – e os seus avassaladores números que abarrotam os escaninhos justificam quaisquer medidas cartorárias, desde que dedicadas à Fazenda Pública. Está-se beirando à autotutela na questão da execução fiscal.

Cediço que o Judiciário possui competência e transparência para resolver inúmeros problemas. Dentre as suas notórias dificuldades macroadministrativas, os juizes, os servidores e os operadores do direito em geral prestam uma inestimável colaboração para a assegurar a tutela dos direitos. Ocorre que o conteúdo das decisões exaradas, pelo menos na tradição do direito continental, possuem uma carga de convencionalismo que não permite acompanhar a dinâmica célere das reclamações sociais. E se tais decisões acompanham a celeridade dos casos – como nos célebres exemplos de vanguarda do direito de família, dentre outros –, é em uma velocidade que emparelha um circuito de modificações não transformador, mas em larga medida conformador de uma pacificação aparente ou tendencial.

Até quando?

Uma solução de compromisso que a própria jurisdição começa a sentir na administração de seus escaninhos. Não existe um problema em si mesmo quando se assume uma posição conservadora. O problema é que o conservador não admite uma outra linha devisada um pouco adiante de sua rotina. Com efeito, o conservadorismo da esfera pública (diga-se, que é natural ao direito continental) não pode descartar um *pragmatismo* que permeia os contemporâneos ruídos da eficiência da *common law ianque*. Novos direitos reclamam novas e prontas respostas. Mais que isso, chegou-se a um ponto que não é a sociedade que organiza a tecnologia, mas é a tecnologia que organiza a sociedade que lhe interessa.

Essas premissas reforçam a leitura dos três perfis propostos em debate. Não reputo inválida ou incorreta a oportunidade em que a Fazenda Pública ajuíza uma execução no prazo de cinco anos e cumpre com os termos processuais para a citação, tendo o devedor – de má-fé – se homiziado da jurisdição. Tal hipótese é limítrofe. As reflexões trazem à tona que a prescrição direta do crédito tributário não seria interrompida, apenas, como o despacho inicial do juiz, em execução fiscal; a ele, deve ser somado o cumprimento das diretrizes do CPC no que toca à citação, inclusive, pela força cogente do próprio Código de Processo Civil, consoante transcrito no quadro:

Art. 174, parágrafo único, I, do CTN	Art. 219, § 2º e 3º, do CPC	Solução lógico-jurídica que combina os dois primeiros dispositivos e cuja essência a própria dogmática oferece, no § 4º do art. 219 do CPC
--------------------------------------	-----------------------------	--

<p>A prescrição do crédito tributário é interrompida “pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”</p>	<p>§ 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)</p> <p>§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)</p>	<p>§ 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º. 10.1973)</p>
---	--	---

O direito material e as suas previsões abstratas não conseguem resolver todas as questões no plano pré-processual. É intuitivo. De fato, o processo existe para apaziguar os momentos da crise do direito material.

A prescrição é um novel exemplo de instituto que precisa do direito e do processo para regulamentar a sua sorte jurídica. A Fazenda Pública se retira da inércia, que caracteriza a prescrição, quando “age” e, ao “agir”, é porque desencadeia uma demanda perante a jurisdição. Ação, jurisdição, procedimento e processo são fenômenos coordenados à prescrição.

Portanto, impossível ou muito difícil que a vida e a morte da prescrição, a aplicação jurídica do seu termo limite seja definido em um toque de mágica, em uma regra de lei. A norma do art. 174, parágrafo único, I,

do CTN pode modificar um norte interpretativo, mas desde que se comprometa com a lógica performática do sistema que garante a vigência mesma dessa lei complementar. A ordem da citação é *secundum eventum citationis*, o que exprime uma postura jurisdicionalizada no desenrolar da fase prelibatória da execução fiscal, afinal, “quando há vontade política, as velhas instituições ruem como em um furacão e novas improvisações surgem todos os dias”⁸⁰.

A tese não é uma tremenda novidade para a jurisprudência do STJ:

“EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO ALCANÇADO PELA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRETENDIDO EFEITO INTERRUPTIVO DO DESPACHO QUE ORDENOU A CITAÇÃO. ARTIGO 8º, PARÁGRAFO 2º, DA LEI N. 6.830/80. A NORMA ACIMA MENCIONADA DEVE SER INTERPRETADA EM COMBINAÇÃO COM O ART. 219, PARÁGRAFO 4º DO CPC, OU SEJA, NO SENTIDO DE QUE ‘NÃO SE EFETUANDO A CITAÇÃO NOS PRAZOS MENCIONADOS NOS PARÁGRAFOS ANTERIORES, HAVER-SE-A POR NÃO INTERROMPIDA A PRESCRIÇÃO’. RECURSO DESPROVIDO.” (REsp 2321/RS, RECURSO ESPECIAL 1990/0001897-8, T2, Relator Min. José de Jesus Filho, DJ 28/10/1991, p. 15232)

O trabalho da academia soma-se à angústia da rotina forense. Ambos sofrem os fluxos e os contrafluxos das oscilações institucionais, mas sempre caminham na busca para devolver à tutela jurisdicional a sua carga valorativa, que lhe é imanente. E assim, entregar às pessoas os seus direitos fundamentais. A solução de compromisso do direito é uma experiência de uma sociedade em um tempo determinado, de maneira que jamais se perca de vista o compromisso de justificar as soluções do mundo jurídico com o que mais interessa à essência das coisas e ao interesse das pessoas – a origem e a meta do direito como uma realidade sensível e como ciência. ❖

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011.

80 R. C. van Caenegem, *op. cit.*, p. 55/5.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade." *In RDA* n. 215.

_____. "Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular". *In RDP*, 24/1998.

BENVENUTI, Feliciano. "Funzione amministrativa, procedimento, processo." **Rivista Trimestale di Diritto Pubblico**, anno II, 1952.

BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CAENEGEM, Raoul C. van. **Juízes, legisladores e professores**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

_____. "Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da 'justiça constitucional'". Tradução Fernando Sá. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Nova Prova, v. 20.

CASTRO, Cássio Benvenutti de. "Decadência da potestade invalidante do ato administrativo." **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF**, n. 105, abril/2010.

_____. **(Neo)Soberania e Tribunal Penal Internacional**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, *passim*.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. "Procedimento e processo (teoria generale)." **Enciclopedia del diritto**, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986, p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha de partes de **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957.

_____. "Teoria generale. Novissimo digesto italiano", v. XIII, Torinese, 1957.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJÓLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim *et ali*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. "Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal." **Revista da Ajuris**, n. 127.

MACCORMICK, Neil. "Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador." **Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. "Execução fiscal. Pesquisas tributárias". Nova série, n. 14. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, respectivamente.

MITIDIERO, Daniel Francisco. "O processualismo e a formação do código Buzaid". *In* **Revista de Processo**, n. 183.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de processo civil**, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. "Da sentença: Lei nº 11.277/06 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466A, 466B e 466C pela Lei nº 11.232/05". *In*: **As recentes reformas processuais**. Cadernos do centro de estudos, v. I, TJRS.

_____. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. "Efetividade e tutela jurisdicional." *In* MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (orgs.). **A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. "*La successione processuale*." Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. **Manuale del processo civile**. 3ª ed. Milano: Giuffrè, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REYES, Manuel Aragón. "*La Constitución como paradigma*." Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/130/3.pdf>>. Página 29. Acesso em: 30/08/2012.

SAKAKIHARA, Zuudi. Art. 8º, § 2º. In FREITAS, Vladimir Passos (coord.). **Execução fiscal: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal." In GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EdiPucrs, 2008.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 4ª Edição. Tradução de Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

TARELLO, Giovanni. "*Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile*." In **Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile**. Bologna: Il Mulino, 1989.

TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Imunidades Tributárias Genéricas dos Impostos e a Jurisprudência do STF (Breve Análise)

Daniela Gonçalves de Carvalho

Advogada. Graduada pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduada em Direito Público.

RESUMO

O presente trabalho envolve estudo sobre as limitações constitucionais do poder de tributar, mais especificamente acerca das imunidades tributárias genéricas dos impostos. Além de passarmos pela doutrina especializada, fixaremos a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

As limitações constitucionais do poder de tributar constituem um dos temas mais interessantes do Direito Tributário. Cuida-se de desdobramento de uma das principais funções da Constituição: impedir que os detentores do poder extrapolem, cometendo arbítrios contra o titular da soberania, que é o povo.

Neste trabalho, desenvolveremos uma rápida análise doutrinária e jurisprudencial, especialmente sobre as imunidades genéricas dos impostos. Passaremos por cada uma delas, verificando suas implicações práticas, hipóteses de incidência e julgados paradigmáticos da Corte Suprema.

1 - DAS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

As limitações constitucionais do poder de tributar são uma verdadeira proteção ao contribuinte contra o abuso estatal pela via da tributação. Trata-se de desdobramento do próprio Estado de Direito, bem como reflete uma das grandes funções da própria Constituição: frear o poder estatal, evitando potenciais arbítrios.

Divergem os autores quanto à classificação das limitações constitucionais ao poder de tributar. Neste trabalho, consideraremos limitações, basicamente, os princípios e as imunidades.

As imunidades tributárias são hipóteses em que não incide a competência tributária. São previstas, com exclusividade, no texto da Constituição Republicana. Na realidade, consistem em uma das facetas das limitações constitucionais ao poder de tributar. Segundo Aliomar Baleeiro¹, as limitações abrangem: princípios constitucionais tributários, imunidades e outras vedações.

Baleeiro possuía claras influências de doutrinas econômicas, daí a correlação que pode ser feita entre os elementos que Baleeiro considera limitações com o seu resultado prático: não arrecadação.

Ricardo Lobo Torres² considera limitações constitucionais ao poder de tributar as seguintes:

- a) as imunidades (art. 150, IV, V E VI);
- b) as proibições de privilégio odioso (arts. 150, II, 151 e 152);
- c) as proibições de discriminação fiscal, que nem sempre aparecem explicitamente no texto fundamental;
- d) as garantias normativas ou princípios gerais ligados à segurança dos direitos fundamentais, como sejam a legalidade, a irretroatividade, a anterioridade e a transparência (art. 150, I, II e §§ 5º e 6º)

Estudemos agora cada uma das limitações constitucionais do poder de tributar.

¹ BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*, 2, Editora Forense, Rio de Janeiro: 1960, *passim*.

² TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Editora Renovar. 15ª edição. Rio de Janeiro: 2008, p. 64.

1.1 - Leitura breve sobre princípios constitucionais – tributários

Os princípios exercem uma função norteadora, interpretativa das demais normas do Ordenamento. Consistem em normas dotadas de maior grau de abstração do que as regras, logo, de maior ductilidade. Contudo, atualmente é indubitável sua força normativa, exercendo papel cogente sobre todo o Direito.

1.1.1 - Princípio da Legalidade

*CRFB, Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*

Não se pode criar ou exigir tributos, senão por lei. A legalidade tributária é uma legalidade estrita e rigorosa. Deve-se entender claramente que instrumento normativo capaz de criar e majorar tributos é a lei formal. É um princípio muito caro ao Direito Tributário, sendo denominado por muitos autores como tipicidade tributária, a exemplo da tipicidade penal.

A única exceção atualmente reside na criação por medida provisória, desde que obedecidos os pressupostos de relevância e urgência. Lembre-se que tributos que exijam lei complementar para sua criação não podem ser veiculados por medida provisória. Isso, em decorrência da vedação do artigo 62, § 1º, III, da CRFB. É o caso dos empréstimos compulsórios, artigo 148 da CRFB.

Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os de finalidade extrafiscal, só produzirá efeitos no exercício seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia em que fora editada. Artigo 62, parágrafo 2º, da CRFB.

1.1.2 - Princípio da Isonomia

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

A isonomia prevista no *caput* do artigo 5º da CRFB está mais detalhada aqui. Como sabido, é insuficiente tratar a todos de forma igual, diz o jargão jurídico: “tratar os iguais de forma igual e os desiguais desigualmente” que configura a verdadeira isonomia substancial. No Direito Tributário uma das formas mais corriqueiras de se efetivar a isonomia é pautando a exigência dos tributos através da capacidade contributiva.

Cidadãos com maior capacidade contributiva devem contribuir mais do que aqueles com menor capacidade contributiva. A capacidade contributiva é a riqueza revelada pelo contribuinte no mundo exterior. Tomemos como exemplo o imposto sobre rendas e proventos de qualquer natureza. O imposto citado, no tocante às pessoas físicas, possui quatro alíquotas que se diferenciam conforme for maior ou menor a capacidade contributiva do cidadão, vejamos a tabela para o ano calendário de 2012, exercício de 2013 (Lei n. 12.469/ 2011):

Tabela Progressiva Mensal

Base de Cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parcela a Deduzir do IR (R\$)
Até 1.637,11	-	-
De 1.637,12 até 2.453,50	7,5	122,78
De 2.453,51 até 3.271,38	15	306,80
De 3.271,39 até 4.087,65	22,5	552,15
Acima de 4.087,65	27,5	756,53

Lembrando que o artigo 145 da CRBF, § 1º prevê que os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte.

1.1.3 - Princípios da irretroatividade e anterioridade

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b.

A irretroatividade e a anterioridade preservam o valor da segurança jurídica, traduzindo-se em não surpresa para o contribuinte. O cidadão tem o direito de saber com exatidão qual lei tributária que regulamenta a incidência tributária por ele praticada. Atualmente, com a enorme carga tributária sobre o empresariado, tais princípios ganham especial relevo, refletindo diretamente no planejamento econômico das empresas.

Atente-se para a função social da empresa. O desenvolvimento de atividades lícitas gera empregos, movimenta a economia, incrementa o mercado de consumo, aumenta as exportações e, conseqüentemente, as relações comerciais externas. Por essas razões, não deve o Estado criar empecilhos desnecessários ao desenvolvimento das atividades empresariais. A segurança jurídica dada pelos princípios em apreço consiste em um modo de preservar a empresa e o importante papel por ela desempenhado na sociedade.

Ademais, não só o empresário, mas qualquer cidadão comum num Estado Democrático de Direito deve estar preparado para a tributação. O

planejamento econômico, inclusive em âmbito familiar, é etapa necessária para se atingir uma vida equilibrada em sociedade e, ao mesmo tempo, para o desenvolvimento de toda a coletividade (CRFB, art. 3º, II).

Na alínea *a*, o princípio da irretroatividade consiste na impossibilidade de se cobrar tributo relativo a fato gerador anterior à lei que instituiu a sua cobrança. O princípio da irretroatividade não possui qualquer exceção constitucional. No IPI, II, IE e IOF o que é excepcionado é o princípio da anterioridade, não o da irretroatividade.

O princípio da anterioridade pura e simples (alínea *b*) significa que é vedado cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que fora publicada a lei de instituição ou majoração. Tal princípio inexistente no direito comparado. O constituinte brasileiro inovou ao criar mais essa proteção ao contribuinte.

Alguns tributos constituem exceção a esse princípio. É o caso do imposto de importação, do imposto de exportação, do imposto extraordinário de guerra, do empréstimo compulsório movido por calamidade pública, do imposto sobre produtos industrializados e do imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a valores mobiliários.

Cuida-se de tributos movidos pela extrafiscalidade, ou seja, sua função precípua não é a arrecadação. Pela extrafiscalidade, o governo exerce parcela de controle sobre a economia nacional. O tributo extrafiscal é uma forma de intervenção salutar da Administração na Economia. É como, e.g., o imposto de exportação com “alíquota zero”, a fim de estimular as exportações e desenvolver a indústria nacional.

Chama atenção o verbete da Súmula do Supremo Tribunal Federal n. 584, *verbis*:

Ao imposto de renda calculado sobre os rendimentos do ano-base, aplica-se a lei vigente no exercício financeiro em que deve ser apresentada a declaração.

Data venia, ousamos discordar do entendimento sumulado da Corte Suprema. O enunciado transcrito afronta claramente o princípio da anterioridade do exercício financeiro. O imposto em tese possui fato gerador complexo, o que significa que aos fatos pendentes pode-se aplicar a lei nova. Porém, o entendimento esposado pelo STF permite uma aplicação total da nova lei a fatos geradores passados. Lamenta-se que tal Súmula persista.

A anterioridade nonagesimal, artigo 150, III, alínea c, é verdadeiro complemento da anterioridade, que reforça a não surpresa. Além de observar a anterioridade do exercício financeiro, devem ser respeitados os noventa dias da publicação da lei instituidora ou majoradora do tributo.

Exceção a esse princípio são os seguintes impostos: imposto de importação, imposto de exportação, imposto extraordinário de guerra, empréstimo compulsório movido por calamidade pública, imposto de renda, e imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas, a valores mobiliários, a fixação da base de cálculo do imposto sobre a propriedade de veículos automotores e do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana.

1.1.4 - Princípio do Não Confisco

Está previsto no artigo 150, IV, da Constituição Republicana.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco.

O princípio do não confisco é uma proteção à capacidade contributiva do cidadão. Trata-se de cláusula aberta, portanto, deve o legislador utilizar-se de bom senso e razoabilidade ao fixar os tributos. Não é tarefa das mais fáceis, por certo. De um lado, não pode existir tributação inócua, pois um Estado neoliberal, que em sua Constituição, artigo 173, diz expressamente que a atividade econômica estatal é excepcional, só pode manter-se através de farta tributação. Por outro lado, tributo com efeito de confisco desnatura o próprio Estado de Direito, que prega liberdades, como o direito de propriedade, que é direito fundamental, inclusive.

Mauro Luís Rocha Lopes leciona-nos em sua obra:

O direito brasileiro veda a instituição de tributo com efeito de confisco no artigo 150, IV, da Constituição. Se o tributo é a contrapartida que o cidadão destina ao Poder Público para que se possa exercer suas liberdades num espaço imune a interferência estatal, a tributação confiscatória de tais liberdades representaria um paradoxo inaceitável.³

³ LOPES, Mauro Luís Rocha. **Direito Tributário Brasileiro**. 2ª Edição, Editora Impetus, Niterói: 2011.

Na América Latina, podemos citar a Argentina como exemplo, a Suprema Corte adota um limite acima do qual se considera confiscatória a arrecadação: 33%. Porém, cuida-se de exceção, já que não é recomendável a imposição de limites expressos. Entendemos que o não confisco necessita apenas de razoabilidade para ser aplicado. Ademais, fixar um limite pode ser perigoso, pois o limite pode revelar-se diminuto em alguns casos e excessivo em outros.

1.1.5 - Princípio da Liberdade de Tráfego

O princípio da liberdade de tráfego está positivado no artigo 150, V, da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

O Brasil adotou como forma de Estado a federação. De acordo com Pedro Lenza, são características do federalismo, dentre outras:

Descentralização política: a própria constituição prevê núcleos de poder político, concedendo autonomia para os referidos entes;

Inexistência do direito de secessão: não se permite, uma vez criado o pacto federativo, o direito de separação, de retirada. Tanto é que, só a título de exemplo, no Brasil, a CF/88 estabeleceu em seu artigo 34, I, que a tentativa de retirada ensejará a decretação da intervenção federal no Estado “rebelante”.

Eis o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, lembrando, inclusive, que a forma federativa de Estado é um dos limites materiais ao poder de emenda, na medida em que, de acordo com o artigo 60, § 4º, I, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado;

Soberania do Estado Federal: a partir do momento em que os Estados ingressam na Federação, perdem soberania, passando a ser autônomos. Os entes federativos são, portanto, autônomos entre si, de acordo com as regras constitucionalmente previstas, nos limites de sua competência; a soberania, por seu turno, é característica do todo, do “país”, do Estado federal, no caso do Brasil, tanto é que aparece como fundamento da República Federativa do Brasil (...)”⁴

Como vivemos numa federação, não pode ser fato gerador de tributo a circulação pelo território nacional. Conforme salientado acima, na citação da obra de Pedro Lenza, a soberania é do todo, da união indissolúvel, não de partes. Daí o fundamento lógico para a impossibilidade de tributação pela simples circulação de pessoas e bens.

A ressalva, feita pelo mesmo artigo que estabelece o princípio, é o pedágio. Na realidade, divide-se a doutrina quanto à justificativa para tal. Para alguns autores, o pedágio tem natureza de tributo, sendo excepcionado expressamente pela Constituição. Já outros doutrinadores entendem que a exceção só se justifica por não ser o pedágio tributo, mas sim, preço público.

Acompanhamos a teoria de que, o pedágio, ora será tributo, ora será preço público. Depende de avaliação concreta. Comunga do mesmo pensamento, o professor Mauro Luís Rocha Lopes⁵, afirmando que será tributo quando não houver outra alternativa de estrada a seguir pelo contribuinte. Sendo o caminho o único possível, cuida-se de taxa. Ainda que seja tributo, é indiscutível a viabilidade de sua cobrança, pois autorizado pela Constituição. Havendo alternativa de caminho, e sendo a via pedagiada administrada por concessionário, será preço público.

4 LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª Edição. Editora Saraiva. 2011, p. 382, 383.

5 LOPES, Mauro Luís Rocha. **Direito Tributário Brasileiro**. 2ª Edição, Editora Impetus, Niterói: 2011, p. 88.

O Supremo Tribunal Federal, ao distinguir taxas de preços públicos utiliza o critério da compulsoriedade. Isso significa dizer que será taxa, logo, tributo quando for compulsória a utilização pelo usuário, tal como expusemos acima. Veja-se o Enunciado 545 da Súmula do STF:

Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária em relação à lei que as instituiu.

Desta forma, o pedágio pode ser considerado taxa, portanto tributo, quando o caminho for o único possível para se chegar ao destino, inexistindo alternativa ao contribuinte. Não há que se falar em inconstitucionalidade, tendo em vista a ressalva expressa feita pela Constituição.

Por outro lado, o pedágio será preço público quando houver outras vias alternativas postas à disposição do contribuinte e este, pela livre manifestação de vontade, optar pela via administrada por concessionário e na qual se cobra pedágio.

1.1.6 - Princípio da capacidade contributiva

Este princípio consta do art. 145, § 1º, da Constituição Federal. A capacidade contributiva deve ser observada sempre que possível, sendo substancialmente o ponto de equilíbrio entre a tributação, seu papel social e a liberdade individual de cada contribuinte.

A capacidade contributiva se traduz em justiça social e fiscal, pois cada um paga tributos de forma proporcional à carga econômica que pode dispor em favor do Estado. Isso num Estado Tributário ideal.

A capacidade contributiva é mensurada pelo fato gerador e pela base de cálculo de cada tributo.

O fato gerador de cada tributo é um signo presuntivo de riqueza, uma manifestação de capacidade contributiva. Tomemos como exemplo o imposto sobre propriedade de veículos automotores. Duas pessoas que não se conhecem possuem o mesmo veículo, da mesma marca e mesmo modelo. Uma dessas pessoas está desempregada; a outra é um rico empresário e este é somente um dos muitos veículos que possui. Ambos pa-

garão exatamente o mesmo valor de IPVA, pois o fato gerador do imposto é tudo o que interessa para se aferir a capacidade contributiva, sendo indiferente a disponibilidade monetária de cada um dos sujeitos.

2 - IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

As imunidades tributárias consistem no não exercício da competência tributária, em razão de vedação decorrente diretamente da Constituição Republicana. Neste trabalho, analisaremos somente as imunidades tributárias relativas aos impostos, previstas no artigo 150, VI, da Constituição Federal

2.1 - Diferenças entre imunidades, isenções e hipóteses de não incidência

Inicialmente, cumpre esclarecer que não se confundem imunidades, isenções e não incidência *strictu sensu*, pois em todas as hipóteses o tributo, de fato, não incide. Porém é de todo interesse diferenciar as três figuras, como o faz a doutrina, em geral. Vamos seguir aqui a doutrina de Ricardo Lodi Ribeiro.⁶

A imunidade é intributabilidade, limitação de origem exclusivamente constitucional do poder de tributar. Sua natureza é declaratória, ao passo que as limitações são decorrência do Estado de Direito sobre qualquer poder, diferente não seria com o poder fiscal.

A isenção, para alguns, é conceituada como não incidência legalmente qualificada.⁷ De fato, ela decorre da lei, o que, por si só, já a difere das imunidades. Entretanto, há outra diferença significativa: nas imunidades não há o exercício da competência tributária, posto inexistir. Já na isenção, a competência existe, o legislador derroga-a por razões de justiça.⁸ Ademais, a natureza da isenção é constitutiva, podendo ser revogada a qualquer tempo.

A não incidência em sentido estrito pode ser resumida como a mera não ocorrência do fato gerador. Logo, independe de qualquer afirmação normativa.

Esclarecido o conceito e a natureza das imunidades, passemos ao estudo das imunidades genéricas dos impostos e sua correlação com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

6 RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Editora Lumen Juris, 1ª edição: 2010.

7 RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Editora Lumen Juris, 1ª edição: 2010, *passim*.

8 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Editora Renovar. 15ª edição. Rio de Janeiro: 2008.

2.2 - Imunidades genéricas dos impostos

O primeiro cuidado que se deve ter com as imunidades genéricas constantes do artigo 150, inciso IV e alíneas, da Constituição Federal é que eles abrangem somente impostos e não todos os tributos. Analisemo-los, pois.

Seguindo a doutrina de Ricardo Lobo Torres, relacionaremos cada imunidade exposta a um direito fundamental ou fundamento da República. No entanto, entendemos todas as imunidades estudadas como imunidades legítimas, ao contrário do renomado autor que considera, com sua mais que respeitável e autorizada opinião, algumas como privilégios odiosos.

2.2.1 - Imunidade recíproca

A imunidade recíproca, relacionada à forma federativa de Estado, está no artigo 150, VI, alínea *a*, da Constituição Republicana, vejamos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros

A imunidade recíproca impede a tributação, via impostos, sobre a renda, patrimônio e serviços das pessoas jurídicas de direito público interno (vide § 2º do artigo 150 da CRFB, que o estende a autarquias e fundações públicas). Sua origem é a jurisprudência americana, com destaque para o caso *McCulloch versus Maryland*, em que ficou assentada a impossibilidade da cobrança de impostos estaduais sobre banco da União.

Tal imunidade tem como fulcro o pacto federativo e se limita, entendimento de Ricardo Lobo Torres o qual compartilhamos, ao patrimônio, renda ou serviço vinculados às atividades essencialmente públicas. A despeito de tal disposição só constar expressamente do § 2º do artigo 150, entendemos só se justificar no tocante à proteção a coisa pública.

Indiscutivelmente, esta imunidade é subjetiva, afeta tão somente às pessoas de direito público que a detém, vide Súmula 336 do STF:

A imunidade da autarquia financiadora, quanto ao contrato de financiamento, não se estende à compra e venda entre particulares, embora constantes os dois atos de um só instrumento.

O Supremo Tribunal Federal adota interpretação extensiva de tal imunidade, desconsiderando, muitas vezes, a exigência constitucional do caráter público de atividade essencial do que se está a imunizar. Analisando diversos julgados e até mesmo enunciados sumulados, percebe-se que o STF se limita a exigir que a renda obtida com a atividade não essencial seja revertida a favor da coisa pública. Exemplo disso é o verbete da Súmula n. 724:

Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, c, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.

Dentro desse espectro ampliativo, chamou atenção a decisão emblemática que estendeu a imunidade recíproca à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Advirta-se que a justificativa do Pretório Excelso reside no caráter de monopólio das atividades por esta empresa pública federal exercido. Recurso Extraordinário 407099. Também foi estendida a imunidade a Infraero, sob os mesmos argumentos (RE 363412).

Deixamos nossa humilde crítica aqui, pois o texto constitucional é tão claro quando estende a imunidade em comento somente às autarquias e fundações (pessoas de direito público) quanto ao dizer que as empresas estatais devem ter tratamento igual às da iniciativa privada, inclusive no tocante à tributação. (arts. 150, § 2º e 173, § 1º, II).

Como garantia fundamental do cidadão, as imunidades são interpretadas atribuindo-se a elas a maior efetividade possível pelas Cortes Superiores. A despeito da nobre atividade interpretativa, entendemos terem ocorrido alguns excessos.

Em julgado recente, o STF parece sinalizar para uma posição mais consonante com a ideia de que normas que tragam benesses tributárias devem ser interpretadas de forma estrita. Não nos apressemos em dizer que houve mudança no seu posicionamento. Trata-se de julgado isolado, mas que merece ser mencionado por sua precisão técnica:

O Plenário retomou julgamento de recurso extraordinário em que se discute — à luz do art. 150, VI, a, e §§ 2º e 3º, da CF — se a imunidade tributária recíproca alcança ou não todas as atividades exercidas pela recorrente, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Na espécie, o recurso fora interposto de acórdão em que se limitara o colimado benefício aos serviços tipicamente postais mencionados no art. 9º da Lei 6.538/78. A Corte de origem entendera lícito ao município recorrido a cobrança de Imposto sobre Serviços - ISS relativamente àqueles não abarcados pelo monopólio concedido pela União — v. Informativo 628. O Min. Luiz Fux, em voto-vista, desproveu o recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Cezar Peluso, Presidente. Na linha do que já exposto pelo Min. Joaquim Barbosa, relator, acrescentou que não teriam sido objeto de maiores questionamentos a venda de títulos de capitalização, o recebimento de mensalidades de associações e sindicatos e de inscrições em vestibulares e concursos, os quais não caracterizariam serviço público.

Aduziu que essas atividades seriam econômicas em sentido estrito e, por isso, subordinadas à regra prevista no art. 173, § 1º, II, da CF, que prevê a sujeição das empresas públicas ao regime jurídico-tributário próprio das empresas privadas.

Destacou que, consoante julgados da Corte, o regime jurídico da ECT aproximar-se-ia ao das autarquias. De igual forma, aplicar-se-iam as restrições à imunidade recíproca constitucionalmente estabelecidas para as autarquias, de modo que os serviços desvinculados de suas finalidades essenciais, como os da situação em comento, não seriam alcançados pela aludida benesse. Ao destacar que a recorrente possuiria posição privilegiada no mercado, tendo em conta a sua condição de empresa pública, reiterou que eventual imunidade tributária concedida aos serviços prestados em regime de livre concorrência significaria vantagem competitiva em

relação aos demais agentes do mercado, em afronta ao art. 173, § 2º, da CF.

Rejeitou, ademais, o argumento de subsídio cruzado — desoneração tributária de atividades que custeariam o serviço postal —, haja vista que a incidência de tributação repercutiria no preço final dos serviços e produtos comercializados pela ECT, que não se regeriam pelos princípios da universalidade, da continuidade e da modicidade tarifária — mas sim pela dinâmica de formação de preços do mercado —, bem como essa extensão ofenderia a ratio essendi da imunidade recíproca, qual seja, a manutenção do equilíbrio federativo. Por fim, asseverou que, se mantido o subsídio cruzado, ele deveria se limitar aos tributos de competência da União, sob pena de impor aos demais entes federados o custeio de serviço público não incluído entre suas competências. RE 601392/PR, rel. Min. Joaquim Barbosa, 16.11.2011. (RE-601392).

Encerramos os comentários pertinentes a esta imunidade dizendo que não se pode estender a já ampliativa interpretação do STF para sociedades de economia mista, tampouco a empresas públicas que não prestem serviços públicos.

2.2.2 - Imunidade dos templos

Sua positivação está no artigo 150, VI, *b*, da CRFB, *verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

Essa imunidade tutela a liberdade de crença e culto, direito fundamental positivado no artigo 5º, VI, da Carta Magna Nacional. O Estado brasileiro é laico, não podendo estabelecer religiões oficiais, de acordo com o artigo 19 da Constituição. Desta monta, a total desvinculação do Es-

tado com as religiões se encerra com a não tributação das suas atividades essenciais através de impostos.

Tradicionalmente, a imunidade abraça imóvel vizinho ou anexo ao templo, desde que seja em prol do culto religioso, *e.g.* moradia do religioso que ministra o culto.

Há um Recurso Extraordinário (RE 562351) no qual a maçonaria requer a imunidade tributária dos templos. O julgado é paradigmático por assentar que há necessidade de interpretação restritiva, lembrando que o alargamento excessivo da proteção a esvazia. Segue o acórdão:

Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. ART. 150, VI, C, DA CARTA FEDERAL. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279 DO STF. ART. 150, VI, B, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ABRANGÊNCIA DO TERMO “TEMPLOS DE QUALQUER CULTO”. MAÇONARIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E, NO QUE CONHECIDO, DESPROVIDO.

I – O reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal exige o cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei. II – Assim, para se chegar à conclusão se o recorrente atende aos requisitos da lei para fazer jus à imunidade prevista neste dispositivo, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Incide, na espécie, o teor da Súmula 279 do STF. Precedentes. III – A imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, b, é restrita aos templos de qualquer culto religioso, não se aplicando à maçonaria, em cujas lojas não se professa qualquer religião. IV - Recurso extraordinário parcialmente conhecido, e desprovido na parte conhecida.

Decisão

Após o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, Relator-Presidente, e dos votos dos Ministros Ayres Britto, Dias Toffoli e da Ministra Cármen Lúcia, que conheciam, em parte, do recurso

extraordinário, mas lhe negavam provimento, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma, 13.04.2010.

Decisão: Por unanimidade, a Turma conheceu, em parte, do recurso extraordinário e, por maioria de votos, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que o provia. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Luiz Fux e a Senhora Ministra Rosa Weber. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 4.9.2012.

Destaque para os seguinte trechos do voto do Relator, posto extremamente didático e elucidativo:

Quanto ao disposto no art. 150, VI, b, da CF, o Min. Ricardo Lewandowski negou provimento ao recurso. Inicialmente, observou que a questão central do recurso estaria em saber se a referência a “templos de qualquer culto” alcançaria, ou não, a maçonaria. Aduziu que o art. 5º, VI, da CF seria expreso em assegurar o livre exercício dos cultos religiosos e que uma das formas que o Estado estabelecera para não criar embaraços à prática religiosa fora outorgar imunidade aos templos onde se realizem os respectivos cultos.

Enfatizou que, no caso, a interpretação do referido dispositivo deveria ser restritiva, atendendo às razões de sua cogitação original. Consignou, no ponto, que as liberdades deveriam ser interpretadas de forma extensiva, não devendo o Estado criar qualquer óbice à manifestação de consciência, porém, deveria ser dado tratamento diametralmente oposto, ou seja, restritivo às imunidades.

Nessa linha, asseverou que, quando a Constituição confere imunidade tributária aos “templos de qualquer culto”, este benefício fiscal estaria circunscrito aos cultos religiosos. Registrou, ademais, que a própria entidade, em seu estatuto,

declarara enfaticamente não ser uma religião e, por tal razão, pareceria irretocável a decisão a quo.

No que tange ao art. 150, VI, c, da CF, não conheceu do extraordinário, dado que o cumprimento dos requisitos previstos no art. 14 do CTN constituiria conditio sine qua non para o gozo da imunidade tributária outorgada pela CF, sendo inevitável, destarte, o revolvimento do conjunto fático-probatório (Enunciado da Súmula 279 do STF: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”). Após os votos dos Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ayres Britto, que acompanhavam o voto do relator, pediu vista dos autos o Min. Marco Aurélio. RE 562351/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13.4.2010. (RE-562351)

Quanto aos cemitérios, deve ser feita uma importante distinção. Primeiramente, se o cemitério for uma extensão do templo, abrangendo a crença, fará jus à imunidade. No entanto, caso o cemitério, ainda que de titularidade de Ordem Religiosa, exerça atividade onerosa e explorada por particular, desvinculada de uma crença específica, não será imune.

Segue julgado do Supremo Tribunal Federal que denota a posição da Corte sobre o tema (RE 578562 - BA):

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IPTU. ARTIGO 150, VI, “B”, CB/88. CEMITÉRIO. EXTENSÃO DE ENTIDADE DE CUNHO RELIGIOSO. 1. Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles. 2. A imunidade aos tributos de que gozam os templos de qualquer culto é projetada a partir da interpretação da totalidade que o texto da Constituição é, sobretudo do disposto nos artigos 5º, VI, 19, I e 150, VI, “b”. 3. As áreas da incidência e da imunidade tributária são antípodas. Recurso extraordinário provido.

Decisão

O Tribunal, à unanimidade e nos termos do voto do relator, deu provimento ao recurso. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Falou pela recorrente o Dr. Augusto Aras. Plenário, 21.05.2008.

2.2.3 - Imunidades de partidos políticos, suas fundações, entidades sindicais dos trabalhadores e instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos.

Com previsão no artigo 150, VI, c, sobredita imunidade tutela diversos direitos. Vamos vê-los passo a passo.

2.2.3.1 - Partidos políticos

Quanto aos partidos políticos e suas fundações, seu fulcro é o pluralismo político, fundamento da República, artigo 1º, V, da CRFB, que reluz a liberdade política. O artigo 17 do mesmo diploma normativo garante a liberdade na criação partidária. Com respaldo na democracia, a tributação não pode ser óbice ao desenvolvimento das atividades político-partidárias. Não nos esqueçamos de que o artigo 1º da Carta Magna define-nos como “Estado **Democrático** de Direito”.

Muito mais do que um Estado Legal, temos o compromisso de formar uma nação democrática, sendo característica da democracia pátria o pluripartidarismo. Assim, o Poder Público não deve intervir na organização interna dos partidos, e uma forma de ausentar-se é exatamente através da imunidade em questão.

2.2.3.2 - Entidades sindicais dos trabalhadores

No tocante às entidades sindicais dos trabalhadores, estas encontram assento nos direitos sociais.

De fato, deparamo-nos aqui com uma reflexão da isonomia. Apenas os sindicatos de trabalhadores fazem jus a esta não incidência constitucional, não o fazem os sindicatos patronais. Isso porque o trabalhador é

hipossuficiente, sujeito ao poder diretivo do empregador. O empregador sempre está em posição vantajosa no mundo dos fatos. Por essa razão, todo o sistema de proteção ao trabalho tenta equilibrar a balança, dando juridicamente ao trabalhador mecanismos de balanceamento, a fim de equalizar a relação jurídica de emprego.

Nesse ínterim, surge como mecanismo adicional a tutela dos empregados, a ora estudada imunidade. Sua finalidade é a proteção dos direitos dos trabalhadores.

Além dos sindicatos, detêm a imunidade as federações e confederações sindicais, também, obviamente, dos trabalhadores, encerrando a vedação constitucional à intervenção estatal na atividade sindical (CRFB, art. 8º, I).

2.2.3.3 - Instituições de educação e assistência social sem fins lucrativos

A expressão entidades de educação abarca qualquer estabelecimento de cunho educativo, e.g. pré-vestibular comunitário, escolas, dentre outros. Basta que seja sem fins lucrativos. Isso não significa que não possa ser cobrada mensalidade como contraprestação do alunado. Basta não haver distribuição de lucro e preencher os requisitos estabelecidos em lei.

O Estado Brasileiro tem conhecidas e sérias deficiências na prestação de serviços públicos, fruto da secular desigualdade social que o assola desde a sua colonização exploratória. Daí o grande interesse estatal em incentivar que o particular faça suas vezes. Acaba sendo menos oneroso não tributar entidades filantrópicas do que o Estado cobrir toda a gama de serviços que configuram assistência social.

A grande distinção entre previdência social e assistência social é o caráter contributivo da primeira e altruístico da derradeira. A assistência social socorre quem dela necessita, sem qualquer contraprestação; é uma ajuda aos menos favorecidos.

Antigamente, prevalecia na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o conceito de assistência social era tão amplo de forma que eram imunes entidades de previdência privada e outras instituições afins. Entretanto, o STF sumulou entendimento diverso, do que se pode deduzir que o conceito de assistência social para fins de imunidade tributária é restrito, exige atividade filantrópica, vejamos:

Súmula 730

A imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição, somente alcança as entidades fechadas de previdência social privada se não houver contribuição dos beneficiários.

Dessa monta, apenas se for um ato de caridade, em que não haja contribuição dos beneficiários, apenas dos patrões é que será considerada assistência social.

Os requisitos a serem observados para a sua concessão estão no artigo 14 do CTN. Havia uma discussão se os requisitos deveriam ser estabelecidos por lei complementar ou por lei ordinária.

A tese que defendia o uso de lei complementar baseava-se no artigo 146, II, da Constituição, o qual diz que compete à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar, e a imunidade é uma limitação constitucional ao poder de tributar.

A teoria oposta, utilizada pelo fisco, afirma que quando a Constituição falou em requisitos previstos em lei não especificou se era lei complementar, e quando o constituinte quer lei complementar, ele pede expressamente, caso contrário a exigência é apenas de lei.

A Corte Suprema decidiu, cautelarmente, pela desnecessidade de veiculação por lei complementar nos requisitos que a instituição deve ter para que seja considerada sem fins lucrativos, o que restou reservado à lei complementar é o detalhamento da imunidade. É um critério obscuro e é de dificuldade extrema diferenciar uma situação da outra. Veja-se o julgado na ADI - MC 1802/DF:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: Confederação Nacional de Saúde: qualificação reconhecida, uma vez adaptados os seus estatutos ao molde legal das confederações sindicais; pertinência temática concorrente no caso, uma vez que a categoria econômica representada pela autora abrange entidades de fins não lucrativos, pois sua característica não é a ausência de atividade econômica, mas o fato de não destinarem os seus resultados positivos à distribuição de lucros. II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): “instituições de educação e de assistência social, sem fins

lucrativos, atendidos os requisitos da lei”: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida.

1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar.

2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal arguida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o parágrafo único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada.

3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientela restritas e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja delibação não é necessária à decisão cautelar da ação direta.

Todavia, a alteração legislativa operada no referido artigo 14 do CTN foi feita através de lei complementar (LC 104, de 10 de Janeiro de 2001). Tal alteração, por óbvio, não foi questionada, uma vez que a lei complementar exige quórum maior de aprovação. Sendo aprovada uma matéria por lei complementar, logicamente o teria sido por lei ordinária.

Os requisitos objetivos, que estão no artigo 14 do CTN, envolvem a não distribuição de lucros, a qualquer título; a aplicação no território nacional de seus fins institucionais; e a manutenção da escrituração de suas receitas e despesas em livros, semelhantes aos livros empresariais e contábeis exigidos pela lei civil.

Já os requisitos subjetivos estão na Lei nº 9.532 de 1997 e em nada inovam o que dispõe o CTN. Destacamos apenas o § 3º, do artigo 12, *ipsis literis*:

§ 3º Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superavit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado integralmente ao incremento de seu ativo imobilizado.

2.2.4 - Imunidades dos livros, jornais, periódicos e do papel destinado à sua impressão

A Constituição o estabelece no artigo 150, VI, *d*. Trata-se de tutela da liberdade de expressão. É uma imunidade de cunho objetivo, por proteger a atividade da tributação, independentemente da pessoa que a pratica. Para alguns, tutela a liberdade de imprensa, para outros, a imunidade protegeria e divulgação do conhecimento e da cultura.

O STF adota interpretação extensiva, à semelhança do que faz com as demais imunidades, considerando imunes revistas, apostilas (RE 183403) e filmes e papéis fotográficos, conforme a súmula 657:

IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 150, VI, “D”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ABRANGE OS FILMES E PAPÉIS FOTOGRÁFICOS NECESSÁRIOS À PUBLICAÇÃO DE JORNAIS E PERIÓDICOS.

A despeito de não haver jurisprudência sobre o tema, ousamos discordar de Ricardo Lobo Torres⁹, pois entendemos que a imunidade se estende a livros virtuais, audiolivro e assemelhados, pois, tais instrumentos tutelam a liberdade de expressão e divulgação da cultura tanto quanto os livros de papel.

9 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Editora Renovar. 15ª edição. Rio de Janeiro: 2008.

CONCLUSÃO

Após o estudo das limitações constitucionais do poder de tributar, concluímos que a intenção do constituinte foi proteger o contribuinte contra possíveis abusos de poder pelos detentores do poder fiscal. Sob esse ponto de vista, o Supremo Tribunal Federal assegura pleno cumprimento das normas que instituem através de interpretação ampliativa.

As imunidades devem ser aplicadas na íntegra e de modo a favorecer o direito fundamental que protegem. Porém a jurisprudência deve ter o máximo de cuidado para não se perder. Acreditamos estar o STF acertando nesse mister que lhe compete com exclusividade: dar a palavra final em matéria de imunidade. A despeito de críticas pontuais efetuadas neste trabalho, a Suprema Corte tem conferido interpretação ampla quando necessário e restringindo, também, na medida certa. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**, 2, Editora Forense, Rio de Janeiro: 1960.

BALEIRO, Aliomar e NOVELLI, Flávio Bauer. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1985.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª Edição. Editora Saraiva, 2011.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Direito Tributário Brasileiro**. 2ª Edição. Editora Impetus. Niterói, 2011.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Editora Lumen Juris. 1ª edição, 2010.

Sítio eletrônico do Planalto Central: www.planalto.gov.br, acessado em 19/01/2012; 10/02/2012; 14/02/2012 e 21/05/2013.

Sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: www.stf.jus.br, acessado em 10/02/2012; 13/02/2012; 14/02/2012 e 21/05/2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Editora Renovar. 15ª edição. Rio de Janeiro, 2008.

Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros e a Atuação do ICSID no Cenário Global: Aspectos Legais, Doutrinários e Jurisprudenciais

Divo Augusto Cavadas

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ). Cursa Especialização em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Cursa Especialização em Direito Penal pela Universidade Gama Filho (CEPLA/UGF). Membro do Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LADIH/UFRJ). Advogado militante em Direito Internacional, Direito Empresarial e Direito do Trabalho.

RESUMO

O objetivo do presente estudo é discorrer de forma didática sobre a estrutura, composição e métodos de julgamento do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), órgão do Grupo Banco Mundial especializado na solução de controvérsias envolvendo empresas transnacionais e Estados soberanos (estes hodiernamente na posição de hospedeiros de investimentos estrangeiros). Para tal mister, será utilizada metodologia baseada no estudo geral da arbitragem e do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, e em seguida analisar especificamente a atuação do ICSID, valendo-se do método dedutivo. Trata-se de um trabalho destinado a promover a divulgação e discussão de tão relevante tema pertencente ao âmbito do Direito Internacional Econômi-

co. A justificativa do presente estudo reside na importância do ICSID, não apenas como órgão de solução de controvérsias baseado no uso da Arbitragem e da Conciliação, mas também como verdadeiro ator no tabuleiro das relações internacionais pós-modernas, exortando, dessa maneira, a formação de profissionais especializados na atuação em tal foro.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Sociedade Internacional vive momentos de crise na atualidade. O modo de produção capitalista uma vez mais demonstrou sinais de fragilidade com a deflagração de uma crise econômica mundial a partir de 2008. Neste cenário, diversos conflitos são travados no âmbito do relacionamento comercial das empresas transnacionais. A fim de apresentar uma resposta compatível a este quadro, o Direito Internacional desenvolveu uma série de métodos alternativos de solução das controvérsias entre as corporações: o mais conhecido, neste sentido, é o da arbitragem comercial internacional, sistema heterocompositivo no qual um especialista é designado pelas partes litigantes para julgar o conflito entre elas existente¹.

1 A definição de arbitragem e seus efeitos como método de solução das controvérsias entre particulares, e especialmente a arbitragem comercial internacional, tem sido objeto de intensa discussão entre os estudiosos. Cf. CALMON, Eliana. "A Arbitragem Internacional". **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. Volume 16. Número 1. Brasília/DF: Superior Tribunal de Justiça, janeiro/julho de 2004, p. 11-18: "*Dentre os sistemas de controle está, ao lado da jurisdição tradicional, a jurisdição arbitral, modo pacífico de solucionar-se os litígios, mediante cláusulas estabelecidas pelos litigantes ou por juízes por eles eleitos. Na esfera do Direito Internacional a atuação da arbitragem data de longos séculos. Hoje vem ela tomando corpo, por oferecer inúmeras vantagens sobre a jurisdição estatal*"; CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009, p. 60: "*A maior prestância da Lei n. 9.307/96 estará em sua aplicação no nível internacional, pela previsão de que a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento brasileiro interno, sujeita unicamente à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos dos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil [de 1973]*". Sobre autonomia da vontade em matéria arbitral, cf. AYMONE, Priscila Knoll. "A Regulação do Mérito da Arbitragem Mediante a Utilização das Regras Internacionais de Comércio: uma possibilidade decorrente da Lei brasileira de Arbitragem e um paradoxo frente à LICC/42?". In: FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A Compra e Venda Internacional de Mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 69: "*Consoante João Bosco Lee, 'a aceitação do princípio da autonomia da vontade é uma das condições para a eficácia da arbitragem, principalmente internacional'. De acordo com esse prisma, Nádia de Araújo apresenta três planos para a autonomia da vontade: (a) meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável a um contrato internacional; (b) permissão às partes de subtrair o seu contrato ao direito estatal do foro; (c) instrumento de aperfeiçoamento do direito ao evitar os conflitos de leis. Por isso, é comum às partes, em um contrato internacional, optarem por uma lei neutra e um foro neutro, promovendo a consagração do princípio da autonomia da vontade cujo escopo é o de sobrepor as barreiras jurídicas, decorrentes da diversidade de leis nacionais, e, consequentemente, o desenvolvimento do comércio mundial*". Há estudo específico na página virtual da Sociedade Americana de Direito Internacional, definindo de forma didática o instituto em comento: "*International commercial arbitration is the process of resolving disputes between or among transnational parties through the use of one or more arbitrators rather than through the courts. It requires the agreement of the parties, which is usually given via an arbitral clause that is inserted into the contract or business agreement. The decision is usually binding*" (Cf. MICCOLI, Gloria. **International Commercial Arbitration**. Disponível na rede mundial de computadores: <http://www.asil.org/erg/?page=arb>. Acesso

Hodiernamente, adota-se a denominada *Arbitragem Institucional*², consistente na adoção de câmaras especializadas, as quais por meio da decisão em colegiado poderão solucionar a controvérsia existente. Trata-se de entidades privadas de caráter internacional, cuja atuação tem ensejado o desenvolvimento de uma nova divisão metodológica no Direito Internacional: a do denominado *Direito Transnacional*, com evolução teórica já delineada na Europa³.

Outro ramo jusinternacionalista que surge sob a égide desse paradigma é o do *Direito Internacional dos Investimentos*⁴, calcado na atuação de diversas organizações internacionais, tais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Centro Internacional de Composição de Controvérsias de Investimento – divisão metodológica esta que guarda íntimas relações com o *Direito Internacional Econômico*⁵, meramente tangenciado neste estudo.

em 19 de maio de 2013). No presente estudo, consideramos a arbitragem como método heterocompositivo de natureza jurisdicional, e não como mero equivalente do dever-poder de julgar.

2 O método de solução das controvérsias pela via arbitral pode ser considerado sob dois aspectos: a arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucional. Neste sentido, distinção realizada por Fábio Pedro Alem, *in verbis*: “Na arbitragem *ad hoc*, também conhecida como arbitragem avulsa, cabe às partes definir as regras aplicáveis ao procedimento e à arbitragem, bem como as normas para a sua administração, cabendo ainda escolherem, de comum acordo, os profissionais que participarão da arbitragem. É possível que se escolham regras procedimentais já existentes, ou a criação de regras novas ou, ainda, uma mistura de regras. (...) A arbitragem institucional, por sua vez, possui uma instituição responsável pela administração do procedimento, cujas regras já são existentes e que devem ter sido analisadas e escolhidas pelas partes quando da elaboração da convenção arbitral” (Cf. ALEM, Fábio Pedro. “Arbitragem”. In: BONFIM, Edilson Mougenot [Org.]. **Coleção Prática do Direito**. Volume 16. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 24-25).

3 Extensa se constitui a bibliografia nesta nova disciplina jurídica, pelo que não se evoluirão as considerações sobre seu âmbito de aplicação, eis que refogam ao foco deste estudo. Destacam-se, todavia, alguns questionamentos que estimulam seu estudo, elaborados por Roy Goode: “*The study of what has become known as transnational commercial law is fraught with hazards. What do we mean by transnational commercial law? Is it the same as the lex mercatoria or something broader? What are its sources? Can we identify general principles of commercial law and, separately, uncodified international trade usage? If so, what happens to these principles when they become embodied in convention or contractually incorporated uniform rules? Do they disappear, maintain a parallel existence in their original form or change their shape to match the convention or rules? And how far do conventions and rules either evidence pre-existing principles and usages or influence the creation of new ones?*” (GOODE, Roy. “*Usage and Reception in Transnational Commercial Law*”. **International and Comparative Law Quarterly**. Volume 46, questão 1, janeiro de 1997, p. 1-36). Para maior aprofundamento, cf. BERGER, Klaus Peter. **The Practice of Transnational Law**. Áustria: Kluwer Law Press, 2002. BOGDANDY, Armin Von; MAVROIDIS, Petros C.. **European Integration and International Co-ordination: studies in Transnational Economic Law in honour of Claus-Dieter Ehlermann**. Áustria: Kluwer Law Press, 2002; ZUMBANSEN, Peer. “*Piercing the Legal Veil: commercial arbitration and transnational law*”. **European Law Journal**. Volume 8, questão 3, 2002, p. 400-432. Um dos estudos pioneiros sobre a disciplina no Brasil foi o de BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

4 Como principais obras para iniciação na disciplina, que reputamos por autônoma vez que apresenta normas de conteúdo existente tanto em Direito Internacional Público quanto em Direito Inter-sistemático, cf. SUBEDI, S. “*International Investment Law*”. **Guia de Estudos para a Universidade de Londres**. Reino Unido: University of London Press, 2005; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2ª Edição. Reino Unido: Oxford University Press, 2012; SORNARAJAH, M. **The International Law of Foreign Investment**. 3ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.

5 Para maior aprofundamento nesta verdadeira “disciplina-gênero”, eis que originou posteriormente o Direito Internacional dos Investimentos, cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Editora

O presente artigo tem como objetivo discorrer acerca da atuação do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), entidade vinculada ao Grupo Banco Mundial, e que tem atuado de forma proativa no desenvolvimento da arbitragem enquanto método heterocompositivo de solução das controvérsias existentes entre empresas transnacionais, o que inclusive estimula uma nova divisão metodológica do tradicional Direito Internacional dos Investimentos, fundado sob as bases da Guerra Fria e dos Acordos de Bretton Woods em 1944. A metodologia usada para a elaboração deste trabalho manejou fontes legais (tratados internacionais), doutrinárias (especialmente no mencionado *Direito Internacional dos Investimentos*) e jurisprudenciais (baseadas em comentários dos casos apreciados pela ICSID em sua publicação oficial) para demonstrar a interdisciplinaridade e relevância da matéria e da instituição na atualidade.

2. DIREITO INTERNACIONAL ECONÔMICO E INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS

Preliminarmente, cabem breves considerações acerca de fenômeno que tem ocorrido de forma potencial na Teoria do Direito, especialmente com a evolução do modo de produção capitalista ao longo do século XX e a expansão das empresas transnacionais enquanto importantes atores na Sociedade Internacional. Impulsionada pela técnica política conhecida por *Neoliberalismo*, uma nova temática ascende no contexto pós-moderno, conhecida como *Análise Econômica do Direito*.

Direito e a Economia sempre foram duas ciências convergentes, pois o maleável panorama jurídico mundial hodiernamente cambia conforme a conjuntura econômica. Nesse sentido, tem crescido no Brasil o número de estudos científicos que envolvem a temática da “Análise Econômica do Direito”⁶. Através da interação entre teorias provenientes das

Renovar, 2003; FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito Econômico Internacional*. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2011; LO-WENFELD, Andreas F. *International Economic Law*. Estados Unidos da América do Norte: Oxford University Press, 2002.

⁶ “O movimento conhecido como *Análise Econômica do Direito* (AED) ou ‘law and economics’, que, preliminarmente, pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas, surgiu a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para os assuntos jurídicos, vindo, posteriormente, chamar a atenção dos juristas para esse novo enfoque do ‘fenômeno’ jurídico” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. *Teoria Geral dos Contratos*: “contratos empresariais e análise econômica”. Rio de Janeiro: Editora Campus-Elsevier, 2009, p. 53).

Ciências Econômicas e temáticas atinentes às Ciências Jurídicas, busca-se a harmonia das relações sociais e, mesmo, interestatais. Grandes estudiosos do Direito estadunidense norte-americano têm se dedicado à Análise Econômica do Direito, sendo mais conhecidos entre nós os estudos de Richard Posner, o qual promove a manipulação de institutos jurídicos e teorias econômicas, a fim de encontrar soluções baseadas na equidade e justiça substantiva para diversos temas sensíveis da Teoria do Direito⁷.

Da mesma forma, afirma-se que as condutas praticadas por agentes macroeconômicos interferem no próprio transcurso das relações internacionais⁸. Tal fato ensejou a criação de uma nova disciplina, a do Direito Internacional Econômico. Para os efeitos do presente trabalho, considera-se como reconhecimento formal da existência do Direito Internacional Econômico a assinatura dos Acordos de Bretton-Woods, em 1944, que promoveram a criação do FMI e abriram caminho para a existência de organizações internacionais como o Grupo Banco Mundial e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), essenciais para o desenvolvimento teórico não apenas desta disciplina, a qual pode ser considerada como gênero, mas também para outras disciplinas de relevo neste estudo, como o Direito Internacional dos Investimentos (a que se dará conformação metodológica adiante) e o Direito Internacional do Desenvolvimento, que possui íntima relação com o objeto deste texto⁹.

7 Cf. POSNER, Richard. **A Problemática da Teoria Moral e Jurídica**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012; **Economic Analysis of the Law**. 2ª Edição. Áustria: Kluwer Law Press, 2007.

8 Muitos são os estudos provenientes da Teoria das Relações Internacionais que apregoam a grande influência do contexto econômico mundial na produção normativa dos Estados soberanos. Nesse sentido, elencamos alguns referenciais teóricos nesta disciplina, considerada autônoma em relação ao Direito Internacional Público: SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. São Paulo: Editora Manole, 2004; OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: estudos de introdução**. Promovendo uma análise crítica do início da administração de Barack Obama na Presidência da República estadunidense norte-americana e as modificações legislativas que repercutiram na economia daquele país, Cristina Pecequillo afirma: "*Realizando um balanço dos primeiros seis meses da administração democrata, que a partir de Agosto começou a sofrer perda de popularidade, é possível identificar áreas de progresso. No campo econômico, apesar das críticas republicanas, o pacote aprovado em 2009 em um total de US\$ 787 bilhões, o Ato de Recuperação e Reinvestimento Norte-americano começa a surtir efeito lento (para dados estatísticos ver o sítio www.recovery.com) na recuperação dos níveis de emprego e produtividade, ainda que passem longe as promessas de campanha de criação de 2,5 milhões de novas vagas no mercado de trabalho e reestruturação dos paradigmas produtivos. Esta reestruturação passa pela adequação dos setores produtivos, a capacitação de mão de obra, fontes de energia renováveis e regulamentação do consumo, créditos e investimentos. Inspirado no modelo do New Deal de Roosevelt, estes projetos buscam adequar à era da globalização, corrigindo os problemas sociais gerados pelo neoliberalismo (o projeto de um sistema de saúde universal permanece um dos pilares da presidência Obama e fonte de choques com os republicanos)*" (PECEQUILLO, Cristina Soreanu. "Política Internacional." **Série Manuais do Instituto Rio Branco**. Brasília/DF: Editora da Fundação Alexandre de Gusmão, 2008, p. 85-86).

9 O Direito Internacional do Desenvolvimento também surgiu formalmente no pós-II Grande Guerra, e se relaciona com o Direito Internacional Econômico e com o Direito Internacional dos Investimentos na medida em que grande parte dos Estados hospedeiros são considerados países em desenvolvimento (ou subdesenvolvidos), ou mesmo países de menor desenvolvimento relativo. Para maiores informações sobre o Direito Internacional do Desenvolvimento, cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 7; RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento: antecedentes**,

A fim de delimitar o escopo do presente estudo, torna-se relevante apresentar seu âmbito de aplicação. Cremos que a explanação mais didática sobre o conceito e principais características do Direito Internacional Econômico foi ofertada por Celso de Albuquerque Mello¹⁰. Entretanto, consideramos que a noção de *Direito Internacional Econômico* por ele transmitida merece uma leve atualização, na medida em que o novo contexto trazido pelo *Direito Transnacional*, acima delimitado, tornou-se uma disciplina a mais para compor as espécies derivadas do Direito Internacional Econômico enquanto gênero. Além disso, a nomenclatura *Direito Internacional dos Investimentos*, por ele usada, é sustentada como uma fase histórica do atual *Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros*, conforme será visto adiante.

Conforme apresentado, o Direito Internacional Econômico possui importante vínculo com o Direito Internacional dos Investimentos, ora objeto do presente estudo. Essa disciplina, que possui rara simbiose entre os temas atinentes ao Direito Internacional Público e ao Direito Intersistemático (denominação considerada por nós rigorosamente mais correta que “Direito Internacional Privado”¹¹), tem se apresentado como grande

significados e consequências. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 22: “O subdesenvolvimento consiste num fenômeno complexo, que não pode ser identificado com critérios tão simples. Seria antes reconhecível por um conjunto de características que andam geralmente associadas e podem traduzir-se melhor ou pior por um conjunto de indicadores. Segundo o verbete consultado, suas principais características são as seguintes: a) proporção elevada da população ocupada na agricultura (70% a 90% com frequência); b) margem elevada de desemprego oculto e falta de oportunidades de emprego produtivo; c) reduzido stock de capital por pessoa ativa, geralmente considerado como o principal fator responsável pela baixa produção ou rendimento por cabeça desses países; d) níveis de consumo muito próximos dos de subsistência para uma parte importante da respectiva população”.

10 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. “Curso de Direito Internacional Público”. 2ª Volume. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 1637-1638: “O estudo do DI Econômico tem alcançado cada vez maior importância nas relações interacionais. É em torno dele que tem ocorrido o maior número de disputas. É onde tem ocorrido o maior número de choques entre países ricos e pobres. As organizações econômicas são, ao lado das militares, as que predominam nas relações internacionais. No período do liberalismo os Estados não interferiam nas relações econômicas. Havia uma ‘despolitização da esfera econômica’. A intervenção estatal começa a partir de 1930 quando há uma ‘publicização das relações econômicas internacionais’. Para Vellas, cerca de 80% das regras de Direito Internacional que entraram em vigor após 1945 são de natureza econômica. Schwarzenberger define DI Econômico como ‘sendo o ramo do DIP que trata de: a) propriedade e exploração dos recursos naturais; b) produção e distribuição de bens; c) (...) transações internacionais de aspecto econômico ou financeiro; d) moeda e finanças; e) matérias relacionadas; f) o status e a organização dos que se encontram empenhados em tais atividades’. Reuter o define como ramo do DIP que visa regulamentar juridicamente os problemas relativos à produção, ao consumo e à circulação de riquezas. Para D. Carreau ele é o ramo do DI que regulamenta, de um lado a instalação sobre o território dos Estados de diversos fatores de produção (pessoas e capitais) que provêm do estrangeiro e, de outro lado, as transações internacionais aos bens, serviços e capitais’. Ele teria como ramos: a) Direito dos Investimentos; b) Direito das Relações Econômicas; c) Direito das Instituições Econômicas; d) Direito das Integrações Econômicas Regionais; e) Direito da Situação do Estrangeiro (D. Carreau). Podemos dizer que em sentido amplo é o ‘direito das transações econômicas internacionais’. Ele visa proteger os Estados mais fracos. Entretanto, ainda tem sido predominantemente um ‘direito do poder econômico’ (G. Farjat). O DIP tem um conteúdo econômico em praticamente toda a sua extensão, e estudar o DI econômico é no fundo estudar quase todo o DIP”.

11 Denominação introduzida no Brasil pelo Dr. Jacob Dolinger. Cf. DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012. Outros estudiosos adotam-na: cf. ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. “A Cinemática Jurídica Global: conteúdo do direito internacional contemporâneo”. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)*. Volume 1, Número 20, 2011.

manancial de pesquisas científicas na atualidade, haja vista a quebra de paradigmas existentes em sua aplicação. Especialmente, interessa-nos no presente estudo o principal método de solução de controvérsias utilizado no seio do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros (nomenclatura adotada neste estudo como forma de atualizar o tradicional “Direito Internacional dos Investimentos), qual seja, a arbitragem internacional pelo ICSID.

2.1. Do “Direito Internacional dos Investimentos” ao “Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros”

Neste ponto do estudo, analisa-se a terminologia usada na disciplina que fundamenta a atuação do ICSID no plano global. Tradicionalmente denominada de “Direito Internacional dos Investimentos”, tenciona-se primeiramente demonstrar que o mais correto seria chamá-la de “Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros”, um vez que o contexto pós-moderno não mais comporta investimentos provenientes apenas de Estados pertencentes ao capitalismo central, mas contempla também as empresas transnacionais, que são pessoas jurídicas de direito privado. Ou seja, além de investidores públicos, a Sociedade Internacional possui na atualidade investidores privados, o que torna a clássica denominação, *concessa maxima venia*, obsoleta no atual momento das relações internacionais¹².

O *Direito Internacional dos Investimentos* – terminologia adequada ao primeiro momento da evolução dessa disciplina jurídica, posteriormente à assinatura dos Acordos de Bretton Woods em 1944¹³, foi utilizada por Dominique Carreau e incorporada nas lições de Celso de Albuquerque Mello. Nesse período, considerava-se que os investimentos internacionais

12 Para maior aprofundamento em Teoria das Relações Internacionais sobre a clássica denominação de Direito Internacional dos Investimentos, cf. MAGNOLI, Demétrio. **Relações Internacionais: teoria e história**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. Porém, cada vez mais a bibliografia internacional especializada tem adotado o entendimento de que os investimentos não provêm apenas de Estados soberanos ou nações (valendo-se do adjetivo “internacional”), mas também de empresas transnacionais, entidades privadas que desnaturam a clássica denominação. A fim de contemplar estes novos atores, muitos tem adotado o nominativo “estrangeiro” ao denominar essa disciplina jurídica. Cf. SAUVANT, K. P.; SACHS, L. E.. **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009; SHAN, W.. **The Legal Protection of Foreign Investment: a comparative study**. Oxford: Hart Press, 2012; SORNARAJAH, M. **The International Law of Foreign Investment**. 3ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.

13 Verifica-se a importância de Roberto Simonsen e Roberto Campos na diplomacia econômica brasileira do período, o que se solidificou ao longo dos anos. Para maiores informações sobre o estudioso, cf. REIS, Moisés. “Constitucionalismo e Profecia em Roberto Campos: o liberal e o liberalismo na Constituição de 1988”. Dissertação do Mestrado em Direito Internacional Econômico e Tributário. Brasília/DF: Universidade Católica de Brasília, 2011.

eram apenas entre Estados e se vinculavam à ideia das *Financial Aids*¹⁴, mero exercício de caridade entre os Estados do capitalismo central e os Estados periféricos¹⁵, sem a previsão de uma contrapartida econômica.

O *Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros*, por outro lado, reputa-se como disciplina que possui conteúdo diverso da anterior, na medida em que coadunado com os valores contemporâneos da Sociedade Internacional. Comprovar-se-á neste trabalho que o objeto desta atualizada disciplina possui parcela significativa do tradicional Direito Internacional dos Investimentos, na medida em que os sujeitos da relação jurídica travada são também Estados soberanos – ainda que não haja mais o objetivo intrínseco dos *Financial Aids* de apenas auxiliar momentânea e paliativamente os assim denominados “Estados Hospedeiros”¹⁶. O investidor, embora incorporado de personalidade jurídica de Direito Público Externo, tem o interesse de obter retorno dos investimentos realizados no Estado Hospedeiro; deseja uma contrapartida, ao contrário da sistemática dos *Financial Aids*, em que apenas desejava obter influência política no território objeto do investimento. A partir do momento em que o Estado Hospedeiro recebe aporte financeiro do Estado Investidor, espera-se que se desenvolva e assim obtenha o patamar econômico desejado para, futuramente, também investir naquele que o auxiliou diretamente. Essa é a finalidade do atual Direito dos Investimentos Internacionais (restrito, acreditamos, à relação interestatal pelo designativo “Internacionais” em sua nomenclatura), em contraposição ao anterior Direito Internacional dos Investimentos, largamente vigorante durante o período histórico conhecido por “Guerra Fria” (1947 a 1991).

Verifica-se, no entanto, que na atualidade não apenas os Estados soberanos são considerados investidores. Com a ascensão constante das *empresas transnacionais* como uma grande influência no tabuleiro da po-

14 *Financial Aids*: “Auxílios Financeiros”.

15 Atualmente denominados Estados periféricos, eram pela antiga teoria geopolítica considerados “países de terceiro mundo”, classificação obsoleta que cedeu espaço para os termos “Estados em Desenvolvimento”, “Estados Subdesenvolvidos” e, considerados com reduzidíssimo grau de subdesenvolvimento, os “Países de Menor Desenvolvimento Relativo” (PMDR) e os “Países Falidos” (*Failed States*). Cf. PECEQUILO, Cristina Soreanu. “Política Internacional.” Série **Manuais do Instituto Rio Branco**. Brasília/DF: Editora da Fundação Alexandre de Gusmão, 2008, p. 65.

16 A nomenclatura *Estados Hospedeiros* é utilizada por parcela dos estudiosos do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, a fim de indicar a entidade política destinatária de recursos financeiros, seja provenientes de outros Estados soberanos, seja de empresas transnacionais que tencionam estabelecer-se em seu território. Cf. ROSADO, Marilda. “As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional”. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 455-491; CAMERON, Peter. **International Energy Investment Law: the pursuit of stability**. Reino Unido: Oxford University Press, 2010.

lítica internacional, seu papel como investidoras nasce a partir da Quarta Revolução Industrial. Com base no apresentado, considera-se neste estudo que atualmente não apenas os Estados soberanos são aptos a se tornarem investidores internacionais, mas igualmente as empresas transnacionais; e tendo por finalidade disciplinar as relações existentes entre os Estados hospedeiros e as empresas transnacionais investidoras, surge a disciplina do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros (a expressão “Estrangeiros”, nesse desiderato, indica a presença de um agente econômico privado, segundo os novos paradigmas das relações internacionais pós-modernas¹⁷).

Nesse desiderato, propugna-se neste estudo que o ora denominado *Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros* conjuga dois importantes fenômenos ocorridos especialmente ao longo do último século: os *investimentos internacionais*, aplicáveis às relações exclusivamente interestatais, regido por normas eminentemente de Direito Internacional Público; e os *investimentos estrangeiros*, aplicáveis às relações entre particulares e Estados, regidos por normas de natureza mista, contendo disposições de Direito Internacional Público e de Direito Intersistemático.

3. ARBITRAGEM NO SETOR DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS ENTRE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E ESTADOS SOBERANOS

A arbitragem internacional tem sido usada como forma de solucionar as controvérsias entre sujeitos de Direito Internacional Público há muitos anos¹⁸. Tratando-se de método heterocompositivo de resolução das controvérsias, considera-se no presente trabalho que, uma vez havendo previsão no legislativo interno dos Estados que compõem a Sociedade Internacional sobre sua utilização, a arbitragem possui natureza jurisdicional¹⁹. Neste sentido, a Corte Permanente de Arbitragem (CPA), sediada no

¹⁷ Cf. nota de rodapé número 11, *supra*, para estudos que adotam a nova nomenclatura.

¹⁸ “A arbitragem é um instituto antigo de Direito Internacional, utilizado na Grécia antiga e também presente na Idade Média. Com o surgimento do Direito Internacional, com a Paz de Vestfália e, conseqüentemente, com o surgimento dos Estados, o instituto da arbitragem passou a ser utilizado por estes sujeitos de direito internacional, sempre repousando em princípios basilares: soberania, consentimento mútuo e pacta sunt servanda” (GOMES, Eduardo Biacchi. “Solução de Controvérsias no Cenário Internacional”. In: GUERRA, Sidney (Org.). **Tratado de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2008, p. 296).

¹⁹ Neste sentido, e em análise da arbitragem nacional brasileira, CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. Todavia, apregoa-se no presente trabalho que, uma vez reconhecido o laudo arbitral por meio da disciplina estabelecida na Convenção de Nova Iorque de 1958, este também possuirá força executiva judicial no território do Estado parte.

Palácio da Paz, Holanda, foi pioneira no uso deste método no contexto interestatal, conforme preleciona Malcolm Shaw²⁰. Embora o instituto já se caracterizasse por uma rica história, a CPA promoveu sua expansão para as relações entre sujeitos de Direito Internacional em sede de arbitragem institucional interestatal.

A partir da evolução do modo de produção capitalista no século passado, a arbitragem expandiu-se para os agentes econômicos privados, ampliando-se as hipóteses do manejo da Arbitragem Comercial Internacional, a fim de compor as controvérsias envolvendo matéria de Direito do Comércio Internacional. Nesse sentido, a arbitragem era usada para controvérsias exclusivamente entre particulares, com as devidas adaptações em relação à arbitragem internacional entre Estados²¹.

A ampliação da arbitragem como método de resolução das controvérsias promoveu a criação de Tribunais especializados na matéria, formando o que se hoje denomina de *Arbitragem Institucional*. Até então, a arbitragem internacional restringia-se às matérias de Direito Internacional Público e Direito do Comércio Internacional, cada qual com sua própria sistemática e procedimento.

4. DIREITO DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS E ESTRANGEIROS E O PAPEL DO ICSID NO DESENVOLVIMENTO DA DISCIPLINA

Atualmente, com o desenvolvimento do denominado Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, as necessidades da Sociedade Internacional evoluíram e permitiram a criação de um tribunal arbitral especializado no setor de investimentos, com sistemática diversa do Direito do Comércio Internacional: o ICSID, vinculado ao Grupo Banco Mundial com sede em Washington D.C.. Uma definição que consideramos oportu-

20 SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 6ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2008, p. 1049: "(...) In addition, a Permanent Court of Arbitration was established. It is not really a court since it is not composed of a fixed body of judges. It consists of a panel of persons, nominated by the contracting states (each one nominating a maximum of four), comprising individuals 'of known competency in questions of international law, of the highest moral reputation and disposed to accept the duties of an arbitrator'. Where contracting states wish to go to arbitration, they are entitled to choose the members of the tribunal from the panel. Thus, it is in essence machinery facilitating the establishment of arbitral tribunals. The PCA also consists of an International Bureau, which acts as the registry of the Court and keeps its records, and a Permanent Administrative Council, exercising administrative control over the Bureau. Administrative support was provided in this context by the Bureau in the Heathrow Airport User Charges arbitration. The PCA has been used in a variety of cases from an early date".

21 Para maiores informações sobre as principais discussões que circundam a arbitragem comercial internacional desde seu desenvolvimento no século XX, cf. nota número 1, *supra*.

na sobre esse órgão de solução de controvérsias internacionais encontra-se em sua própria página virtual²², o que promove a publicização de suas atividades e relativa transparência em suas condutas perante a Sociedade Internacional, ensejando a modernidade que se demonstra na utilização da arbitragem no setor de investimentos internacionais e estrangeiros.

Criado oficialmente em 1966, quando da entrada em vigor do tratado constitutivo de 1965, o ICSID tem sido o maior fórum de solução de controvérsias envolvendo Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros da atualidade. Embora o ICSID busque imprimir a característica eminentemente heterocompositiva em sua atuação perante a Sociedade Internacional, por vezes estimula as formas autocompositivas de solução das controvérsias, tais como a conciliação e a transação homologada pelo órgão. Portanto, suas iniciativas têm sido altamente benéficas e relevantes para o contexto econômico mundial, especialmente em face de um Grupo Banco Mundial hostilizado pelos governos de Países de Menor Desenvolvimento Relativo e em Desenvolvimento que criticam sobremaneira sua existência enquanto conectado aos interesses de Estados capitalistas centrais, como os Estados Unidos da América do Norte e os que compõem a União Europeia.

Torna-se oportuno analisar neste momento de forma mais detida a composição, competência e apresentar considerações de cunho doutrinário e jurisprudencial, a fim de comprovar a importância do ICSID no cenário global e sua grande influência no atual momento do Direito Internacional Contemporâneo.

22 "ICSID is an autonomous international institution established under the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID or the Washington Convention) with over one hundred and forty member States. The Convention sets forth ICSID's mandate, organization and core functions. The primary purpose of ICSID is to provide facilities for conciliation and arbitration of international investment disputes. The ICSID Convention is a multilateral treaty formulated by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank). It was opened for signature on March 18, 1965 and entered into force on October 14, 1966. The Convention sought to remove major impediments to the free international flows of private investment posed by non-commercial risks and the absence of specialized international methods for investment dispute settlement. ICSID was created by the Convention as an impartial international forum providing facilities for the resolution of legal disputes between eligible parties, through conciliation or arbitration procedures. Recourse to the ICSID facilities is always subject to the parties' consent. As evidenced by its large membership, considerable caseload, and by the numerous references to its arbitration facilities in investment treaties and laws, ICSID plays an important role in the field of international investment and economic development. Today, ICSID is considered to be the leading international arbitration institution devoted to investor-State dispute settlement". **International Centre for Settlement of Investment Disputes**. About ICSID. Disponível na rede mundial de computadores: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home>. Acesso em 14 de maio de 2013.

4.1. Estrutura e Normas Jurídicas Específicas do ICSID

Formado por uma estrutura simples, consistente em um Conselho Administrativo e um Secretariado, o ICSID demonstra o grande informalismo presente no Direito Internacional Econômico que, oriundo do Direito do Comércio Internacional, incorporou características encontradas no ramo jusmercantil. Seria interessante, contudo, ampliar a estrutura do ICSID, a fim de melhor gerir as demandas nele compostas.

O Conselho Administrativo promove a governança necessária para se estruturar a organização do ICSID. Formado por um representante de cada Estado-parte em seu tratado constitutivo, adiante explicitado, tem como principais atribuições a eleição do Secretário-Geral deste organismo internacional, a deliberação de regulamentos e regras específicas para os procedimentos de arbitragem e conciliação desenvolvidos em seu âmbito e a formulação do orçamento apto a promover a manutenção dos trabalhos do ICSID.

O Secretariado, por sua vez, atua de forma direta na formulação dos painéis de árbitros selecionados para apreciar as controvérsias envolvendo Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros submetidos ao órgão. Dirigido pelo Secretário-Geral, possui cinquenta funcionários remunerados pelo Grupo Banco Mundial, cujas principais atribuições são oferecer suporte inicial nos procedimentos compositivos realizados; assistência na constituição das comissões de conciliação; suporte aos tribunais arbitrais e comitês *ad hoc*; e administrar os procedimentos e despesas empreendidas na análise de cada caso submetido. Portanto, fará as vezes de serventia especializada na estruturação e trâmite procedimental das controvérsias compostos pelo ICSID.

Sob ótica pessoal, acredita-se que um organismo internacional possui um conjunto mínimo de órgãos internos: uma secretaria para administrá-lo; uma assembleia para deliberações; e conselhos para definir diretrizes. Todavia, o ICSID possui tão somente órgãos de natureza administrativa e organizacional, uma vez que semelhante à estrutura de uma corte arbitral internacional, e especialmente pelo fato de ele já se reputar como um órgão do Grupo Banco Mundial. Logo, propõe-se a ampliação dos setores no organograma do ICSID, a fim de permitir celeridade ainda maior na solução das controvérsias que nele são compostas, muitas das quais com um nível de complexidade que inadmite um procedimento moroso.

O tratado internacional que tem maior relevo no desenvolvimento dos trabalhos nesse órgão de solução das controvérsias é a Convenção para o Estabelecimento de Conflitos sobre Investimento entre Estados e Nacionais de Outros Estados (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*), em vigor desde 14 de outubro de 1966, a partir do momento em que atingiu a marca de vinte Estados ratificantes. No início deste século, afirmou-se que já era maior que cento e quarenta o número de Estados ratificantes deste tratado, o que certamente o fez alcançar a quase totalidade da Sociedade Internacional²³.

Todavia, por ter a estrutura de uma corte arbitral internacional, o IC-SID possui regulamentos específicos para os procedimentos iniciados em seu interior. Nesse sentido, existem três diplomas de grande importância para os estudos sobre este organismo internacional: o Regulamento para Instituição dos Procedimentos de Conciliação e Arbitragem (*Rules of Procedure for Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings*), o Regulamento para Conciliações (*Rules of Procedure for Conciliation Proceedings*) e o Regulamento para Arbitragens (*Rules of Procedure for Arbitration Proceedings*).

Em linhas gerais, verifica-se que o *Tribunal*, enquanto órgão interno de maior envergadura na estrutura do ICSID, tem a faculdade de decidir a controvérsia por meio do sistema da Arbitragem de Direito ou da Arbitragem de Equidade, conforme preceitua o artigo 42 do tratado constitutivo de 1966, retromencionado²⁴. Conforme os ditames do Direito Internacional Econômico, o procedimento de arbitragem no Tribunal do ICSID é deveras simplificado, afastando institutos típicos do Direito Processual, como a revelia, de acordo com o artigo 45 da Convenção²⁵.

23 “The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID or the Centre) is established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention or the Convention). The Convention was formulated by the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development (the World Bank). On March 18, 1965, the Executive Directors submitted the Convention, with an accompanying Report, to member governments of the World Bank for their consideration of the Convention with a view to its signature and ratification. The Convention entered into force on October, 14, 1966, when it had been ratified by 20 countries. As at April 10, 2006, 143 countries have ratified the Convention to become Contracting States” (**International Centre for Settlement of Investment Disputes**. ICSID Convention, Regulations and Rules. EUA: ICSID, 2006, p. 5).

24 **Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States**, Artigo 42: “(1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable. (2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law. (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree”.

25 **Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States**, Artigo 45: “(1) Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party’s assertions. (2) If a party fails to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and grant a period of grace to, the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfied that that party does not intend to do so”.

Embora a equidade ainda seja prevista e manejada nos procedimentos arbitrais, inclusive internacionais, propugna-se neste estudo o gradual afastamento do sistema de arbitragem por equidade. Infelizmente, este sistema de julgamento não traz a segurança jurídica necessária para a prolação de um laudo arbitral que promova a real composição dos interesses contrapostos, existentes nas controvérsias levadas a julgamento nas cortes arbitrais. Especialmente no ICSID, que se propõe a ser um centro especializado na resolução de controvérsias oriundas do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, o uso da equidade deve ser visto com reservas.

Quanto à busca por simplificação, celeridade e relativa informalidade, idêntico raciocínio aplica-se às regras de instituição e procedimento nas conciliações e arbitragens realizadas na estrutura do ICSID. Como se trata de método heterocompositivo (no caso da arbitragem) de solução das controvérsias entre Estados hospedeiros e empresas transnacionais investidoras ou vice-versa, seria possível esperar que o arcaísmo estivesse presente na estipulação de regras procedimentais, haja vista as partes envolvidas; no entanto, como se contemplou os institutos da arbitragem e da conciliação, o organismo internacional em análise promoveu intensa simplificação, a fim de tornar o *iter* procedimental mais célere e conforme as novas expectativas da Sociedade Internacional, ligada aos interesses de novos atores, como as Empresas Transnacionais. No que tange ao conteúdo da notificação a ser enviada para o ICSID, a fim de deflagrar procedimento conciliatório ou arbitral, as regras 2 e 3 do Regulamento para Instituição dos Procedimentos de Conciliação e Arbitragem traz um rol exemplificativo de informações a serem apresentadas²⁶⁻²⁷; institui-se

26 Rules of Procedure for Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, Regra 2 – Contents of Request: *“(1) The request shall: (a) designate precisely each party to the dispute and state the address of each; (b) state, if one of the parties is a constituent subdivision or agency of a Contracting State, that it has been designated to the Centre by that State pursuant to Article 25(1) of the Convention; (c) indicate the date of consent and the instruments in which it is recorded, including, if one party is a constituent subdivision or agency of a Contracting State, similar data on the approval of such consent by that State unless it had notified the Centre that no such approval is required; (d) indicate with respect to the party that is a national of a Contracting State: (i) its nationality on the date of consent; and (ii) if the party is a natural person: (A) his nationality on the date of the request; and (B) that he did not have the nationality of the Contracting State party to the dispute either on the date of consent or on the date of the request; or (iii) if the party is a juridical person which on the date of consent had the nationality of the Contracting State party to the dispute, the agreement of the parties that it should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of the Convention; (e) contain information concerning the issues in dispute indicating that there is, between the parties, a legal dispute arising directly out of an investment; and (f) state, if the requesting party is a juridical person, that it has taken all necessary internal actions to authorize the request. (2) The information required by subparagraphs (1)(c), (1)(d)(iii) and (1)(f) shall be supported by documentation. (3) “Date of consent” means the date on which the parties to the dispute consented in writing to submit it to the Centre; if both parties did not act on the same day, it means the date on which the second party acted”.*

27 Rules of Procedure for Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, Regra 3 – Optional Information in the Request: *“The request may in addition set forth any provisions agreed by the parties regarding the number of*

uma comissão especial de conciliação, cuja composição poderá ser parcialmente selecionada pelas partes em litígio, a fim de promover efetiva autocomposição, nos termos do artigo 29 da Convenção²⁸ e da regra 3 do Regulamento para Conciliações²⁹; enfim, na regra 25 do Regulamento para Arbitragens, há aplicação indireta do consagrado princípio já aplicado às nulidades em Direito Processual, e transportado para os procedimentos arbitrais do ICSID: “Não há nulidade quando inexistente prejuízo às partes litigantes”³⁰. Estes são os mais significativos exemplos, em nosso entendimento, acerca da simplificação procedimental existente no âmbito do ICSID, em seus mais variados diplomas, a fim de se comprovar que o seu papel na atualidade transcende o de mero tribunal arbitral, sendo essencial para a solução das controvérsias no contexto do atual Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros.

5. JURISPRUDÊNCIA CORRELATA

Rapidamente, citamos alguns entendimentos jurisprudenciais proferidos do ICSID, considerando que este organismo internacional tem algumas características peculiares, por se reputar como uma Corte Arbitral, especialmente o sigilo existente desde a deflagração do procedimen-

conciliators or arbitrators and the method of their appointment, as well as any other provisions agreed concerning the settlement of the dispute”.

28 Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States, Artigo 29: “(1) *The Conciliation Commission (hereinafter called the Commission) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 28. (2) (a) The Commission shall consist of a sole conciliator or any uneven number of conciliators appointed as the parties shall agree. (b) Where the parties do not agree upon the number of conciliators and the method of their appointment, the Commission shall consist of three conciliators, one conciliator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Commission, appointed by agreement of the parties”.*

29 Rules of Procedure for Conciliation Proceedings, Regra 3 – Appointment of Conciliators to a Commission Constituted in Accordance with Convention Article 29(2)(b): “(1) *If the Commission is to be constituted in accordance with Article 29(2)(b) of the Convention: (a) either party shall, in a communication to the other party: (i) name two persons, identifying one of them as the conciliator appointed by it and the other as the conciliator proposed to be the President of the Commission; and (ii) invite the other party to concur in the appointment of the conciliator proposed to be the President of the Commission and to appoint another conciliator; (b) promptly upon receipt of this communication the other party shall, in its reply: (i) name a person as the conciliator appointed by it; and (ii) concur in the appointment of the conciliator proposed to be the President of the Commission or name another person as the conciliator proposed to be President; (c) promptly upon receipt of the reply containing such a proposal, the initiating party shall notify the other party whether it concurs in the appointment of the conciliator proposed by that party to be the President of the Commission. (2) The communications provided for in this Rule shall be made or promptly confirmed in writing and shall either be transmitted through the Secretary-General or directly between the parties with a copy to the Secretary-General”.*

30 Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, Regra 25 – Correction of Errors: “*An accidental error in any instrument or supporting document may, with the consent of the other party or by leave of the Tribunal, be corrected at any time before the award is rendered”.*

to até a prolação do laudo arbitral respectivo. Logo, as decisões adiante apresentadas são as divulgadas na própria página virtual do ICSID, presente na rede mundial de computadores³¹.

5.1. Caso “Southern Pacific Properties (Middle East) Limited” c. República Árabe do Egito

Um dos casos mais emblemáticos considerados por este trabalho foi o “Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe do Egito (ICSID Case No. ARB/84/3)”, com sentença publicada em 1992, em que uma empresa asiática sediada em Hong Kong, ao investir na República Árabe do Egito em um projeto de incorporação imobiliária próximo a pirâmides, na década de 1970, sofreu grave oposição política por parte de setores do parlamento egípcio, o que culminou na cassação do usufruto concedido pelo Estado, sob a justificativa de que a área em que se realizaria o empreendimento imobiliário era próxima a monumentos históricos e que a empresa simulava suas reais intenções de se apropriar das riquezas históricas e arqueológicas localizadas na área. Todavia, o Tribunal do ICSID compreendeu que a cassação do usufruto para realização do empreendimento imobiliário constituiria prerrogativa do Estado em face de sua soberania, ilimitada no plano doméstico e conformadora de sua atuação no plano internacional.

5.2. Caso “Ambiente Ufficio S.p.A.” e outros c. República da Argentina

Outro relevante caso, especialmente por se tratar de realidade mais próxima do Brasil, foi o “Ambiente Ufficio S.p.A. and others c. República da Argentina (ICSID Case No. ARB/08/9)”, com sentença publicada em 8 de fevereiro de 2013. Neste caso, foi discutido o teor de um tratado bilateral de investimento (BIT) realizado entre a República da Argentina e a República da Itália, aplicável ao caso por se tratar a postulante de empresa transnacional italiana. Demonstra-se a importância desta espécie de convenção no Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, especialmente no âmbito do MERCOSUL, em que tais espécies de tratado internacional

31 Disponível em <http://icsid.worldbank.org>. Acesso em 19 de maio de 2013.

costumam ser utilizadas com frequência, em um ambiente marcado pelo cosmopolitismo inerente a um bloco de integração intergovernamental, tendo por objetivo a formação de um organismo comunitário³².

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho foram apresentadas a estrutura básica do ICSID, sua composição, órgãos internos, método de julgamento e jurisprudência correlata, como forma de promover a imersão do estudioso no universo construído por esse órgão de solução de controvérsias internacional, criado no contexto posterior à formulação dos Acordos de Bretton Woods, durante o período da Guerra Fria, mas tão adiante das disputas políticas e ideológicas do período, que somente traziam malefícios para o intercâmbio internacional e promoviam o isolacionismo dos Estados de papel agregador na política internacional. Oportuna foi, pois, a criação deste órgão que certamente transcende o mero papel de Câmara Arbitral Internacional, especialmente se for considerado, conforme discutido neste trabalho, a natureza jurisdicional da arbitragem.

Logo, após o presente estudo afirmamos que o ICSID tem se tornando um grande fórum de discussões sobre o Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros. Este ramo, que diuturnamente evolui no contexto do Direito Internacional Contemporâneo, merece maior atenção por parte dos estudiosos no Brasil, por se tratar de um dos mais relevantes

32 Neste sentido, Cf. ROSADO, Marilda. "As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional." In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008, p. 485-486, 488-489: "As novas evoluções ocorridas no cenário da regulação internacional dos investimentos precisam ser referidas, pois considera-se que novos princípios foram sendo plasmados a partir dessas recentes transformações com repercussão inegável sobre os investimentos internacionais e a atuação das empresas transnacionais. Dentre essas, podemos citar as iniciativas do Banco Mundial, principalmente através da convenção do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), que entrou em vigor em 16 de outubro de 1966. São citados acordos bilaterais de investimentos, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento (ou entre esses) que chegaram a mil, todos centrados na questão da segurança dos investimentos. E, finalmente, a criação da Agência Multilateral de Garantia dos Investimentos, destinada ao encorajamento do investimento em países menos desenvolvidos. As centenas de laudos arbitrais proferidos no âmbito dessas Cortes indica que a arbitragem entre países hospedeiros e investidores internacionais ao amparo do direito internacional confirmou-se como uma tendência. (...) Houve, entretanto, rejeição por parte de países latino-americanos, fundamentada na Doutrina Calvo – quaisquer controvérsias contratuais, mesmo envolvendo estrangeiros, devem ser resolvidas pelos tribunais nacionais competentes e não dão lugar à proteção diplomática ou reclamação internacional. A reversão dessa tendência na década de noventa também atingiu a América Latina. Nádya de Araújo e Lauro Gama analisam essa nova tendência de liberalização, a partir do incremento dos acordos bilaterais de investimentos (ABIs). A estrutura básica desses acordos, que cobrem a admissão, o tratamento do capital, a nacionalização e desapropriação e a solução de litígios revelam a sua importância no contexto geral de atuação das empresas transnacionais".

temas para a atual agenda do Estado brasileiro. Considerando o grande desenvolvimento no início deste século, a República Federativa do Brasil tem sido, e certamente ainda será, alvo de vultosos investimentos por parte de empresas transnacionais e mesmo de outros Estados soberanos, que em um contexto circunscrito pelas noções de Administração Pública Gerencial³³, certamente instalará empresas públicas e sociedades de economia mista estrangeiras em território pátrio.

Afirma-se que, na atual conjuntura do Direito Intersistemático, há uma nova ramificação construída sobre as bases do Direito Internacional Econômico, do Direito do Comércio Internacional e do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros: o chamado *Direito Transnacional*, que, conforme observado, tem promovido a relativização da dicotomia existente entre o Direito Internacional Público e o Direito Intersistemático, suscitando flagrante interdisciplinaridade. O que se discute, nos estudos internacionais, é a grande influência que exercem as empresas transnacionais sobre os rumos da política internacional: pois bem, um dos maiores temas que circundam o novo Direito Transnacional é justamente o método de solução alternativa das controvérsias existentes entre as empresas transnacionais – Arbitragem Internacional – que tem representatividade no estudo do Direito dos Investimentos Internacionais e Estrangeiros, com a atuação do ICSID como foro de discussões e solução de conflitos, seja pelo uso de métodos heterocompositivos como a arbitragem, ou auto-compositivos como a conciliação.

Nesse sentido, deve o governo nacional se preocupar de forma mais detida com os interesses econômicos internacionais do Estado e promover maior reflexão acerca do atual estágio de entendimento jurisprudencial em fóruns como o ICSID. O Brasil, no atual momento das relações internacionais, não deve se manter em posição periférica diante do franco desenvolvimento do modo de produção capitalista na Sociedade Internacional, especialmente quando se coloca no tabuleiro das relações internacionais como protagonista, e não mais como mero coadjuvante dos interesses do capitalismo central no contexto bipolar que subsistia no período da Guerra Fria. Ao participar de grupos como o BRICS, o G-20 e outros, o Estado brasileiro clama por especialistas nas matérias mais sensíveis do Direito e das Relações Internacionais, seja no ambiente acadêmico, seja

33 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito". *Revista de Direito Administrativo*. Volume 243. São Paulo: Editora Atlas, setembro a dezembro de 2005.

na prática diplomática e contratual internacional. Promover a formação de profissionais jurídicos especializados em postular diante de jurisdições internacionais, portanto, se torna uma necessidade imperiosa e imediata no atual panorama de globalização econômica e, por vezes, política na esfera mundial. Deve o Estado brasileiro, portanto, estimular a formação de profissionais do Direito experientes na matéria de investimentos internacionais e estrangeiros que sejam aptos a postular perante foros especializados como o ICSID. Não apenas como uma elucubração acadêmica, mas uma realidade na praxe forense internacional, deve se reputar a atuação de profissionais brasileiros no ICSID, na Câmara de Comércio Internacional (CCI), no órgão de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) e em tantos outros fóruns de discussão ao redor do planeta, como corolário do desenvolvimento das relações internacionais que o Brasil certamente deverá estar inserido. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEM, Fábio Pedro. "Arbitragem". *In*: BONFIM, Edilson Mougnot (Org.). **Coleção Prática do Direito**. Volume 16. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa Transnacional e Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BERGER, Klaus Peter. **The Practice of Transnational Law**. Áustria: Kluwer Law Press, 2002.

BOGDANDY, Armin Von; MAVROIDIS, Petros C.. *European Integration and International Co-ordination: studies in Transnational Economic Law in honour of Claus-Dieter Ehlermann*". Áustria: **Kluwer Law Press**, 2002.

CALMON, Eliana. "A Arbitragem Internacional". **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. Volume 16. Número 1. Brasília/DF: Superior Tribunal de Justiça, janeiro/julho de 2004.

CAMERON, Peter. **International Energy Investment Law: the pursuit of stability**. Reino Unido: Oxford University Press, 2010

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. 2ª Edição. Reino Unido: Oxford University Press, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2011.

FRADERA, Véra Jacob de; MOSER, Luiz Gustavo Meira (Orgs.). **A Compra e Venda Internacional de Mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

GOMES, Eduardo Biacchi. "Solução de Controvérsias no Cenário Internacional". In: GUERRA, Sidney (Org.). **Tratado de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2008.

GOODE, Roy. "*Usage and Reception in Transnational Commercial Law*". **International and Comparative Law Quarterly**. Volume 46, questão 1, janeiro de 1997.

"*International Centre for Settlement of Investment Disputes*." **About ICSID**. Disponível na rede mundial de computadores: <http://icsid.world-bank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=AboutICSID_Home>. Acesso em 14 de maio de 2013.

LOWENFELD, Andreas F. **International Economic Law**. Estados Unidos da América do Norte: Oxford University Press, 2002.

MAGNOLI, Demétrio. **Relações Internacionais: teoria e história**. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público (2 Volumes)**. 16ª Edição. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2004.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

MICCOILI, Gloria. **International Commercial Arbitration**. Disponível na rede mundial de computadores: <http://www.asil.org/erg/?page=arb>. Acesso em 19 de maio de 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. "Governo e Governança em Tempos de Mundialização: Reflexões à Luz dos Novos Paradigmas do Direito". **Revista de Direito Administrativo**. Volume 243. São Paulo: Editora Atlas, setembro a dezembro de 2005.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações Internacionais: estudos de introdução**. 2ª Edição. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PECEQUILO, Cristina Soreanu, "Política Internacional", Série **Manuais do Instituto Rio Branco**, Brasília/DF: Editora Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

REIS, Moisés. "Constitucionalismo e Profecia em Roberto Campos: o liberal e o liberalismo na Constituição de 1988". Dissertação do Mestrado em Direito Internacional Econômico e Tributário. Brasília/DF: Universidade Católica de Brasília, 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; JUNIOR, Irineu Galeski. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Editora Campus-Elsevier, 2009.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento – Antecedentes, Significados e Consequências**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.

ROSADO, Marilda. "As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional". *In*: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Orgs.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. "A Cinemática Jurídica Global: conteúdo do direito internacional contemporâneo". **Revista da Faculdade de Direito da UERJ (RFD)**. Volume 1, Número 20, 2011.

SAUVANT, K. P.; SACHS, L. E.. **The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. São Paulo: Editora Manole, 2004.

SHAW, Malcolm Nathan. **International Law**. 6ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2008.

SORNARAJAH, M. **The International Law of Foreign Investment**. 3ª Edição. Reino Unido: Cambridge University Press, 2010.

SUBEDI, S. **International Investment Law**. Guia de Estudos para a Universidade de Londres. Reino Unido: University of London Press, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O Direito Internacional em um Mundo em Transformação**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar (Org.). **Estudos de Direito Comparado e de Direito Internacional Privado** (Tomos I e II). Curitiba: Editora Juruá, 2011.

ZUMBANSEN, Peer. **Piercing the Legal Veil: commercial arbitration and transnational law**. *European Law Journal*. Volume 8, questão 3, 2002.

O Mito da Política de Repressão às Drogas por Meio do Direito Penal (Panaceia para todos os males)*

Felipi Martins

Advogado Criminalista (OAB-RJ 173.343), delegado da Comissão de Políticas Sobre Drogas e Prevenção Criminal da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseccional Niterói. Autor do projeto audiovisual “Iniciação ao Estudo das Drogas” oferecido pela Comissão supracitada.

O “fenômeno drogas” é observado em todos os países do mundo e, inquestionavelmente, multifacetário. Os efeitos diretos e indiretos que emergem deste “fenômeno” dependem mais da espécie de controle escolhido pelos governos do que da farmacologia das substâncias. A história das drogas nos mostra que diversos foram os métodos de abordagem, desde o fomento à comercialização de substâncias que hoje são ilícitas (ópio, cocaína, morfina etc.), como a proibição de outras que atualmente são lícitas (álcool e maconha¹ por exemplo). No decurso da existência humana, foram vários os discursos que alteraram as políticas sobre drogas, e dentre os principais, destacam-se a abordagem religiosa, mercantil, sanitarista, racista e a intervencionista. Nos dias atuais ainda prepondera, lamentavelmente, na maior parte do mundo, a política norte-americana de guerra às drogas que, basicamente, criminaliza e demoniza as condutas do usuário e vendedor de substâncias que, não se sabe o porquê, são ilícitas. Opiniões distintas, dos mais variados profissionais e de muitas ciências, principalmente sob a ótica do Direito Penal-Constitucional, convergem no sentido do fracasso da política de repressão. Neste sentido,

* Este artigo foi elaborado e submetido, inicialmente, ao CONGRESSO DE XXV ANOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ (01 a 04 de outubro de 2013) na Universidade Federal Fluminense.

1 Alguns países não criminalizam o uso da maconha em determinadas quantidades, como Portugal. Estados do EUA legalizaram a droga para uso medicinal, como o Califórnia e Colorado.

recentemente, Claus Roxin, na Escola da Magistratura do Rio de Janeiro, defendeu, sob a ótica da Teoria do Bem Jurídico, que tipos penais incriminadores como o de consumir drogas *podem chegar a ser inconstitucionais enquanto intervenção inadequada, excessiva e desproporcionada à liberdade do ser humano*.² Ao realizar uma análise mais aprofundada nos argumentos empregados para justificar a utilização do Direito Penal como ferramenta legítima e eficaz no “combate às drogas”, bem como examinar a real aplicação das leis penais, podemos encontrar muitos equívocos e, sobretudo, muitas fábulas, extraordinárias lendas que ocultam verdades inglórias, como por exemplo: a hipócrita e autofágica tutela à saúde pública; incongruência do objeto material da lei de drogas³; seletividade do sujeito ativo do crime de tráfico; vitimização recíproca entre policiais, traficantes e população; receita do Estado com o *branqueamento* do capital. O efeito colateral deste tipo de política, pautada em termos militares como “combate”, “guerra”, “força-tarefa” e “antidrogas”, não poderia ser diferente desta tragédia social que estamos experimentando ao longo de décadas. A *ininteligência* do proibicionismo por meio do Direito Penal vem sendo substituída em outros países por políticas alternativas como a redução de danos, despenalização e descriminalização das condutas de usar e vender, sem perder de vista a política de prevenção e investimento na educação, esta sim, legítima e eficaz.

Parece lugar-comum, mas não é, começar a falar do tema “drogas” com o discurso de que as civilizações sempre consumiram essas substâncias. Na verdade, é essencial fazer esta abordagem; aliás, vale a pena esboçar uma primeira crítica, no que tange aos “contra-argumentos” habitualmente utilizados por quem se opõe ao pensamento de que “sempre usamos e sempre usaremos drogas”. Muitos afirmam que o fato de a humanidade sempre ter feito uso de substâncias psicoativas não seria o bastante para cogitarmos a descriminalização das drogas, pelo contrário, que este discurso seria “carente” demais, e justificam fazendo uma comparação com outros crimes, no sentido de que a mesma humanidade sempre roubou, matou, estuprou, e, nem por isso, pensa-se em descriminalizar essas condutas. *Concessa maxima venia*, é esta antítese que carece de fundamento, pois, ao contrário das drogas, a sociedade nunca fomentou a morte, o roubo e o estupro, no máximo, em ocasiões extremas (guerra, beligerância, insurgência) as duas primeiras condutas foram toleradas, apenas.

2 Seminário Internacional de Direito Penal e Criminologia, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 30/10/2012.

3 Lei 11.343/2006.

Outra retórica que se ouve por aí é que já temos problemas demais com o álcool e o tabaco, razão pela qual pensar em mais drogas tornando-se lícitas seria um contrassenso, que a coletividade merece ser protegida pelo Direito Penal. Este argumento parece ser idôneo e necessário, por isso mesmo é o mais nocivo e merece uma abordagem mais ampla. Há tempos aplica-se este discurso, “em prol da sociedade”, restringindo direitos e liberdades “em prol da tão esperada segurança”, típico de políticas reducionistas que prometem resolver vários problemas com uma única atitude/ferramenta. Na inquisição, os hereges, e pagãos eram executados sob o argumento da “vontade de Deus”, porque contrariavam qualquer dogma imposto pela igreja católica. Cita-se como exemplo Pelágio da Bretanha⁴, que defendia a capacidade que o homem possui de decidir o seu futuro por *livre-arbítrio*, sem necessariamente depender da *graça* de Deus, baseando-se no fato de pessoas resistirem por sua própria vontade a tudo que se refere a Deus, ao Criador, e à necessidade de pertencer a Ele. Por esses pensamentos, Pelágio foi excomungado e condenado como herege. A inquisição estava para Igreja Católica assim como o Direito Penal está para os Governos atuais, ferramenta aparentemente útil e eficaz que, na verdade, serve para oprimir e penitenciar os que descumprem as políticas escusas determinadas por quem governa. Cesare Beccaria, já em 1764, nos ensinava sobre as “falsas ideias de utilidade”, *in verbis*: “Falsa ideia de utilidade é a que sacrifica mil vantagens reais por um inconveniente imaginário ou de pequena importância; a que tiraria dos homens o fogo porque incendeia, e a água porque afoga; que só destruindo repara os males. Denominam-se leis temerosas dos crimes e não leis preventivas; nascem da impressão tumultuária de alguns fatos particulares e não de meditação ponderada dos inconvenientes e vantagens de um decreto universal⁵.” O sacrifício de uma liberdade que, se exercida, pode trazer enfermidades para sociedade tem que ser ponderado com os males que emergem deste sacrifício. Basta compararmos o raciocínio supracitado, substituindo drogas por outro tema análogo e também delicado, que veremos o quão frustrado se torna aquele tipo de contra-argumento. Exemplificando: se já temos problemas demais com o casamento entre homens e mulheres (crimes contra a vida, contra a incolumidade física, moral, desdobramentos previdenciários, sucessórios, Direito de família, e por aí vai)

⁴ Pelágio da Bretanha (350 — 423) foi um monge ascético, nascido provavelmente na Britânia.

⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Obra datada de 1764, traduzida por Vicente Sabino Júnior diretamente da edição italiana de Gian Domenico Pisapia; editora CD. São Paulo. 2006. Fls. 129.

seria um contrassenso reconhecer a licitude do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Sendo assim, para evitar mais inconvenientes, restringe-se a liberdade em prol da segurança. Neste exemplo falamos apenas sob a ótica da restrição civil e já podemos perceber o absurdo que se quer defender com as “falsas ideias de utilidade”, quiçá com o Direito Penal.

Superados estes primeiros obstáculos, vale consignar uma breve iniciação histórica; como afirma BUCHER (1992)⁶, há inúmeros registros evidenciando o uso de drogas no cotidiano da história da humanidade. Segue afirmando que as drogas, na Antiguidade, já eram utilizadas em cerimônias e rituais para se obter prazer, diversão e experiências místicas (transcendência). Os indígenas utilizavam as bebidas fermentadas – álcool – em rituais sagrados e/ou em festivais sociais. Os egípcios usavam o vinho e a cerveja para tratamento de uma série de doenças, como meio para amenizar a dor e como abortivo. O ópio era utilizado pelos gregos e árabes para fins medicinais, para alívio da dor e como tranquilizante. O cogumelo era considerado sagrado por certas tribos no México, que o usavam em rituais religiosos, induzindo alucinações. Os gregos e romanos usavam o álcool em festividades sociais e religiosas. Ainda hoje, o vinho é utilizado em cerimônias católicas e protestantes, bem como no judaísmo, no candomblé e em outras práticas espirituais. Embora as sociedades apresentem diferenças culturais em relação à utilização e às finalidades do álcool e outras drogas, essas substâncias apresentam algumas funções presentes em todos os lugares: **elas oferecem a possibilidade de alterar as percepções, o humor e as sensações.**

As vicissitudes históricas alteraram o curso do controle sobre as drogas de muitas maneiras e em muitas épocas diferentes. Como bem resumiu Antônio Fernando de Lima Moreira da Silva⁷, citando Orlando Zacone⁸, “paulatinamente, da expansão europeia à revolução industrial, as substâncias psicoativas deixaram de ser ministradas segundo preceitos culturais, ritualísticos e litúrgicos, para se converterem em mercadorias, bens de consumo. O marco definitivo desse processo foram as Guerras do Ópio (1839 e 1865), pelas quais os ingleses, que declararam guerra à Chi-

6 BUCHER R. **Drogas e drogadição no Brasil**. Porto Alegre: Artes Medicas, 1992.

7 SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. "Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 11 set. 2013.

8 ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

na em favor do ‘livre comércio’⁹, garantiram o monopólio internacional, consolidaram o domínio no Extremo Oriente e implementaram a prática comercial de substâncias psicoativas em larga escala.” Além do ópio, a cocaína foi utilizada comumente em batalhas e na medicina. Ou seja, o tráfico de drogas que hoje são ilícitas, além de ter sido atividade eminentemente comercial de alguns países, foi defendido por guerras e disponibilizado em guerras.

Do marco comercial para o marco intervencionista e racista, ocultado por fundamentos sanitários, humanísticos e até religiosos. Ainda nas palavras de Antônio Fernando de Lima Moreira da Silva, “os Estados Unidos foram o principal expoente na cruzada moral contra o consumo de drogas. Passaram a tentar, em nível internacional, controlar o comércio de ópio para fins não medicinais. Haveria, por parte dos americanos, dois motivos, que se sobreporiam aos aspectos sanitários: adaptar os imigrantes do século XIX ao estereótipo moral da elite anglo-saxônica protestante, penalizando os desviantes; e conquistar espaço de manobra e poder econômico nos mercados do oriente, então dominado pelos ingleses.” Fato é que essa pressão americana ganhou controles internacionais, passando pela Conferência Internacional do Ópio, realizada em Shangai, (1909) com representantes de países com colônias no Oriente e na Pérsia; em 1911 realizou-se a Conferência Internacional do Ópio, em Haia. Dessa conferência resultou a “Convenção do Ópio”, em 1912, pela qual os países signatários criaram o compromisso de tomar medidas de controle da comercialização da morfina, heroína e cocaína nos seus próprios sistemas legais. No mesmo ano, o Brasil subscreveu o protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, com as pressões internacionais que até hoje perduram.

Como afirmou Nilo Batista¹⁰, nesse momento a política criminal brasileira começou a adquirir uma configuração definida como “*modelo sanitário*”, caracterizada pela aplicação das sabedorias e técnicas higienistas, com as autoridades policiais, jurídicas e sanitárias. O viciado era tratado como doente, com técnicas similares às do contágio e infecção da febre amarela e varíola, e não era criminalizado, mas **objeto de notificações compulsórias para inter-nação com decisão judicial informada com parecer médico** – o que ressurgiu hoje com as propostas “modernas” de internação compulsória.

9 ZACCONE, Orlando. Ob. cit., p. 77.

10 BATISTA, Nilo. “Política criminal com derramamento de Sangue”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 5, n.º 20, p. 129, outubro-dezembro de 1997.

Mesmo antes de ser signatário daquele protocolo, o Brasil já se “destacava” no cenário internacional. Como explicam os professores Andre Barros e Marta Peres¹¹, ainda em 1830, era editada a primeira lei contra a maconha do mundo: a Câmara Municipal do Rio de Janeiro, através do código de posturas, penalizou o “pito de pango”¹², no § 7º que regulamentava a venda de gêneros e remédios pelos boticários, à época, aplicando pena de prisão de 03 (três) dias a “negros e outras pessoas”. Ainda parafraseando os professores, as raízes da criminalização da maconha no Brasil, quando tal não era nem objeto nas Convenções Internacionais, estão ligadas à diáspora africana e à violência contra um hábito dos negros. De fato, os cerca de 15 mil portugueses que chegaram ao Brasil com D. João VI, fugindo de Napoleão, assustaram-se com a ideia de viver numa cidade cuja maioria da população era de escravos. Em 1809, foi criada a Guarda Real de Polícia, que viria a substituir a atuação dos capitães-domato no que diz respeito à “polícia de costumes”: repressão de festas com cachaça, música afro-brasileira e, evidentemente, maconha.

Mais à frente, com o fim da Primeira Guerra Mundial e a posterior formação da Liga das Nações, ocorreram outras convenções, sendo a Convenção de Genebra, de 1925, a mais importante. Todas subscritas pelo Brasil e promulgadas internamente¹³. Configurava-se o que Salo de Carvalho¹⁴ denominou de transnacionalização do controle. Em 1961, surge a Convenção Única Sobre Entorpecentes, de Nova York - ratificada por cerca de cem países, liderados pelos Estados Unidos - unificando e fortalecendo os anteriores tratados sobre drogas.

No Brasil, com o golpe militar de 1964, há o ingresso definitivo de nosso país no cenário internacional de combate às drogas, sobrando o modelo sanitário para quem se encaixasse no estereótipo da dependência, isto é, os jovens de classe média e alta¹⁵. Isso significa que o modelo sanitário deixa de ser primordial, para ser implementado o modelo intervencionista. “É necessária uma breve análise do contexto histórico que favoreceu a mudança do modelo sanitário para o modelo bélico.

11 BARROS, Andre. “Maconha no Brasil: proibicionismo, racismo e a luta pela descriminalização”. Disponível em <https://pt-br.facebook.com/advogadandrebarros/posts/176295539188811> - Acessado em 11/09/2013.

12 Cachimbo utilizado para fumar maconha.

13 Pelos Decretos 22.950, de 18 de julho de 1933, 113, de 13 de outubro de 1934 e 2.994, de 17 de agosto de 1938.

14 DE CARVALHO, Salo. **Política Criminal de Drogas no Brasil**, A - Estudo Criminológico e Dogmático. 4ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 14-19.

15 Cf. BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

Estava-se na época da *'guerra fria'*, com *'uma aliança de setores militares e industriais para a qual a iminência da guerra era condição de desenvolvimento'*¹⁶. Havia gastos bilionários com armamentos por parte dos dois blocos antagônicos (Estados Unidos e União Soviética), sendo fundamental para ambos a militarização das relações internacionais e também em nível interno. Com o suporte ideológico da doutrina de segurança nacional, criou-se a figura do inimigo interno – que transbordou os limites da guerra fria, perdurando até hoje -, antes os criminosos políticos, depois os comuns. Por outro lado, a década de 60 era a década dos movimentos de contracultura, como os *'hippies'*; dos movimentos de protesto político, como as guerrilhas na América Latina. Especialmente, era o momento do estouro da droga, aumentando o consumo da maco-nha também entre jovens de classe média e alta, e estourava também a indústria farmacêutica, que criou drogas sintéticas, como o LSD. Como o consumo já não era apenas dos guetos, passou a se mostrar um problema moral, uma *'luta entre o bem e o mal'*. O mal, representado pelo pequeno distribuidor, vindo dos guetos, que incitaria o consumo, qualificado como delinquente. O bem, pelo consumidor, *'filho de boa família'*, corrompido pelos traficantes, qualificado como doente/dependente, merecendo tratamento por médicos, psicólogos e assistentes sociais."¹⁷ A política norte americana, camuflando os verdadeiros desígnios intervencionistas, não podia aceitar que tantos jovens americanos fossem desprovidos de virtude, passando a questão do consumo de substâncias psicoativas para ordem internacional, sob o argumento de segurança nacional.¹⁸ "Assim, os EUA colocaram em marcha uma prática efetiva de intervenções diplomático-militares ¹⁹, transferindo para os países marginais a responsabilidade pelo consumo interno, com a teoria de países-vítimas e países-agressores. Deste lado, os países produtores, como Colômbia, Bolívia e China. Do lado das vítimas, Estados Unidos e os países da Europa Ocidental. Ou seja, *'a criminalização do estrangeiro aplaca a vitimização doméstica'* ²⁰. Foi dado o passo para transnacionalizar o controle, com a globalização da repres-

16 BATISTA, Nilo. Ob. cit., p. 138.

17 SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. "Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais". Ob. cit.

18 ZACCONE, Orlando. Ob. cit., p. 88/89.

19 SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. "Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais". Ob. cit. Fazendo referências à Tiago Rodrigues.

20 SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. "Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais". Ob. cit. Fazendo referências à Salo de Carvalho.

são às drogas. Reunia-se o elemento religioso-moral com o elemento bélico - com cada vez mais verbas para o capitalismo industrial de guerra -, que resulta numa 'guerra santa' contra as drogas, que tem a vantagem de não ter restrições nem padrões regulativos, com os fins justificando os meios.”²¹

Concluída a Convenção de Viena, de 1988, prevendo medidas abrangentes contra o tráfico de droga, incluindo disposições contra a lavagem de capitais e o desvio de precursores químicos. No mesmo ano, seguindo as “determinações” internacionais, foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Nela encontramos, no título dos direitos fundamentais, o art. 5º, inciso XLIII, **equiparando o tráfico de drogas aos tais crimes hediondos, ao nível da tortura e terrorismo, prevendo a inafiançabilidade e a proibição de graça ou anistia.**

Ultrapassando a cansativa abordagem histórica, passamos à exposição das lendas que permeiam o sustento da política criminal proibicionista no Brasil. Sob a ótica do Direito Penal, uma vez declarada “War on Drug” (guerra às drogas), por Nixon, na década de 70, nosso país teve sucessões de leis especiais criminalizando o consumo e mercancia. Entre as mais importantes, destacam-se a imediatamente anterior Lei 6.368/1976 e a atual 11.343/2006.

Para criminalizar uma conduta, criando um tipo penal, com premisa primária (conduta) e secundária (pena/sanção), não basta a vontade do legislador pura e simples, é preciso fundamentar as razões da tutela - por meio do Direito Penal - de um bem jurídico e que este seja constitucionalmente previsto, daí falar-se da “Teoria do bem jurídico”. Em termos práticos, toda infração penal (crime/delito e contravenção penal), tutela (protege) um bem jurídico “apontado” pela Constituição. Como por exemplo, furto e roubo protegem o patrimônio; homicídio e aborto protegem a vida; calúnia e difamação protegem a honra. Sendo assim, as leis de drogas, tendo que proteger um bem jurídico constitucionalmente previsto, “escolheram” a saúde pública. Surgem assim as fábulas que encobrem a **hipócrita e autofágica tutela à saúde pública**, primeira verdade inglória. Evidente que só poderia ser a saúde “pública” porque o Direito Penal não cuida da autolesão – a não ser em caso de fraude para recebimento de alguma vantagem, art. 171, § 2º, IV C.P.B. A hipocrisia deste argumento é “gritante”, o Estado não investe, e parece que nunca irá investir, na saúde

21 SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. "Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais". Ob. cit. Fazendo referências à Nilo Batista.

pública de forma minimamente suficiente para os cidadãos viverem dignamente, e isso tem uma fundamentação capitalista: a iniciativa privada movimentou bilhões de reais com os planos de saúde. Não é economicamente viável prestar um serviço público de qualidade, o que ocasionaria a falência de empresas do ramo, acarretando um efeito cascata indesejado; só lembrarmos quantos times de futebol, eventos festivos e ações governamentais sobrevivem pelo patrocínio destas empresas. Adiantando uma conclusão, já exposta pelo sempre lúcido professor Juarez Cirino dos Santos²², o legislador tem, muitas vezes, como finalidade, utilizar a lei penal para o capitalismo funcionar.

Além de ser hipócrita, é também autofágica. Assim como ocorreu nos Estados Unidos, quando da aplicação da “lei seca”, a qualidade dos produtos que são vendidos de forma ilegal é cada vez pior. Logicamente que, como em qualquer atividade lícita ou ilícita, aumentar o lucro é o desejo de todo segmento mercantil. Mais lógico do que isso é que se o Estado não regula as condições na prestação de um serviço ou de um produto, a qualidade fatalmente irá diminuir. Vale dizer que mesmo nas atividades reguladas pelo Estado é corriqueiro ver a péssima condição de produtos e serviços; no Rio de Janeiro podemos citar as lamúrias dos transportes públicos e das constantes autuações²³ em restaurantes por manter e vender produtos inadequados.

Se for sob a ótica da saúde pública que devemos falar, algumas acepções precisam ser conhecidas. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a definição de droga é: qualquer substância não produzida pelo organismo, que tem propriedade de atuar sobre um ou mais sistemas, causando alterações em seu funcionamento. Tecnicamente é mais correto falarmos em substâncias psicoativas / psicotrópicos, ou seja, drogas utilizadas para alterar o funcionamento cerebral, causando alterações no estado mental, no psiquismo. São exemplos de substâncias psicoativas (CID-10 – Classificação Internacional de Doenças): álcool, tabaco, cafeína, opioides (morfina, heroína, codeína e diversas substâncias sintéticas), canabinoides (maconha), sedativos ou hipnóticos (barbitúricos, benzodiazepínicos), cocaína, alucinógenos, e solventes voláteis²⁴.

22 "Seminário Crítico da Reforma Penal" – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 11/09/2012.

23 Portal G1. Disponível em <http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2013/09/procon-encontra-produtos-fora-da-validade-em-5-restaurantes-de-s-jose.html> - acessado em 18/09/2013.

24 **Curso de Prevenção ao Uso de Drogas** – Capacitação de Conselheiros e Líderes Comunitários – Universidade Federal de Santa Catarina / Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas do Ministério da Justiça (SENAD – MJ). 5ª edição. Brasília 2013. Fls. 19 e 20.

Em uma primeira análise, já é estranho tomar conhecimento de que café, cerveja, cigarro e ansiolíticos (benzodiazepínicos) são psicotrópicos, ou seja, somos um “bando de drogados”. Este é o ponto de partida para segunda verdade inglória, **a incongruência do objeto material da lei de drogas**. No Direito Penal, objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual recai a conduta criminosa, não se confundindo com o supracitado “bem jurídico” (vida, patrimônio, honra etc). Aquele constitui o objeto corpóreo (coisa ou pessoa), incluído na definição do delito, sobre o qual recai a ação punível, por exemplo, a coisa móvel, no furto (o objeto que foi furtado). Há crimes em que o sujeito passivo identifica-se com o objeto material, como, por exemplo, no homicídio. Como é óbvio, nos crimes de simples atividade ou formais, pode não haver objeto material (calúnia, difamação e injúria)²⁵. A lei 11.343/2006 tem a “droga” como objeto material, ou seja, um gênero que tem inúmeras espécies. Quais dessas espécies são consideradas ilícitas do ponto de vista criminal? O art. 1º, parágrafo único da atual lei de drogas define: *Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.* [destacou-se]

O artigo 66 do mesmo diploma legal completa: *Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998.* [destacou-se]

Daí extraímos uma segunda indagação: no Brasil, há alguma lei (genérica, abstrata e impessoal, produzida pelo legislador) penal vigente que proíba expressamente, dentre outras, a maconha, cocaína e heroína? A resposta é negativa²⁶. A Lei 11.343/2006 em nenhum momento cita o nome das substâncias que são proibidas. Quem estabelece quais são estas substâncias, completando a norma penal (norma penal em branco), é a Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Dessa forma, à margem do princípio da reserva legal, quem institui e revoga crimes é um ato do Poder Executivo, traduzindo a política ao invés do legislador.

25 FRAGOSO, Heleno Cláudio. "Objeto do Crime". Disponível na rede mundial de computadores em http://www.fragoso.com.br/eng/ara_pdf/heleno_artigos/arquivo60.pdf - acessado em 18/09/2013.

26 Vale dizer que há o Decreto Lei 891, de 1938, que elenca substâncias, estipulando crimes e penas, o qual não foi revogado EXPRESSAMENTE. Contudo, se este Decreto não tiver deixado de ser recepcionado pela Constituição de 1988, ao menos foi revogado TACITAMENTE pela Lei 11.343/2006. Assim pensa este autor.

Antes de analisar quais substâncias a ANVISA “tipifica” como drogas (ilícitas), vale adiantar que o álcool não é uma delas, apesar de, parafraseando a lei, ser um psicotrópico capaz de causar dependência. Ainda sobre o álcool e lembrando o “pretexto” da saúde pública, vale consignar os dados da Organização Mundial da Saúde²⁷, aduzindo que, a cada ano, cerca de **dois milhões de pessoas** morrem em decorrência das consequências negativas do uso do álcool.

A Portaria 344 da ANVISA engloba os psicotrópicos (entorpecentes, tóxicos e outras espécies) na classificação de SUBSTÂNCIA CONTROLADA ou DE CONTROLE ESPECIAL e ainda explica²⁸: “As chamadas substâncias controladas ou sujeitas a controle especial são substâncias com ação no sistema nervoso central e capazes de causar dependência física ou psíquica, motivo pelo qual necessitam de um controle mais rígido do que o controle existente para as substâncias comuns. Também se enquadram na classificação de **medicamentos controlados**, segundo a Portaria SVS / MS nº 344 / 1998, as substâncias **anabolizantes**, substâncias **abortivas** ou que causam má-formação fetal, substâncias que podem **originar psicotrópicos**, **insumos** utilizados na fabricação de entorpecentes e psicotrópicos, **plantas** utilizadas na fabricação de entorpecentes, **bem como os entorpecentes**, além de substâncias químicas de uso das forças armadas e as substâncias de uso proibido no Brasil.”

Que nós somos “um bando de drogados” (café, álcool, tabaco e outras drogas lícitas) já foi exposto; mas será que também usamos drogas ilícitas? E mais, sem tomar conhecimento disso? Vasculhando a portaria que “criminaliza” condutas, apesar de apresentar apenas o princípio ativo das substâncias controladas, verdadeiros hieróglifos, faz-se a descoberta assustadora que sim, consumimos substâncias ilícitas sem saber, como por exemplo, a dimethylamylamine (DMAA) foi recentemente proibida no Brasil²⁹; essa substância está presente em vários suplementos alimenta-

27 **Curso de Prevenção ao Uso de Drogas** – Ob. cit. Fls. 79.

28 Portal na internet da ANVISA - http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/busca!/ut/p/c5/jZDI-boNADlafhQeIxaFhKEcylMMSlH7TCckEQAKUQoCVqRzx9QOo1qPbj-vXZ8odStH5f_zR1_miGPu9QJfKcWT41dABecoN3BYxDcKaSRVxtv1_yBGfwomRYaLL9CDay4yPBAXdcLDguwDuH_0y5_9ze2P7Nm2it06GYvkkUq4tUwa5VITIPM1H6GjBm-6gN6pJCV-UeLZw8t7aqpRYlloDkRNghZdO9az4bHcZjfe2760mFx6aPXF7KvmYlz5CWpYX9gtOGcBjZ0-qY8kdt e0r83CRfdKQ9Hqe9vAmm_4dehvw6HxHobxfGsrmeOeNybe4g!!/?1dmy&uril=wcmm%3apath%3a//Anvisa%20Portal/Anvisa/Transparencia/Assunto%20de%20Interesse/Publicacoes%20Transparencia/FAQ%20-%20Perguntas%20Frequentes/Medicamentos%20Controlados%20%20Informacoes%20Gerais – acessado em 19/09/2013.

29 Site da ANVISA: http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/busca!/ut/p/c5/rVLJkqJAFPwWP-4CmACnkiIAWu6wCF4NF2WXRRURrh4meq8Ycut6hoiljX9blfHilr3WPxiKLnkV7j2rcx0N4UUwkHQEGwCpZ-CUDaOhZiFd44EMSKB_AC3hwO_GXzRw5tGXV9wz0PpC0tQ9o0ADD-sd_i5P9of-i-smkC0Nye4lBx4EkgCSJE-roYsXiHxM-6D7cUu505aqsUqF_OlCamuq-stVrMzeBLXy5U2815zjKy6U6KgU-xOvgy9kkmUu2LUNr8_OKDZu-

res, tais como Jack3d, Oxy Elite Pro, Lipo-6 Black, entre outros. Produtos facilmente adquiridos na rede mundial de computadores³⁰. Outro produto popular, especialmente para o público feminino, a sibutramina, foi reclassificada em 2010 pela ANVISA ³¹como psicotrópico anorexígeno. Sabe-se que este produto é largamente utilizado pelas mulheres como alternativa para o emagrecimento, uma vez que inibe o apetite. Cabe esclarecer que, algumas substâncias de controle especial podem ser consumidas, desde que o usuário necessite, como é o caso dos próprios anorexígenos e os anabolizantes. Se o usuário consumir a substância controlada sem haver carência e prescrição média, comete o mesmo crime do sujeito que faz uso de maconha cocaína, heroína ou outra droga ilícita. Isso está estipulado no próprio artigo 28 da Lei 11.343/2006, *in verbis*: Art. 28. **Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...)**. [destacou-se]

No que tange aos ansiolíticos e inibidores de apetite (substâncias controladas): “Estudos mais recentes mostram que os ansiolíticos (benzodiazepínicos) compõem a classe de medicamentos psicotrópicos mais prescritos, com base na análise das receitas médicas retidas em estabe-

cZZDzM6jZenT4LSTUJLzCjomaA9lj2oUuZKRnssRjMPTS04qbR2oapqbyk4Ow7Q8F4ApPoWPbBHMCFm68zDUD_4Gu-J-NsRDn5i-ydousINvegE9dcATUx-irnA1UtVkoS4kiN3szoRfsyj_ME_pkyjtrnAR4yb53gae78kuOfdchf01mzKeLm65U0X-CLBQQBAQtYCEKlwbo_TrCd4pc0CZJ_sfnNsNkuZMohzEfQ5sLm5bkCllaEj5shVQhUzb1vHZXzSHrHEL7_RtnN6FjPK8IHMcdL0saVR6Aqf6U2eg0e7Cw8nizHznZMm5-_tTRspwdt5E4YJ3evT9JArFfj7zJWzmjVJEw67P-nixG10ak1cQPCPEvNkrNdvhnRloMo1NRmWT-DghJPyQpAqzX7FgOxH2WC8Z7n3Zj6YmBJUOuN84GRCO3z56b0hgt4V3juu6oQ0N9ygd6oDNus_kDxgTeBg!!/?1dmy&urle=wcmm%3apath%3a//Anvisa%20Portal/Anvisa/Inicio/Alimentos/Publicacao%20Alimentos/Anvisa%20Alerta%20para%20risco%20de%20consumo%20de%20suplemento%20alimentar – acessado em 19/09/2013.

30 Disponível em: <http://www.magazineluiza.com.br/pre-treino-power-jack-3d-325g-power-supplements/p/2051035/sa/satr/> <http://www.americavitaminas.com/oxylite-pro/826.840.html> <http://www.monstersuplementos.com.br/lipo-6-black-nutrex-120-cap-p36> - acessados em 19/09/2013.

31 Disponível em: [|| R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 17, n. 66, p. 114 - 137, set - dez. 2014 ||](http://portal.anvisa.gov.br/wps/portal/anvisa/anvisa/busca/lut/p/c/5/rZPJqs4GIWfpr6A-wp5yWzmMBM2EUMSAiSBjEWAj2o-ik6k23utJXutdeWNB72Of7zee4eu85OPpmD9O10ve45meMTvTQ70-GAOTdkJOBToU-4k3JlVQ11bfMDvwwBPCqljQBUIUay17hIRArpGOWdztQC4f1f_qMNF8X5z-lpNE8AWREIArip-BoMsKgyIb-ZJl8QRPAULmnrnXl3bxm8XXncbZOE5TJUW0gqcbQVb13YJqtUlvhYgSkaEسوSJU_EqqclRo-FxavvxfZM3Xj-noBng7Tte-vsUDDw7tdtiZZXIZTvJV-EoK7J_X0TQoQla7IU7K7YUePZ2Y9H2hmmvPFT-FLHu-VhC2Yik12Py6yN2Fxf76m37ildmP50SVxvFHSqYQj6IUFXF0xM4VQgemHVXHFpKgwV04YpdjWKPtYss7ek4bf-pk8cdD3v8S2esT_mkAE8_Dcz72nLleNY3ovZHN5iXRiM1p6l-Kzlfteb-bY3g97Y3QbzqAtmk54y_eN_fOAF81nz-nlr57M8f4JPHHAEA3jAMwxkGLB2YLipukp77Ke7oL6OHuNQBpEctoONQIEuTuD1m6yUKXkssEsbEyoMGJTGl-yM2TfiorDgcfcprmf5q18d4Vvk2jPPkqDMW_vVy5TNz7r1VxYlckXdbBHUo65ndHL4xSjzqTfjIX1XpM8ya9z831-22njVMlJm678SbghLPatY-tldy-W3UCFZR0yb8pjygG57EaFgaQL0j22XZleM1w2fjRiPBv5AWnLia7xOKtCS9j-PgfdcszNo_Tv3WIMcMjV17W1WBLoSitUFKunB_-D7G3_yvRf8o17_5ExSkCM4lqQZgmIY6sUZTvdJdf8kVzN8yDk9m2IOyOTNlmxKMVdAvRfW4OGZTQ-6tMtj7L1w9yhvKFF42T_qgT-XPqcf67gUyOylyDqDtCzmWA_hLC7pzV_u9XlFDIGcm6no0MsV-i4w00PF-EeoYAfsoe0X_Q2O-14-xFyGiltU9KXXnJxuSMquhRdWcSoem53F15mZKSuyivi-fcPz4wPtzFEWjadfjsKlv9I0enYnZsiW_AI29w84!/?1dmy&urle=wcmm%3apath%3a//Anvisa%20Portal/Anvisa/Sala%20de%20Imprensa/Assunto%20de%20Interesse/Noticias/Anvisa%20Aumenta%20controle%20sobre%20prescricao%20da%20sibutramina – acessado em 19/09/2013.</p></div><div data-bbox=)

lecimentos farmacêuticos. São mulheres as maiores consumidoras dessas substâncias e os médicos sem especialização são os maiores prescritores. Há a prescrição indiscriminada de anfetaminas (inibidores de apetite), com fins estéticos, **para pacientes sem evidência de indicação clínica – índice de massa corporal (IMC) maior que 30 kg/m².**³²

Esta é a incongruência acerca do objeto material, tanto no que se refere à forma lícita como são tratadas as substâncias com periculosidade social evidente, como no desprezo proposital da conduta de usuários de substâncias ilícitas, que não são o “público alvo” da política de repressão.

Semelhante ao que ocorre com os usuários, também há o público alvo entre os traficantes. O artigo 33 da Lei 11.343/2006, à que tipifica a conduta de tráfico, igualmente estipula, a semelhança do artigo 28, *in verbis*: Art. 33. *Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.* [destacou-se]

A conduta do médico que receita psicotrópicos incluídos no rol de substâncias controladas, como sibutramina ou anfetaminas inibidoras de apetite, para pessoas que não são obesas, com IMC menor que 30 kg/m², prescrevendo droga em desacordo com determinação regulamentar, é típica de algum crime? Da mesma forma, os médicos sem especialização que prescrevem de forma indiscriminada o uso de ansiolíticos (Valium[®], Lexotam[®], Rivotril[®]), ainda que gratuitamente, praticam alguma conduta criminosa? Como já foi exposto, o uso dessas substâncias é corriqueiro e cada vez maior, a farmacodependência alcança números alarmantes, e são, junto com o álcool, as verdadeiras “drogas de entrada”. No Brasil existe uma cifra enorme de médicos e farmacêuticos praticando a conduta típica do tráfico de drogas prevista no artigo 33, mas essa cifra é negra³³.

A **seletividade do sujeito ativo do crime de tráfico** (terceira verdade de ingloria) no Brasil é talvez o pior efeito colateral da política de repressão; um pensamento do Juiz espanhol penalista Javier Martinez Lázaro

32 **Curso de Prevenção ao Uso de Drogas** – Capacitação de Conselheiros e Líderes Comunitários – Universidade Federal de Santa Catarina / Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas do Ministério da Justiça (SENAD – MJ). 5ª edição. Brasília 2013. Fls. 69.

33 Crimes que não chegam ao conhecimento público e, conseqüentemente, não são investigados e julgados.

define o que será o futuro: *Algum dia, quando a descriminalização das drogas for uma realidade, os historiadores olharão para trás e sentirão o mesmo arrepenho que hoje nos produz a Inquisição.*³⁴

Além da seletividade omissiva feita através da cifra negra, existe a seletividade ativa que demoniza e estigmatiza determinadas pessoas, em determinadas localidades, com determinadas etnias. Esta seletividade começa pela polícia militar que, muitas vezes, é o 1º juiz da causa, passa pela polícia judiciária (estadual e federal), continua no poder judiciário e se perpetua na mídia, gerando um ciclo vicioso que é primoroso na manutenção do controle social através do senso comum criminológico. Um sujeito não branco, pobre e sem grandes instruções, abordado por um policial em uma localidade carente com alguns gramas de cocaína é tratado com a presunção de tráfico. Em contrapartida, um caucasiano, de boa condição financeira e plenamente instruído, abordado por um policial na Zona Sul do Rio de Janeiro com alguns quilos de maconha, muito provavelmente será tratado com a presunção de usuário.

Para sair do campo crítico teórico, traz-se à baila uma história real. A biografia de Janderson Pereira da Silva³⁵, escrita nos autos do processo criminal 0026774-02.2013.8.19.0004. Janderson foi preso nas redondezas do morro do Salgueiro, na cidade onde reside (São Gonçalo/RJ), ao acabar de comprar **7,8 gramas** de cocaína para seu consumo. No ato de abordagem pela polícia militar, não ofereceu resistência e prontamente afirmou que teria droga na mochila que carregava; ato contínuo, os policiais militares o conduziram para delegacia de polícia civil com circunscrição correspondente. Janderson foi autuado pelo delegado de polícia como traficante de drogas. Se a autoridade policial tivesse atentando ao depoimento dos policiais bem como à folha de antecedentes criminais, que não tinha anotações, poderia ter feito justiça. Poderia ainda tomar conhecimento de que o acusado possui trabalho e residência fixos; é casado; há comprovantes de internação para tratamento de dependência química; recebera o salário no dia em que adquiriu a droga, havendo comprovante através de extrato bancário do saque de toda quantia horas antes da prisão. Ou seja, todas as evidências de consumo ao invés da mercancia. Consigna-se que essa cautela não é absurda, pelo contrário, a própria lei, no artigo 28, § 2º, exige que, para determinar se a droga destina-se a consumo pessoal,

34 Citado no Documentário **Cortina de Fumaça** - Direção de Rodrigo Mac Niven, numa coprodução entre a J.R. Mac Niven Produções e a TVa2 Produções. 2010.

35 Permissão por escrito para expor esta história.

serão observados a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente. Enquanto o auto da prisão em flagrante era enviado para o promotor de justiça e juiz se manifestarem acerca da legalidade e necessidade da prisão, Janderson já estava no complexo penitenciário de Gericinó (Bangu). Quando, enfim, chega a vez do promotor de justiça reparar o erro, ele “despacha”, à mão, nos autos (fls. 22), *in verbis*: *Pela conversão do flagrante em prisão preventiva (art 313, I, CPP). Janderson estava em atitude suspeita, trazendo droga, em tese, para venda. Deve ficar preso, pois a ordem pública está abalada com a venda da droga.* Mais a frente no processo a Juíza concedeu liberdade provisória, analisando justamento a determinação do artigo 28, § 2º da lei de drogas. Resultado final, Janderson ficou quase dois longos meses preso e, após a liberdade provisória, ainda se defende da acusação de tráfico.

Não tem como negar que uma pessoa branca, com mínima condição financeira, em um caso similar, não passaria nem algumas horas na delegacia, isso se fosse conduzida até lá. Muito dificilmente a autoridade policial decidiria arbitrariamente no mesmo sentido. E se assim o fizesse, a contratação de um advogado criminal resolveria a questão em pouco tempo. A Lei 11.343/2006 surgiu com o contexto de que o usuário não seria mais penalizado criminalmente, o que parecia uma evolução significativa, se não houvesse casos como o do Janderson.

Na prática, a lei melhorou a vida de muitos “mauricinhos”, que puderam experimentar livremente a opção pelo uso de drogas ilícitas, mas para a maioria, que vive à margem da sociedade, apenas foram elevados da categoria de usuário para traficante. E mesmo os “mauricinhos”, quando são verdadeiramente traficantes, têm um tratamento diferente. Caso clássico, também narrado em autos processuais (processo nº 95.0032967-0 / 1995 - 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro), do sujeito que foi preso em flagrante, juntamente com outras pessoas, em virtude de mandado de busca e apreensão, no imóvel situado à rua Raimundo Correa, Copacabana – RJ, com mais de 05kg de cocaína e outros petrechos para manuseio e empacotamento da substância; após longa investigação da polícia federal que apontava sua ligação com traficantes de outros países, caracterizando não só o tráfico nacional como o internacional, bem como sua associação com outros agentes para prática desses crimes. O sujeito foi processa-

do junto com os demais presos e, no decorrer da instrução processual, todos alegaram quadro de dependência química. Tendo os advogados particulares, inclusive, juntado aos autos parecer de perito, também particular, que confirmava o alegado. Os *experts* do juízo, através de laudos médicos (fls. 276/289 dos autos), analisando a imputabilidade³⁶ dos réus, atestaram que à época dos fatos os acusados tinham inteira capacidade de entender o caráter ilícito do fato, mas que apenas o sujeito principal era parcialmente incapaz de determinar-se de outra forma, em razão de sua dependência à cocaína, enquanto os outros tinham completamente abolida a capacidade de autodeterminação pelo grau avançado da mesma dependência. A Juíza, em sede de sentença, acompanhou o entendimento dos peritos judiciais, absolvendo os acusados que não tinham nenhuma capacidade de determinação e, quanto ao sujeito principal, apesar de condenado por tráfico, sua pena privativa de liberdade foi substituída para tratamento em Hospital de Custódia. Quanto à prática do crime de “associação para o tráfico”, a Juíza rejeitou, *in verbis*³⁷: ***Exige-se como corolário natural da expressão associarem-se a ideia da habitualidade da estabilidade da sociedade criminoso. Fica difícil imaginar um punhado de pessoas com graves problemas de dependência a entorpecente, martirizados por dolorosos problemas sociais, conseguirem no delito, a estabilidade que jamais conseguiram em suas vidas.*** [destacou-se]

A história desse sujeito principal foi narrada em livro e filme; que o nome dele não era Johnny todos sabem, Janderson que não seria; contudo, poucos tomam conhecimento de que o grupo dos “martirizados por dolorosos problemas sociais, cuja estabilidade jamais conseguiram em suas vidas”, é seleta. Quem alcança o tirocínio sabe perfeitamente que Janderson Pereira da Silva foi só mais um Silva, dentre muitos outros que enchem as penitenciárias brasileiras.

Fazer leis é diferente de aplicar leis. Principalmente em nosso país, que fomenta a **vitimização recíproca entre polícias, traficantes e população**, quarta verdade inglória. A vitimização mútua é utilizada para manter fora da discussão o único responsável pelo efeito colateral da política de repressão, o próprio Estado. Ocorre de uma maneira muito simples, os policiais são treinados para uma guerra, sendo levados a crer que lutam pelo bem e que o mal emana do tráfico, cujo “reduto” é nas favelas; con-

36 Artigo 26 do Código Penal Brasileiro.

37 Processo nº 95.0032967-0 / 1995 - 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Sentença nº 81/96. Fls. 433 e 434.

sequentemente, como em qualquer guerra, existem desastres que, sob a ótica policial, são um “mal necessário”. Por sua vez, o sujeito pobre que, por qualquer razão, normalmente alheia à sua vontade, decidiu vender produtos considerados ilícitos, se torna o “demônio” da sociedade, enxergando no policial um executor, que só existe para matá-lo e ganhar a guerra. No meio disso tudo, está a população dessas áreas de confronto, que se alterna entre vítima de policiais e vítima de traficantes, não sabendo em quem confiar. Todos são algozes de todos. Nesse ínterim, ninguém questiona o criador do problema, o Estado. Fica fácil enxergar essa política contando a parábola da mulher adúltera que, cansada do descaso e desprezo de seu marido, procura um amante, que mora do outro lado do rio. Para atravessar este rio, ela tinha duas alternativas, pela ponte ou de barco. Como era público e notório a existência de um estuprador assassino que rondava as imediações da ponte quando anoitecia, a mulher comumente ia pela ponte de manhã, voltando no último horário em que o barqueiro fazia a travessia (18h). Certa vez, demorando mais do que o de costume com seu amante, a mulher se atrasou 02 minutos para pegar o último barco. E obteve como resposta do barqueiro que não efetuaría a travessia de volta porque seu ofício terminava impreterivelmente às 18h. Inconformada, solicitou a seu amante que a acompanhasse no retorno pela ponte; alegando cansaço e falta de necessidade, o amante mandou a mulher ir sozinha. E ela assim o fez. Resultado: foi estuprada e morta. A grande pergunta que se faz: de quem é a culpa? Comumente as pessoas variam as respostas. As mulheres costumam alternar entre o marido que não foi atencioso ou o amante que foi preguiçoso. Para os homens, a culpa é da mulher que foi adúltera e “teve o que mereceu”, ou do barqueiro que foi burocrata. O verdadeiro culpado não é enxergado. O estuprador assassino. Inconscientemente, considera-se normal matar. As circunstâncias paralelas ofuscam quem verdadeiramente deu causa à tragédia. Quando se discute acerca do problema das drogas acontece o mesmo ilusionismo, propositalmente criado; alguns argumentam que a culpa é do usuário, pois sem ele não haveria venda; outros, que a culpa é do traficante, porque sem a venda não existiria usuário; há ainda os que culpam a família pelo desamparo e negligência na instrução dos filhos. Quando o verdadeiro culpado é o Estado, que criminalizou esses comportamentos. Inconscientemente, considera-se normal as condutas cotidianas convertendo-se em crimes.

Com relação à polícia, em especial a Militar do Rio de Janeiro (PMERJ), vale consignar argumentos que, se não justificam, ao menos ex-

plicam sua característica letal. A história da PMERJ é muito parecida com a de Lucius Artorius Castus (Rei Arthur), pelo menos a que é narrada em seu filme³⁸. A biografia, ou mito, não se sabe ao certo, contada sobre a Era das Trevas onde Arthur viveu (início do século VI) dá conta de que ele foi um cristão que apostava na fé de sua religião, logo, consequentemente, acreditava em Roma e na Igreja que traçava as estratégias sob o crivo da **“vontade de Deus”**. Todas as conquistas realizadas por batalhas sangrentas e muitas vezes desumanas eram, para ele, justificadas através da prática de um bem maior, **“cumprir seu dever com Roma”**, estipulado pelos líderes da igreja, os quais ele cria serem **“legítimos representantes das leis de Deus”**. Arthur foi comandante dos notáveis Cavaleiros Sarmatianos, incorporados ao exército romano, obrigados a lutar por Roma durante décadas em troca da liberdade de seu povo. Arthur criou um grupo de elite, os Cavaleiros da Távola Redonda, e dentre eles estava o famoso Lancelot. Aos poucos, foi descobrindo o que os **“porta-vozes”** de Deus faziam com o povo (escravizavam e condenavam sumariamente hereges e pagãos que contrariavam os dogmas da Igreja Católica, como ocorrera a Pelágio) e percebeu que, juntamente com seus homens, empreendeu uma guerra para defender uma Roma que não existia. Chegando à conclusão de que eles mesmos criaram as maldições, e as bênçãos. Apesar disso, após anos de batalhas, não havia como pedir a seus homens que abdicassem de seus ofícios como guerreiros, principalmente na iminência de uma guerra contra os saxões. O seu instinto e de seus comandados já se tornara imutável e continuou na guerra por uma Roma imaginária.

Séculos se passam e a história se repete, apenas os personagens são diferentes. As **“vontades de Deus”** e seus **“legítimos representantes”** foram substituídos pelo Estado e seus governantes, respectivamente. A PMERJ, assim como Arthur e seu exército, acreditou durante décadas que estava **“cumprindo seu dever com o Estado”**. Mesmo que ocorra uma revelação em massa do que os **“porta-vozes”** de nossa sociedade realmente fazem com as políticas públicas, principalmente as criminais, nossos soldados já se encontram igualmente imutáveis. Dependentes do inimigo. Como afirmou o Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro em entrevista³⁹, ao falar da criação de delegacias de polícia civil em áreas pacificadas, complementando o plano de integração entre polícias civil e militar, afirma que nos mesmos moldes das UPPs, as novas delega-

38 **Rei Arthur**. Dirigido por Antoine Fugua. Distribuído por Disney/Buena Vista. 2004.

39 **Jornal O Globo** – 15/09/2013. Página 16.

cias vão contar com policiais recémformados, completando, *in verbis*: *Não vou fazer delegacias com a polícia que está aí. As novas unidades contarão com delegados e inspetores recémformados, sem os vícios da guerra e da corrupção.*

A última verdade inglória é referente à falsa argumentação de que perde-se dinheiro combatendo o tráfico, que a guerra às drogas só é lucrativa para os marginais. Lenda facilmente desmascarada ao aduzirmos que o Brasil tem uma empresa bélica⁴⁰ (IMBEL), empresa pública que, como qualquer empresa do ramo, necessita de guerra para sobreviver. Além disso, há a questão tributária, mais lucrativa que a questão armamentícia interna. No Direito Tributário vigora a máxima proferida pelo imperador Vespasiano em resposta a seu filho Tito: *pecúnia non olet*. O dinheiro não tem cheiro, significa dizer que, para a ciência dos tributos, não importa de onde o dinheiro surge, de atividades lícitas ou ilícitas, ocorrendo o fato gerador da obrigação tributária, o fisco tributa. Aliás, o tributo nem pode ser utilizado para constituir sanção de ato ilícito⁴¹. A atividade mais importante no tráfico de drogas é o branqueamento do capital ou lavagem de dinheiro; a maior parte do dinheiro que circula no tráfico é colocado, ocultado, e posteriormente integrado (fases da lavagem de dinheiro). No processo de integração, o “laranja”, “testa de ferro”, ou o próprio sujeito ativo da lavagem, mais cedo ou mais tarde vai adquirir um carro e pagar IPVA, uma casa e pagar IPTU, auferir renda e pagar IR, comprar um simples pacote de biscoito e pagar IPI, dentre muitas outras formas de tributação. O Estado tributa todo dinheiro que circula no tráfico de drogas, mesmo que de forma indireta. Se lembrarmos que espécies de tributos, como os impostos, não se vinculam à uma atividade estatal específica, podendo portanto o Estado distribuí-lo da maneira que entender melhor, não é tecnicamente incorreto afirmar que o dinheiro branqueado do tráfico pode estar pagando o salário de muitos indivíduos que são responsáveis por combatê-lo.

Como dito em epígrafe, e parece ter ficado claro, o fenômeno das drogas é multifacetário. Longe de querer dar uma solução mágica, deve-se entender que a prática de infrações penais é a forma não política e mais natural que os excluídos do contrato social encontraram para exprimir seu descontentamento⁴². Ao invés de incluir quem está à margem do sistema, de-

40 <http://www.imbel.gov.br/>

41 Art. 3º Código Tributário Nacional.

42 Nesse sentido: Rangel, Paulo. *A Coisa Julgada no Processo Penal Brasileiro Como Instrumento de Garantia*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58. Citando Boaventura de Souza Santos.

sestimulando tal forma de manifestação, o que vemos é a alimentação das desigualdades, de uma forma muito simples: aumentando o número de infrações penais. O direito penal é um dos maiores instrumentos de exclusão social que temos e, ao mesmo tempo, o que parece ser mais simpático aos olhos da população, graças ao que se denomina *populismo penal midiático*⁴³.

Como dizia Cesare Beccaria (1764), a grandeza das penas deve ser relativa ao próprio estado da nação. Devem ser mais fortes e sensíveis as impressões sobre os ânimos endurecidos do povo que apenas saiu do estado de selvagem: requer-se um raio para abater um leão feroz que se agita ao tiro do fuzil. Porém, à medida que se abrandam os ânimos no estado de sociedade, cresce a sensibilidade e, crescendo esta, deve diminuir a força das penas, se se quiser manter constante a relação entre o objetivo e a sensação. As leis são as condições com que os homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viverem num contínuo de guerra e de gozarem uma liberdade tornada inútil por causa da incerteza de sua conservação. A soma de todas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um constitui a soberania de uma nação, e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador. Foi, pois, a necessidade que obrigou os homens a cederem parte de sua liberdade; e é certo que cada um não quer colocar no depósito público senão a mínima porção possível que baste para induzir os demais a defendê-lo. O conjunto dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo mais é abuso e não justiça; é fato e não direito.⁴⁴

Deve-se rememorar as lições básicas do Direito Penal, no sentido de que essa ferramenta só deve ser utilizada em *ultima ratio*, é a última opção, quando todas as outras falharem (Direito Constitucional, Civil, Administrativo etc). Não é o que estamos experimentando, vemos a criminalização do cotidiano aumentar cada dia. O Direito Penal é comparado ao desfibrilador, emprega-se como última alternativa. Nessa acepção, fazendo uma singela analogia, é como se a nossa sociedade atual fosse um hospital, no qual nós, cidadãos, fossemos os paciente e os funcionários do hospital, os agentes estatais; chegando ao serviço de emergência, com uma dor de cabeça ou até mesmo uma fratura grave, os pacientes são imediatamente levados ao desfibrilador, não há uma triagem, exames preliminares ou tratamentos proporcionais. Parece cômico, mas a realidade é trágica igual ao exemplo, o Direito Penal está executando as pessoas.

43 Gomes, Luiz Flávio; Almeida, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático** - Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

44 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ob. cit. Fls. 61 e 20.

Mesmo após expor estas verdades inglórias, há uma expectativa de mudança; indícios na política interna parecem alterar os rumos de nossa sociedade. A partir do Seminário Internacional de Políticas Públicas Sobre Drogas (2004), observa-se uma alteração na política sobre o tema, como, por exemplo, a troca do prefixo “anti” pelo termo “sobre”. As Políticas Nacionais (PNAD), Sistema Nacional de Políticas Públicas (SISNAD), Secretaria Nacional de Políticas Públicas (SENAD) e Conselho Nacional de Políticas Públicas (CONAD) deixaram de ser “antidrogas” para serem “sobre drogas”. Na mesma linha de raciocínio, termos com “entorpecentes” e “tóxicos” deixam de ser utilizados de forma separada das drogas lícitas, atitude que aventava com desigualdade a abordagem, tratamento e reconhecimento de pessoas iguais. Hoje, vê-se o emprego de termos como “álcool, tabaco e outras drogas”, em sentido oposto ao que foi anteriormente dito, aproximando substâncias “ilícitas” das “lícitas”. Primeiro passo, elementar, para uma caminhada com ênfase na política preventiva e restaurativa, em contraponto à fracassada política repressiva e retributiva, baseada no castigo. No plano internacional, há países que descriminalizaram as drogas e vêm observando a queda no consumo, redução dos efeitos colaterais da guerra, aumento da qualidade das substâncias que antes eram ilícitas, causando menos afetação à saúde pública.

O professor Henrique Soares Carneiro⁴⁵ elucida: “Viciados em açúcar, em aguardente, em tabaco, em café, em chá, em chocolate, em ópio, assim as populações mundiais expandiram o comércio exterior, alimentaram os tributos estatais, foram estimuladas nas fábricas e nas grandes plantações. O álcool, o tabaco e as drogas da indústria farmacêutica continuam sendo estimulados licitamente com publicidade e incentivos diversos. Outras substâncias, muitas com danos comparáveis muito inferiores (como derivados de cânhamo), continuam proibidas, mas são os primeiros produtos agrícolas da Califórnia e do Canadá em faturamento. Alguns países, de governos fundamentalistas, proíbem o álcool. Outros, ditatoriais, como a China, fuzilam milhares de pessoas a cada ano por acusações de uso ou comércio de drogas. Como alternativa, devemos lembrar que, como já acontece, de forma registrada, há mais de dois milênios e meio, podem-se gerir as formas de uso das drogas, de forma a fazer prevalecer os valores da tolerância e da temperança, recusando assim a noção coercitiva totalitária da abstinência obrigatória para toda a sociedade. Todas

45 CARNEIRO, Henrique Soares. “As drogas e a história da humanidade”. Novembro 2009. Artigo disponibilizado no Curso *Prevenção do Uso de Drogas* – UFSC – SENAD – 2013.

as drogas deveriam ser legalizadas, **com regras estritas de controle** de sua venda e de seu uso, **com abolição da propaganda** e, em vez dela, **exigência de informação científica** precisa sobre composição, efeitos e validade. Algumas se equiparariam mais aos remédios de uso controlado à venda apenas em farmácias, outras, como ocorre hoje com a cerveja, por exemplo, poderiam ter uma distribuição mais ampla. Sobre todas deveria **se praticar e se educar** para um ideal de busca do autocontrole e da temperança, uma educação para o uso equilibrado com a maior redução possível dos danos eventuais, como ocorre em relação a todas as atividades de risco.” [destacou-se]

O equívoco da guerra às drogas acarretou inúmeras moléstias à sociedade mundial, mas, na ordem interna, o maior dos equívocos, que nos mantém de mãos atadas para realização de mudanças eficientes, foi a inclusão do tráfico de drogas na Constituição da República Federativa do Brasil como atribuição **do Direito Penal** - logo a Constituição Cidadã – estabelecendo no título que trata justamente de Direitos e Garantias Individuais (art. 5º XLII) que o tráfico de drogas será inafiançável, insuscetível de graça ou anistia (espécies de clemência Estatal), equiparando-o à tortura, terrorismo e aos crimes hediondos. Espera-se viver para ver o dia em que o Poder Constituinte Derivado Reformador enfim represente o poder que emana do povo e emende a Constituição neste ponto que, sem querer - através do efeito colateral da citada Guerra às Drogas - acabou por restringir, se não extinguiu, muitos de nossos direitos e garantias realmente fundamentais (manifestação do pensamento, liberdade de consciência, intimidade, liberdade de locomoção, isonomia, segurança pública) inclusive o que ela se dispôs a tutelar, pois a qualidade das substâncias ilícitas diminui ao passo que a repressão – **por meio do Direito Penal** - aumenta, tornando a saúde pública mais alvejada dia após dia. Este é o “fogo amigo constitucional”. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Obra datada de 1764, traduzida por Vicente Sabino Júnior diretamente da edição italiana de Gian Domenico Pisapia; editora CD. São Paulo. 2006.

ZACCONI, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

RANGEL, Paulo. **A Coisa Julgada no Processo Penal Brasileiro Como Instrumento de Garantia**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 58. Citando Boaventura de Souza Santos.

BATISTA, Nilo. "Política criminal com derramamento de Sangue". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 5, n.º 20, outubro-dezembro de 1997.

DE CARVALHO, Salo. **Política Criminal de Drogas no Brasil, A - Estudo Criminológico e Dogmático**. 4ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza de. **Populismo Penal Midiático - Caso Mensalão, Mídia Disruptiva e Direito Penal Crítico**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARNEIRO, Henrique Soares. "As drogas e a história da humanidade". Novembro 2009. Artigo disponibilizado no **Curso Prevenção do Uso de Drogas – UFSC – SENAD – 2013**.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. "Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais". **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19551>>. Acesso em: 11 set. 2013.

BARROS, Andre. "Maconha no Brasil: proibicionismo, racismo e a luta pela descriminalização". Disponível em <https://pt-br.facebook.com/advogadoandrebarros/posts/176295539188811> - Acessado em 11/09/2013.

"Seminário crítico da reforma penal". Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), evento realizado em 11/09/2012.

"Seminário internacional de direito penal e criminologia". Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), evento realizado em 30/10/2012.

Curso de Prevenção ao Uso de Drogas – Capacitação de Conselheiros e Líderes Comunitários – Universidade Federal de Santa Catarina / Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas do Ministério da Justiça (SENAD – MJ). 5ª edição. Brasília 2013.

DOCUMENTÁRIOS/ FILMES

Quebrando o Tabu. Direção de Fernando Grostein Andrade. Com Fernando Henrique Cardoso, Bill Clinton, Jimmy Carter, Drauzio Varella e Paulo Coelho. Spray Filmes, Start e Cultura. 2011.

Cortina de Fumaça. Direção de Rodrigo Mac Niven. Coprodução J.R. Mac Niven Produções & TVa2 Produções. 2010.

Iniciação ao Estudo das Drogas. Produzido por Felipi Martins. Comissão de Políticas Sobre Drogas e Prevenção Criminal, Ordem dos Advogados do Brasil – Niterói. 2012/2013.

Armados. Direção de Rodrigo Mac Niven. Coprodução Canal Futura & TVa2 Produções. 2011.

A História das Drogas. Produção The History Chanel. 2012.

Rei Arthur. Dirigido por Antoine Fugua. Distribuído por Disney/Buena Vista. 2004.

Liberalismo e Estado Fiscal

Flavio Mattos dos Santos

Mestrando em Direito - Concentração em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

INTRODUÇÃO

A vinculação entre liberalismo econômico e imposição tributária, por mais paradoxal que possa parecer, é intrínseca, natural e necessária, uma vez que o liberalismo econômico não rejeita a imposição tributária, antes infirma-a como o preço que se paga pelos direitos de liberdade, ou melhor, o preço de se viver em sociedade civilizada.

Na busca por bem-estar, a sociedade humana naturalmente promove a cooperação social por meio da divisão do trabalho. O liberalismo é a teoria que objetiva a geração de bem-estar aos indivíduos, por meio de três princípios devidamente conectados: propriedade privada, liberdade e paz.

Propriedade privada, segundo a visão clássica do liberalismo, significa a junção dos fatores de produção: trabalho, terra e capital. O trabalho por si só não gera bem-estar, assim como a terra não trabalhada também não é capaz de gerar bem-estar. É preciso que esses dois fatores sejam conjugados com o capital, este definido como o produto da aplicação do trabalho a outros recursos gerados pela terra e necessários para a criação de outros bens para consumo da coletividade, tais como máquinas, equipamentos, utensílios.

A política liberal parte do pressuposto de que o governo deve se abster de violar direitos por meio do respeito aos direitos dos governados. Entretanto, a política liberal não se restringe a proteger e defender a propriedade privada. A política liberal, na realidade, define e cria o conceito de propriedade privada. Pela ótica liberal, o governo aprova as leis e define o sistema judiciário que garantirá o respeito dos direitos dos proprietários. E isso só pode ser feito por meio de uma parcela da própria riqueza gerada pelo exercício dos direitos da propriedade privada.

Adam Smith defendeu que a terra, o capital e o trabalho cooperam na produção do fundo de riqueza nacional. E a cooperação vitoriosa desses três elementos dependeria da condição fundamental de liberdade, a qual, por sua vez, garantiria pleno uso dos fatores de produção e proporcionaria liberdade para todos.

Os Estados, segundo Smith, têm deveres para com a sociedade e assim devem ter meios para financiar suas despesas. Como os Estados, na época de Smith, não possuíam patrimônio e nem dispunham de fontes de recursos próprios, deveriam captar seus recursos da própria sociedade.

Segundo Eros Grau¹, o mercado é uma criação jurídica do Estado Burguês que exige o afastamento ou redução de entraves político, social ou moral ao processo de acumulação de riqueza. Para isso, é preciso que o direito seja ordenado a partir de leis previsíveis e que permitam a calculabilidade dos comportamentos humanos.

Ainda segundo Grau, a previsibilidade e calculabilidade do sistema capitalista depende de “uma dupla garantia: (a) contra o estado (liberalismo político) e (b) em favor do mercado (liberalismo econômico)”.²

Essa realidade demonstra que, não obstante uma aparente contradição entre liberalismo e imposição tributária, é certo que o capitalismo, para manter-se como realidade condicionante da sociedade, necessita de esquemas de imposição tributária destinados a assegurar a sobrevivência e manutenção do próprio sistema.

JUSTIFICAÇÃO FILOSÓFICA DO LIBERALISMO

Para o homem, liberdade é consciência de si mesmo, do próprio e infinito valor espiritual. Somente aquele que se sente livre é capaz de reconhecer a liberdade aos demais homens.

Guido de Ruggiero afirma que existe no âmbito do núcleo subjetivo da liberdade uma força de difusão e organização que, ao se expandir a partir de seu centro, permite a liberação de todo um mundo, afirmando que *“tal es el verdadero desarrollo del liberalismo, espíritu a su vez de todos los demás desarrollos”*.³

1 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo, Malheiros. 2006.

2 P. 38/39.

3 RUGGIERO, Guido. **Historia del Liberalismo Europeo**. Granada. Comares. 2005.

A Reforma Protestante é o marco do nascimento dos ideais liberais. O objetivo do ideal reformista é a dignificação da personalidade humana, fundamentando a separação da tradição milenar da Igreja Católica, não em razão de conquista de benefícios externos, mas em razão da busca pelo amor intrínseco por todo ser humano.

É por essa razão que os reformistas estimulam a fé e o livre exame. A fé significa confiança ilimitada em Deus, mas ao mesmo tempo confiança em si mesmo como ministro do Deus verdadeiro. O livre exame significa uma livre interpretação das escrituras sagradas, segundo a íntima convicção e sem a necessidade de intermediários.

Esse rompimento com o passado herdado faz com que o homem procure as suas próprias verdades, embora muitas vezes chegue às mesmas conclusões que lhe foram transmitidas por seus antepassados. O que importa, porém, é que o indivíduo é capaz de confiar em suas próprias investigações e até mesmo pagar o preço por suas interpretações equivocadas.

O princípio do livre exame é considerado a fonte não só da liberdade religiosa, como a fonte de todo o liberalismo moderno, ao afirmar as máximas de que não há nenhum intérprete entre os homens e as escrituras sagradas; nenhuma mediação eclesiástica entre fiéis e Deus, pois, no íntimo de sua consciência, o indivíduo adquire um sentimento de confiança e de responsabilidade.

O cartesianismo foi a primeira ciência não religiosa a vislumbrar o princípio do livre exame, na medida em que, valendo-se de um racionalismo claro e simples, elimina qualquer opinião e posição intermediária, as quais obscurecem a finalidade intelectual, fundamento justificante da liberdade do homem.

E como lembra Guido de Ruggiero, *“esta actuación liberal del hombre moderno, este sentido de la inviolabilidad de la persona y de su autonomia, ofrecerán materia a la concepción kantiana e postkantiana de la libertad, la más alta contribución de la filosofía a la historia del liberalismo”*.⁴

Outra importante fonte do princípio do livre exame é o movimento do Direito Natural, que preconiza a existência de uma esfera intangível da atividade individual definidora da liberdade natural, ao mesmo tempo que advoga a esfera do seu próprio direito.

A liberdade e o direito são recíprocos, no sentido de que a liberdade expressa uma imediata expansão do conteúdo da vida e o direito defi-

4 Obra citada, p. 22.

ne a forma deste conteúdo, isto é, o direito de o indivíduo ter reconhecida sua consciência humana. Consciência essa que repudia toda atividade ou intermediação do Estado, da Igreja ou de qualquer juízo de autoridade.

O naturalismo jurídico evoca a força expansiva que move o indivíduo, primeiro reconhecendo sua liberdade de consciência para em seguida ampliar progressivamente a esfera de liberdade e de direitos, reconhecendo o direito à segurança, o direito de locomoção, a liberdade econômica, a igualdade perante a lei e o direito de propriedade.

O direito de propriedade é de fundamental importância para a história do liberalismo, uma vez que a propriedade é um direito natural do indivíduo e, portanto, independente do Estado, já que representa o campo de ação mais imediato da plenitude do indivíduo, sem a qual todo o campo de independência e autonomia do indivíduo perderiam valor. *“Sólo siendo propietario se basta a sí mismo el individuo y puede resistir los embates de los demás individuos y del Estado”*.⁵

A questão da propriedade como extensão dos direitos naturais é plenamente aceita entre os doutrinadores da época, tendo influenciado Locke, que afirma que “o fim do capital em vista do qual os homens se associam nas repúblicas, e se submetem aos governos, é a conservação de sua propriedade”.⁶

E continua Locke: “Em seu estado de natureza, o homem guarda apenas a propriedade de sua própria pessoa, porquanto a terra e todas as criaturas inferiores foram por Deus doadas aos homens em comum. A terra e tudo o que ela contém são uma doação feita aos homens para seu entretenimento e conforto. Todos os frutos que ela produz naturalmente e todas as bestas que alimenta pertencem em comum à humanidade, enquanto produção espontânea da natureza; ninguém possui privativamente uma parte qualquer, com exclusão do resto da humanidade, quando esses bens apresentam-se em seu estado natural; entretanto, como acham-se destinados ao uso pelo homem, é necessário que exista algum meio segundo o qual possam ser apropriados, a fim de que indivíduos determinados, quaisquer que sejam, possam deles servir-se ou tirar proveito”.⁷

Esse meio defendido por Locke é o trabalho. Para Locke a propriedade do trabalho possui mais valor que a própria comunidade da terra,

5 Ruggiero. Obra citada, p. 26.

6 PAIM. Antonio. **Evolução Histórica do Liberalismo**. Belo Horizonte. Itatiaia. 1987.

7 PAIM. Obra citada, p. 17.

pois é a propriedade do trabalho que dá a todo tipo de bem o seu valor próprio.

Adam Smith, no Livro V de seu *A Riqueza das Nações*, analisa o papel do Estado na economia por meio da imposição tributária e apresenta quatro princípios que devem orientar a atuação do Estado na arquitetura dos sistemas tributários: equidade, certeza, economia no recolhimento e conveniência de pagamento.

É natural que, diante da natureza do direito de propriedade, a concepção dos doutrinadores liberais se inclinasse por uma participação mínima do Estado no campo tributário.

A VISÃO DOS LIBERTÁRIOS SEGUNDO A LIÇÃO DE WILL KYMLICKA

Segundo Will Kymlicka, os libertários defendem as liberdades de mercado e impõem limitações ao uso do Estado para a política social. Os libertários são avessos ao uso de esquemas de tributação redistributiva como defende a teoria liberal de igualdade.

Em sua exposição, Kymlicka adota a teoria da Titularidade de Robert Nozick como parâmetro de descrição dessa afirmação de que os libertários são contrários ao uso de esquemas de tributação destinados a compensar as desigualdades sociais.

A Teoria da Titularidade de Nozick se baseia no argumento de que se todos estão na titularidade dos bens que possuem atualmente, uma distribuição justa é simplesmente qualquer distribuição que resulte das trocas livres das pessoas.

Assim, se o governo tributar essas trocas contra a vontade de qualquer um é injusto, mesmo que os tributos sejam usados para compensar os custos das deficiências naturais de alguém. A única tributação justa, portanto, será aquela destinada a manter as instituições necessárias para proteger o sistema de livre troca (sistema de polícia e o de justiça, por exemplo).

Nozick embasa a sua teoria da titularidade em três princípios fundamentais:

(i) princípio de transferência – qualquer coisa que seja adquirida justamente poderá ser livremente transferida;

(ii) princípio de aquisição inicial justa – como as pessoas podem vir inicialmente a possuir coisas que podem ser livremente transferidas;

(iii) princípio de retificação da injustiça – inclusão de meios de lidar com as posses que tenham sido injustamente adquiridas ou transferidas.

Com base nesses princípios (como fundamentos da teoria da titularidade) Nozick conclui que um “Estado mínimo, limitado às funções estritas de proteção contra a força, roubo, fraude, imposição de contratos etc., é justificado; qualquer Estado mais amplo violará os direitos das pessoas de não serem forçadas a fazer certas coisas, e é injustificado.”⁸

Esse argumento, embora não totalmente contrário ao pensamento de Rawls e Dworkin, difere da visão sustentada por estes, pois, apesar de também acreditarem que a distribuição justa há de ser sensível à escolha das pessoas, esta não poderá ser insensível à dotação, como é a defesa de Nozick. Na visão de Rawls e Dworkin, é injusto que os menos favorecidos morram de fome simplesmente porque nada têm a oferecer aos outros na troca livre, ou que as crianças não tenham assistência médica ou educação apenas por terem nascido em família pobre.

Assim é que os igualitários liberais defendem a tributação sobre as trocas livres de maneira a compensar os desfavorecidos natural e socialmente.

Nozick vê uma injustiça nesse esquema de tributação das livres trocas, baseado na visão de que as pessoas são titulares de suas posses e nesse sentido dispõem de um direito absoluto de disposição livre sobre os bens.

Essa visão de Nozick, como explicado por Kymlicka, é sustentada em dois argumentos: o primeiro é uma preferência natural e intuitiva (princípio da transferência) pelo livre exercício dos direitos de propriedade; o segundo, deriva os direitos de propriedade do princípio da “posse de si mesmo”.

Nozick explica o mecanismo do princípio da transferência como uma defesa intuitiva do liberalismo, argumentando uma natural preferên-

⁸ *Filosofia Política Contemporânea*, p. 123.

cia das pessoas por um esquema de legitimação da posse justa sobre algo, i.e., desde que justamente adquirida, existe o direito absoluto sobre ela. Nesse caso, é possível dispor da coisa da maneira como se quiser, ainda que efeitos de desigualdade sejam gerados.

A tentativa de legitimação desse argumento intuitivo é a defesa de um esquema de distribuição inicial ilustrado no caso de Wilt Chamberlain:

*Não está claro como os que sustentam outras concepções de justiça distributiva podem rejeitar a [teoria da titularidade]. Pois, suponha que uma distribuição preferida por uma destas concepções que não a da titularidade seja realizada. Suponhamos que seja sua favorita e chamemos esta distribuição D1; talvez todos tenham uma parcela igual, talvez as parcelas variem em conformidade com alguma dimensão que você valoriza. Suponha agora que a procura por Wilt Chamberlain por parte dos times de basquete seja grande, já que ele é uma grande atenção para o público [...] Ele assina o seguinte tipo de contrato com um time: em cada jogo local, vinte e cinco centavos do preço de cada ingresso vão para ele. [...] A temporada começa e as pessoas vão alegremente aos jogos do seu time; elas compram seus ingressos, depositando a cada vez vinte e cinco centavos do preço da entrada em uma caixa especial com o nome de Wilt Chamberlain. Estão entusiasmadas por vê-lo jogar; isso vale o preço total do ingresso para elas. Suponhamos que, em uma temporada, um milhão de pessoas vão aos seus jogos locais e Wilt Chamberlain termine com US\$ 250.000, uma soma muito maior do que a renda média e maior até do que a de qualquer outra pessoa. Ele tem direito a essa renda? Esta nova distribuição D2 é injusta? Se é, por quê? Não há nenhuma questão quanto a cada pessoa ter ou não ter direito ao controle sobre os recursos que detinha em D1 porque esta foi a distribuição (sua favorita) que (para os fins do argumento) supomos que fosse aceitável. Cada uma destas pessoas escolheu dar vinte e cinco centavos de seu dinheiro a Chamberlain. Elas poderiam tê-los gastado em cinema, doces ou cópias da revista **Dissent ou da Monthly Review**. Mas todas elas, ou pelo menos um milhão*

delas, concordaram em dá-los a Wilt Chamberlain, em troca de vê-lo jogar basquete. Se D1 fosse uma distribuição justa e as pessoas passassem voluntariamente desta para D2, transferindo partes de suas parcelas recebidas sob a D1 (a que se destinariam se não a serem empregadas em algo?), D2 não seria justa também? Se as pessoas tivessem direito de dispor dos recursos aos quais estavam habilitadas (sob D1), isto não incluiria também estarem habilitadas a dá-lo a Wilt Chamberlain ou a trocá-lo com ele? Alguma outra pessoa pode queixar-se com base em fundamento de justiça? Cada pessoa já tem sua parcela legítima sob D1. Sob D1, não há coisa nenhuma possuída por alguém à qual qualquer outra pessoa tenha um direito de justiça. Depois que alguém transfere algo para Wilt Chamberlain, os terceiros ainda têm suas parcelas legítimas; suas parcelas não são modificadas. Por meio de qual processo tal transferência entre duas pessoas poderia dar origem a um direito legítimo de justiça distributiva sobre uma porção do que foi transferido, por um terceiro, que não tivesse nenhum direito de justiça sobre qualquer posse dos outros antes da transferência (Anarchy, State and Utopia. Basic Books. New York. 1974: 160-2).⁹

A defesa da preferência intuitiva decorreria do fato de que seria perverso afirmar que as pessoas detêm parcela justa (e com isso estão autorizadas a fazer o que quiserem com essas parcelas) e depois impediremos de usá-las da maneira como desejarem.

Esse argumento, porém, despreza nossa intuição de como lidar justamente com circunstâncias desiguais. Embora o próprio Nozick reconheça a injustiça de as pessoas sofrerem desigualdades imerecidas em seu acesso aos benefícios da cooperação social, ele afirma que “ninguém tem direito a algo cuja concretização exija certos usos das coisas e atividades sobre as quais outras pessoas tenham direitos aos quais estejam habilitadas”.

A conclusão é que Wilt Chamberlain não poderá ser tributado para compensar deficiências das outras pessoas, pois ele tem direitos absolutos sobre sua renda.

⁹ *Filosofia Política Contemporânea*, p. 125/126.

Essa defesa intuitiva apresentada por Nozick é contestada por Kymlicka, que procura demonstrar a enganiosidade desse argumento através de uma comparação de três elementos integrantes das teorias de justiça distributiva:

(P) Princípios morais (por exemplo, o princípio da posse de si mesmo de Nozick e o princípio da arbitrariedade moral dos talentos naturais);

(R) As regras de justiça que governam a estrutura básica da sociedade (por exemplo, as três regras de justiça na apropriação, transferência e retificação, de Nozick, ou o princípio da diferença, de Rawls);

(D) Uma distribuição específica de posses em dado tempo e lugar (por exemplo, quais pessoas específicas têm direito a quais recursos específicos).

Os princípios morais (P) influenciam as regras de justiça (R), que, por sua vez, geram uma distribuição específica (D). Nozick enquadra o exemplo de Chamberlain nesse esquema (P) + (R) = (D), como resposta intuitiva para aceitação da distribuição proposta, justificando, no entanto, seu próprio esquema de distribuição.

A enganiosidade surge porque é possível que não aceitemos essa regra inicial de distribuição proposta, na medida em que podemos optar pelo princípio da diferença de Rawls.¹⁰

Isso porque a teoria de Rawls remove as desvantagens iniciais imerecidas nas circunstâncias das pessoas. Dar a pessoas específicas recursos específicos é uma forma de implementar um direito mais geral a uma oportunidade justa na vida.

O esquema de Nozick, ao contrário, propõe outorgar direitos específicos a pessoas específicas sobre coisas específicas. É uma especificação de direitos absolutos sobre coisas específicas. E como as pessoas têm direitos absolutos a estas coisas específicas, não se pode fazer uso da tributação redistributiva para atender o direito geral a uma oportunidade justa.

O segundo argumento procura demonstrar que o libertarismo é a consequência inevitável de um princípio mais profundo com o qual estamos extremamente comprometidos: o “princípio da posse de si mesmo”.

¹⁰ Princípio da Diferença

Na interpretação de Nozick, esse princípio é a retratação do princípio Kantiano de que as pessoas são “fins em si mesmas”. Kymlicka argumenta que de fato essa máxima Kantiana é um princípio com que a humanidade realmente está fortemente comprometida e se Nozick conseguir conectar a posse de si mesmo ao princípio Kantiano, ele terá conseguido desenvolver uma defesa sólida do libertarismo.

Como justifica Kymlicka, a correlação que Nozick faz entre o seu princípio da posse de si mesmo e o princípio Kantiano é de que se os indivíduos são fins e não meramente meios, eles não podem ser sacrificados ou usados para alcançar outros fins sem seu consentimento.

Nozick interpreta o uso de esquema de distribuição para compensar deficiências imerecidas como um mecanismo utilitarista e isso é inaceitável porque os indivíduos dispõem de direitos absolutos e que a sociedade respeitará uma vez que não estão sujeitos a cálculos utilitários.

Entretanto, há divergência entre o pensamento de Nozick e Rawls a respeito de quais direitos são mais importantes ao se tratar as pessoas como fins em si mesmas. Para Rawls, um dos direitos mais importantes é o direito a certa parcela dos recursos da sociedade e para Nozick os direitos mais importantes são os direitos absolutos sobre coisas específicas. Nozick, portanto, acredita que o esquema redistributivo proposto por Rawls, de que os mais talentosos (better offs) sejam usados para aumentar o bem-estar dos mais desfavorecidos (worst offs), viola o princípio da posse de si mesmo.

A proposta dos adeptos de teorias liberais não desconsidera os direitos dos indivíduos sobre seus talentos naturais. Elas apenas apresentam um sistema corretivo da desigualdade inicial porque acreditam que a distribuição inicial é questão de pura sorte bruta e dessa forma não é um direito absoluto auferir recompensas desiguais no exercício desses talentos.

Assim, para os liberais, como os talentos são imerecidos, não é violação das regras morais aceitar que o governo considere esses talentos como parte de esquemas redistributivos. Não é moralmente ilegítimo afirmar que os indivíduos naturalmente desfavorecidos têm um direito sobre os favorecidos, que por sua vez têm uma obrigação moral para com os desfavorecidos.¹¹

Para Nozick, isso constitui uma negação da posse de si mesmo. É que Nozick estende a proteção do princípio da posse de si mesmo para

11 Na teoria de Dworkin os talentosos devem prêmios de seguro que são pagos aos desfavorecidos; para Rawls os favorecidos só se beneficiam de seus talentos se isso também beneficia os desfavorecidos.

os direitos absolutos a possuir recursos externos, rejeitando qualquer possibilidade de aplicação de mecanismo redistributivo. Esse argumento, porém, é equivocado, como sustenta Kymlicka, pois “a posse de si mesmo não resulta necessariamente a direitos de propriedade absolutos”.¹²

O ESTADO FISCAL NA VISÃO DE JOSÉ CASALTA NABAIS

José Casalta Nabais defende a ideia de que o tributo representa um dever fundamental, pois integra a constituição do indivíduo. É que “o imposto não pode ser encarado, nem como mero poder para o estado, nem simplesmente como um mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado”.¹³

O Estado, para cumprir suas tarefas de promoção dos interesses públicos, necessita naturalmente de recursos e esse recursos são extraídos da cobrança de tributos. É certo que a tributação não representa um fim em si mesmo, vale dizer, não é objetivo primário do Estado, mas um meio para que o Estado cumpra suas funções de Estado de Direito e Estado de Direito Social, pautado no equilíbrio entre seu suporte financeiro (Estado Fiscal) e suas tarefas de promoção das necessidades coletivas dos cidadãos.

Esse direito fundamental de pagar tributos é destinado, porém, àqueles fiscalmente capazes, que devem contribuir na medida de suas respectivas capacidades contributivas, pois os impostos constituem o preço da manutenção da liberdade, ou melhor, o preço inerente de uma sociedade civilizada.

Nesse sentido é que boa parte dos estados modernos civilizados se organizam em regime de Estado Fiscal, no sentido de que suas necessidades são satisfeitas por meio de impostos incidentes sobre a captura de parcela da riqueza econômica produzida pela sociedade civil.

Em contraposição ao Estado Fiscal, encontram-se o Estado Não Fiscal - estado marcado pela geração de receitas oriundas de (i) exploração do seu próprio patrimônio (estados absolutistas); (ii) exploração de atividades econômicas (estados socialistas); ou (iii) exploração de matérias-primas (petróleo, ouro etc.) - e o estado tributário, marcado não pelo

¹² *Filosofia Política Contemporânea*, p. 135.

¹³ *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*, p. 185.

assentamento em tributos unilaterais, mas em tributos bilaterais (taxas e contribuições especiais).

O certo, porém, é que o Estado Fiscal é tanto o Estado Fiscal Liberal quanto o Estado Social e o desafio é justamente buscar o equilíbrio entre a ideia de uma tributação estritamente necessária para manter o funcionamento global da sociedade.

Importante, nesse ponto, como diz Casalta Nabais, é que o estado deve confiar na regra de autorresponsabilidade dos cidadãos quanto à satisfação de suas necessidades (autossatisfação), de sorte a que o estado tenha uma configuração subsidiária, evitando um paternalismo desmedido.

Permitir o alargamento do estado pode levar à metamorfose de um estado fiscal em estado patrimonial, levando a uma “socialização a frio”. O antídoto é a constitucionalização do estado fiscal de maneira a evitar que a tributação “se converta no ‘cavalo de troia’ do socialismo no estado de direito burguês, ou seja, que através do aumento quantitativo dos impostos se dê uma mutação qualitativa, que ponha termo ao estado fiscal e instaure um estado de caráter patrimonial ou proprietário”.¹⁴

O Estado Fiscal pressupõe a separação entre estado e sociedade, embora não seja uma separação total e absoluta (i.e. não é uma oposição total como ocorria no estado liberal clássico), mas que o estado se preocupe precipuamente com a política, e a sociedade, fundamentalmente com a economia.

Não se trata de uma separação estanque, mas que exista uma zona de interseção minoritária entre estado e sociedade caracterizada por intervenções e ações pontuais na economia, absolutamente normais e necessárias para manter o equilíbrio e a autopreservação global da economia.

O Estado Fiscal pressupõe, portanto, uma separação entre Estado e economia, de modo que esta transfira parcelas de sua produção para a sustentação daquele. Essa separação vai permitir que ambos se pautem por critérios próprios ou autônomos. Orientando-se o Estado por critérios de promoção e satisfação de interesses da sociedade e realização de justiça, há uma inerente atuação mais geral, ao contrário da economia que, orientada para a geração de lucros, acaba por se orientar e se organizar em sistema mais objetivo e em constante busca por produtividade.

Entretanto a própria racionalidade (ou eficiência) do sistema econômico é limitada, já que não considera outros objetivos que não a própria geração de dinheiro. Daí é fundamental a atuação do Estado para que

¹⁴ O Dever Fundamental de Pagar Impostos, p. 194/195.

outros interesses sejam tutelados, inclusive o controle e correção do sistema econômico, de maneira que este não ponha em risco outros interesses (meio-ambiente, direitos dos trabalhadores etc.).

É recomendável a separação estado/economia, na medida em que permite a promoção de interesses gerais pelo Estado e evita o efeito pernicioso de subversão do sistema econômico autônomo. Isso porque se o Estado tem interesse em capturar suas receitas das atividades econômicas, as suas atividades de controle e correção não podem afetar negativamente os processos econômicos, já que sua atividade de fomento a outros interesses depende da produtividade da economia.

Isso não quer dizer que o Estado não possa ser um Estado completamente não econômico como defendido pelos defensores do Estado Liberal, pois sendo responsável pela manutenção do equilíbrio do sistema global da economia, cabe-lhe atuar na conformação da macroeconomia. O que não é compatível com o estado fiscal é que o estado atinja uma dimensão que comprometa o princípio da subsidiariedade da atuação na economia.

Não é verdade que a separação estado/sociedade seja um traço exclusivo do Estado Fiscal, diante da possibilidade dessa separação ser plenamente factível nos estados tributários (financiamento do Estado por meio de taxas e de contribuições).

Entretanto, o financiamento dos Estados contemporâneos ainda é fortemente marcado pelo regime de Estado Fiscal, na medida em que é muito difícil adjudicar a indivíduos certos bens e serviços entregues pelo Estado à sociedade (política externa, defesa etc.), sem falar em atividades que embora adjudicáveis a indivíduos acabam por determinação constitucional sendo financiadas por impostos e portanto apropriadas coletivamente (educação, saúde).

Sob a ótica do contribuinte, o Estado Fiscal significa a livre disponibilidade econômica dos indivíduos, o que implica o suporte (i) no princípio da autorresponsabilidade ou primazia da satisfação privada das necessidades econômicas, ancorada no respeito pelo Estado Fiscal dos direitos e liberdades de natureza econômica (propriedade, liberdade profissional e de trabalho etc.) e (ii) uma base democrática mínima sobre a determinação do poder do Estado.

Esse princípio da livre disponibilidade econômica dos indivíduos apoia-se em dois subprincípios: livre planejamento pelos contribuintes e participação democrática na formação da vontade da comunidade política do estado.

No primeiro sentido, reconhece-se ao contribuinte o direito de planejar a sua vida econômica de maneira a obter uma economia com o pagamento de impostos, desde que não cometam fraude à lei impositiva ou abusos na configuração jurídica do fato tributário de maneira a que se cometam situações de evasão fiscal.

Em relação ao segundo aspecto, de maneira a evitar abusos na conformação e atuação estatal, deve ser assegurada [e estimulada] a participação dos indivíduos na formação política da comunidade estatal, sendo necessária a configuração e funcionamento de um sistema democrático (inclusive delineado com mecanismo de plebiscito e referendo) destinado a oxigenar a definição da vontade da comunidade demarcando-se os papéis do Estado e dos indivíduos na promoção dos projetos privados e da atuação estatal na satisfação das necessidades coletivas.

Por fim, embora não necessário para validação do princípio da livre disponibilidade econômica dos contribuintes, Casalta Nabais leciona a respeito do subprincípio da verticalidade, (distribuição das necessidades da comunidade da “base” para o “topo”).

A verticalidade pressupõe a cooperação federativa por meio de uma divisão vertical das tarefas, funções públicas e encargos tributários. Essa divisão, porém, é mais eficiente se promovida de “baixo para cima”, de modo a que as comunidades locais exerçam suas respectivas autonomias e disponham de seus recursos próprios.

Contudo, como o próprio Casalta Nabais leciona, a ausência desse subprincípio não desnatura o princípio da livre disponibilidade do contribuinte, uma vez que apenas a constituição de dado Estado e sua experiência histórica podem dar a conformação plena desse princípio.

Pode-se dizer que o princípio da livre disponibilidade econômica dos indivíduos demanda a primazia da satisfação privada das necessidades econômicas e uma base democrática mínima na formação do corpo de governo.

O ESTADO FISCAL SEGUNDO RICARDO LOBO TORRES

A ideia de Estado Fiscal, segundo lições de Ricardo Lobo Torres, “coincide com a de liberdade. Só o Estado que cultiva a igualdade e a legalidade, no qual o poder tributário já nasce limitado pela liberdade, e

que, ao mesmo tempo, necessita de recursos provenientes da economia privada, mais abundantes que os da polis e das comunidades medievais, é que se pode classificar como Estado Fiscal. A fiscalidade, por conseguinte, é fenômeno que historicamente coincide com a formação dos Estados Nacionais, do Estado Federal, da Democracia Liberal ou do Estado Constitucional”.¹⁵

O que caracteriza o Estado Fiscal é a sua sustentação em empréstimos autorizados e garantidos pelo legislativo e especialmente nos impostos, ingressos derivados das riquezas geradas pelo trabalho e patrimônio dos indivíduos, cindindo-se completamente do patrimônio das monarquias absolutistas.

O Estado Fiscal contribuiu para o desenvolvimento das iniciativas privadas importando no crescimento do comércio, da indústria e dos serviços. Todavia, por ser o preço da liberdade, foi preciso que fosse limitado para que não ameaçasse a própria liberdade, o que foi feito pelo constitucionalismo e pelas declarações de direitos.

O Estado Fiscal não se exaure no modelo clássico liberal, tendo se encaminhado para o modelo social fiscal e, posteriormente, para o Estado Democrático Fiscal.

O Estado Social se caracteriza por ser o próprio estado de direito do liberalismo com contorno social. É o estado que não se limita a proteger as liberdades individuais, mas que também entrega prestações positivas na área social segundo critérios de justiça.

Há uma maior interseção entre Estado e sociedade civil, de acordo com os parâmetros definidos na Constituição.

O Estado Democrático Fiscal surge a partir da crise do Estado Fiscal Social, que era indiferente ao aspecto financeiro. O traço do Estado Democrático Fiscal é a abertura para a proteção dos direitos e fundamentais, mas efetivamente sensível ao critério financeiro, que passa a ter um vetor constitucional.

De acordo com Ricardo Lobo Torres, o Liberalismo firmou-se no século XIX na mesma ocasião em que ocorria a independência e a constituição do Estado fiscal, por meio da incorporação de diversas ideias do Iluminismo¹⁶.

¹⁵ **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário.**

¹⁶ **A Ideia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal.**

O liberalismo brasileiro, inaugurado em 1824 com a Constituição do Império, foi caracterizado pela manutenção do patrimonialismo e mercantilismo, dificultando o surgimento da burguesia e da cobrança de impostos, atribuindo-se ao divórcio dos pensamentos de Cairu (1756-1835) e Hamilton (1757 -1804) a causa da diferença de desenvolvimento do liberalismo no Brasil e nos Estados Unidos.

Cairu não se interessou pela teoria do imposto e sua relação com as liberdades, ao passo que Hamilton meditou sobre os problemas dos tributos e do crédito público, aproximando-os da filosofia política e do Direito Constitucional.

A geração seguinte a Cairu perdeu o contato com a Filosofia Prática estudando os impostos somente pelo ângulo dos regulamentos e das normas positivas. Stuart Mill (1806-1873) prosseguiu com a investigação filosófica em torno das finanças públicas.

Para Ricardo Lobo Torres, o Estado Fiscal abrange tanto o sistema tributário quanto os braços financeiro e orçamentário da denominada Constituição Financeira, tendo sido inaugurado com o Estado de Direito, sendo impossível procurá-lo antes da Modernidade.

O Estado Fiscal pressupõe liberdade e somente “O Estado que cultiva a igualdade e a legalidade, no qual o poder tributário já nasce limitado pela liberdade, e que, ao mesmo tempo, necessita de recursos provenientes da economia privada, mais abundantes que os da polis e das comunidades medievais, é que se pode classificar como Estado Fiscal. A fiscalidade, por conseguinte, é fenômeno que historicamente coincide com a formação dos Estado Nacionais, do Estado Federal, da Democracia Liberal ou do Estado Constitucional”.¹⁷

O Estado Fiscal permitiu o grande progresso da humanidade a partir da abertura do comércio internacional e das indústrias nacionais, abrindo espaço para o aumento da liberdade humana. O Estado Fiscal, para garantir a liberdade, precisava cobrar tributos a partir de captação das parcelas geradas pela propriedade privada, mas ao mesmo tempo em nome da própria liberdade era necessário limitar o poder tributário de imposição como forma de garantir a sobrevivência da liberdade e da propriedade privada, o que se fez por meio das primeiras constituições modernas.

O Estado Fiscal enfrentou sua primeira crise no início do Século XX, em razão de uma forte concorrência comercial entre os países europeus,

¹⁷ *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. I, p. 522.

principalmente na disputa pelos mercados consumidores. Esta concorrência gerou inúmeros conflitos de interesses, gerando uma corrida armamentista de proteção ou ataque, que, cedo ou tarde, desencadeou a primeira grande guerra.

Como forma de superação da primeira crise do Estado Fiscal, surgiu o Estado Social Fiscal, de matriz keynesiana, preconizando maior intervenção na economia conjugada com uma crescente concessão de benefícios sociais.

Segundo Ricardo Lobo Torres “¹⁸o Estado Social se caracteriza por ser o mesmo Estado de Direito do liberalismo voltado para o social. É o Estado que não se limita a proteger as liberdades individuais, mas que as protege e, simultaneamente, entrega prestações positivas orientadas pela ideia de justiça ou pela utilidade”.

A diferença entre Estado Fiscal e Estado Social Fiscal é agregacional: o Estado Social Fiscal é o mesmo Estado Fiscal acrescido de aberturas para o social e maior intervenção política e econômica pelo governo na vida privada. O Estado Social Fiscal tinha por objetivo tornar-se um Estado de justiça fiscal ou provedor material.

As crises do petróleo da década de 1970 colocaram em xeque o Estado do bem-estar social (e consequentemente do Estado Social Fiscal), na medida do insuportável endividamento público, de recessão econômica e de orçamentos públicos deficitários.

A alternativa para a solução dessa segunda crise do Estado Fiscal é o modelo do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da formulação do Estado Democrático Fiscal, caracterizado por uma sensibilidade pelo social (mas delimitada pela garantia de proteção aos direitos fundamentais), mas sem perder de vistas a perspectiva das possibilidades financeiras.

Segundo Ricardo Lobo Torres o “Princípio do Estado Democrático Fiscal aperfeiçoa e simplifica o Princípio do Estado Social Fiscal”, pois é o “próprio Estado Social Fiscal podado em seus excessos que agora convive com o princípio de subsidiariedade e substitui a simbiose entre Estado e Sociedade presente no Estado Intervencionista”.¹⁹

O Estado Democrático Fiscal não se caracteriza por ser unicamente um Estado de impostos. É um estado de taxas e de contribuições, sensivelmente aberto à tributação ambiental.

¹⁸ *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. I, p. 532.

¹⁹ *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. I, p. 547.

O Estado Fiscal é um estado de impostos por excelência, mas o Estado Democrático Fiscal é nitidamente aberto ao Estado de taxas, por questões de justiça. É que em razão de as taxas serem cobradas pelo sistema do custo-benefício, fica mais fácil atribuir o pagamento da despesa pública daquele que provocou a atuação estatal. Da mesma forma, o Estado Democrático Fiscal também é um estado de contribuições, porque o Estado Democrático de Direito exerce atividades nos campos da extrafiscalidade e da parafiscalidade. E do ponto de vista da justiça prevalece a ideia de que o grupo beneficiário (ou provocador) da atuação estatal deve arcar com o financiamento da atividade estatal.

O Estado Democrático Fiscal é ainda um estado sensível à tributação ambiental, tendo em vista a elevação do Direito do Meio Ambiente como um Direito fundamental constitucionalmente tutelável. Ganham relevância princípios como o poluidor-pagador e o usuário-pagador, que, sob o ângulo tributário, determinada a que os agentes que contribuam para a degradação do meio ambiente devem arcar com a reparação, sendo a imposição tributária um importante mecanismo de proteção do mínimo fundamental ecológico.

CONCLUSÃO

Procurou-se mostrar neste trabalho que o liberalismo, mesmo em sua formulação original, não é completamente desfavorável à imposição tributária, tendo Adam Smith, inclusive, dedicado um estudo à questão fiscal em seu tratado.

É certo que o liberalismo funda seus alicerces no princípio da propriedade privada e qualquer tentativa de afetar tal tipo de propriedade é definitivamente rejeitada pelos libertários.

Nesse sentido, uma teoria libertária mais radical há que defender uma tributação mínima, rejeitando, por conseguinte, qualquer tentativa dos governos de promover esquemas de tributação destinados a promover a justiça fiscal, como é a teoria desenvolvida por Nozick.

Isso não quer dizer que mesmo num ambiente de liberalismo não seja viável buscar uma teoria mais sensível aos interesses e necessidades dos menos favorecidos, como é o caso da teoria da Justiça como Equidade, de Rawls, que, fundada em seu princípio de diferença, demonstra que

os mais favorecidos na seleção natural (*better offs*) possuem uma dívida com os menos favorecidos (*worst offs*), como o padrão *maxim* de formação do contrato social.

Da mesma forma, procurou-se demonstrar neste trabalho que o Liberalismo tem sua raiz no princípio do livre exame, radicado na essência da Reforma Protestante, e decorrente da libertação do ser humano das amarras impostas por uma tradição milenar.

Por fim, também restou constatado que o Estado Fiscal é um sistema de tributação baseado nos princípios liberais, tendo em vista que, no Estado Fiscal, o governo busca seu financiamento através de captação da parcela dos recursos produzidos pelos indivíduos.

Nesse sentido, a própria noção de Estado Fiscal sofreu transformações a partir das crises vividas pela humanidade, passando de um Estado Fiscal mínimo, consentâneo de uma formulação inicial liberal de um Estado meramente formal, para um Estado Social Fiscal, como resposta a um modelo Keynesiano de intervenção na social e econômica, até chegar a um modelo de Estado Democrático Fiscal, baseado numa preocupação com a tutela dos Direitos Fundamentais, mas sem perder de foco as restrições orçamentárias. ❖

BIBLIOGRAFIA

CASALTA NABAIS, José. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra, Almedina, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. I e II. Rio de Janeiro, Renovar: 2005.

_____. **A Ideia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro. Renovar, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo, Malheiros. 2006.

RUGGIERO, Guido. **Historia del Liberalismo Europeo**. Granada. Comares. 2005.

PAIM, Antonio. **Evolução Histórica do Liberalismo**. Belo Horizonte. Itatiaia. 1987.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**, São Paulo. Martins Fontes, 2006.

AQUINO, Rubim Santos Leão de. LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. FRANCO, Denise de Azevedo. **História das Sociedades**. Das Comunidades Primitivas às Sociedades Medievais. Rio de Janeiro, Imperial Novo Milênio, 2003.

AQUINO, Rubim Santos Leão de. LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. FRANCO, Denise de Azevedo. ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira. **História das Sociedades**. Das Sociedades Modernas às Sociedades Atuais. Rio de Janeiro, Editora Record, 2000.

BELL., John Fred. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de REBUÁ, Giasone. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1976.

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de MIQUELINO, Luciana Penteado. São Paulo, Cengage Learning, 2005.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations**, Book V. Dolphin Books. Public Domain.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução de VITA, Álvaro de. São Paulo. Martins Fontes, 2011.

_____. **A Theory of Justice**. New Delhi. Universal Law Publishing, 2010.

MISES, Ludwig Von. **Liberalismo Segundo a tradição clássica**. Tradução de PIMENTA, Haydn Coutinho. São Paulo, Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era do Capital (1848-1875)**. Tradução de NETO, Luciano Costa. São Paulo, Paz e Terra, 2010.

A Trava Bancária na Recuperação Judicial

GIOVANNA LUZ PODCAMENI

Advogada. Área do Direito: Civil, Empresarial, Recuperação Judicial.

RESUMO:

O objetivo deste trabalho é analisar a aplicação teórica e prática dos mecanismos de garantia de crédito previstos nos §§ 3º e 5º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005. A partir de uma conceituação das modalidades de garantia abordadas, serão analisadas as perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais quanto aos aspectos e os efeitos do enquadramento de determinados créditos à previsão legal. A estrutura do presente estudo é feita de modo a permitir uma comparação entre as normas legais, a abordagem da doutrina e as decisões dos Tribunais brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

A falência e a recuperação judicial são disciplinadas pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, comumente chamada de Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Essa lei foi criada para substituir o Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. A legislação falimentar impacta não apenas as empresas que a ela se submetem, mas também o comportamento dos agentes relacionados, como os fornecedores da empresa e as instituições financeiras.

Em um ambiente econômico de incerteza em que as empresas têm chances de êxito, mas, também, de insucesso na competição em mercados, as estratégias contratuais e o *modus operandi* dos agentes variam de acordo com as sinalizações e os estímulos concedidos pela regulamentação legal. Essa é uma forma de reduzir as incertezas e proteger dos riscos,

dos quais se destaca o inadimplemento no cumprimento das obrigações, seja por falta de liquidez momentânea, seja pela impossibilidade de os ativos gerarem rendas.

Nessa hipótese, a lei falimentar norteia esses agentes quando da realização de negócios com as empresas, uma vez que aqueles têm uma previsão do que poderá ocorrer com os seus créditos quando a empresa é levada a uma situação de insolvência. Desse modo, credores só irão cooperar com as empresas, seja no fornecimento de produtos/serviços, seja na concessão de crédito, se seus créditos estiverem protegidos por um ordenamento jurídico eficiente e justo. Caso contrário, haveria uma drástica redução no financiamento e/ou um aumento na taxa de juros na concessão de crédito, pois os credores dificilmente iriam realizar transações em que seus créditos permanecessem expostos e vulneráveis perante uma situação de insolvência do devedor.

Por outro lado, priorizar em excesso os credores em detrimento da própria empresa incentivaria a liquidação da mesma até nos casos em que uma reabilitação é plenamente possível, contrariando, assim, os interesses globais, como a função social da empresa, a geração de empregos e a produtividade econômica. Nesse sentido se baseia o sistema da recuperação judicial, sempre atento ao modo como suas disposições irão se refletir no comportamento dos agentes econômicos. Assim, para atender às suas finalidades precípuas, o sistema de insolvência brasileiro, buscando sempre, primeiramente, a superação da crise financeira e a preservação da atividade econômica exercida, deve necessariamente balancear e compor os interesses das partes envolvidas, devedor e credor.

Neste trabalho, serão estudados dois institutos que, aplicados ao sistema de recuperação judicial, buscam atender, por um lado, aos interesses da empresa que pleiteia sua recuperação e, de outro, aos dos credores da referida empresa. Esses mecanismos estão dispostos nos §§ 3º e 5º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, e referem-se, respectivamente, aos credores que detêm como garantia créditos cedidos fiduciariamente e créditos empenhados. Em síntese, aos credores titulares de tais garantias é dispensado um tratamento diferente dos demais créditos que se submetem à recuperação judicial. Essas duas hipóteses são frequentemente denominadas *trava bancária*.

A finalidade do presente estudo consiste em uma análise conjunta e comparativa da legislação, da doutrina e da jurisprudência acerca das

duas hipóteses elencadas acima. Isso, pois, face ao que dispõem expressamente as normas legais, por diversas vezes a doutrina e a jurisprudência se posicionam de modo contrário no que tange aos elementos formadores das garantias em questão e, de forma consequente, aos seus efeitos. Entretanto, não se pretende esgotar o tema, uma vez que serão abordadas somente as questões mais pertinentes e relevantes.

2. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OS CRÉDITOS SUJEITOS

2.1. O Fundamento da Recuperação Judicial

O instituto da recuperação judicial foi criado para as hipóteses em que as empresas se deparam com situações de insolvência, incapazes de se manterem na forma em que se encontram, mas cuja reabilitação é possível e desejável. Objetiva principalmente a superação desse estado insolvente e a consequente preservação da atividade econômica, atendendo, então, aos princípios constitucionais da função social da empresa e do incentivo à atividade econômica, arts. 170, III, e 174 da Constituição Federal.

Para tanto, a recuperação judicial permite a reorganização da empresa por meio de inúmeros instrumentos legais, alguns dos quais elencados no próprio art. 50 da LFRE. Tais medidas, que vão desde a reestruturação societária à renegociação das dívidas e suas garantias, afetam todos os atores que se relacionam com a empresa. Face a esta constatação, resta claro por que a lei falimentar deve atender aos anseios do devedor (a empresa insolvente) e seus credores, coordenando os interesses de todos¹.

O mecanismo da recuperação judicial, por buscar uma composição de interesses, é baseado na negociação entre o devedor e seus credores,

1 Neste sentido, leciona Marcos de Barros Lisboa: "Ao analisar os principais agentes envolvidos num processo de recuperação judicial percebe-se que cada um deles, individualmente, tem incentivos para buscar a recuperação da empresa. Pela ótica do devedor e administrador da empresa, essa é a melhor alternativa para aliviar a crise financeira e manter a viabilidade de seu negócio, evitando a falência e, consequentemente, preservando ou mesmo maximizando seu patrimônio. Na visão dos credores, a superação da crise financeira da empresa aumenta as perspectivas de recuperação dos créditos concedidos, a manutenção ou mesmo a realização de novos negócios. Já para os trabalhadores, o objetivo é a manutenção dos empregos e a criação de condições efetivas para que os salários e benefícios em atraso sejam devidamente ressarcidos. Para as Fazendas Públicas, o sucesso na recuperação da empresa representa uma garantia de recebimento de tributos não recolhidos e, principalmente, de que o fluxo futuro não será interrompido pela falência." LISBOA, Marcos de Barros *et al.* "A Racionalidade Econômica da Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas". In: PAIVA, Luis Fernando Valente de (Coordenador). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 45.

que culmina no Plano de Recuperação Judicial. A participação dos credores é fundamental para a aprovação do plano, elaborado e apresentado pelo devedor aos credores. A Lei nº 11.101/2005, em seus artigos 26 c/c 27 e 35, prevê a criação de 2 órgãos, compostos exclusivamente de credores: o Comitê de Credores e a Assembleia Geral de Credores. Esses instrumentos são extremamente eficazes e importantes na garantia de que a recuperação judicial atenderá aos desejos dos credores, pois são incumbidos das funções de aprovar e fiscalizar o plano.

Nota-se que, caso o plano de recuperação não contemple os interesses dos credores, o mesmo não será aprovado, o que acarreta graves consequências ao devedor, pois inviabilizará que ele alcance uma rentabilidade capaz de preservar a atividade empresarial exercida. Não obstante, os credores também têm voz ativa no que tange às hipóteses em que entenderem que seus interesses estão sendo lesionados quando da execução do plano.

Diante dos dispositivos transcritos, não cabem dúvidas quanto ao fato de que a legislação falimentar atual adotou como princípio o equilíbrio entre os interesses do devedor e dos credores, concretizado este mediante a negociação coletiva do plano de recuperação.

Em suma, quando não se dá a oportunidade de negociação entre credor e devedor, tem-se um desestímulo à continuidade de negociação entre eles. De acordo com Laura Bumachar e Paulo Cezar Aragão², “é inegável que, com a nova roupagem conferida à Assembleia Geral de Credores pela LRE, *negociação* é a palavra de ordem, sendo certo que os credores terão de se esforçar a fim de participar ativa, mas sobretudo, construtivamente no processo de recuperação e falência, visando sempre que possível à preservação da empresa.”

2.2. Os Créditos Sujeitos à Recuperação Judicial e as Exceções

Na sistemática atual da recuperação judicial, os credores da empresa insolvente participam ativamente do processo, em especial porque são estes mesmos que aprovam ou rejeitam o plano. Assim sendo, é fundamental para o presente estudo a análise dos créditos que se submetem ao plano.

² ARAGÃO, Paulo Cezar; BUMACHAR, Laura. "A Assembléia Geral dos Credores na Lei de Recuperação de Falências". In: SANTOS, Paulo Penalva (Coordenador). *A Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Lei n. 11.101/05*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 115.

O art. 49³ da lei falimentar estabelece que todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, estão sujeitos à recuperação judicial.

Nota-se que a recuperação judicial abrange uma ampla gama de créditos. Essa amplitude decorre da supramencionada importância do arranjo de interesses das partes: os credores submetidos ao plano negociarão com o devedor, de modo que o plano possa contemplar os objetivos e anseios de todos, e obter êxito na sua finalidade.

No entanto, há determinados créditos que não se submetem ao plano. A razão para tanto é estimular determinados agentes, considerados de suprema importância para o financiamento da atividade econômica exercida, a que contratem com as empresas, por meio da garantia de que, mesmo esta última tornando-se insolvente, seu crédito não será afetado por esse cenário.

Desse modo, alguns créditos estão excluídos de determinados efeitos da recuperação judicial; seja sua exclusão do plano em si, seja de algum dos efeitos consequentes da concessão da recuperação. A seguir, serão abordados dois tipos de créditos que foram excluídos da abrangência total do plano, a saber, os créditos garantidos pela cessão fiduciária e os créditos garantidos por penhor. Essas exceções estão previstas, respectivamente, nos §§ 3º e 5º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

3. A FORMA DE SUJEIÇÃO DOS CRÉDITOS DO § 5º DO ART. 49

A primeira exceção à sujeição regular ao plano é a chamada “trava bancária”, aplicável aos créditos e títulos de crédito empenhados. Diz-se “sujeição regular”, pois, embora os créditos garantidos por penhor se submetam efetivamente ao plano de recuperação, sua submissão difere dos demais créditos face ao disposto no § 5º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

3.1. O Penhor de Créditos e Títulos de Crédito

O penhor está previsto no Código Civil de 2002 em seu art. 1.431 e é um direito real sobre coisa móvel.

³ “Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.” da Lei 11.101/2005.

As partes de uma relação de penhor são o devedor – pignoratício, que empenha determinado bem, e o credor – pignoratício, que detém a posse do referido bem.

O penhor se presta a garantir uma obrigação principal, sendo ele uma obrigação acessória. De acordo com o art. 1.419⁴ do CC, uma vez cumprida a obrigação principal, o penhor se extingue e o devedor - pignoratício - retoma a posse do mesmo.

É de se destacar que, no penhor, o bem empenhado é mantido no patrimônio do devedor – pignoratício; o que ocorre é a transferência da posse. Nesse sentido, diferenciam-se os direitos reais *de* garantia dos direitos reais *em* garantia. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

*“Os direitos reais de garantia consistem na atribuição ao credor de uma garantia real sobre bem que continua a ser de propriedade do devedor, mesmo após a constituição da obrigação garantida. São três as garantias reais desta espécie: hipoteca, penhor e anticrese. Já nos direitos reais em garantia, a garantia real recai sobre bem originariamente do devedor, mas que passa à propriedade do credor – propriedade resolúvel, desconstituída com o adimplemento da obrigação garantida. São duas: **alienação fiduciária em garantia e cessão fiduciária de direitos creditórios.**”⁵*

Assim, resta claro que o penhor é um direito real de garantia, pois não há que se falar em propriedade plena ou usufruto; apenas o credor tem a posse do bem e um privilégio, que significa um direito de preferência que lhe garante o pagamento do devido conforme as forças e os limites da garantia.

Tal distinção é de suma importância para análise do tratamento dispensado a cada tipo de crédito quando da submissão ou não ao plano de recuperação judicial, tema que será abordado novamente no próximo item.

O penhor pode ser dividido em duas modalidades; o penhor comum e os penhores especiais. Este último compreende os penhores rural (que consiste no penhor agrícola e o pecuário), industrial, mercantil, de veículos, de títulos de crédito e de direitos.

4 “Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.” da Lei nº 10. 406/ 2002.

5 COELHO, Fábio Ulhoa. “A Trava Bancária”. *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 62.

Para fins da presente análise, nos ateremos ao penhor de título de crédito e ao penhor de direitos creditórios consistente em prestação pecuniária, este último espécie do penhor de direitos (o qual denominaremos simplesmente de penhor de crédito). Faz-se necessário esclarecer que o objeto do penhor do título de crédito é o documento representativo do crédito (coisa corpórea) e não dos respectivos direitos (coisas incorpóreas), caso em que se tem o penhor de direitos.

O penhor de títulos de crédito e de direitos creditórios consistente em prestação pecuniária - espécie do penhor de direitos (o qual denominaremos simplesmente de penhor de crédito) - está previsto nos arts. 1.451 e seguintes do CC. Os créditos são transferidos por simples cessão. Já os títulos de crédito podem ser nominativos ou ao portador: quando nominativos, circulam mediante endosso - caução⁶, e, quando ao portador, basta a tradição do título.

Essa modalidade de endosso é chamada de endosso impróprio, uma vez que não transfere a propriedade do título; constitui, apenas, o penhor do título, pois, conforme visto anteriormente, o penhor não transfere a propriedade, e sim a posse.

Ao constituir o penhor do título de crédito pelo endosso - caução, o endossatário (aquele a quem foi endossado o título) pode exercer todos os direitos inerentes ao título, conforme dispõem os art. 19 do Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966, (a Lei Uniforme de Genebra; LUG) e o art. 918 do CC.

Caso o título de crédito seja ao portador, estabelece o art. 1.458 do CC que basta registrar o instrumento público ou particular no Registro de Títulos e Documentos. De acordo com o art. 1.452 do CC, é dessa mesma forma que se constitui o penhor de crédito.

Uma característica importante comum é que, de acordo com os arts. 1.455, parágrafo único, e 1.459, inciso IV, do CC, tanto o credor pignoratício do crédito quanto aquele de título de crédito poderão receber a importância devida, uma vez vencido o direito ou título, conforme o caso.

No caso do penhor de crédito, o art. 1.455 do CC estabelece que o credor pignoratício deverá cobrar o crédito empenhado assim que exigível e depositá-lo em uma conta pré-acordada com o devedor pignoratício ou determinada pelo juiz, conforme o caso. Então, o recebível advindo da garantia empenhada e liquidada não será pago nem ao credor pignoratício

⁶ Art. 19 do LUG.

nem ao devedor pignoratício; será depositado em uma conta separada. Isso, contudo, não se confunde com o direito de o credor cobrar o crédito; ele cobra, mas não fica, *a priori*, com o produto cobrado. Essa hipótese só será concretizada caso, ao vencimento da obrigação principal, o devedor pignoratício não a cumpra, justificando o levantamento dos valores depositados na supramencionada conta pelo credor.

3.2. A Trava Bancária

Os créditos garantidos por penhor de crédito e títulos de crédito se submetem à recuperação judicial nos termos do art. 49, § 5º, LFRE⁷.

Sobre o tema, Fabio Ulhoa Coelho⁸ e Melhim Namem Chalhub⁹ ensinam que não poderiam tais créditos ser excluídos da abrangência da recuperação judicial uma vez que a propriedade do bem dado em garantia continua a ser do devedor.

Assim, a possibilidade desse crédito se submeter ao plano na forma da lei é consequência natural dos atributos do penhor; lembre-se, o penhor obriga a transferência da posse, mas não da propriedade. Logo, aquele título de crédito ou crédito que a empresa devedora empenha ao credor ainda é de sua titularidade, integrando o acervo da mesma para satisfação de outras obrigações, caso assim deseje.

3.2.1. *Stay Period* e “Conta Vinculada”

O interessante, contudo, é o fato de que o dispositivo legal determina que, durante o período máximo de 180 dias previstos no § 4º do

⁷ “Art. 49. § 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.” da Lei n. 11.101/ 2005.

⁸ “Em relação aos direitos reais de garantia, a Lei não poderia excluir o créditos dos efeitos da recuperação judicial, já que a propriedade do bem dado em garantia continua a ser do devedor. Mesmo o credor titular de penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários está sujeito aos efeitos da recuperação judicial.” COELHO, Fábio Ulhoa. “A Trava Bancária”. *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 63.

⁹ “Ora, pelo penhor o devedor empenha os créditos, mas conserva-os em seu patrimônio, e essa é a razão pela qual se sujeitam aos efeitos da recuperação – conforme o § 5º do artigo 49 da nova Lei de Falências.” CHALHUB, Melhim Namem. “Cessão Fiduciária e a Recuperação Judicial”. *Valor Econômico*. 24 de julho de 2009. Caderno Legislação e Tributos, p. E-2.

art. 6º da própria lei de falências, as importâncias recebidas dos títulos de crédito e créditos vencidos deverão ser depositadas em conta vinculada. Esse lapso de tempo, denominado *stay period*, tem como termo inicial o deferimento do processamento da recuperação judicial.

De acordo com Eduardo Secchi Munhoz¹⁰, o *stay period* permite que a devedora crie um plano de recuperação sem a preocupação, embora temporária, de ter seu patrimônio dilapidado e liquidado de maneira desorganizada, o que, por óbvio, prejudicaria sua reestruturação financeira.¹¹

Assim, os valores eventualmente recebidos das garantias liquidadas durante o *stay period*, se não forem renovados ou substituídos e enquanto não aprovado ou rejeitado o plano de recuperação, não poderão ser apropriados, seja pelo credor pignoratício seja pela empresa devedora em recuperação, pois serão depositados em conta vinculada.

Podemos dividir a sistemática em 4 passos;

-1: os créditos garantidos por penhor de créditos e títulos de crédito se submetem efetivamente à recuperação judicial;

-2: essas garantias empenhadas poderão ser renovadas ou substituídas (essa alteração depende de concordância expressa do credor);

-3: se as garantias não forem substituídas e forem liquidadas no período entre o deferimento do processamento da recuperação e a aprovação ou rejeição do plano, os valores da liquidação serão depositados em conta vinculada;

-4: se o plano de recuperação aprovado dispuser sobre o crédito garantido por penhor de créditos e títulos de crédito, caberá ao plano dispor também acerca da própria garantia, se será utilizada para satisfazer o credor ou se este será satisfeito de outra forma.

Parece haver consenso na jurisprudência acerca da exigência de depositar os valores das garantias vencidas e liquidadas em conta vinculada.

A título de exemplo, menciona-se a Súmula nº 62 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que espelha a redação da LFRE: "Na recuperação judicial, é inadmissível a liberação de travas bancárias com penhor de rece-

10 MUNHOZ, Eduardo Secchi. "Cessão Fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 37.

11 MUNHOZ, Eduardo Secchi. "Cessão Fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 37.

bíveis e, em consequência, o valor recebido em pagamento das garantias deve permanecer em conta vinculada durante o período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º da referida lei".

Consoante observado por Renato Luiz de Macedo Mange e Walter Vieira Filho¹², o dispositivo legal em análise não esclarece se a tal conta vinculada deverá ser judicial ou não.

No que tange a esta questão, a jurisprudência não é unânime, vez que há decisões que determinam que a conta deverá ser judicial, como também há decisões que estabelecem o contrário.

Quanto ao primeiro posicionamento, transcreve-se trecho da decisão da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹³:

"2. Na análise da norma em questão deve-se considerar a finalidade do regime da recuperação judicial, voltado à superação da crise econômico-financeira da empresa, sendo razoável admitir que os recursos depositados na conta vinculada a que se refere o dispositivo legal fiquem não à disposição do credor, mas sim do juízo da causa, até que se defina o plano de recuperação, a fim de preservar o capital da empresa recuperanda." (sem grifos no original)

No mesmo sentido, a decisão da 20ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro ao julgar os Embargos de Declaração opostos no Agravo de Instrumento nº 200900221764¹⁴.

Da mesma forma, Sérgio Campinho¹⁵ entende que a conta mencionada no § 5º do art. 49 deve ser entendida como conta judicial.

Sem prejuízo destes entendimentos, cabe citar novamente o Agravo de Instrumento nº 994092912292, da Câmara Reservada à Falência e

12 MANGE, Renato Luiz de Macedo; FILHO, Walter Vieira. "Créditos com garantia real: penhor". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 170.

13 TJRJ, AI nº 200900211750, 17ª CC, Rel. Des. Elton Leme, julgado em 03/06/2009.

14 TJRJ, AI nº 200900221764, 20ª CC Rel. Des. Jacqueline Montenegro, julgado em 09/12/2009.

15 "Os créditos garantidos por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários poderão ter substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas no curso da recuperação judicial, conforme fica ao devedor facultado pelo § 5º do artigo 49. Enquanto não implementada a substituição ou renovação, os valores eventualmente recebidos em pagamento dessas garantias durante o período de suspensão das ações ficarão depositadas em conta vinculada à disposição do juízo" CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro; Renovar, 2006, p. 147.

Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi determinado que a conta não necessita ser judicial, podendo ser uma do próprio estabelecimento bancário.

Essa visão é compartilhada por Fabio Ulhoa Coelho¹⁶, que esclarece que a LFRE não impõe a transferência dos valores para uma conta judicial, bastando a exigência de autorização judicial para efetuar qualquer movimentação na referida conta.

Independentemente de a conta ser judicial ou não, resta claro a raiz do fenômeno “trava bancária”; a importância decorrente do vencimento das garantias fica “travada” em conta bancária, não podendo ser apropriado pelo credor ou devedor pignoratícios.

3.2.2. Destino dos Valores de acordo com o Plano

Conforme observou Ernesto Antunes de Carvalho¹⁷, a LFRE não estabelece o que ocorrerá com estes valores após o *stay period*, se serão levantados pelo credor ou pelo devedor.

Respondendo a essa observação, Manoel Justino Bezerra Filho¹⁸ assevera:

“Portanto, se as garantias forem renovadas ou substituídas, com a anuência do credor, o dinheiro poderá ser liberado em favor da empresa em recuperação. Se não houver essa substituição - é o mais provável, pois a anuência do credor é altamente improvável -, o dinheiro permanecerá depositado em conta vinculada durante 180 dias. Se concedida a recuperação, o credor garantido receberá na forma prevista no plano aprovado e o dinheiro em depósito será liberado em favor da empresa em recuperação; se não concedida a recuperação, o dinheiro será liberado em favor do credor garantido. Anote-se que, embora não haja específica previsão legal neste sen-

16 COELHO, Fábio Ulhoa. "A Trava Bancária". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 63-64.

17 CARVALHO, Ernesto Antunes de. "Cessão Fiduciária de direitos e títulos de crédito (recebíveis)". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 57-58.

18 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Recuperação de Empresas e Falências*, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 144-145.

tido, dentro do sistema da lei parece ser este o caminho mais razoável a ser trilhado”

A posição de Racher Sztajn¹⁹ não é diferente, destacando que “os valores ficarão depositados em conta vinculada até que decorra o prazo de 180 dias previsto no art. 6º, § 4º, da Lei. Vale dizer, até que o Plano de Recuperação seja apresentado e aprovado. Constando do Plano a previsão de que o credor será satisfeito, total ou parcialmente, com os valores recebidos, deve ser expedida autorização para que o montante depositado seja por ele levantado.”

Os Tribunais de Justiça de São Paulo²⁰, Espírito Santo²¹ e Amazonas também determinam que, caso a garantia não seja renovada ou substituída após os 180 dias, os credores pignoratícios receberão seu crédito na forma prevista no plano aprovado.

Do exposto, é possível concluir que a questão apresentada por Ernesto Antunes de Carvalho se resume à concessão da recuperação e o respectivo PRJ; (i) caso não concedida a recuperação judicial, o credor pignoratício poderá levantar aqueles valores imediatamente; (ii) se concedida a recuperação, o PRJ irá dispor acerca daqueles valores depositados, se serão destinados para o pagamento do credor pignoratício – conforme originalmente pactuado – ou se servirão para satisfazer outras dívida, caso em que aquele credor será pago de outra forma.

3.2.3. Substituição da Garantia

No que concerne à hipótese de o PRJ prever que o credor pignoratício será satisfeito por valores que não aqueles depositados em razão

19 SZTANJ, Raquel. Capítulo III – “Da Recuperação Judicial”. In: SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (Coordenadores). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 230.

20 TJSP, AI nº 5572564000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 30/07/2008.: “(...) é claro que, se não constar do plano aprovado a previsão de que o credor será satisfeito, total ou parcialmente, com os valores recebidos, e sim será satisfeito de outra maneira, deve ser expedida autorização para que o montante depositado seja levantado pela recuperanda.”

21 TJES, AI nº 30090000149, 1ª CC, rel. Des. Fabio Clem de Oliveira, julgado em 03/11/2009: “(...) 3. No caso, segundo os elementos contidos nos autos e as afirmações do próprio agravante, o contrato firmado entre as partes foi de mútuo garantido por penhor de títulos de crédito. Portanto, sujeita-se aos efeitos da recuperação. 4. Com relação ao citado contrato, a Lei previu somente a possibilidade substituição ou renovação da garantia, não exonerando os credores dos efeitos da recuperação. 5. O decurso do prazo de suspensão previsto no § 4º do art. 6º da Lei 11.101/2005, por si só, não autoriza o levantamento dos valores referentes aos títulos recebidos pelo credor, pois o contrário seria permitir a satisfação do crédito à revelia do plano de recuperação.”

do penhor, cabe esclarecer que a alteração da garantia submete-se ao disposto no § 1º do art. 50²², que condiciona essa substituição ao consentimento do credor garantido - seja durante o *stay period*, seja no âmbito do plano de recuperação.²³

A necessidade de aprovação do credor pignoratício decorre da lógica do sistema de recuperação judicial, que visa à superação da crise econômica da empresa mediante negociação e composição de interesses da empresa devedora e os seus credores. Logo, deixar que a devedora substitua a seu bel prazer as garantias dadas em penhor seria conferir à mesma um poder arbitrário, em frontal detrimento aos interesses do credor pignoratício que, ainda, não teriam incentivos para contratar empréstimos e financiamentos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁴, atento aos interesses das partes envolvidas, estabeleceu que *“para a adoção desta medida, revela-se necessária a aprovação do credor, visto que a intenção do procedimento recuperatório não é apenas a preservação da empresa, mas, também, a satisfação dos débitos.”*

O entendimento consolidado do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a exigência de consentimento do credor deu ensejo à edição da Súmula nº 61: *“Na recuperação judicial, a supressão da garantia ou sua substituição somente será admitida mediante aprovação expressa do titular”*.

Logo nota-se que esse benefício à possibilidade de substituir a garantia é tão somente aparente, vez que depende da aprovação do credor, o que é altamente duvidosa²⁵.

Rachel Sztajn²⁶ enfatiza a dificuldade do devedor em substituir a garantia ante a resistência do credor, uma vez que a garantia oferecida pela empresa devedora certamente não será tão sólida quanto a garantia real que o credor já tem, de modo que a troca de uma pela outra não apresenta grandes vantagens para o credor a ponto de aceitá-la.

22 “Art. 50. § 1º Na alienação de bem objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.” da Lei nº 11.101/ 2005.

23 Assim, ver TJSP, AI nº 994092868854, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, rel. Des. Lino Machado, julgado em 26/01/2010.

24 TJRS, AI nº 70031794043, 6ª CC, rel. Des. Antonio Correa Palmeiro da Fontoura, julgado em 11/03/2010.

25 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada**, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 138.

26 SZTANJ, Raquel. Capítulo III – “Da Recuperação Judicial”. In: JÚNIOR, Francisco Satiro de Souza; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (Coordenadores). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 230.

Contudo, existem casos em que a substituição da garantia pode ser algo desejável para o credor. Um exemplo: o credor pignoratício tem como garantia um direito creditório que a empresa devedora detém contra uma loja de pequeno porte, com alta probabilidade de ser inadimplido. Essa garantia irá vencer durante o *stay period* e a empresa devedora precisa urgentemente de dinheiro. Assim, poderia ser oferecido ao credor pignoratício um direito creditório que este detém contra uma empresa de grande porte e que vencerá no futuro, argumentando que cobrar o crédito da loja de pequeno porte seria um transtorno para a credora. Desse modo, a empresa se encarrega de cobrar da “lojinha” a importância devida quando do vencimento do direito creditório, e o credor pignoratício fica com uma garantia mais sólida, em que possibilidades de inadimplemento são mínimas, mas que só vencerão futuramente. Nesse caso, tanto o credor quanto o devedor pignoratício levam vantagem: o primeiro troca uma garantia com risco de inadimplemento por uma mais sólida – embora só receberá seu crédito em data posterior, e o devedor recebe desde já – após os trâmites de cobrança – os valores da primeira garantia ofertada e agora substituída.

Vale mencionar, contudo, que há decisões em sentido contrário, que não observaram a exigência de autorização do credor para proceder a alterações na garantia, de modo que a empresa devedora pôde se apropriar dos valores mantidos em conta vinculada.²⁷ Essas decisões²⁸, ambas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, autorizaram o levantamento pelo devedor de 50% dos recebíveis mantidos em conta bancária, mas estabeleceu que o mesmo restaurasse a garantia em 180 dias. A justificativa para tanto – que vai de encontro ao disposto na lei – foi a necessidade de disponibilização imediata de recursos para a reorganização empresarial, em nome do princípio da preservação da empresa, extraído do art. 47 da LFRE.

Essa preocupação é manifestada também por Renato Luiz de Macedo Mange e Walter Vieira Filho²⁹, que argumentam que o julgador há de fazer uma ponderação dos interesses envolvidos, levando sempre em consideração qual o destino que o dinheiro depositado poderá ter.

27 Assim, ver TJRJ, AI nº 200900202081, 2ª CC, rel. Des. Alexandre Câmara, julgado em 25/03/2010, e AI nº 200900201890, 2ª CC, rel. Des. Alexandre Câmara, julgado em 18/02/2009.

28 Os acórdãos foram objeto de recurso especial, pendente de julgamento.

29 MANGE, Renato Luiz de Macedo; FILHO, Walter Vieira. "Créditos com garantia real: penhor". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 173.

3.2.4. Assembleia Geral de Credores

Uma vez superada a questão da substituição da garantia, será determinada em que classe o credor pignoratício irá votar quando da convocação da Assembleia Geral de Credores para deliberação do plano. Se o credor consentir com a supressão total de sua garantia, ele irá votar como credor quirografário, nos termos do inciso III do art. 41 da Lei de Falências. Já no caso de haver substituição ou renovação da garantia, o credor se enquadra na classe de titular de garantia real (inciso II do art. 41 do mesmo diploma legal) e vota até o limite do valor de sua garantia; se o seu crédito for superior a este valor, o excedente será computado como voto de credor quirografário (§ 2º do art. 41).

Por último, vale lembrar que na hipótese do crédito garantido por penhor não estar contemplado no plano, o credor pignoratício não tem direito a voto, vez que o plano de recuperação não afeta seu crédito.³⁰

4. A GARANTIA FIDUCIÁRIA E A EXCLUSÃO DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO

Segue agora a definição de outra “trava bancária”, consistente nos créditos garantidos por alienação ou cessão fiduciária. Diferente dos créditos garantidos na forma do § 5º do art. 49, os créditos expostos a seguir não se submetem aos efeitos da recuperação judicial. Há, entretanto, algumas peculiaridades que importam ser mencionadas.

4.1. A Garantia Fiduciária

O negócio fiduciário constitui uma relação jurídica bilateral, em que configuram como partes o *fiduciário* e o *fiduciante*. Por meio deste negócio jurídico, o fiduciante se obriga a transmitir a propriedade de uma determinada coisa ou a titularidade de um direito ao fiduciário. Por sua vez, o fiduciário fica obrigado a dar determinada destinação ao bem ou direito recebido, e, ao final, restituí-lo ao fiduciante ou àquele indicado no pacto fiduciário.

30 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, 10ª edição, volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 394.

A alienação foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e tinha por objeto, inicialmente, apenas bens corpóreos. Atualmente, o regime se aplica tanto a bens corpóreos ou incorpóreos, sejam estes móveis ou imóveis, fungíveis ou infungíveis.

A alienação fiduciária em garantia é a denominação que se deu aos negócios fiduciários cuja finalidade é a de garantir o adimplemento de uma obrigação principal.

Esse negócio, portanto, tem natureza de contrato acessório. Nessa modalidade, existe um contrato principal em que são partes o credor e o devedor; o devedor transmite a propriedade de determinado bem ou direito ao credor de modo a garantir o cumprimento da obrigação contratada no negócio principal. O devedor da obrigação principal é também o fiduciante do negócio acessório, e o credor assume a posição de fiduciário.

A constituição da alienação fiduciária se dá através do registro do contrato no devido órgão competente, que varia de acordo com o bem ou direito a ser alienado. Após esse momento, opera-se como regra geral o desdobramento da posse; o devedor-fiduciante fica com a posse direta e o credor-fiduciário com a posse indireta. Contudo, há casos em que o credor-fiduciário detém a posse direta e indireta.

A propriedade fiduciária, *lato sensu*, é aquela constituída mediante a alienação ou cessão fiduciária em garantia e se resolve quando verificada a *condictio iuris* a que ela se subordina³¹.

Arelada a essa característica de resolubilidade está o fato de que o bem integra o patrimônio do credor-fiduciário em regime de afetação, o que significa dizer que o bem se destina a um fim específico, qual seja, garantir o cumprimento de uma determinada obrigação³².

Essa regra é fundamental para o funcionamento do sistema do negócio fiduciário, tendo em vista que garante que, ao cumprir a obrigação prevista, ao devedor-fiduciante será restituído o bem que fora previamente alienado fiduciariamente.

Por outro lado, é certo que o bem transferido não mais integra o patrimônio do devedor-fiduciante, vez que sua titularidade pertence ao credor-fiduciário, não obstante o regime de afetação;

Outra forma de constituir propriedade fiduciária é através da cessão fiduciária de créditos e títulos de crédito, em que há transferência

31 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. "A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 135-136.

32 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. "A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 136.

resolúvel dos direitos creditórios destes em garantia do pagamento de uma obrigação principal³³, ingressando efetivamente tais créditos e títulos no patrimônio do credor fiduciário, nos moldes da alienação fiduciária.

A diferença entre a cessão e a alienação fiduciária reside, basicamente, no objeto do negócio: enquanto nesta o objeto é um bem corpóreo, tangível, naquela o objeto é um crédito, seja ele consubstanciado em mero direito creditório ou mediante um título de crédito.

A cessão fiduciária de créditos e títulos de crédito é comumente utilizada pelas instituições financeiras quando do empréstimo de recursos financeiros às empresas. Nessas hipóteses, as empresas cedem fiduciariamente aos bancos seus créditos com terceiros, e o banco poderá se apropriar desses recebíveis até satisfeito o seu crédito com a empresa. No caso, aplica-se o art. 66- B §§ 3º e 4º da Lei nº 4.728/1965, cominado com o art. 18 da Lei nº 9.514/1997.

4.2. A Não Sujeição dos Créditos do § 3º do art. 49

O § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005³⁴ estabelece que, em se tratando de credor titular de posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, dentre outros, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o acima mencionado *stay period*, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à atividade empresarial

A justificativa para a exclusão desses créditos da recuperação judicial decorre das características inerentes ao negócio fiduciário, em especial no que diz respeito à transferência da propriedade; a coisa objeto

33 "(...) cessão fiduciária em garantia de recebíveis é a transferência, limitada e resolúvel, que faz o devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, do domínio e posse direta, mediante tradição efetiva, de direitos creditórios oriundos de títulos de crédito próprios e impróprios ou de contratos em garantia do pagamento de obrigação a que acede, resolvendo-se o direito do credor-fiduciário com a liquidação da dívida garantida e a reversão imediata e automática da propriedade ao devedor-fiduciante uma vez satisfeito o débito." LOBO, Jorge. "Cessão Fiduciária de Recebíveis na Recuperação". **Valor Econômico**. 24 de fevereiro de 2009. Caderno Legislação e Tributos. p. E-1.

34 "Art. 49. § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial." da Lei nº 11.101/2005.

da garantia não mais integra o patrimônio do devedor fiduciante, agora insolvente, uma vez que, antes do pedido de recuperação, já houve a transferência/cessão, ainda que em caráter fiduciário, ao patrimônio do credor fiduciário.³⁵

Caso assim não fosse, haveria uma incoerência lógica do sistema: um bem de propriedade do credor fiduciário integraria o acervo da massa falida de modo a responder por todas e quaisquer dívidas do devedor fiduciante.

Lembre-se que as normas legais afetam a atuação e a tomada de decisões dos agentes econômicos. As instituições financeiras são incentivadas a contratar empréstimos e financiamentos ao terem asseguradas as garantias atreladas a tais contratos, mesmo em casos em que a empresa contratante entra em recuperação judicial. Conforme esclarece Lídia Valério Marzagão, isso tem impacto no *spread* da taxa de juros, pois este está vinculado às taxas de risco e inadimplência. Assim, *“na medida em que o sistema dá proteção legal e jurídica fornecendo os meios para que o direito à propriedade privada esteja suficientemente garantido, como o respeito no cumprimento dos contratos, estará fornecendo meios para o crescimento do capital, fundamental para o país.”*³⁶

Nessa mesma linha, Eduardo Secchi Munhoz³⁷ aponta o impacto que esse sistema tem sobre a concessão de crédito e empréstimos, enfatizando que *“há dados estatísticos a demonstrar que, historicamente, no Brasil, as menores taxas de juros verificam-se justamente na concessão de empréstimos garantidos por alienação fiduciária.”*

Muito embora esse seja o entendimento majoritário, há quem discorda. Elias Katudjan³⁸, citando o Ministro da Fazenda Guido Mantega, con-

35 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. "A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 136.

36 MARZAGÃO, Lídia Valério. Capítulo II. In: MACHADO, Rubens Approbato. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Doutrina e Prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 88.

37 MUNHOZ, Eduardo Secchi. "Cessão Fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 40.

38 "Essas modificações foram introduzidas sob a falsa justificativa de serem necessárias para a redução do *spread*, pela redução dos riscos resultantes da inadimplência dos tomadores de empréstimos e financiamentos junto a instituições financeiras. Pois bem, cabe, hoje, perguntar: o *spread* foi efetivamente reduzido como prometido? Deixamos que a resposta seja dada por ninguém menos que o Ministro da Fazenda, Guido Mantega: "O bode na sala é o *spread*". As instituições financeiras dizem que querem se garantir contra a inadimplência, mas abusam. Fora os períodos de crise, quando ela aumenta mesmo, nossa inadimplência é normal. Mas ela é superestimada pelas instituições financeiras." Disse mais: "O custo financeiro no Brasil continua muito alto. É uma distorção em relação ao que acontece em outros países. A grande anormalidade é que os *spreads* (diferença entre o custo que o paga na captação do dinheiro e o juro que cobra do cliente) são muito altas no país. O consumidor brasileira paga juros absurdos" (parte da entrevista concedida ao *Estado de São Paulo* de 21/06/2009, no caderno "Economia", p. B-6)." KATUDJAN, Elias. "Pela (re)inclusão dos créditos excluídos da recuperação". *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 50.

testa esses argumentos e afirma que as instituições financeiras abusam dos *spreads* e ainda insistem que querem se proteger da inadimplência.

No que tange à jurisprudência, é praticamente uníssono o posicionamento a favor da exclusão dos créditos garantidos na forma prevista no § 3º do art. 49³⁹, não obstante decisões em sentido contrário.

O STJ já determinou que a cessão fiduciária de direitos sobre títulos de crédito possui natureza de propriedade fiduciária e, assim, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial.⁴⁰

Face à exclusão, afirma Ernesto Antunes de Carvalho que “o credor que detém tal garantia sequer pode votar, em assembléia, a viabilidade ou não do plano de recuperação que foi apresentado pelo devedor”⁴¹, o que estaria em consonância com o disposto no art. 39, § 1º, da LFRE.

Nesse mesmo sentido entendeu o Tribunal de Justiça do Paraná, que determinou que o fato de o credor participar da assembleia geral – em razão da incerteza quanto à inclusão ou não de seu crédito no PRJ – não implica concordância com a submissão de seu crédito.⁴²

Há, contudo, quem se posicione de forma contrária, entendo que os credores fiduciários podem abrir mão do seu privilégio e se submeter à recuperação judicial, participando, então, da votação na assembleia, conforme entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo.⁴³

A doutrina também oscila, sendo que Modesto Carvalhosa⁴⁴ assim como Manoel Justino Bezerra Filho⁴⁵ se filiam a essa corrente, afirmando que basta os credores fiduciários anuírem que seus créditos se submetem à recuperação.

39 Neste sentido, ver TJRJ, AI nº 200900209750, 17ª CC, Rel. Des. Elton Leme, julgado em 03/06/2009; TJPR, AI nº 474956, Rel. Des. Vicente Del Prete Misurelli, julgado em 16/07/2008; TJSP, AI nº 990093305828, 21ª Câmara de Direito Privado, julgado em 15/04/2010.

40 Assim, ver REsp 1202918/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 07/03/2013 e REsp 1263500/ES, 4ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 05/02/2013.

41 CARVALHO, Ernesto Antunes de. “Cessão Fiduciária de direitos e títulos de crédito (recebíveis)”. **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 58.

42 Assim, ver TJ/PR, AI nº 7711580, 18ª CC, Rel. Des. Ivanise Maria Martins, julgado em 20/06/2012.

43 Sobre o tema, ver TJSP, AI nº 0271197-17.2012.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Rel. Des. Roberto Mac Cracken, julgado em 20/05/2011; TJSP, AI nº 994.09. 325010-3, Câmara Reservada à Falência e Recuperação Judicial, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 23/02/2010.

44 CARVALHO, Modesto. In: CORRÊA LIMA, Osmar Brina; CORRÊA LIMA, Sérgio Mourão. **Comentários à nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 281.

45 BEZERRA FILHO, Manoel Justin. **Nova Lei de Recuperação e Falências Comentada**, 3ª edição. Rio de Janeiro: RT, p. 137 e 149.

4.2.1. Créditos e Títulos de Crédito Como Bens Móveis

Em seu art. 49, § 3º, a LFRE utiliza a expressão “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”. Diante desses termos, há quem questione se os créditos cedidos fiduciariamente estariam sujeitos ao plano de recuperação, por não se tratarem de bem móveis ou imóveis.

Não obstante a dúvida, entende-se que a regra acima deve ser interpretada em consonância com os outros dispositivos legais pertinentes, o que leva à conclusão de que os créditos cedidos fiduciariamente foram, sim, contemplados pelo citado dispositivo.

Primeiro, temos que o art. 83, III, do Código Civil estabelece que são considerados móveis para os efeitos legais os direitos pessoais de caráter patrimonial e as respectivas ações. Tendo em vista que os direitos pessoais patrimoniais abrangem os bens incorpóreos, estariam os créditos inseridos nesta categoria. Desse modo, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de créditos é, na verdade, proprietário de um bem móvel, o que possibilita sua exclusão do plano de recuperação.

Esse é o entendimento de Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Chalhub⁴⁶, Fábio Ulhoa Coelho⁴⁷ e Ernesto Antunes de Carvalho, que esclarece que “*é preciso deixar bem claro que o conceito de bens móveis fungíveis abrange também os direitos de crédito*”.⁴⁸

A jurisprudência, por sua vez, não é unânime.

Os Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, Mato Grosso, Paraná e Santa Catarina são favoráveis à exclusão dos créditos garantidos por cessão fiduciária uma vez que entendem que estes se enquadram com bens móveis⁴⁹.

Da mesma forma entende o Tribunal de Justiça de São Paulo, que editou a Súmula nº 59 nos seguintes termos:

46 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. "A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 137.

47 COELHO, Fábio Ulhoa. "A Trava Bancária". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 66.

48 CARVALHO, Ernesto Antunes de. "Cessão Fiduciária de direitos e títulos de crédito (recebíveis)". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 56.

49 Assim, ver TJRJ, AI nº200900234272, 17ª CC, Rel. Des. Elton Leme, julgado em 21/01/2010; TJMT, Agravo de Instrumento nº913702008, 6ª CC, Rel. Des. Juracy Persiani, julgado em 11/03/2009; TJPR, AI nº 790205601, 18ª CC, Rel. Des. Luis Espíndola, julgado em 25/07/2012; TJSC, AI nº 20120612620, Câmara Especial Regional de Chapecó, Rel. Des. Artur Jenichen Filho, julgado em 16/09/2012.

“Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos creditórios podem ser objeto de cessão fiduciária.”

Posição contrária é aquela dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais⁵⁰ e de Pernambuco⁵¹, este último esclarecendo o que segue:

“Entretanto, entendeu a Corte que o legislador fez constar expressamente no referido dispositivo os créditos que deveriam ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial. Como se percebe, não está ali prevista a cessão fiduciária de direitos creditórios, que não é forma de garantia idêntica à alienação fiduciária. Desta forma, o direito creditório do agravante decorrente de cessão fiduciária não merece exceção quanto aos efeitos da recuperação judicial em tela e deve ser incluído entre os demais créditos quirografários.”

4.2.2. Créditos Futuros

Impende mencionar a questão da cessão fiduciária de créditos futuros. A Lei nº 10.931/2004, em seu art. 31, estabelece que a garantia da cédula de crédito bancário poderá ser fidejussória ou real, e, nesse último caso, poderá ser constituída de bem patrimonial material ou imaterial, presente ou futuro. Por sua vez, o art. 35 da mesma Lei dispõe que os bens dados em garantia objeto de alienação fiduciária poderão permanecer sob posse direta do prestador da garantia. Combinando os dois artigos mencionados, não restam dúvidas de que é possível ceder fiduciariamente créditos futuros, vez que esses créditos constituem bem patrimonial imaterial.

Os créditos futuros se caracterizam pelo fato de que ainda não foram constituídos; assim, a empresa devedora tem, por exemplo, uma projeção de fluxo de caixa, podendo este ser cedido fiduciariamente. Nota-se que, aqui, os créditos da empresa ainda não existem. Caso diverso é a hipótese de a empresa devedora vender mercadoria por cartão de crédito; assim, o crédito já existe, mas será pago no futuro.

⁵⁰ Neste sentido, ver TJMG, AI nº 10079079468385002, 2ª CC, Rel. Des., julgado em 02/02/2010.

⁵¹ TJPE, AI nº1066146620098170001, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Fernando de Araújo Martins, julgado em 20/11/2012.

A jurisprudência, ao analisar essa questão, é favorável à possibilidade de contemplada.⁵²

A cessão fiduciária de créditos futuros também tem sua plausibilidade atrelada ao Código Civil, vez que o mesmo prevê a existência de contratos aleatórios. Cabe esclarecer que contratos aleatórios são aqueles em que o cumprimento da obrigação de uma ou ambas as partes contratantes depende do acontecimento de um evento futuro e incerto.

Seguindo essa lógica, vale citar trecho de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo⁵³:

“Se não há nenhuma dúvida de que pode haver alienação fiduciária de direitos sobre coisas móveis, creio que também não pode haver dúvida de que a alienação fiduciária pode ter por objeto coisas ou fatos futuros, visto que o atual Código Civil, assim como o revogado, dedica uma seção ao contrato aleatório, ou seja, aquele que diz respeito a coisas ou fatos futuros (cf. artigos 458 a 461 do atual Código Civil e artigos 1.118 a 1.121 do revogado Código Civil de 1916).”

4.2.3. *Stay Period* e Bens de Capital Essenciais

O art. 49, § 3º, da LFRE estabelece que, muito embora o credor titular de propriedade fiduciária não se submeta à recuperação judicial, durante o *stay period* não poderá o mesmo retirar ou vender bens de capital considerados essenciais para a atividade econômica exercida, o que pode implicar eventual suspensão das ações e execuções já em curso. A aplicação dessa regra à cessão fiduciária gera controvérsias, especialmente quanto à possibilidade de se enquadrar créditos e títulos de créditos como “bens de capital essenciais”.

Márcio Calil de Assumpção e Melhim Namem Cahnhub⁵⁴ entendem que esse preceito não se aplicaria, esclarecendo que “quando o negócio

52 TJMT, AI nº 101462009, 5ª CC, Rel. Des. Carlos Alberto da Silva, julgado em 05/08/2009; TJSP, AI nº 4567215820108260000, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 17/05/2011.

53 TJSP, AI nº 6276594300, Câmara Reservada à Falência e Recuperação, Rel. Des. Romeu Ricupero, julgado em 28/07/2009.

54 ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. “A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas”. *Revista do Advogado* n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 140.

*configurar cessão fiduciária de direitos e títulos de crédito, que não se incluem no conceito de **bens de capital**, não incide a proibição de que trata a parte final do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.1001/2005 (...)."*

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Fernando Netto Boiteux⁵⁵ se baseia no Decreto nº 2.179/1997 e explica que *"bens de capital são aqueles destinados à produção de outros bens, e nesta categoria se incluem as máquinas e equipamentos utilizados no processo produtivo."*

Acolhendo essa tese, o Tribunal de Justiça do Paraná determinou que os recebíveis de cartão de crédito cedidos fiduciariamente não consistem em bens de capital essencial⁵⁶.

Já Fábio Ulhoa Coelho⁵⁷, também a favor da exclusão da incidência desta regra, fundamenta sua posição no entendimento de que os créditos não são suscetíveis de posse, assim não há que se falar em manter a posse direta do referido bens com a empresa devedora pelo período legalmente estipulado.

O Tribunal de Justiça de São Paulo⁵⁸, sem adentrar no mérito da questão da qualificação de bem essencial, determinou que a vedação prevista no final do § 3º do art. 49 da LFRE não se aplica às hipóteses de cessão fiduciária.

Entretanto, Eduardo Secchi Munhoz, preocupado que o levantamento pelo credor dos créditos objeto de cessão fiduciária possa prejudicar a continuação da atividade empresarial, defende que o dispositivo em questão não deve ser interpretado de forma literal, sendo necessária a *"manutenção dos recursos obtidos com o recebimento dos créditos cedidos fiduciariamente em conta vinculada à recuperação."*⁵⁹

Compartilhando esse posicionamento, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso⁶⁰.

55 BOITEUX, Fernando Netto. "Contratos Bilaterais da Recuperação Judicial e na Falência". In: SANTOS, Paulo Penalva (Coordenador). **A Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Lei n. 11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 317.

56 Sobre o tema, ver TJPR, AI nº 04930278, 18ª CC, Rel. Des. Ruy Muggiati, julgado em 27/08/2008.

57 COELHO, Fábio Ulhoa. "A Trava Bancária". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 63.

58 Neste sentido, ver TJSP AI nº nº7222504800, 15ª CC, Rel. Des. Ciro Bonilha, julgado em 18/02/2008. TJSP, AI nº 0084680-64.2013.8.26.0000, 24ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Plínio Novaes de Andrade Júnior, julgado em 27/06/2013.

59 MUNHOZ, Eduardo Secchi. "Cessão Fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 44.

60 Neste sentido, confere-se: TJMT, AI nº 101462009, 5ª CC, Rel. Des. Carlo Alves, julgado em 05/08/2009 "(...) No que tange à retirada de bens da empresa, *in casu*, o dinheiro, tenho que deve ser respeitado o denominado "o

O Min. Luis Felipe Salomão⁶¹, analisando esta questão, discordou da posição dos demais julgadores e, não obstante o reconhecimento de que os créditos garantidos por cessão fiduciária não fazem parte da recuperação judicial, chegou à seguinte conclusão:

“Destarte, assim como os direitos creditórios transferidos por cessão fiduciária inserem-se na parte inicial do dispositivo (“bens móveis” e “propriedade sobre a coisa”), tais direitos também devem sofrer a restrição relativa à retirada de bens que garantem o estabelecimento sempre que “essenciais a sua atividade empresarial”, sejam eles “bens de capital” ou não.

Deveras, não é de boa técnica conferir interpretação ampliativa a “bens móveis” ou “propriedade sobre a coisa” e uma restritiva e literal a “bens de capital” no mesmo dispositivo legal.”

Assim, de acordo com o seu entendimento, deverão os valores ser depositados em conta judicial e somente movimentados com a chancela do juiz da recuperação judicial, que irá analisar se os valores são essenciais para a atividade da empresa.

4.2.4. Essencialidade do Registro

De acordo com o que foi previamente exposto, a constituição da alienação fiduciária se dá através do registro do contrato no devido órgão competente. Conforme esclarece Melhim Namem Chalhub⁶², atender à essa formalidade legal é essencial para configuração da cessão fiduciária de créditos. A ausência do registro tem como consequência a submissão do crédito à recuperação judicial.

período de graça” que compreende 180 dias contados após o deferimento da recuperação judicial, tempo em que deve ser suspensa a retirada do estabelecimento das recuperandas, ora agravadas, bens essenciais para o desenvolvimento das atividades (...).”

61 Trecho do voto – vista proferido no Resp 1263500/ES, julgado pela 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 12/04/2013.

62 “A cessão fiduciária tem caráter de direito real, que tem como objeto o direito creditório, somente tendo eficácia *erga omnes* depois de averbado o contrato no Registro de Imóveis competente (art. 17, § 1), quando se tratar de crédito imobiliário, ou no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, quando se tratar de cessão fiduciária sobre direitos ou títulos de crédito em geral, contratada no âmbito do mercado financeiro e de capitais.” CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 393.

Sobre esse ponto, parece haver consenso na jurisprudência⁶³, tendo o Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, editado a Súmula nº 60, transcrita a seguir:

“A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor.”

5. A APLICAÇÃO DA TEORIA DO *COMMON POOL ASSETS* À TRAVA BANCÁRIA

As travas bancárias, em sua essência, servem como forma de reduzir os custos de financiamento por dívidas; quanto maior a garantia que o banco tiver em caso de inadimplemento, menor a taxa de juros. Essa lógica parece benéfica para a expansão das atividades econômicas uma vez que, segundo a mesma, permite às empresas tomarem empréstimo bancários vinculados a taxas de juros baixas.

No entanto, ao proteger determinados credores em hipótese de recuperação judicial – que podemos entender como uma forma de inadimplemento, por mais temporário e parcial que seja – acaba-se prejudicando não só a empresa como também os demais credores.

Um mecanismo de remédios voltados para credores individuais pode ser prejudicial para os credores como um todo.

Para melhor ilustrar o ponto aqui abordado, tomamos o exemplo dado por Thomas Jackson⁶⁴: imagine que você é dono de um lago e que nesse lago há inúmeros peixes. Você consegue pescar todos os peixes e vendê-los este ano por R\$ 100.000 (valor de liquidação). No entanto, ao assim proceder, você não terá mais peixes para vender nos próximos anos. Talvez seja melhor você pescar e vender apenas alguns desses peixes, digamos metade, por R\$ 50.000,00 este ano. Isso garante que os peixes poderão se multiplicar nos próximos anos, e assim, você terá a oportunidade de ganhar R\$ 50.000,00 por pelo menos mais alguns anos, o que

63 Sobre o tema, ver TJMS, 5ª CC, AGV 7786 MS 2012.007786-4, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 28/06/2012, e TJPR, 18ª CC, AGV 9731791 PR 973179-1, Rel. Des. Carlos Mansur Arida, julgado em 17/04/2013.

64 JACKSON, Thomas. *The Logics and Limits of Bankruptcy Law*. Estados Unidos da América. Beard Books, p. 14.

certamente irá ultrapassar aquela quantia inicial de R\$ 100.000,00. Assim, chegamos o valor de *going concern*.

Agora, digamos que o lago é público e que há diversos outros pescadores interessados em vender os peixes. Não há como garantir que, ao limitar a quantidade de peixes que você pesca e vende, os demais pescadores irão fazer o mesmo. Logo, é preciso alguma regra que impeça todos os pescadores de atuarem como se fossem os únicos donos do lago.

É assim que funciona a recuperação judicial. Ao instituir um sistema majoritariamente concursal, objetiva-se maximizar o valor dos ativos e, assim, maximizar o valor de pagamento aos credores. Ou seja, a manutenção da atividade da empresa – em contraposição à liquidação de seus ativos – permite que a mesma volte a gerar recursos e pagar devidamente os seus credores. De acordo com Thomas Jackson, *“the most obvious reason for a collective system of creditor collection is to make sure that creditors, in pursuing their individual remedies, do not actually decrease the aggregate value of assets that will be used to repay them.”*⁶⁵

Diz-se majoritariamente concursal, pois, como visto acima, há hipóteses de créditos não submetidos à recuperação judicial, cujos credores podem exigir o adimplemento de suas dívidas em verdadeira execução singular. Essa execução tem impacto direto no valor de *going concern* da empresa em recuperação.

Não se pode negar as vantagens que as travas bancárias acarretam quando da concessão de empréstimos e, assim, fomento à economia. Contudo, elas podem justamente ter o efeito contrário em hipóteses em que as tomadoras se encontram em situações econômicas frágeis, porém, superáveis.

Logo, a aplicação da trava bancária em sede de procedimento de recuperação judicial deve ocorrer com cautela e somente quando preenchidos todos os requisitos legalmente previstos.

A preocupação com o equilíbrio dos interesses é claramente refletida no já mencionado voto do Min. Luis Felipe Salomão, nos autos do REsp nº 1263500/ES, em que, ao mesmo tempo que reconheceu que *“se as garantias conferidas aos credores, principalmente instituições financeiras, forem gradativamente minadas por decisões proferidas pelo Juízo*

65 Tradução livre: “A razão mais óbvia por trás de um sistema coletivo de execução é garantir que os credores, na perseguição de seus créditos individuais, não diminuam o valor agregado dos ativos que serão utilizados para satisfazer seus créditos.”

da recuperação, é a própria sociedade em recuperação que poderá sofrer as consequências mais sérias, como, por exemplo, não conseguindo mais crédito junto ao sistema financeiro”, consignou que “o fato de o crédito fiduciário não se submeter à recuperação judicial não torna o credor livre para satisfazê-lo de imediato e ao seu talante.”

6. CONCLUSÃO

Da análise feita, pode se chegar à conclusão de que o penhor e a cessão fiduciária de créditos e títulos de crédito são mecanismos similares, porém, distintos. Enquanto no primeiro transfere-se somente a posse, no segundo há efetiva transferência de propriedade, embora esta seja resolúvel.

Assim, créditos garantidos por penhor de créditos e títulos de crédito e aqueles garantidos por uma cessão fiduciária têm repercussões diametralmente distintas; enquanto aquele se submete à recuperação judicial e pode ser previsto no plano, estes estão excluídos dos efeitos da recuperação. Ainda, os créditos garantidos por penhor de créditos e títulos de crédito podem ter suas próprias garantias alteradas, mediante anuência do credor. Essa hipótese não se aplica à cessão fiduciária.

Desse modo, a modalidade do penhor atende melhor aos interesses da empresa recuperanda, enquanto a cessão fiduciária se mostra mais vantajosa para os credores.

Não obstante essas breves conclusões, cabe reparar que existem posições conflitantes na doutrina e na jurisprudência.

Por sua vez, a interpretação do § 5º do art. 49 pode ocorrer de modo a beneficiar uma ou outra parte envolvida. Não obstante a doutrina e a jurisprudência majoritária entenderem pela não submissão à recuperação judicial dos créditos garantidos pela cessão fiduciária de créditos ou títulos de crédito, existem decisões e teorias no sentido contrário. Estas últimas se justificam pelo princípio da preservação da empresa, e buscam, de algum modo, o equilíbrio entre os interesses da empresa devedora e aquele dos credores. ❖

BIBLIOGRAFIA

ASSUMPÇÃO, Márcio Calil de; CHALHUB, Melhim Namem. "A Propriedade Fiduciária e a Recuperação de Empresas". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 135-141.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Jurisprudência da Nova Lei de Recuperação de Empresas e Falências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Lei de Recuperação de Empresas e Falências**, 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARVALHO, Ernesto Antunes de. "Cessão Fiduciária de direitos e títulos de crédito (recebíveis)". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 54 – 60.

CHALHUB, Melhim Namem. "Cessão Fiduciária e a Recuperação Judicial". **Valor Econômico**. 24 de julho de 2009. Caderno Legislação e Tributos, p. E-2.

_____. **Negócio Fiduciário**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. "A Trava Bancária". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 61 – 65.

_____. **Curso de direito comercial**, 10ª edição, volume 3. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

KATUDJAN, Elias. "Pela (re)inclusão dos créditos excluídos da recuperação". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 48-53.

LOBO, Jorge. "Cessão Fiduciária de Recebíveis na Recuperação". **Valor Econômico**. 24 de fevereiro de 2019. Caderno Legislação e Tributos. p. E-1.

MACHADO, Rubens Approbato. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Doutrina e Prática**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MANGE, Renato Luiz de Macedo; FILHO, Walter Vieira. "Créditos com garantia real: penhor". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 168 – 173.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Curso Teórico e Prático dos Títulos de Crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. "Cessão Fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa". **Revista do Advogado** n. 105. São Paulo: AASP, 2009, p. 33- 46.

PAIVA, Luis Fernando Valente de (Coordenador). **Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ROSA JUNIOR, Luiz Emydgio Franco da. **Títulos de Crédito**, 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, Paulo Penalva (Coordenador). **A Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Lei n. 11.101/05**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Francisco Satiro de; PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes (Coordenadores). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A Construção Jurisprudencial da Recuperação Judicial de Empresas**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

JACKSON, Thomas. **The Logics and Limits of Bankruptcy Law**. Estados Unidos da América: Beard Books, 2001.

O Desafio do Ensino Jurídico: Um Estudo da História do Direito em Apontamento*

Matheus Abreu Lopes de Andrade

Graduando em Direito pela UERJ na qual é Monitor de Sociologia Jurídica. Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Violência e Cidadania vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ e parceria do Arquivo Nacional/Ministério da Justiça. Pesquisador da Fundação Casa de Rui Barbosa/CNPq. Conciliador do TJRJ.

RESUMO

O presente artigo busca abordar a questão do desafio do ensino jurídico no Brasil. Como norte, parte-se de um estudo da História do Direito. E aqui, atenta-se por problematizar a imbricação das demais disciplinas das Ciências Sociais e Humanas com o Direito. Este, que ainda não possibilita atenção ao papel daquelas ciências na formação jurídica. Neste caso, percebe-se que saberes como a Sociologia, Filosofia ou ainda a Economia já detêm sensível reconhecimento no diálogo com o Direito, o que ainda é buscado pela História, Antropologia, ou mesmo pela Psicologia.

1. INTRODUÇÃO

A partir da imbricação entre o Direito e as demais Ciências Sociais e Humanas, sobretudo, às particularidades da História do Direito, promove-se uma reflexão acerca da sua notável contribuição à mobilização do conhecimento no Direito. Seja no ensino ou na pesquisa no Direito.

* O presente trabalho foi desenvolvido no âmbito da disciplina História do Direito, realizada na Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e apresentado no III Seminário Internacional de História e Direito: Instituições Públicas, Poder e Justiça, Niterói, dias 07, 08 e 09 de agosto de 2013, da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF).

Por esse lado, consoante Roberto Fragale Filho e Alexandre Veronese (2004, p. 54), percebe-se um cenário no qual são raras as iniciativas que se aprofundam na análise do arcabouço jurídico, ou seja, das estruturas, processos e normas deste campo.

Nem sempre ocorre a valorização da História do Direito, haja vista fazer parte de um conjunto de disciplinas “zetéticas”. Com isso, mais preocupadas com a reflexão e questionamentos, em oposição à “dogmática”, marcada pela ação.

A História do Direito, neste diapasão, deve deixar de ser pensada com vista a uma razão jurídica em progresso e buscar, cada vez mais, um pensamento historicizante e crítico sobre a própria história de constituição do Direito. As experiências do passado são diferentes das experiências do presente, os critérios de um tempo não podem ser utilizados para justificar ou julgar os critérios ou escolhas, feitas por meio do Direito, em outro tempo.

2. O ESTUDO DA HISTÓRIA DO DIREITO

Evidencia-se pela própria imbricação entre o Direito e as demais Ciências Sociais e Humanas, sobretudo, às particularidades da História do Direito. E, assim, evidencia-se uma definição e mesmo importância. “A História do Direito visa a fazer compreender como é que o Direito atual se formou e desenvolveu, bem como de que maneira se transformou no decurso dos séculos” (GILISSEN, 1995, p. 13).

Deve-se, pois, dar precípua atenção à pesquisa de cunho interdisciplinar e crítico na sua abordagem frente às demais Ciências Humanas e Sociais conforme lição de Hespanha (2005, p. 21-22) e mesmo de Joaquim Leonel de Rezende Alvim (2000, p. 159).

Entretanto, nem sempre ocorre a valorização da História do Direito, haja vista fazer parte de um conjunto de disciplinas “zetéticas” ou, ainda, “propedêuticas”, ou “básicas” ou, então, “fundamentais”. Com isso, mais preocupadas com a reflexão e questionamentos, em oposição à “dogmática”, marcada pela ação.

Elucida Hespanha (2005, p. 21) que, “Enquanto as últimas visam criar certezas acerca do direito vigente, a missão da história do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítrico das disciplinas dogmáticas”.

Neste caso, percebe-se que saberes como a Sociologia, Filosofia ou ainda a Economia já detêm sensível reconhecimento no diálogo com o Direito, o que ainda é buscado pela História, Antropologia, ou mesmo pela Psicologia. (FRAGALE FILHO, 2006, p. 48).

Já aponta Michel Miaille (1994, p. 57-62) que o conhecimento é um vasto “continente” a ser explorado e não um simples “arquipélago” com lógicas disciplinares autônomas e independentes.

Para alargar o conhecimento é importante problematizar o Direito vigente, no sentido de que ele não é definitivo, mas racional ou evoluído. O Direito é contingencial, por isso é um retrato do seu tempo. E, assim, a História do Direito apresenta como metodologia a análise por um discurso crítico.

A história do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre “em sociedade” (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, econômicos), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais (HESPANHA, 2005, p. 21).

O Direito é, então, produto social, produzido de acordo com as raízes sociais e culturais de dado momento histórico; não se tem desenvolvimento linear, ele sofre de descontinuidades e rupturas; não é um apogeu do passado; e possibilita perceber os direitos periféricos.

Não cabe, portanto, um discurso legitimador do Direito vigente. Seja pela ideia de a) tradição, em que tudo o que for mais antigo é o melhor; ou b) progresso, pelo qual o direito mais atual é o mais evoluído.

Cabe perceber, por esse lado, importante contribuição que se tem da Antropologia em sua postura de relativização. Assim por já demonstrar mais uma vez e com vistas a reafirmar o quão importa o diálogo com os diversos saberes sociais e humanos.

Então, a comparação na Antropologia, que pressupõe olhar o “outro” para ver a si mesmo em interesse essencial ao diferente, é o “estranhamento”. Para esta reflexão, evidencia-se que este estranhamento é o que permite tornar o familiar exótico e o exótico familiar. São, assim, evidentes as particularidades da Antropologia no quadro das demais Ciências Sociais (DAMATTA, 1987).

A História do Direito, neste diapasão, deve deixar de ser vista “como um longo trabalho de progresso da razão jurídica” ou “o ponto de chegada de uma crônica multissecular dos triunfos do direito sobre a força”, conforme Hespanha (1986, p. 20), e buscar, cada vez mais, um pensamento historicizante e crítico. “As experiências do passado são diferentes das experiências do presente, os critérios de um tempo não podem ser utilizados para justificar ou julgar os critérios ou escolhas, feitas por meio do Direito, em outro tempo.” Tal como bem atenta Gustavo Silveira Siqueira (2011, p. 21-22).

3. A PERSPECTIVA DO ENSINO JURÍDICO EM DEBATE

Tem-se, pois, que o lugar por excelência da instauração e constituição do Direito e de suas formas de operação, que tem o papel de socializar, iniciar, consagrar e ampliar para além da esfera propriamente jurídica são, de maneira geral, as instituições “jurídicas” e, em específico, as Faculdades de Direito. Percebe-se, então, que a socialização de fato se complementa tecnicamente no cotidiano do exercício profissional.

Ainda, não é difícil atentar que no próprio cotidiano das Faculdades de Direito é ignorado o conjunto de disciplinas básicas, que muito podem contribuir para a formação jurídica, se não fossem elas subjugadas, não por deixar de estudar a dogmática, mas por não querer se utilizar somente desta última.

Daí que se poder apresentar um Direito dogmático, normativo, formal, codificado e apoiado em uma concepção profundamente hierarquizada e elitista da sociedade refletida em valores autodemonsráveis, apontando para o caráter extremamente etnocêntrico de sua produção, distribuição, repartição e consumo. Impedindo, muito mais que facilitando, a compreensão do Direito.

Neste sentido, o Direito, que ignora os fatos reais em busca desses tais ideais, muitas vezes inatingíveis, de tão distantes da realidade, acaba, devido a tudo isso, por resistir ao estudo das práticas. Denota aparente distanciamento formal da realidade social. Veicula representações acrícas dos fenômenos sociais de maneira dogmática.

Bastante interessante é, pois, que à parte isso, é bastante sensível o número de docentes das demais Instituições de Ensino Superior (IES),

públicas ou privadas, preocupados com essa formação. São eles também voltados aos demais saberes das Ciências Sociais e Humanas. Nessa perspectiva, a própria Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Ministério da Educação (MEC) passam a corroborar neste sentido. Já por querer evidenciar a busca por um espaço crítico de discussão em nome de um ensino e pesquisa no Direito de qualidade. Postos, então, em desafio.

Sob as diversas perspectivas dos demais saberes sociais e humanos, pode-se apontar a superação das leituras tradicionais do Direito através da análise das fontes que uma equipe capacitadamente interdisciplinar permite. Enriquecendo muito mais do que se pode entender. A interdisciplinaridade é tentativa de superar uma visão estritamente dogmática do Direito.

Atentar, como são para alguns, “razão quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico do desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas” (BOURDIEU, 1989, p. 212). A tentativa de deixar o Direito e sua interpretação autônomos em relação às “irritações” sociais é, antes de tudo, uma tentativa de limitar o campo jurídico, de restringir aqueles que podem participar do debate e da fundamentação do direito na sociedade. Pierre Bourdieu aponta:

A concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos herdados do passado contribui para fundamentar a cisão social entre os profanos e os profissionais favorecendo um trabalho contínuo de racionalização próprio para aumentar cada vez mais o desvio entre os vereditos armados do direito e as instituições ingênuas da equidade e para fazer com que o sistema de normas jurídicas apareça aos que o impõe e mesmo, em maior ou menor medida, aos que a eles estão sujeitos, como totalmente independente das relações de força que ele sanciona e consagra (BOURDIEU, 1989, p. 212).

O caráter formalizado da linguagem jurídica, percebido pela teoria do direito, “dificultando aos outros o acesso a ela, cria para os juristas o monopólio de um saber decisivo sobre a vida quotidiana”, cria uma “convicção de rigor e neutralidade em relação a essa vida e às paixões e parcialidades que a caracterizam”, é que nasce a necessidade de um questionamento sobre os juristas e sua comum “arrogância em relação à vida” (HESPANHA, 2009, p. 305).

Deve-se reconhecer que existe uma pluralidade de formas jurídicas da vida e isso, necessariamente, afeta a História e o Direito. Sendo este uma possibilidade dentre as milhares que seriam possíveis, a História do Direito é o direito e o que foi feito dele.

“A ordem jurídica passou, progressivamente, a ter que lidar com conflitos de interesses e de valores de uma sociedade pluralista e complexa”, assim aponta Vicente de Paulo Barretto ao prefaciar a obra de Margarida Lacombe Camargo (2003).

A lei é uma parte das experiências jurídicas, das relações jurídicas, é um dado importante, mas não pode encerrar nela toda a complexidade da vida do direito: o direito é maior que as fontes formais e menor do que o conjunto das relações sociais (FRAGALE FILHO, 2006, p. 55).

Com isso, poder investigar as instituições jurídico-políticas, possibilitando, então, o fortalecimento do Estado, das Instituições e da Democracia, e entendendo ser essencial o papel do Poder Judiciário. Isto, pois, impõe o Direito sob a ótica de sua efetivação.

Porém, já acentua Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 9-21), sob a ótica do primado do Direito, a transferência de legitimidade do Estado: dos Poderes Legislativo e Executivo ao Poder Judiciário, que o mesmo leva ao aumento de expectativa de problemas que deveriam ser resolvidos pelo sistema político. Além disso, o mesmo autor identifica a distância existente entre o direito formalmente concedido das práticas que impunemente o violam.

O Direito deve-se nortear não somente pelas vias teóricas, mas também pelas quais se preze o conhecimento da realidade circundante. Dar ao Direito um papel que de fato seja positivamente transformador à realidade social vigente. É preciso muito mais levar os direitos a sério, tal como preceituou Ronald Dworkin (2002).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de um estudo da História do Direito evidenciou-se o conhecimento sobre o ensino jurídico e mesmo a pesquisa jurídica brasileira.

Atentar ao desafio do ensino jurídico e mesmo da pesquisa jurídica. Tal como o diálogo que se tem ou que, ao menos, deve ainda ser fortale-

cido para em muito alargar e contribuir ao Direito. O Direito é muito mais do que aparentemente expressa um texto do ordenamento jurídico.

Mais do que isso, perceber que o Direito e também a História podem cumprir em dados momentos um papel legitimador do *status quo*, ou mesmo um papel restaurador e reacionário, senão, ainda, um papel legitimador de um novo regime, ou, então, um papel crítico. E, por isso, “para desempenhar este último tem que adquirir uma atitude de suspeita permanente para com as suas próprias aquisições” (LOPES, 2002).

Neste sentido, “A História do Direito se reserva a importante função de estabelecer pontos de contato entre instituições jurídicas de diferentes fases de vida em sociedade.” Assim, conceitos modernos, como igualdade das mulheres, dignidade do trabalho, conveniência de instrução, leis iguais ou responsabilidades do indivíduo, não são criações de nossa época, mas sim de uma tradição antiga e forte. (PEDROSA, 2006, p. 3)

E, sobretudo, perceber que o Direito como um dos elementos na sua ação dinâmica em sociedade está sujeito a influências que muito o modificam. Mas que nele também são resgatados resíduos ou sinais de origens que não são do seu tempo.

Deve-se reconhecer que existe uma pluralidade de formas jurídicas da vida e isso, necessariamente, afeta a História e o Direito. Sendo este uma possibilidade dentre as milhares, a História do Direito é o direito e o que foi feito dele.

Ter vistas a não recair em uma visão simplista e parcial dos fenômenos, ou seja, a não produzir uma explicação parcial, incompleta, baseada em uma opinião do discurso oficial. E por assim dizer, que se diga científica.

Conhecer não apenas a lei como, de certa forma, a historiografia positivista legalista da história do direito propõe, mas uma metodologia que possa conhecer as tensões, as contradições do direito na sociedade humana, que seja sensível à pluralidade das manifestações jurídicas. Deve-se ter a consciência da precariedade do conhecimento humano, estando aberta para outros elementos que, a qualquer momento, possam integrar as problematizações do direito.

Assim por dizer alargando o conhecimento e não se detendo a um simples sentido que ignore interferências ou irritações que mais devem soar como contribuição ao estudo do Direito.

Com isso, poder investigar as instituições jurídico-políticas, possibilitando, então, o fortalecimento do Estado, das Instituições e da Demo-

cracia, para o que é uma essencialidade o papel do Poder Judiciário. Isto, pois, impõe o Direito sob a ótica de sua efetivação.

Dar ao Direito um papel que de fato seja positivamente transformador à realidade social vigente. O Direito deve-se nortear não somente pelas vias teóricas, mas também pelas quais se preze o conhecimento da realidade circundante.

Com efeito, dos apontamentos efetuados ao longo do presente trabalho, diante das possibilidades e dificuldades, espera-se lograr êxito ao chamar atenção e, deveras, contribuir para a consecução desta meta. ❖

REFERÊNCIAS

ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. "A Reforma do Ensino Jurídico: um balanço crítico". In: **Plural Revista da Faculdade de Direito da UFF**, v. 4. Porto Alegre: Síntese, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro-Lisboa: Bertrand Brasil, DIFEL, 1989.

BARRETO, Vicente de Paulo. "Prefácio à primeira edição". In: CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DAMATTA, Roberto. **Relativizando: uma introdução à Antropologia Social**. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRAGALE FILHO, Roberto. "Ensinar Sociologia nas Faculdades de Direito: possibilidades e significados". In: FRAGALE FILHO, Roberto; CERQUEIRA, Daniel Torres de (org). **O Ensino Jurídico em Debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica**. Campinas: Millennium, 2006.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. "Nova história e história do direito". **Revista Vértice**, Coimbra, v. 46, Abril 1986.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Ed. Estampa, 1994.

PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em História**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SIQUEIRA, Gustavo Silveira. "História do Direito pelos Movimentos Sociais: Cidadania, Experiências e Antropofagia Jurídica nas Estradas de Ferro (Brasil, 1906)". Orientador: Arthur José Almeida Diniz. Coorientador: António Manuel Hespanha. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 142 f., 2011. Disponível em: < <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-8QCMVU>>. Acesso em: 20/07/2013.

VERONESE, Alexandre. "A pesquisa em Direito: diagnóstico e perspectivas". In: **Revista Brasileira de Pós-Graduação**, v. 1, n. 2. Brasília: CAPES, 2004.

A Condição de Idoso e a Incidência da Norma Penal

Nagib Slaibi Filho

Magistrado – RJ

Professor EMERJ e UNIVERSO

Tema em voga nos auditórios forenses e acadêmicos é a causa excludente de isenção de pena, prevista no inciso III, do artigo 183 do Código Penal, decorrente da alteração introduzida pelo Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003, que desautoriza a utilização das imunidades, absolutas e relativas, previstas nos arts. 181 e 182, daquele diploma legal, quando se tratar de crime praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade.

Os mencionados dispositivos têm a seguinte redação:

Art. 181 - *É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:*

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.

Art. 182 - *Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:*

I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;

II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;

III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Art. 183 - *Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores:*

I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa;

II - ao estranho que participa do crime.

III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela L-010.741-2003).

Em voto brilhante na 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Desembargador Geraldo Prado ensinou que o dispositivo que impede a utilização das causas de isenção para o idoso não estaria atendendo a natureza de ação positiva a que se destina, uma vez que estaria inviabilizando a paz social.

Do voto do eminente Relator extraem-se os seguintes trechos:

Impõe-se a análise de uma questão prévia, de natureza constitucional, antes do exame das demais matérias meritórias. Refere-se à incidência da escusa absolutória, prevista no inciso II, do artigo 181 do Código Penal, vez que o alegado delito teria sido praticado pelo descendente contra seu genitor. Determina o legislador, nessa hipótese, a imunidade substancial - escusa absolutória, constituindo verdadeira condição negativa de punibilidade do crime. Todavia, o magistrado sentenciante não reconheceu a referida imunidade porque a vítima, à época dos fatos, contava com 81 anos de idade, o que atrai a aplicação do artigo 95 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) que, dando nova redação ao art. 183 do Código Penal, através da inclusão do inciso III, passou a tornar inaplicáveis tanto a isenção de pena ao agente, nos crimes contra o patrimônio, quando se tratar de vítima com idade igual ou superior a 60 anos.

*É evidente a inconstitucionalidade do dispositivo legal, que atenta contra os princípios constitucionais do **substantive due process of Law** e da isonomia. Com efeito, a norma reduz a autonomia do idoso e restringe indevidamente sua autodeterminação.*

*Ressalte-se que o objetivo da norma permissiva é a renúncia do Estado ao **ius puniendi** com vistas a preservar a paz social e familiar, por razões de conveniência em matéria de política criminal. **In casu**, o genitor deixou claro durante o processo que não tinha a intenção de ver seu filho condenado, salientando que os problemas com o uso de drogas foram superados e que a família convive em total equilíbrio, tendo, inclusive, manifestado expressamente seu desejo ao órgão ministerial de retirar a imputação (“retirar a queixa”) e paralisar a ação penal.*

Portanto, vislumbra-se, no caso em apreço, desvio de poder no plano das atividades legislativas do Estado. Não se admite que disponha da competência para legislar ilimitadamente e de forma imoderada, até mesmo sob alegação de proteção do idoso, gerando situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Ademais, o disposto no artigo 183, III, do Código Penal tem a natureza de uma discriminante positiva, também denominada ação positiva, e não se pode admiti-la em sede penal, para criminalizar condutas, ou para excluir uma isenção de pena, que é a hipótese.

Para explicar as ações positivas, parte-se do raciocínio de que o princípio da igualdade, por si só, não é suficiente para promover a igualdade fática. As ações positivas, assim, visam à concreção do princípio da igualdade, sempre que for necessária uma ação estatal dirigida a equilibrar uma situação de desigualdade. São comumente aceitas as ações positivas que visam a aumentar a participação das minorias em vários setores da vida social. A doutrina aponta os seguintes exemplos de ações positivas: acesso ao trabalho privado e à função pública, quotas destinadas aos negros em universidades e as quotas para as mulheres para o desempenho de cargos legislativos.

As características das ações positivas são de visarem à igualdade de oportunidades e, não, de resultados, bem como se destinarem a uma coletividade e, não, a pessoas individualizadas, acarretando ao grupo todo um benefício imediato.

Há, contudo, autores que distinguem as ações positivas das discriminações positivas. Elena Larrauri, citando Fernando Rey e Ruiz Miguel, esclarece que as primeiras são medidas destinadas a conseguir a igualdade de modo genérico, enquanto as segundas representam uma quota rígida e que requerem cinco condições para sua implementação: a) uma coletividade com características bem marcadas e que são va-

loradas negativamente; b) um contexto de especial escassez de bens que precisam ser concedidos a tais grupos; c) uma justificação para remediar os efeitos desta discriminação; d) a temporalidade das medidas discriminatórias; e) a proporcionalidade das medidas, cujos objetivos não poderiam ser alcançados por meio menos gravoso.

Pois bem, tais características, sejam de ações positivas, ou de discriminações positivas, não se apresentam no âmbito penal, nem no processual penal. A ação positiva agora examinada – a exclusão da isenção de pena e a vedação de retratação da representação, nos crimes patrimoniais praticados contra ascendente com idade igual ou superior a 60 anos – não tem caráter genérico, pois não beneficia a coletividade de idosos, mas somente um idoso determinado, que é a suposta vítima do crime. Tampouco a medida gera uma igualdade de oportunidades entre idosos e não idosos, pois não se trata disso, nos âmbitos enfocados.

Ainda mais: não leva em consideração se a vítima, com idade igual ou superior a 60 anos, está realmente em condições concretas que justifiquem maior proteção estatal, ao ponto de excluir a isenção de pena e a vedação de retratação da representação, afigurando-se irrazoável o critério de idade, apenas, sem levar em consideração a situação concreta da vítima.

Isso porque um genitor com idade inferior a 60 anos, mas doente, carecerá mais de proteção do que um genitor maior de 60 anos, mas em plena saúde. A irrazoabilidade da discriminação positiva, para excluir isenção de pena e proibir a retratação da representação, arranha a constitucionalidade do devido processo legal no sentido substantivo.

Por tais razões, as ações positivas, que são tão bem-vindas e necessárias quanto ao gozo de direitos de cidadania e fundamentais, não se adaptam ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal, que não visam a promover a igualdade de coletividades minoritárias ou fragilizadas socialmente.

A finalidade do Direito Penal é a aplicação de sanção penal a um indivíduo específico que delinuiu, na medida de sua culpabilidade, enquanto a do Direito Processual Penal é o de regular um julgamento justo, com contraditório e ampla defesa, e legitimar a intervenção estatal no direito individual, quando for estritamente necessária, adequada e proporcional. Os objetivos, portanto, são incompatíveis.

A doutrina estrangeira tem se inclinado por entender inconstitucional qualquer medida que, a pretexto de adotar uma ação positiva no interesse de uma determinada coletividade, acaba por afrontar os fins do Direito Penal e do Direito Processual Penal, gerando desigualdade no processo.

[...]

Veja-se que o argumento agora adotado não colide com a agravante genérica prevista no artigo 61, II, h, (maior de 60 anos), do Código Penal, porque se trata de mero agravamento de pena, dentro da autorização constitucional de individualização da pena, enquanto que, no caso em exame, trata-se de política criminal de definir condutas típicas e de excluir a criminalização, o que só pode ser feito de acordo com os valores constitucionais.

[...]

Funcionando na arguição de inconstitucionalidade perante o Órgão Especial do mesmo Tribunal, o Procurador de Justiça opinou no sentido de que a norma em julgamento deve ser considerada constitucional, haja vista a espécie do Direito tutelado e em razão de natureza de ação positiva que se verifica da normatividade extraída do dispositivo impugnado.

Segundo o douto parecer ministerial, “a violação de seus direitos, na medida em que, na maioria das vezes, dependem de seus familiares em diversos aspectos, seja nos cuidados da saúde, nas relações sociais, financeiramente ou até, mesmo pela simples convivência, circunstâncias que dificultam, ou mesmo impedem, a tomada de qualquer atitude contra sua família”.

Não obstante, apesar da compatibilidade da norma impugnada com o texto constitucional, deve ser conferido à mesma interpretação conforme a Constituição, uma vez que, embora a norma leve à proteção efetiva do idoso, por outro lado reduz sua autonomia e autodeterminação, atingindo aquele idoso que não se enquadra na qualidade geral de hipossuficiência descrita na norma protetiva em questão.

O tema referente à idade dos envolvidos, tanto vítima, quanto acusado, no que concerne ao Direito Penal, é matéria de suma importância.

Questões atinentes à punibilidade, prescrição, imputabilidade, o resultado etc., dependem, em muitos casos, da análise da idade do autor do fato ou da vítima, como fator de política criminal, para se definir a tipicidade ou permitir alguma benesse legal ao envolvido e acusado.

Neste sentido, importante trazer à baila a posição do Professor Guilherme de Souza Nucci, em seu livro **Leis penais e Processuais Penais Comentadas**, 5ª ed. Ed. RT, p. 697, de onde se extrai o seguinte trecho:

Preceitua o art. 230 da Constituição Federal que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”. O Estatuto do Idoso elegeu a idade de 60 anos para caracterizar a pessoa idosa, embora tenha sido assegurada a gratuidade dos transportes coletivos urbanos somente aos maiores de 65 anos, na Constituição Federal, o que é uma nítida contradição. Por outro lado, nem sempre a pessoa com mais de 60 anos, no mundo moderno de hoje, deve ser considerada hipossuficiente, como se prevê, na Lei 10.741/2003, para os diversos fins de amparo e proteção. Foi uma opção legislativa, afinal, anteriormente, quando o Código Penal se referia ao velho, interpretava-se como sendo aquele que atingira 70 anos (idade, aliás, utilizada como parâmetro para aposentadoria compulsória do funcionário público e para o fim de cálculo atenuado da prescrição, conforme art. 115 do Código Penal, bem como para a finalidade

de se conceder atenuante ao criminoso, de acordo com o art. 65, I, também do Código Penal). Temos, atualmente, três estágios de idades: a) 60 anos, para ser uma pessoa considerada idosa; b) 65 anos, para que tenha benefício do transporte coletivo público gratuito; c) 70 anos para a contagem da prescrição pela metade (art. 115, CP): STJ: "O art. 1º do Estatuto do Idoso não alterou o art. 115 do Código Penal, que prevê a redução do prazo prescricional para o réu com mais de 70 (setenta) anos na data da sentença. Precedente." (RHC 16856-RJ, 5ª T. r. Gilson Dipp, 02.06.2005, DJ 20.06.2005, p. 295, v.u)

As causas de isenção de pena visam a proteger, em razão de escolha legislativa, bens jurídicos que, além daqueles penalmente tutelados, também devem ser juridicamente amparados.

Dessa forma, deixa-se de lado a proteção estatal penal, pautada no conceito da *ultima ratio*, e se prestigiam outros valores que, em determinados casos, por política criminal, devem preponderar.

Os dispositivos acima descritos tutelam, por determinação legal, diversos outros valores, dentre eles a proteção do núcleo familiar, incluindo-se aí, a harmonia e a preservação da família.

Este também é o entendimento de diversos doutrinadores, dentre eles o professor Silvio Maciel, através de matéria retirada da Internet:

Sem embargo do sistema de proteção que traz e de suas explícitas finalidades, é o próprio Estatuto que, paradoxalmente, desrespeita os idosos, tratando-os com discriminação e desigualdade e considerando-os incapazes de autodeterminação. E a ofensa provém, como não poderia deixar de ser, de uma disposição criminal do novo diploma legal, qual seja, seu artigo 110[5], que acrescenta um inciso III ao artigo 183, do Código Penal, para afastar a aplicação das imunidades absoluta (art. 181, CP) e relativa (art. 182, do CP) nos crimes patrimoniais praticados contra pessoas com 60 anos ou mais.

Como se sabe, o artigo 181, I e II, do C.P. cuida das chamadas imunidades absolutas ou escusas absolutórias, isentando de pena o cônjuge ou companheiro na constância do casamento ou da convivência, ascendentes ou descendentes da vítima,

nos crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa; por sua vez, o artigo 182, I a III trata das imunidades relativas, que tornam a ação penal condicionada à representação da vítima quando o autor da infração patrimonial for cônjuge separado, irmão, tio ou sobrinho com quem o agente coabita.

É explícita a intenção da lei, nesses casos, de colocar os valores sociais da família, os laços consanguíneos e afetivos, os sentimentos oriundos da coabitação diária, acima de interesses patrimoniais e mesmo dos interesses sociais de punição do infrator. Em um típico caso de ponderação de valores, optou o legislador em preservar aqueles considerados, na hipótese, mais relevantes – os valores familiares e humanitários.

Os artigos 181 e 182 do C.P. são dispositivos sábios, pois não é mesmo possível exigir de uma pessoa que acuse ou aceite a punição de um ente querido, que muitas vezes lhe representa o que de mais importante tem na vida (um filho, por exemplo) em razão, v.g., de um estelionato, um furto ou uma apropriação indébita de um bem perfeitamente substituível e muitas vezes de valor secundário.

Ao dispor que as escusas do Código Penal não se aplicam aos crimes patrimoniais praticados em desfavor das pessoas com sessenta anos ou mais, nosso legislador outra vez demonstrou que seu furor punitivo e seu amor pela lei e ordem não têm limites, confirmando uma prática perversa que tem se reiterado nos últimos tempos de inserir, em nosso ordenamento penal, dispositivos que violam a ordem constitucional.

O combatido artigo 110, do Estatuto do Idoso atinge em cheio a dignidade dos idosos, ao negar-lhes o direito de não ver um ente querido ser processado e até preso por um isolado crime patrimonial; ainda ofende o direito de igualdade, autodeterminação e não discriminação ao subtrair-lhes a prerrogativa, conferida às demais vítimas, de decidir sobre a representação para o início da persecução penal, considerando-os, assim, pessoas destituídas dessa capacidade de decisão.

No caso da representação criminal, o dispositivo mencionado retira do idoso o direito de sentir piedade de um parente querido, o direito de colocar seus valores afetivos, emocionais e espirituais acima de suas coisas materiais, justamente um dos sentimentos mais fortes e presentes em pessoas cuja experiência de vida já lhes tornaram capazes de perceber que a companhia, amizade, respeito e carinho de um ente próximo são valores inafastáveis.

É mais um caso de desrespeito à vítima, cujos interesses e sentimentos sempre foram desconsiderados no fenômeno do crime e na sistemática processual. É um dispositivo opressor e insensível, que expõe o idoso a um constrangimento indevido, de eventualmente ver, contra sua vontade, um parente ou companheiro querido ser processado criminalmente por um delito patrimonial do qual ele foi a própria vítima. E, repita-se, é um dispositivo discriminatório, na medida em que retira dos idosos um direito reconhecido às demais pessoas (direito de representar ou não) sem um critério razoável que justifique a diferenciação de tratamento. É, enfim, a errônea suposição de nossos legisladores de estarem em mais condições de sentir e decidir do que os idosos.

Caminharam nossos legisladores penais na contramão da evolução histórica, que cada vez mais potencializa os valores da pessoa humana, colocando o homem como limite de tudo, inclusive do direito[6]. E mais: com tal dispositivo, reafirmaram que os valores patrimoniais continuam sendo mais caros do que qualquer outro. O bem patrimonial, ainda hoje, continua sendo, aos olhos da lei, mais importante do que a família.

Nem se argumente que os dispositivos visaram a aumentar a esfera de proteção dos idosos, porque as escusas dos artigos 181 e 182 do C.P. têm por objetivo proteger justamente interesses da vítima (a harmonia e a integridade familiares) e não, interesses do infrator de se manter impune. Então, a norma do artigo 110, do Estatuto do Idoso não aumenta, mas ao contrário, pode diminuir a esfera de proteção dos interesses dos idosos.

Também não é válido o argumento de que os idosos são pessoas sem condições de se defender, uma vez que as escusas penais, como se sabe, somente são aplicáveis aos delitos patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa.

E não é plausível, ainda, a sustentação de que a medida do art. 110, da Lei. 10.741/03 visa a proteger os idosos de desfalques permanentes ao seu patrimônio, praticados por parentes inescrupulosos que os relegam à miséria (o que realmente ocorre no cotidiano). Isso porque tais condutas foram tipificadas como crimes autônomos no próprio Estatuto do Idoso (artigos 102, 103, 106, 107 e 108), todos de ação pública incondicionada e sem possibilidade de aplicação das imunidades do Código Penal (artigo 95, do Estatuto).

Forçoso concluir, assim, que o artigo 110, do Estatuto do Idoso contraria vários princípios constitucionais, por ser discriminatório e irrazoável, na medida em que pressupõe, sem motivo plausível, que todas as vítimas idosas não têm condições, como as outras pessoas, de decidir sobre a representação criminal[7]; por ser não isonômico, já que não confere aos idosos o mesmo direito das outras pessoas de não ver o parente ou cônjuge ser processado pela prática de um delito cujo bem jurídico atingido é disponível (o patrimônio); por ofender, principalmente, a dignidade do idoso, impondo-lhe, opressivamente, uma ordem de valores[8] que pode não ser a dele, submetendo-o a uma situação no mínimo constrangedora, de assistir a uma incriminação indesejada de uma pessoa próxima.

Além disso, o citado artigo 110 contraria a própria essência do Estatuto do Idoso. Afinal de contas, não é outra lei, senão o próprio Estatuto, que reconhece a importância da convivência e dos laços familiares para os idosos, ao dispor no artigo 3º, § único, III, “a priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar (...)” e impor às entidades de acolhimento a “preservação dos vínculos familiares” (arts. 49, I e 50, VI).

É também o próprio Estatuto que proíbe qualquer forma de opressão ou discriminação contra o idoso (art. 4º), colocando-o a salvo de qualquer tratamento vexatório ou constrangedor (art. 10, § 3º). E não há nada mais opressor e constrangedor do que, por exemplo, obrigar uma pessoa a presenciar e até mesmo participar da formalização de uma prisão em flagrante contra um parente próximo ou companheiro e vê-lo ser recolhido aos nossos promíscuos estabelecimentos prisionais; ou obrigá-la a participar, contra sua vontade, de uma instrução criminal na qual está sentado no banco dos réus, por exemplo, seu cônjuge.

É ainda a Lei 10.741/03 que garante o direito à preservação da autonomia dos idosos (art. 10, § 2º), a qual é evidentemente violada ao se retirar deles a prerrogativa de escolher entre representar criminalmente contra um parente, cônjuge ou companheiro, em razão da prática de um crime patrimonial esporádico. Com efeito, não se permite ao idoso exercer uma das mais importantes oportunidades de sua autonomia, que é a decisão sobre a liberdade de um parente ou companheiro.

É o Estatuto, finalmente, que considera como criminosas as condutas, por motivo de idade, de impedir o idoso de ocupar cargo público (art. 100, I), de trabalhar (art. 100, II), de realizar operações bancárias ou contratar (art. 96). É de se perguntar, então, por que, se os idosos podem trabalhar, ocupar cargos públicos, contratar e controlar seus rendimentos – o que pressupõe o reconhecimento de que são pessoas com pleno discernimento – não lhes é permitido decidir sobre a representação criminal?[9].

As referências a esses dispositivos bastam para evidenciar o descompasso do artigo 110 com o “espírito da lei”. Eles quebram a harmonia e unidade sistemática da Lei 10.741/03 e, por isso, atingem também o princípio constitucional da razoabilidade, pois como diz Canotilho “(...) a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma”[10].

Mais do que ser impróprio, o dispositivo citado atinge direitos fundamentais dos idosos, e por isso está eivado de inconstitucionalidade. Como é cediço, as normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais dirigem-se, especialmente, aos detentores do poder, entre os quais está o próprio legislador, que também pode oprimir, discriminar, enfim, violar normas da nossa Constituição Federal. As leis mal elaboradas podem, é certo, contrariar a essência da Constituição. E nesse caso o dispositivo em tela, inegavelmente, contraria normas-princípio da Constituição que veiculam valores supremos e possuem não só positividade idêntica à das normas-regra, mas proeminência axiológica sobre estas.

Mais uma vez se faz necessária a aplicação da teoria pós-positivista ou principiológica (que reconhece a normatividade dos princípios[11]), em face de mais um excesso do legislador penal, inadmissível a um sistema de direitos e garantias constitucionais que representa a essência do nosso sistema jurídico. Afinal de contas, o Estado Democrático de Direito não é o Estado de legalidade estrita, mas um Estado que aspira à Justiça. E são justamente os princípios que conferem ao sistema jurídico uma maleabilidade capaz de retirá-lo do limbo do formalismo positivista, da aplicação cega e mecanicista da lei e aproximá-lo da ideia de um direito justo.

O Judiciário não pode, portanto, deixar de efetivar o controle de constitucionalidade (concentrado ou incidental) do artigo 110 do Estatuto do Idoso, reconhecendo sua colisão com os princípios da Carta Magna mencionados. Assim impedirá que direitos fundamentais dos idosos (como a igualdade, a dignidade, a não discriminação etc) sejam violados, justamente, pela Lei que surgiu para protegê-los.

(<http://atualidadesdodireito.com.br/silviomaciel/2011/09/06/o-preconceito-do-estatuto-do-idoso/>)

A propósito, e no mesmo sentido, veja, ainda, o texto “Inovações Penais do Estatuto do Idoso”, extraído do site Jus Navigandi, de autoria de Gleuso de Almeida França:

*Cumpre lembrar que os artigos 181 e 182 do CP tratam, respectivamente, das escusas absolutórias e necessidade de representação do ofendido para deflagração da ação penal (2). Não obstante a intenção do legislador tenha sido dar maior proteção ao bem jurídico, visando desestimular a prática de violência (doméstica) pelos familiares, deixou o idoso em situação de inferioridade, na medida em que cria uma presunção **juris et juris** da sua incapacidade de determinar-se com seu desejo de ver ou não sujeito a uma sanção penal um parente seu. Criou-se a ridícula situação de um cônjuge (até mesmo maior de 60 anos) cometer um crime contra o outro idoso estar sujeito a todos os rigores do processo e da pena, de forma que mesmo diante da indiferença da vítima, em relação ao fato supostamente ilícito, seria o cônjuge processado e até mesmo condenado. De igual forma ocorreria com os ascendentes e descendentes do idoso, bem como com relação aos sujeitos do art. 182 do CP.*

Atente-se que o escopo de proteção pode na verdade transformar-se em um dano infinitamente superior, pois, por vezes, o sofrimento de ver um parente ser processado pode ser muito maior do que a lesão patrimonial.

Com efeito, considerando-se o idoso como hipossuficiente na relação familiar, infere-se que condutas ofensivas ao seu patrimônio pelo parente agressor poderiam ficar fora do controle social. Essa a razão da restrição das escusas. Entretanto, não trilhou bem o legislador pela generalização. Vejo desnecessária esta intervenção, vez que o art. 183 do CP resolve, genericamente, essa situação. Isso porque quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça, não se aplica o disposto no art. 181 e 182 do CP. Por óbvio não se olvidam as situações em que o idoso realmente não tem capacidade de autodeterminação. Entretanto, tomar a exceção por regra, para promover a limitação de institutos que têm por princípio a prevalência da harmonia familiar, mesmo que em detrimento do patrimônio, não foi a melhor opção. Poderia ter-se acrescentado um inciso no art. 183, excluindo as hipóteses do 181 e 182 quando a vítima maior de 60 anos tiver sua capacidade de autodeterminação reduzida.

Por fim, considerando o aspecto temporal dessa espécie de interpretação constitucional sem redução de texto, mostra-se oportuno trazer a lume, também, o disposto no livro **Direito Fundamental à Tutela Cautelar**, Ed. GZ, p. 68/71, de autoria deste subscritor:

5.4. *Ex facto oritur jus*: a modulação dos efeitos como consectário da efetividade da decisão

Reitere-se que os pressupostos da cautelar são normativos, a demonstrar a inutilidade dos textos legais que pretendem limitá-los nas mais diversas situações, sem conseguir derrotar o empirismo que nos impregna em cada situação concreta.

Em cada situação a ser examinada é que o juiz, o administrador e/ou quem tem o dever de decidir no mundo fático, procura a ocorrência da urgência, da plausibilidade ou da proporcionalidade entre a decisão cautelar e a situação concreta que tutela.

Nestes anos iniciais do século XXI, cada vez mais o jargão forense assimila a expressão modulação dos efeitos, importada do Direito Constitucional, para significar que a decisão final deve levar em conta os efeitos práticos produzidos pela cautelar e, mais, que a decisão final deve corresponder à ideia de que sua eficácia no mundo real corresponde a importante fator de sua legitimação:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário.

II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico.

III – Embargos de declaração acolhidos (RE nº 500.171 ED, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 16 de março de 2011, DJe-106, divulg. 02.06.2011, public. 03.06.2011. Ement. vol. 02536-02, p. 00220, RT v. 100, nº 912, 2011, p. 526-536).

As decisões devem produzir efeitos, ser eficazes.

Não basta ao juiz lançar a decisão, incidental ou conclusiva, em processo que atenda aos princípios que a Constituição de 1988 englobou na expressão devido processo de lei (art. 5º, LIV).

A decisão judicial há de ser densa e suficientemente motivada, isto é, deve transcender dos autos e encontrar na vida real a sua causa, buscando a eficácia da transformação da realidade.

O exercício do poder, para ser legítimo, deve ser razoável:

Eu desejava ver um pôr do sol... Fazei-me esse favor. Ordenai ao sol que se ponha...

– Se eu ordenasse a meu general voar de uma flor a outra como borboleta, ou escrever uma tragédia, ou transformar-se em gaivota, e o general não executasse a ordem recebida, quem – ele ou eu – estaria errado?

– Vós, respondeu com firmeza o príncipezinho.

– Exato. É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance no mar, farão todos revolução. Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis.

Diz o art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil que a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, indicando que a situação fática é que rege os efeitos da decisão cautelar e, se o faz, é a mesma que também rege a decisão definitiva.

A modulação dos efeitos também é reconhecida em sede do processo legislativo, mandando o art. 62 da Constituição que as medidas provisórias devem ser submetidas à conversão de seus efeitos, ainda que a mesma seja rejeitada.

No controle da constitucionalidade há hoje ampla utilização da modulação dos efeitos.

Embora seja a regra, em sede de controle judicial de constitucionalidade, assim na esteira da prática americana e dos ensinamentos de Rui Barbosa, no início do século XX, de que o que é inconstitucional é nulo e não produz efeitos, é possível que os efeitos temporais da decisão sejam modulados, de forma a atender questões de segurança jurídica ou interesse social.

Assim está previsto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, diploma legal que decorreu da prática do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional da Alemanha, por meio de diversos arestos divulgados em nosso país pelo hoje Ministro do Excelso Pretório, Gilmar Ferreira Mendes, o qual integrou a comissão de notáveis juristas que elaborou o anteprojeto que deu causa à mencionada lei.

Observe-se a redação do referido dispositivo:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Atente-se a surpreendente contradição decorrente de tal dispositivo e da regra desde a Constituição de 1934 e hoje no art. 97 da Carta da República, quando à reserva de plenário, ou seja, somente pela maioria absoluta (mais da metade de seus membros) poderão os Tribunais, pelo pleno ou por seu órgão especial, reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público: para declarar a inconstitucionalidade, seu aproveitamento e sua modulação, de modo ex tunc, basta a maioria absoluta; modular os efeitos, ajustar a norma ao caso, necessários dois terços dos membros da Corte...

Sempre que se concede tutela antecipada, deverá a ulterior decisão definitiva dispor sobre os efeitos até então, pois nem sempre a decisão definitiva mantém integralmente o que antes fora deferido.

E também quando se julgar extinto o processo ou improcedente a demanda, havendo antecipação dos efeitos da pretendida tutela definitiva, deverá o julgador dispor sobre os efeitos já passados, inclusive, se for o caso, condenando o beneficiário a devolver o que recebeu indevidamente ou o equivalente em dinheiro. Neste sentido, a Súmula nº 405 do Supremo Tribunal Federal.

Utiliza-se a expressão modulação dos efeitos como decorrência do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, reguladas pela Lei nº 9.868/99, que consolidou precedentes do Supremo Tribunal Federal colhidos na prática do Tribunal Constitucional alemão. O jargão forense já estendeu a expressão aos demais processos, como, por exemplo, em ação de alimentos em que se modula os efeitos para conceder os alimentos por determinado prazo.

Caso clássico de modulação dos efeitos em antecipação de tutela decorre da edição de medidas provisórias, consoante o disposto no art. 62, §§ 3º, 4º, 11 e 12, pois em caso de rejeição, total ou parcial, deve o Congresso regular os efeitos dos atos já praticados, como decorre da Emenda Constitucional nº 32, de agosto de 2001:

Art. 62. [...]

§ 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

§ 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional.

[...]

§ 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.

§ 12. Aprovado projeto de lei de conversão alterando o texto original da medida provisória, esta se manterá integralmente em vigor até que seja sancionado ou vetado o projeto.

A modulação dos efeitos não é consectário necessário só da cautelar, mas do dever do juiz, do administrador ou do legislador de prover para que a sua decisão seja eficaz e suficiente em cada caso.

Ante tais considerações, entendo que se deve reconhecer a constitucionalidade do art. 183, inc. III, do Código Penal, conferindo, no entanto, interpretação conforme a Constituição, para permitir ao Magistrado da causa verificar, em cada caso, a vulnerabilidade do ofendido idoso, para incidência das normas dos arts. 181 e 182 do Código Penal, valendo tal interpretação conforme a Constituição a partir da publicação desta decisão, sem prejuízo da cognição judicial em cada caso anteriormente decidido.❖

A Qualificação Material do Precatório

Paula Chaves Cunha

Advogada. Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional pela UERJ.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo a análise da figura do precatório-requisitório sob o seu aspecto jurídico material. Para tanto, traz uma abordagem não pelo prisma processual ou político, como já visto na doutrina e na jurisprudência¹, mas sim dentro da metodologia civil-constitucional.

Como bem afirmado pela doutrina especializada a respeito, o instituto jurídico em debate é típico e exclusivo do Direito Brasileiro. Foi elevado ao *status* constitucional em 1934, e reproduzido, com pouquíssimas alterações, pelas Cartas Políticas de 1937, 1946 e 1967 (com a Emenda de 1969)².

A partir da década de 1990 foi possível perceber que, em virtude da adoção dos novos valores consagrados pela vigente Constituição, outorgada em 05.10.1988, profundas alterações foram promovidas na regulamentação e na sistemática de pagamento por precatórios.

Contudo, a maior mudança no referido instituto jurídico desde a sua inserção no bojo constitucional foi fruto da Emenda Constitucional nº 62 de 09.12.2009. A partir deste ponto é que emergiram as indagações fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho.

Assim, após uma breve contextualização histórica e doutrinária, a presente pesquisa demonstra que o precatório, sendo materialmente considerado, constitui efetivo título de crédito, de sorte que, diante das possibilidades de cessão, compensação e do proeminente caráter cartular, que vem sendo a ele impingido, a disciplina civil já existente merece ser-lhe aplicada.

1 Sobre o aspecto processual, vale citar, especialmente: DIDIER JR, Fredie, **Curso de Direito Processual**, v. 5, Bahia, Jus Podium, 2009, p. 716-718; ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13ª. Edição, São Paulo, RT, 2010. SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Edição, 2011, p. 57-72 e o ROMS 21651, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:01/12/2008, entre outros.

2 Vide artigos 182 da Constituição Federal de 1934; 95 da Constituição de 1937; 204 da Constituição de 1946; 112 da Constituição de 1967; 117 na alteração promovida através da Emenda Constitucional de 1969.

1. O NASCIMENTO DO INSTITUTO PRECATÓRIO E O SEU DESENVOLVIMENTO ATÉ OS DIAS ATUAIS

1.1. Raízes históricas

Típico e exclusivo do Direito Brasileiro³, o precatório surgiu por razões imperiais e se mantém, constitucionalmente previsto, sob a justificativa de trazer moralidade no pagamento dos débitos judicialmente impostos à Administração. Gerador de enormes controvérsias político-sociais⁴ e pouco estudado pela doutrina⁵, causa perplexidade e enormes dúvidas na grande maioria da população brasileira.

Mas, afinal, o que é precatório?

O precatório, na mais clara e singela interpretação extraída do artigo 100 da vigente Constituição da República⁶, pode ser definido como meio pelo qual a Fazenda Pública realiza o pagamento de débitos reconhecidos por sentenças judiciais transitadas em julgado⁷.

A mais especializada doutrina a este respeito aponta que o primeiro momento em que se pôde observar a nomenclatura “precatório” na legislação pátria, foi ainda na vigência das Ordenações Filipinas, mantidas provi-

3 O precatório “é uma fórmula genuinamente brasileira, porquanto, salvo equívoco da pesquisa, não encontra símile em nenhum ordenamento constitucional.” Milton Flaks, “Precatório judiciário na Constituição de 1988”, *Revista de Processo* nº 58, v. 15, 1990, p. 85-98. No mesmo sentido: DANTAS, Francisco Wildo Lacerda, **Execução contra a Fazenda Pública – regime de precatório**, São Paulo, Método, 2010, p. 75 e 86; BARBI, Celso Agrícola, “O precatório na Constituição de 1988”, *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*/ ano: 1994, v.: 1, nº: 1, p. 65-71.

4 Nos dizeres do atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Arnaldo Esteves Lima, quando ainda era o Desembargador Presidente do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, no artigo “Judiciário: morosidade x avanços”, publicado em 2005, Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/49>>. Acesso em: 4 out. 2011. “Várias críticas lhe são feitas, em geral procedentes, mas, até o momento, o Estado brasileiro não encontrou fórmula diversa para a finalidade, pois, efetivamente, não é fácil conciliar tal meio de cumprimento obrigacional pelos entes estatais com o princípio orçamentário de matriz também constitucional (CF, 165 e segs), cuja observância por tais entes é imperativa, cogente, sendo, inclusive, necessária a realização de receita pública para se efetuar as despesas, o que dificulta a conciliação da matéria, não obstante as notórias inconveniências, e injustiças mesmo, de tal forma de cumprimento obrigacional.”

5 “A nosso ver, as questões relativas a precatório são pouco conhecidas, por isso é que quase não há literatura a respeito do assunto.” SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 161.

6 Art. 100 da Constituição Federal de 1988: “Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (...) § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”.

7 Na definição de De Plácido e Silva, in **Vocabulário Jurídico**, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 1.073, Precatório é o “pedido constante ou relativo à carta precatória. Em outro sentido, indica a súplica, em que se pede algo; rogatório. Precatório também é, no Direito Processual, a carta de sentença remetida pelo juiz da causa ao Presidente do Tribunal para que este requirite ao Poder Público, mediante previsão na lei orçamentária anual, o pagamento de quantia certa para satisfazer obrigação decorrente de condenação das pessoas políticas, suas autarquias e fundações.”

soriamente em vigor por Dom Pedro I, através da Lei de 20.10.1823, até que fosse promulgada a Constituição do recém-independente Império do Brasil⁸.

Naquele tempo o precatório era um tanto diferente daquilo que representa nos dias de hoje. Denominava, apenas, o documento pelo qual se requisitava à Administração Pública o pagamento de um débito, judicialmente reconhecido⁹.

Além disso, até a Constituição de 1934, a disciplina dos bens públicos era regida pelo Decreto 737 em 1850, o qual já os dotava de impenhorabilidade, mas mantinha penhoráveis os frutos e rendimentos deles decorrentes¹⁰. Desta forma, estes passaram a servir como garantia ao juízo da execução e tal expediente se manteve até a Carta de 1934, fazendo com que o pagamento da dívida passiva da Fazenda Pública fosse um procedimento altamente tumultuado¹¹.

Por tais motivos, diante da inexistência de quaisquer critérios que garantissem, não só a impessoalidade mas o próprio pagamento da obrigação pecuniária judicialmente imposta, como ocorre na atualidade, o que se viu foi o nascimento e o desenvolvimento de uma forte advocacia administrativa nas repartições fiscais¹².

No Congresso Nacional, já que naquele tempo qualquer autoridade administrativa federal tinha poder para ordenar a expedição dos precatórios¹³, era possível observar que deputados levaram seu desembaraço ao ponto de obstruírem o pagamento do crédito, adentrando ao absurdo reexame do mérito das próprias sentenças judiciais, transitadas em julgado, em hedionda violação ao princípio da separação dos Poderes, como noticia Carlos Maximiliano no seguinte comentário:

8 SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.*, p. 63-65.

9 SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.* p 65.

10 Informa Américo Luís Martins da Silva - **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.* p. 419-420 - que a impenhorabilidade dos bens, frutos e rendimentos da Fazenda Pública somente passou a ser aceito na vigência do Código de Processo Civil de 1939.

11 SILVA, Américo Luís Martins da, - **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)** -, *op. cit.* p. 419.

12 Como se depreende do relato de Wagner Barreira em "Precatorio". **Enciclopédia Saraiva de Direito**, São Paulo, ed. Saraiva, 1977, v. 60, p 03: "Passadas em julgado as decisões que condenavam a Fazenda a pagamentos em dinheiro, um enxame de pessoas prestigiadas e ávidas do recebimento de comissões passava a rondar os corredores das repartições fiscais. Nelas se digladiavam, como autênticos abutres, e com feroz avidez, para arrancar a verba de seus clientes. Esta – pelo poderio dos advogados administrativos – saía para os guichês de pagamento com designação dos beneficiários e alusão expressa aos seus casos. Com isso se infringia a precedência a que tinham direito os titulares, sem melhor amparo, de pagamentos que se deviam ter realizado anteriormente."

13 A respeito do tema: SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.* p. 67 e 73.

Este (o Congresso), provocado por proposta de um de seus membros ou por mensagem do Executivo a votar verba para o cumprimento de sentença, examinava os fundamentos desta e, se não lhe agradavam, negava o crédito solicitado. Assim, se sobrepunha um julgamento político ao Judiciário, era um poder exautorado no exercício pleno de suas funções.¹⁴

Como se vê, o sistema de pagamento por precatórios se dava de maneira pessoal, mediante o favorecimento de determinados credores, e em detrimento de outros, desrespeitando por completo qualquer ordem de preferência, cronologia, impessoalidade ou mesmo moralidade.

Em verdade desde a promulgação da Constituição de 1824 até julho de 1934, quando foi estabelecida a “nova República” do Brasil, manteve-se tão vexatório expediente no pagamento das condenações pecuniárias judicialmente impostas à Fazenda Pública federal¹⁵.

Nesse contexto, fortemente inspirada nos ideais de democracia e direitos sociais, consagrados na Constituição alemã de Weimar de 1919¹⁶, a Constituição Brasileira de 1934 pretendeu pôr fim a tamanhos abusos¹⁷.

Para tanto, estabeleceu, no artigo 182 (*caput*), um critério cronológico para o pagamento dos precatórios (antiguidade da inscrição), uma sanção para quem transgredisse a ordem imposta (contida no parágrafo

14 CUNHA, Lásaro Cândido da, **Precatório: Execução contra a Fazenda Pública**, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p 53, *apud* SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.*, p. 73.

15 Nas palavras de Américo Luís Martins da Silva (**Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.* p. 67), “durante a vigência das Ordenações e até julho de 1934, campeava no país, no tocante à execução das sentenças condenatórias da Fazenda Pública, o mais escandaloso dos abusos”. Informa que “nessa época, o Presidente da República, os Ministros de Estado, o Tribunal de Contas, ou qualquer outra autoridade administrativa podiam ordenar pagamento, em se tratando de sentenças judiciais. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal faziam signação de caso ou de pessoas nas verbas legais para pagamento das referidas condenações. Daí não se respeitar a ordem de preferência. O credor recebia o pagamento da dívida conforme o prestígio de que dispunha junto às autoridades do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Enfim, o pagamento dessas dívidas passivas era bastante tumultuado e sem organização apropriada.”

16 “A Constituição de 1934 inaugurou o constitucionalismo social no Brasil. Rompendo com o modelo liberal anterior, ela incorporou uma série de temas que não eram objeto de atenção nas constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura. A partir dela, pelo menos sob o ângulo jurídico, a questão social não poderia ser tratada no Brasil como ‘caso de polícia.’” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 115. Informam os mesmos autores que, também por influência da disciplina contida na Constituição alemã de 1919, foi trazida para o ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, a ideia de função social da propriedade, no artigo 113, inciso XVII (“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.”).

17 “Nos anos 30, a pressão da opinião pública era incessante no sentido de compelir o legislador a estabelecer uma forma para que as decisões condenatórias a pagamento de dinheiro fossem cumpridas. À época, a quitação de tais débitos dependia da boa vontade do administrador e da força política do credor. Era preciso, pois, substituir a prática clientelista e discricionária por um mecanismo impessoal e vinculado, que transformasse o pagamento das condenações judiciais num dever, ao invés de uma faculdade.” DIAS, Luiz Cláudio Portinho em “A questão da dispensa do precatório nas execuções contra a Fazenda Pública”, **Revista ADCOAS**, v. 13, 2001, p. 7.

único deste mesmo artigo) e, tendo em vista a advocacia administrativa fortemente estabelecida no âmbito da Administração Federal, a competência para expedição das ordens de pagamento foi delegada ao Poder Judiciário, na pessoa do Presidente do Supremo Tribunal Federal.¹⁸

Desta forma, ao instituir como critério a cronologia na inscrição das requisições, o constituinte pretendeu moralizar a administração pública brasileira, no que dizia respeito ao pagamento dos débitos que lhe fossem judicialmente impostos¹⁹.

Diante dos positivos resultados obtidos por essa nova sistemática de pagamentos, as Constituições de 1937²⁰ e de 1946²¹ mantiveram, em termos gerais, os moldes traçados pela Constituição de 1934.

18 Art. 182: "Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais".

Parágrafo único - "Estes créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preferência da sua precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República".

19 MIRANDA, Francisco Pontes de, **Comentários à Constituição da República dos EU do Brasil**, Rio de Janeiro, Guanabara, 1935, t. II, p. 536.

O caráter "moralizador" no pagamento por precatório também é citado por: DIAS, Luiz Cláudio Portinho em "A questão da dispensa do precatório nas execuções contra a Fazenda Pública", **Revista ADCOAS**, v. 13, 2001 e p. 7; FICAGNA, Paula Valério Correia. "A utilização de precatórios judiciais na compensação de débitos tributários", **Revista Tributária de Finanças Públicas**, São Paulo, v. 20, nº 62, p. 225-257, 2012, entre outros. Para Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, in "Precatório Alimentar. Não-pagamento. Crédito tributário. Compensação", **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, nº 59, p. 145-158, 2008, "não é isonômico, nem moral, permitir ao Estado que exija de um cidadão os tributos que este, supostamente lhe deve, e, ao mesmo tempo, não pague a quantia que, por sentença judicial transitada em julgado, deve a este cidadão."

Sobre o tema o STJ também já se pronunciou no RMS 21.651/SP, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 04/11/2008 pela Primeira Turma,; "3. A Constituição Federal Brasileira de índole pós-positivista, fundada na dignidade da pessoa humana e conseqüentemente na ética e legitimidade de suas disposições, no afã de moralizar a situação econômico-financeira de seus jurisdicionados, traçou novéis regras para o cumprimento de suas obrigações de entrega de soma, de modo a adimplir os seus compromissos derivados de decisões transitadas, legitimadas pela força da coisa julgada, característica única da função jurisdicional, cuja seriedade é acompanhada de instrumentos de sub-rogação e coerção tendentes a tornar efetiva a resposta judicial. 4. Os precatórios são ordens de pagamento através dos quais o Estado soberano submete-se ao próprio Poder Judiciário que instituiu e subvenciona, numa demonstração inequívoca de que cumpre o ideário da nação de erigir um Estado Democrático de Direito, fundado na harmonia e independência entre os Poderes."

20 Art. 95 - "Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentenças judiciárias, far-se-ão na ordem em que forem apresentadas as precatórias e à conta dos créditos respectivos, vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas orçamentárias ou créditos destinados àquele fim".

Parágrafo único - "As verbas orçamentárias e os créditos votados para os pagamentos devidos, em virtude de sentença judiciária, pela Fazenda federal, serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente do Supremo Tribunal Federal expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor preterido em seu direito de precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para satisfazê-lo, depois de ouvido o Procurador-Geral da República".

21 Art. 204 - "Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim".

Parágrafos único - "As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal Federal de Recursos ou, conforme o caso, ao Presidente do Tribunal de Justiça expedir as ordens de pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito".

Já a Carta de 1967, que também manteve as diretrizes básicas, inseriu importantíssima mudança através do estabelecimento de um prazo (até 1º de julho do ano corrente) para que as requisições de pagamento fossem apresentadas ao ente público competente²².

Desta forma, a Administração ficava obrigada a abrir créditos suficientes para quitar todas as requisições que tivessem sido apresentadas no prazo constitucional²³. Esta modificação era plenamente justificável, em virtude dos súbitos “congelamentos” nas expedições de dotações orçamentárias, cujo destino era o pagamento de precatórios, conforme denuncia Manoel Gonçalves Pereira Filho:

*a previsão constitucional vem sendo fraudada, eis que frequentemente se “congelam” as dotações orçamentárias para pagamento de condenações, seja parcial, seja integralmente. Tal fraude, porém, deve ensejar a devida sanção, pois ela importa, inequivocamente, numa violação à Constituição. Esta, com efeito, não quer que, num ato inútil, se inscreva no orçamento uma verba; quer evidentemente que se agem as condenações com a verba necessariamente prevista. Assim, **ex natura** esta dotação orçamentária não pode ser congelada.²⁴*

A Emenda de 1969 reproduziu, rigorosamente, o mesmo texto do artigo 112 da Constituição de 1967, o qual apenas foi deslocado para o artigo 117 daquele diploma legal.

Diante das considerações tecidas acerca do nascimento do precatório e do caráter moralizador a ele imposto com a sua elevação ao *status* constitucional em 1934, depreende-se que o referido instituto jurídico

22 Art. 112 da Constituição de 1967 – “Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim”.

§ 1º - “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciários, apresentados até primeiro de julho”.

§ 2º - “As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal, que proferiu a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito”.

23 “Antes de 1967, havia o grave problema da falta de verba para satisfação dos créditos contra a Fazenda Pública, que adia, quase que indefinidamente, o pagamento dos precatórios. Assim, não estavam as pessoas jurídicas de direito público obrigadas a incluir em seus orçamentos o necessário para o atendimento às condenações judiciais.” Conf. SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.* p. 420.

24 **Comentários à Constituição Brasileira (Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969)**. São Paulo, Ed. Saraiva, 1974, 2ª v., p. 239.

foi crescendo e criando corpo, através da inserção de importantes regras para inscrição e pagamento dos créditos ali mencionados, até o final da vigência da Constituição de 1967.

E assim, mesmo diante das discrepâncias e estranhezas deflagradas nessa metodologia, especialmente desenvolvida para o pagamento de condenação pecuniária judicialmente imposta à Fazenda Pública brasileira, em razão de impenhorabilidade de seus bens, desde então ela vem sendo mantida no ordenamento jurídico brasileiro.

1.2. O precatório na vigência da Constituição de 1988

A vigente Constituição de 1988 foi promulgada em importantíssimo momento histórico, marcando a transição de um Estado autoritário e intolerante para um Estado Democrático de Direito²⁵.

Por isso, diferentemente das Cartas anteriores, a vigente Constituição não é mero instrumento de dominação ideológica, calcada em falsas promessas, ou mesmo dissociada da legislação ordinária ou da realidade existente. Ela ocupa o topo da pirâmide legislativa²⁶, funcionando como tábua axiológica de valores e filtro hermenêutico para a leitura de todas as outras normas jurídicas, conferindo, assim, unidade ao sistema²⁷.

No que tange ao pagamento das condenações judiciais pecuniárias impostas à Fazenda Pública, é de se ver que a vigente Constituição manteve a sistemática dos precatórios.

25 ... "em um Estado Democrático de Direito não subsiste a dualidade cunhada pelo liberalismo, contrapondo o Estado e a sociedade. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta." in BARROSO, Luís Roberto, **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** - Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, Saraiva, 2012, p. 92.

26 "Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade é comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa." Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, 1979, p. 269.

27 TEPEDINO, Gustavo, "Normas constitucionais e Direito Civil na construção unitária do ordenamento", in **Temas de Direito Civil**, tomo III, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2009, p. 03-19. Ainda sobre o tema, vale citar Maria Celina Bodin de Moraes em "A caminho de um direito civil constitucional" – Artigo publicado na **Revista Estado de Direito e Propriedade**, volume 1º, 1991, publicação do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ: no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana — isto é, os valores existenciais — no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.

Todavia, o constituinte originário trouxe, expressamente, importantes diretrizes para coibição dos abusos perpetrados pela Administração no *caput* do artigo 37, que impõe a todos os órgãos administrativos (Administração direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios) a necessária obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Na definição de José dos Santos Carvalho Filho, esses “princípios administrativos são os postulados fundamentais que inspiram todo modo de agir da Administração Pública”²⁸; logo, eles também devem ser aplicados aos precatórios, especialmente tendo em vista que a odiosa advocacia administrativa, existente no momento histórico anterior, não poderia ser admitida no Estado Democrático de Direito desejado pela Constituição de 1988.

Assim sendo, desde a sua promulgação, a atual Constituição já foi modificada por quatro emendas (EC/03 de 17.03.1993, EC/30 de 13.09.2000, EC/37 de 12.07.2002 e EC/62 de 09.12.2009), na parte que diz respeito ao pagamento por precatórios.

Topograficamente, sua disciplina foi trazida no artigo 100²⁹, cuja redação original já marcava, com força muito maior que nas outras Cartas, a finalidade moralizadora do instituto, visando, principalmente, a quitação dos débitos mais antigos, ao estabelecer um prazo final para que se desse o pagamento e criando um tratamento diferenciado aos créditos de natureza alimentar, justamente em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, posta como um dos fundamentos da República (artigo 1º, inciso III, CF).

Outras importantes e substanciais alterações foram inseridas pelo Poder Reformador. Algumas por ocasião da Emenda Constitucional nº

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 20.

29 Art. 100. “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

§ 1º - “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte”.

§ 2º - “As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito”.

30³⁰, mas a maioria delas pela Emenda Constitucional nº 62, que alterou sobremaneira este instituto.

Tais alterações dizem respeito: a criação das requisições de pequeno valor - RPVs – (artigo 87 do ADCT, incluído pela EC 37/00)³¹; o parcelamento, em 8 anos, dos créditos inscritos nos precatórios comuns, quando da promulgação da Carta de 1988 (arts. 33 do ADCT, inserido pela EC 03/93, 78 do ADCT, inserido pela EC 30/00); o polêmico “regime especial” para parcelamento dos precatórios estaduais e municipais em 15 anos (art. 100, § 15 e 97 do ADCT, inserido pela EC 62/09); a prioridade no pagamento, dentro dos créditos alimentares, para os idosos e portadores de doença grave (inserido pela EC 62/09)³²; a compensação de débitos tributários (inserido pela EC 62/09)³³; a possibilidade de cessão do crédito inscrito no precatório (inserido pela EC 62/09)³⁴ e a estranha possibilidade de entrega do crédito inscrito em precatório para a compra de imóveis públicos (também inserido pela EC 62/09)³⁵.

30 “A EC 30/2000, cumpriu mais uma etapa da evolução de alguns pontos relacionados ao tema ‘precatório’ e retrocesso em outros, e, a partir de então, vem considerando-se que a regulamentação do referido procedimento dos precatórios se encontram mais inseridos no texto constitucional do que ele lei processual ordinária, como deveria ser.” SILVA, Américo Luís Martins da, *op. cit.* p. 420. Prossegue o referido autor afirmando que a emenda nº 30 representou evolução em relação à imposição de correção monetária sobre os valores, na data do pagamento, e na priorização do pagamento de precatórios cujo crédito tenha caráter alimentar.

31 Art. 87. “Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a:

I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100”.

32 Art. 100, § 2º “Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório”.

33 Art. 100, § 9º “No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial”. Art. 100, § 10. “Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos”.

34 Art. 100, § 13. “O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º”.

Art. 100, § 14. “A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora”.

35 Art. 100, § 11. “É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado”.

Diante de tamanha modificação promovida pela Emenda nº 62, atualmente³⁶ aguarda-se a publicação do acórdão e modulação dos efeitos decorrentes do julgamento conjunto, no Supremo Tribunal Federal, as ADIs nº **4.357/DF**³⁷, 4.372/DF³⁸, 4.400/DF³⁹ e 4.425/DF⁴⁰.

Por todo exposto, é possível perceber que o precatório, nos moldes como foi concebido e, dentro de toda evolução sofrida, especialmente nas últimas duas décadas, por vezes o legislador pretendeu impor moralidade nos pagamentos e, por outras, pretendeu diferir a dívida no tempo criando meios de parcelamento (quase que a perder de vista), compensação, cessão do numerário ali inscrito, ou até mesmo oferecimento de precatório para aquisição de imóvel público, sem contar a subversão instituída nos atuais §§ 9º e 10 do artigo 100 que impõem uma compensação compulsória dos valores inscritos em precatório com débitos tributários, não necessariamente constituídos de forma definitiva.⁴¹

Nesse contexto, é importante relembrar a lição do Ministro José Delgado no sentido de que “dentro do sistema referente ao precatório, não podemos interpretar o artigo 100 de modo isolado, porque ele está integrado a um corpo, que chamo corpo da cidadania para a entrega da prestação jurisdicional”.⁴²

Desta forma e diante de tamanhas alterações na própria substância do referido instituto, indaga-se: o que é o precatório? Qual sua natureza jurídica e qual a sua função no ordenamento jurídico brasileiro?

36 "O presente artigo deriva da pesquisa realizada para a confecção de monografia, defendida em dezembro de 2012, para obtenção do título de especialista em Direito Civil Constitucional na UERJ. Portanto, a situação do julgamento das mencionadas ADIs, até o final do ano de 2012, era aquela citada vários momentos do texto".

37 De autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ela se volta, principalmente, contra o “regime especial” de pagamento dos precatórios que, nos dizeres da própria petição inicial, institucionaliza, na prática, o “calote oficial”. A ação foi distribuída à relatoria do Ministro Ayres Britto, atualmente já aposentado, e foi julgada, parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade de parte da EC nº 62.

38 De autoria da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES, possui como relator o Ministro Ayres Britto.

39 De autoria da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA, possui como relator o Ministro Ayres Britto.

40 De autoria da Confederação Nacional da Indústria – CNI, tem como relator o Ministro Ayres Britto.

41 Sobre o tema: Arguição de inconstitucionalidade em agravo de instrumento nº 115246/PE, Relator: Des. Francisco Wildo e a repercussão geral reconhecida no RE nº 566.349 e RE nº 657.686.

42 DELGADO, José Augusto. "Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia administrativa na Execução contra a Fazenda Pública". Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível no site: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadermos/vol23/artigo05.pdf>, acessado em 17.11.2011.

1.3. Mas, afinal, o que é precatório?

Na definição de Pontes de Miranda⁴³, o precatório é um ato processual mandamental, posto que não se faz diretamente do juízo da execução à Fazenda devedora, mas, por intermédio do Presidente do Tribunal que requisita (“precata”) a inscrição do crédito.

Para Araken de Assis⁴⁴, o precatório é mera carta de sentença, processada perante o Tribunal, de acordo com as normas regimentais vigentes.

Nessa mesma linha de raciocínio, De Plácido e Silva⁴⁵ igualmente o conceitua como carta de sentença, remetida pelo juiz da execução ao Presidente do Tribunal a fim de que, pelo seu intermédio, seja requisitado ao Poder Público o pagamento de quantia certa, decorrente de condenação judicial, mediante inclusão do crédito em lei orçamentária.

Já Américo Luiz Martins da Silva faz questão de diferenciar o precatório-requisitório (como prefere denominar o referido instituto jurídico) em duas fases: a primeira é destinada à expedição, formação e autuação do precatório, propriamente dito, restado para a segunda fase apenas a emissão da ordem de pagamento, a qual chama de ofício de requisição, à pessoa jurídica de direito público competente, para o levantamento da quantia já depositada. No seu entendimento, deve ser compreendida como precatório apenas a primeira etapa deste procedimento⁴⁶.

Como se pode ver, todas essas definições possuem cunho estritamente processual, nada sendo dito sobre a natureza jurídica material deste instituto jurídico.

A proeminência do aspecto processual se mostrava perfeitamente adequada à época em que os precatórios eram formados por autos físicos, apartados dos autos principais, mediante o oferecimento de cópias obrigatórias (tal qual uma carta de sentença, de ordem ou precatória), sendo dirigidos ao Presidente do Tribunal para processamento (administrativo e não contencioso, em tese) onde, ao final, expedia-se a requisição para pagamento ao ente público devedor.

Ainda é possível observar esse procedimento no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁷, por exemplo, que ainda está relativamen-

43 **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense 1976, tomo X, p. 471.

44 ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**, São Paulo, RT, 2010, p. 1.108.

45 **Vocabulário Jurídico**, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 1.073.

46 SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.* p. 163.

47 Vide Ato Normativo nº 1 de 2002 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

te atrasado na informatização dos meios processuais, imposta pela Lei 11.419 de 19.12.2006.

No entanto, hodiernamente, o que se vê nas cinco regiões administrativas da Justiça Federal é a formação e o envio do precatório, assim como a requisição do numerário devido sendo feitas, exclusivamente, por meio eletrônico.

Desta forma, diante das substanciais alterações promovidas pela Emenda Constitucional nº 62 (cessão e compensação de crédito, assim como oferecimento de precatório para aquisição de imóvel público), o aspecto processual se mostra enfraquecido diante da singeleza do procedimento, que consiste na elaboração de um simples formulário, porém contenedor de todas as informações referentes à formação do crédito, no Juízo da Execução, que é enviado eletronicamente à Presidência do Tribunal, de onde é remetido ao ente devedor para inclusão em orçamento.

Todavia, da lição trazida por Américo Luís Martins da Silva, percebe-se que o referido autor, mesmo classificando o precatório como “carta”, aponta como diferença fundamental para das demais cartas o seu destino e motivação⁴⁸, afirmando que o precatório é “instrumento de execução dos créditos contra a Fazenda Pública”⁴⁹.

Logo, diante da função instrumental deflagrada, para verificação da natureza jurídica material do instituto do precatório, faz-se mister realizar uma interpretação não só finalística (ou teleológica)⁵⁰, mas também sistêmica do artigo 100 da Constituição Federal⁵¹.

48 SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.* p. 163.

49 SILVA, Américo Luís Martins da, **Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor (RPV)**, *op. cit.* p. 165-166.

50 Segundo Vicente Rao, “o método teleológico considera o direito como uma ciência finalística e daí considerar o fim desejado pelas normas jurídicas como o meio hábil para a descoberta do sentido e do alcance dos preceitos jurídicos normativos.” **O Direito e a vida dos Direitos**, v. I, 3ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 467.

51 “Será que já pensamos em interpretar o artigo 100 da Constituição Federal de um modo sistêmico? Será que já abrimos a Constituição Federal e nos concentramos em uma análise de âmbito geral do que ela contém? Será que já procuramos colocar o artigo 100 da Constituição Federal com o que está no preâmbulo da Constituição Federal? Será que já pensamos em interpretar o artigo 100 da Constituição Federal com o que está nos seus artigos 1º, 2º e 3º? Será que o artigo 100 da Constituição Federal não há de ser interpretado pelos municípios como postos pelo preâmbulo da Constituição Federal de que é dever do Estado resolver de modo pacífico as controvérsias? E as controvérsias, para serem resolvidas de modo pacífico, não podem ser alongadas no tempo, por que esse alongamento é o culto ao conflito? Será que já pensamos em interpretar o artigo 100 da Constituição Federal ou o que diz o artigo 1º que a República Federativa do Brasil, etc., que têm como fundamentos o respeito à cidadania, o respeito à dignidade da pessoa humana? Será que se está cumprindo o culto à cidadania quando se expede um precatório para ser pago no prazo de dez anos? Será que se está respeitando esse princípio fundamental da dignidade da pessoa humana quando a execução judicial, cujo objetivo fundamental é solucionar os conflitos, é entregar a paz ao cidadão e se somos instrumentos de apoio ao posicionamento assumido pelo Estado mediante as leis? Será que não é o momento de partirmos para um outro tipo de interpretação, que é a chamada interpretação sistêmica da Constituição voltada ao cidadão para, a partir daí, começarmos a criar idéias, a criar correntes, começarmos a sugerir e iniciarmos movimentos?” *in*, DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica**. “Advocacia administrativa na

Afinal, “a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce sua função dentro do ordenamento, e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento, de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei”⁵².

Assim, confrontando o precatório com os demais instrumentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro para pagamento de créditos, chega-se à conclusão de que aquele que melhor reflete sua natureza jurídica material é o título de crédito.

2. NATUREZA JURÍDICA MATERIAL DO PRECATÓRIO E DOS TÍTULOS DE CRÉDITO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Mas por que qualificar o precatório materialmente e o que o assemelha aos títulos de crédito? Será que as definições de cunho processual ou procedimental já não seriam suficientes para solução dos problemas práticos enfrentados no cotidiano forense?

Em verdade, deduz-se na prática que a qualificação apenas pelo aspecto procedimental restou enfraquecida diante da informatização dos procedimentos. Já o aspecto material acabou ganhando grande relevo diante da possibilidade de cessão do crédito e da compensação tributária, inseridos no bojo constitucional pela Emenda nº 62/2009, especialmente com o surgimento de um verdadeiro mercado para “compra” de precatórios (alimentares, preferencialmente) com deságio de até 80% (oitenta por cento), por fundos de investimento, ou por grandes empresas que pretendem usá-los para compensação tributária⁵³.

Execução contra a Fazenda Pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público.” Disponível no site: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadermos/vol23/artigo05.pdf>, acessado em 17.11.2011.

52 PERLINGIERI, Pietro, **O direito civil na legalidade constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 617.

53 Em rápida pesquisa na internet (realizada em 20/11/2012) foi possível encontrar empresas que possuem como atividade a “compra e venda” de precatórios, podendo citar como exemplo os sites: www.e-precatórios.com.br; www.precatorio.net; www.precatariosaqui.com.br; e www.juscredi.com.br; entre outros. Também merece registro, para demonstrar o crescimento deste mercado, o fato de que, naquela rápida pesquisa, foi encontrado anúncio de “compra” de precatórios no site www.olx.com.br, que é conhecido por relacionar anúncios de diversos temas e a página registrada sob o nome “resgate e venda de precatórios” na rede social facebook.com.

Sobre o “mercado de precatórios” Ricardo Luiz Marçal Ferreira, que é advogado e conselheiro do Movimento dos Advogados em Defesa dos Credores Alimentares do Poder Público, em artigo publicado em 14 de junho de 2011 no site Consultor Jurídico (www.conjur.com.br), com o título “Mercado de precatório é péssimo para vendedor” (acessado em 20/11/2012), explica que: “Tudo muito simples: são oferecidos valores risíveis pelos créditos (de 20% a 30% do valor integral), com a expectativa de realizá-los, seja pela via direta, herdando privilégios de recebimento do credor original (prioridade para idosos, por exemplo), seja por uma pirueta que se arquiteta (a possibilidade de usá-los pelo valor integral um dia para pagar impostos). Paga-se, hoje, uma quimera para, num espaço de poucos anos, triplicar o capital investido.”

Ainda sobre o tema: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, **Mercado de precatórios e o crédito tributário**, Sérgio Fabris, 2008.

Desta forma, pelo nítido desenho cartular deflagrado e pela possibilidade de circulação, mediante a cessão do crédito formalizada por instrumento público, salta aos olhos a semelhança do atual precatório com um título de crédito, tal qual concebido por Cesare Vivante na sua Teoria Geral⁵⁴, que fora adotada pelo vigente Código Civil Brasileiro, nos artigos 887 a 903⁵⁵.

Por seu turno, leciona Tullio Ascarelli, principal discípulo de Vivante, em obra clássica sobre a teoria geral dos títulos de crédito, que eles são, antes de mais nada, um documento⁵⁶.

Por seu turno, De Plácido e Silva define documento como “o papel escrito em que se mostra ou se indica a existência de um ato, de um fato, ou de um negócio”⁵⁷ e o título de crédito como a “designação de natureza genérica, dada a todo documento ou escrito, em que se firma um direito creditório, ou uma obrigação de receber certo valor, ou certa prestação, que se estima pecuniariamente, ou que tenha por objeto coisa de valor certo”⁵⁸.

Nesse contexto e diante da adoção de uma teoria geral para os títulos de crédito no Código Civil, fica muito simples visualizar a aproximação dos precatórios aos demais títulos de crédito (próprios ou impróprios) já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, não é ocioso ressaltar que é importante para a presente pesquisa a dicção do artigo 903 do Código Civil (“salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste código”), pois ela expressamente atrai para qualquer documento que seja qualificado como título de crédito, a disciplina do referido *Codex*.

54 Afirma que “o título de crédito é o documento necessário para o exercício literal e autônomo nele mencionado”. VIVANTE, Cesare, *apud*, FONSECA, Priscila M. P. Correia da; SZTAIN, Rachel, **Código Civil comentado**, tomo XI, ed. Atlas, 2008, São Paulo, p. 1. Coordenador, AZEVEDO, Álvaro Villaça. No mesmo sentido: TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin, **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, v. II, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 758, MARTINS, Fran, **Títulos de crédito**, Forense, 2010, p. 5 e REQUIÃO, Rubens, **Curso de Direito Comercial**, v. 2, Saraiva, 2003, p. 359.

55 DE LUCCA, Newton, “A influência do pensamento de Tullio Ascarelli em matéria de títulos de crédito no Brasil”, Brasília, **R. CEJ**, nº 28, p. 77, 83, 2005.

56 Caráter constante, porém de todos, é que constituem um documento escrito, assinado pelo devedor; formal, no sentido de que é submetido a condições de forma, estabelecidas justamente para identificar com exatidão o direito nele mencionado e suas modalidades, a espécie do título de crédito (daí nos títulos cambiários até o requisitos da denominação), a pessoa do credor, a forma de circulação do título e a pessoa do devedor, *in* ASCARELLI, Tullio, **Teoria geral dos títulos de crédito**, tradução de Nicolau Nazo, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 21.

57 *In Vocabulário Jurídico*, *op. cit.*, p. 493.

58 SILVA, De Plácido e **Vocabulário Jurídico**, *op. cit.*, p. 1.403.

2.1. Características comuns aos títulos de crédito, presentes nos precatórios

Segundo a doutrina clássica⁵⁹, são características comuns a todos os títulos de crédito a literalidade, cartularidade e autonomia.

Afirmar que um título de crédito é literal, implica dizer que a “sua existência se regula pelo teor do seu conteúdo”⁶⁰. Isto se dá porque o título de crédito é um documento confessório⁶¹ de uma obrigação; no caso dos precatórios, uma obrigação de pagar quantia certa.

Com efeito, o título anuncia, através de um documento escrito, uma obrigação que deverá ser cumprida exatamente da forma consignada no escrito, como garantia de segurança jurídica na sua circulação perante terceiros de boa-fé⁶². Isto exclui, portanto, qualquer obrigação que tenha sido expressa em documento separado.

Mais do que a literalidade, no sentir de Rubens Requião⁶³ e de Luiz Emygdio Franco Rosa Junior⁶⁴, a cartularidade (ou incorporação) também é requisito fundamental e comum todos os títulos de crédito. Informam os referidos autores que a obrigação deve vir, necessariamente, materializada (incorporada) em um documento escrito (cártula).

Em consequência à existência de documento formal, corporificador da obrigação assumida, o exercício do direito fica submetido a apresentação da própria cártula. Esta, segundo a disciplina atual de regência (artigo 888 do Código Civil), deve preencher, necessariamente, todos os requisitos legais (artigo 889 do Código Civil), do contrário, perde a característica de título de crédito, passando a ser um documento escrito com mera eficácia probatória⁶⁵.

59 ASCARELLI, Tullio, *Teoria geral dos títulos de crédito*, *op. cit.* p. 31-72.

REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, p. 359-360.

MARTINS, Fran, *Títulos de crédito*, p. 9-14.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

60 REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, p. 359.

61 Explica Tullio Ascarelli (*in Teoria geral dos títulos de crédito*, *op. cit.* p. 31-32) que nas suas origens o título de crédito era um documento confessório, submetido a disciplina geral dos documentos desta espécie e, justamente por isso, era tido como título executivo, na época medieval. Com a evolução dos institutos, o título de crédito, que era o documento originariamente probatório, foi sendo transformado em um documento autônomo, constitutivo da obrigação nele mencionada. Desta forma, o direito cartular autônomo subsiste de maneira dissociada da relação fundamental que o originou.

62 ASCARELLI, Tullio, *Teoria geral dos títulos de crédito*, *op. cit.* p. 38-39.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, v. II, *op. cit.* p. 759.

63 REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, v. 2, p. 360.

64 ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Títulos de crédito*, p. 64.

65 FONSECA, Priscila M. P. Correia da; SZTAJN, Rachel, *Código Civil comentado*, tomo XI, *op. cit.*, p. 9.

No que tange aos precatórios expedidos na Justiça Federal, a Resolução nº 168 de 05 de dezembro de 2011, editada pelo Conselho da Justiça Federal, determina, no artigo 8º⁶⁶, os dados fundamentais que devem constar do ofício requisitório.

No mesmo sentido do artigo 888⁶⁷ do Código Civil, determina o artigo 11 da Resolução 168/CJF que “ausentes quaisquer dos dados especificados, o ofício requisitório não será considerado para efeito algum, cabendo ao tribunal restituí-lo à origem”.

Logo, é possível verificar que o precatório, assim como os títulos de crédito, observa os requisitos legais que conferem literalidade à requisição de pagamento, denotando, portanto, sua natureza cartular.

A segunda característica geral, apontada pela doutrina aos títulos de crédito, é a autonomia, o que implica dizer que exceções pessoais, que poderiam ser opostas aos titulares antecedentes não afetam os subse-

66 Art. 8º "O juiz da execução informará, no ofício requisitório, os seguintes dados, constantes do processo:

I – número do processo de execução e data do ajuizamento do processo de conhecimento;

II – natureza da obrigação (assunto) a que se refere o pagamento e, caso seja relativo a indenização por desapropriação de imóvel residencial, indicação de se tratar de imóvel único na época da imissão na posse;

III – nome das partes e do procurador da parte autora, bem como o respectivo número de inscrição no CPF ou no CNPJ;

IV – nome dos beneficiários e respectivos números de inscrição no CPF ou no CNPJ, inclusive quando forem advogados, peritos, incapazes, espólios, massas falidas, menores e outros;

V – natureza do crédito (comum ou alimentaria) e espécie da requisição (RPV ou precatório);

VI – valor individualizado por beneficiário e valor total da requisição;

VII – órgão a que estiver vinculado o servidor público civil ou militar da administração direta, quando se tratar de ação de natureza salarial, com a indicação da condição de ativo, inativo ou pensionista;

VIII – valor da contribuição do Plano de Seguridade Social do Servidor Público Civil – PSSS, quando couber;

IX – datas-base consideradas para a atualização monetária dos valores;

X – data do trânsito em julgado da sentença ou acórdão no processo de conhecimento;

XI – data do trânsito em julgado dos embargos à execução ou impugnação, se houver, ou data do decurso de prazo para sua oposição;

XII – em se tratando de requisição de pagamento parcial, complementar, suplementar ou correspondente à parcela da condenação comprometida com honorários de advogado por força de ajuste contratual ou cessão parcial de crédito, o valor total, por beneficiário, do crédito executado;

XIII – caso seja precatório de natureza alimentícia, a data de nascimento do beneficiário e informação sobre eventual doença grave, na forma da lei;

XIV – em se tratando de precatório, a data da intimação do órgão de representação judicial da entidade executada, para fins do art. 100, §§ 9º e 10, da CF (compensação de débitos), ou a data da decisão judicial que dispensou tal intimação;

XV – caso seja precatório, a data do trânsito em julgado da decisão que deferiu o abatimento para fins de compensação;

XVI – em se tratando de precatório, os valores discriminados por código de receita e o número de identificação do débito, informado pelo órgão de representação judicial da entidade executada, quando deferido o abatimento para fins de compensação;

XVII – caso seja precatório cujos valores estejam submetidos à tributação na forma de rendimentos recebidos acumuladamente (RRA), prevista no art. 12-A da Lei n. 7.713/1988:

a) número de meses (NM);

b) valor das deduções da base de cálculo; "

67 "A omissão de qualquer requisito legal, que tire ao escrito a sua validade como título de crédito, não implica a invalidade do negócio jurídico que lhe deu origem."

quentes⁶⁸. Ou seja, o direito contido no título é autônomo, novo, originário e por isso, independente da relação fundamental que o originou⁶⁹.

A autonomia das obrigações é a maior garantia conferida aos terceiros de boa-fé para que haja a circulação dos títulos de crédito, conferindo-lhes, negociabilidade⁷⁰.

Quanto a transferência dos títulos, ela pode se dar por diversas formas, dependendo do que preceitue a legislação de regência.

Títulos de crédito à ordem, ou seja, emitidos em favor de pessoa determinada, como o cheque (com valor superior a cem Reais⁷¹), a letras de câmbio e a nota promissória, são transmitidos por endosso⁷².

Já os títulos nominativos, isto é aqueles emitidos em favor de pessoa cujo nome conste do registro do emitente, a transmissão se processa mediante contrato de cessão de crédito, conforme preceituam os artigos 921 a 923 do Código Civil⁷³.

Muito embora a circulabilidade dos títulos seja requisito importante, não é imperioso que um título de crédito, para ser assim conceituado, necessariamente, seja transmitido várias vezes, como esclarece Priscila M. P. Corrêa da Fonseca: “a circulação, malgrado tenha sido objetivo principal da criação dos títulos de crédito, aos mesmos não é essencial. É que, como se sabe, a circulação do crédito pode ou não ocorrer, e nem por isso o título de crédito se descaracteriza como tal”⁷⁴.

Nesse contexto, no que tange aos precatórios, é de se ver que a Emenda Constitucional nº 62 inseriu os §§ 13 e 14 no artigo 100 da Constituição Federal determinando que o credor poderá ceder, total ou par-

68 FONSECA, Priscila M. P. Correia da; SZTAJN, Rachel, **Código Civil comentado**, tomo XI, *op. cit.*, p. 7.

69 ROSA JUNIOR, Luiz Emydio Franco da. **Títulos de crédito**. *op. cit.*, p. 66.

70 MARTINS, Fran, **Títulos de crédito**, *op. cit.* p. 10.

REQUIÃO, Rubens, **Curso de Direito Comercial**, v. 2, p. 365.

71 Artigo 69 da Lei nº 9.096/95.

72 Sobre a letra de câmbio: artigos 919 do Código Civil e 8º do Decreto nº 2.044 e artigo 11 da Lei Uniforme de Genebra – LUG. Por força do artigo 77 do Decreto nº 2.077, aplicam-se à nota promissória as disposições aplicáveis à letra de câmbio, naquilo que couberem.

73 Art. 921: “É título nominativo o emitido em favor de pessoa cujo nome conste no registro do emitente.”

Art. 922: “Transfere-se o título nominativo mediante termo, em registro do emitente, assinado pelo proprietário pelo adquirente.”

Art. 923: “O título nominativo também pode ser transferido por endosso que contenha o nome do endossatário.

§ 1º. A transferência mediante endosso só tem eficácia perante o emitente, uma vez feita a competente averbação em seu registro, podendo o emitente exigir do endossatário que comprove a autenticidade da assinatura do endossante.” Depreende-se do artigo 923 que, muito embora a transferência possa se feita por endosso, sua eficácia fica condicionada a averbação desta transferência nos registros. Logo, o endosso, puro e simples, não se afigura suficiente para a transmissão dos títulos nominativos.

74 FONSECA, Priscila M. P. Correia da; SZTAJN, Rachel, **Código Civil comentado**, tomo XI, *op. cit.*, p. 66.

cialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente de concordância do devedor, e que esta cessão, para que surta efeitos, basta ser comunicada, por petição, ao Tribunal de origem e à entidade devedora.

Como se pode ver do § 13, as exceções pessoais constantes do § 2º do artigo 100 (prioridade no pagamento a pessoas com idade superior a 60 anos ou comprovadamente portadoras de doença grave descrita em lei), não se transferem ao cessionário, justamente por se tratarem de condições específicas do credor originário na relação fundamental.

Por seu turno, a Resolução nº 168 do CJF também estabelece critério para cessão dos créditos nos artigos 26 a 31⁷⁵.

Assim sendo, deflagra-se também a presença da autonomia, em relação ao crédito mencionado no precatório, especialmente diante da impossibilidade de oposição das exceções pessoais e da previsão de circulação do título, mediante cessão de crédito.

A doutrina ainda aponta outras características gerais que não são necessariamente aplicáveis a todos os tipos de título de crédito, como a independência⁷⁶ e a abstração⁷⁷.

Entretanto, estando presentes nos precatórios a literalidade, cartularidade e a autonomia, a ele devem se aplicadas as normas referentes à teoria geral dos títulos de crédito, assim como, por força do disposto no artigo 903 do Código Civil, toda disciplina incluída no referido *Codex*, na medida do possível, em virtude na natureza jurídica material encontrada para esse tão peculiar instituto jurídico.

75 Art. 26. "O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor."

Art. 27. " Havendo cessão de crédito, a mudança de beneficiário na requisição somente ocorrerá se o cessionário juntar aos autos da execução o respectivo contrato antes da elaboração do requerimento pelo juízo da execução".

Art. 28. "Havendo cessão total ou parcial de crédito após a apresentação do ofício requisitório, o juiz da execução comunicará o fato ao tribunal para que, quando do depósito, coloque os valores requisitados à sua disposição, com o objetivo de liberar o crédito cedido diretamente ao cessionário mediante alvará ou meio equivalente".

Art. 29. "A cessão de crédito não transforma em alimentar um crédito comum nem altera a modalidade de precatório para requisição de pequeno valor."

Art. 30. "Os valores do cedente e do cessionário, em caso de cessão parcial, deverão ser solicitados no mesmo ofício requisitório, em campo próprio ou por outro meio que permita a vinculação".

Art. 31. "Quando se tratar de precatório com compensação de débito, a cessão de crédito será sempre parcial e se limitará ao valor líquido da requisição, considerado como tal o valor bruto dela, descontados a contribuição do PSS, se houver, o imposto de renda a ser retido na fonte e o valor a compensar".

Parágrafo único. "Quando a cessão ocorrer após a expedição do precatório e o levantamento se der por alvará ou meio equivalente, o imposto de renda relativo à parcela a compensar será recolhido em nome do cedente, e o imposto sobre a parcela cedida, em nome do cessionário".

76 Segundo a qual os títulos "não se integram, não surgem, nem resultam de outro documento". REQUIÃO, Rubens, **Curso de Direito Comercial**, v. 2, p. 360.

77 Entendida como capacidade de circulação do título, sem qualquer ligação com a causa que lhe deu origem como é o caso da nota promissória, da letra de câmbio e do cheque. ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de crédito**. *op. cit.*, p. 67.

Por fim, merece ser frisada, mais uma vez, a importância na atração da disciplina civil vigente para os casos envolvendo precatórios, posto que ela será de suma importância na resolução dos dois problemas práticos a seguir descritos.

3. A MORA DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

3.1. A Fazenda Pública e a sistemática de pagamento por precatório

A execução de título judicial, para o pagamento de quantia certa, oposta contra a Fazenda Pública⁷⁸, possui procedimento diferenciado no Código de Processo Civil⁷⁹, em virtude do regime especial destinado ao patrimônio público no qual a regra é a da indisponibilidade dos bens, nos termos dos artigos 100, 101 e 102 do Código Civil⁸⁰.

Por assim ser, após a apuração do numerário devido, a Fazenda Pública devedora é citada para opor Embargos à Execução, conforme determina o artigo 730 do CPC⁸¹, que constitui em efetiva ação autônoma.

Nesse contexto é que emergem dúvidas acerca do termo final da mora. Ocorrerá ela com o efetivo pagamento do crédito requisitado no ano fiscal seguinte? Com a inscrição da requisição de pagamento no Tribunal competente? Incidirá mora durante o curso da ação de Embargos?

78 Na definição de De Plácido e Silva, in **Vocabulário Jurídico**, 24ª. Edição, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 604, Fazenda Pública “É denominação genérica a qualquer espécie de fazenda, atribuída às pessoas de Direito Público. Nela, assim, se computam as Fazendas Federal, Estadual e Municipal. E, desta forma, Fazenda Pública é sempre tomada, em sentido amplo, significando toda soma de interesse patrimonial da União, dos Estados federados ou do Município, pois que, sem distinção, todas se compreendem na expressão.”. Além disso, são abrangidos no conceito de Fazenda Pública as respectivas autarquias e fundações, ligadas a cada ente federativo. As agências executivas ou reguladoras, por serem classificadas como autarquias especiais, também se enquadram no conceito de Fazenda Pública. Excluem-se, contudo desse conceito, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, por serem pessoas jurídicas de direito privado. O STF, contudo, entende que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT, ostenta natureza de empresa pública, estando, portanto, submetida ao regime do pagamento por precatório. Sobre o tema: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, 6ª. Edição, São Paulo, Dialética, 2008, *apud* DIDIER JR, Fredie, **Curso de Direito Processual**, v. 5, Bahia, Jus Podium, 2009, p. 707-708.

79 Arts. 730 e seguintes do Código de Processo Civil.

80 Art. 100 CC: “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.”

Art. 101 CC: “Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.”

Art. 102 CC: “Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.”

81 Art. 730 CPC: “Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

Nas execuções propostas contra a Fazenda Pública, o prazo para o oferecimento dos embargos é de 10 (dez) dias, a teor do disposto no art. 730 do CPC. Precedentes. A Medida Provisória n. 1.984-16, de 6 de abril de 2000 – posteriormente convertida na Medida Provisória n. 2.180-34, de 27/7/2001 –, ao alterar a Lei n. 9.494/97, fixando em 30 (trinta) dias o prazo concedido à Fazenda Pública para opor embargos à execução, não se aplica aos atos processuais realizados antes de sua publicação, em razão das regras que regulam o direito intertemporal” (REsp 209.539/RJ, Rel. Min. João Otávio Noronha, DJU de 27.06.05).

Além disso, como ficarão os casos em que o precatório, regularmente requisitado, não foi pago dentro do prazo constitucionalmente estabelecido?

Em razão destes e de outros questionamentos, passa-se à análise da maneira como a jurisprudência tem se posicionado acerca da imposição dos juros moratórios, especificamente, no caso de condenação da Fazenda Pública para pagamento de quantia certa, em créditos de natureza alimentar, onde há enorme discussão acerca do termo final para cômputo dos juros moratórios.

3.2 Período de incidência dos juros de mora

Conforme orienta a melhor doutrina a “mora, ou o inadimplemento relativo, consiste no retardamento indevido no cumprimento regular da obrigação”⁸², seja no lugar, tempo ou forma em que foi ajustado para que se desse o pagamento⁸³.

Dentro de uma obrigação pecuniária onde houve o retardamento indevido o legislador impôs ao devedor o pagamento do valor ajustado (obrigação principal), corrigido monetariamente, acrescido dos juros moratórios e de honorários de advogado⁸⁴, como decorrência da própria extensão da noção de perdas e danos⁸⁵ que, nesse caso, se presume, como uma espécie de indenização mínima diante da demora injustificada no pagamento do numerário devido.

Nas palavras de Gustavo Tepedino: “presume-se que a privação de uma prestação exigível e exigida gere prejuízo ao credor, por suprimir-lhe a disponibilidade de uma riqueza”⁸⁶.

Assim, a constituição do devedor em mora traz dois efeitos importantes: em primeiro lugar, obriga-o “a responder pelos prejuízos causados (art. 395) mais as obrigações acessórias⁸⁷”, em segundo lugar, impõe-lhe

82 TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado**, v. IV – Direito das Obrigações, São Paulo, Atlas, 2008, p. 357.

83 Art. 394 do CC: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou convenção estabelecer.”

84 Art. 395: “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

85 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, p 355.

86 TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. **Código Civil Comentado**, v. IV – Direito das Obrigações, São Paulo, Atlas, 2008, p. 388.

87 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, p 351.

o dever de responder pela impossibilidade da prestação (artigo 399 do Código Civil)⁸⁸, o que engloba as hipóteses de força maior e caso fortuito.

Tendo em vista que a responsabilização ao pagamento dos juros perdurará enquanto perdurar a mora, devem ser fixados adequadamente o termo inicial e o termo final para imposição desta penalidade.

No caso em análise (condenação imposta à Fazenda Pública por sentença ilíquida), a mora será constituída a partir da citação válida, nos termos dos artigos 405⁸⁹ do Código Civil e 219⁹⁰ do Código de Processo Civil⁹¹.

Nesse ponto, é de se ver que o legislador não adotou qualquer regime diferenciado para a Fazenda, daquele destinado aos particulares. A grande celeuma encontrada, atualmente, refere-se ao momento em que cessa a mora pois, em relação à Fazenda Pública, cujo pagamento se dá mediante inscrição do crédito em precatório, não há norma específica na legislação pátria indicando o momento em que finda esta penalidade. Por isso, é necessário que seja feita uma interpretação sistemática para verificação do termo final⁹².

Nos dizeres de Clóvis V. do Couto e Silva “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”⁹³. Mais do que isso, para ele “a obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de

88 “Art. 399 CC: “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”

89 Art. 405 CC: “Computam-se os juros de mora desde a citação inicial.”

90 Art. 219 CPC: “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.”

91 “Em relação aos juros moratórios, a jurisprudência da Terceira Seção é pacífica ao estabelecer que os juros de mora incidem a partir da citação válida.” (STJ, AGRESP 942047, Relator: Min. Jorge Mussi, - Quinta Turma, DJE DATA:12/05/2008.)

92 “sem confundir a norma com o artigo da lei, verifica-se que ela é sempre fruto da sua colocação no âmbito do sistema. Assim, a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce sua função dentro do ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo e a complexidade do próprio ordenamento, de forma que se impõe uma interpretação evolutiva da lei.” PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Edição Brasileira Organizada por Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 617.

“A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (rectius, lógica) da estrutura e da função do sistema jurídico. Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (Grundnorm), fator determinante de validade de toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, em um sistema). A relação entre a norma fundamental e a Constituição, quanto à questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas, e, concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada a legitimidade para “revalidar” a ordem jurídica.” MORAES, Maria Celina Bodin. “A caminho de um direito civil constitucional” – Artigo publicado na **Revista Estado Direito e Propriedade**, volume 1º, 1991, Publicação no Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ.

93 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p 17.

atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”⁹⁴, logo, por ser a obrigação uma conceito finalístico, ela deve estar sempre direcionada ao adimplemento ou à satisfação do interesse do credor⁹⁵.

Portanto, sendo o adimplemento o efeito final desejável de qualquer obrigação, a mora, dentro da disciplina Civil vigente, deve ter seu fim, no caso da execução de quantia certa, com o pagamento do montante integral devido. Isto é: com ressarcimento do dano principal, monetariamente corrigido, acrescido dos juros moratórios (artigo 395 do Código Civil)⁹⁶, haja vista que somente com o pagamento do montante integral, o devedor atingirá o efeito liberatório pretendido⁹⁷.

Por outro lado, a norma processual civil determina que a execução seja processada pelo meio menos gravoso ao devedor (artigo 619 CPC)⁹⁸, servindo, contudo, para a satisfação integral do interesse do credor (artigo 612 do CPC)⁹⁹.

Nesse contexto e tomando por base a legislação civil de regência, o entendimento predominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até meados de 2009, costumava ser no sentido de que a Fazenda Pública apenas poria fim à sua mora com o efetivo pagamento do débito, isto é, com o depósito do valor requisitado pelo precatório.

Com base nesse entendimento, era possibilitada a expedição de precatórios sucessivos onde se incluíam parcelas complementares, eventualmente não inseridas nos primeiros cálculos de liquidação; os juros vencidos, no período existente entre a inclusão do precatório em orçamento e o depósito do numerário, ou referentes ao próprio período em que tramitaram os embargos à execução; ou diferenças de correção monetária¹⁰⁰.

94 *Idem*, p. 20.

95 *Idem*, p. 168.

96 Nesse mesmo sentido: DANTAS, Francisco Willdo Lacerda, **Execução contra a Fazenda Pública – Regime de precatório**, *op. cit.* p. 48.

97 Ressalte-se que para o estabelecimento do argumento referente ao termo final do cômputo dos juros de mora, transação e compensação não estão sendo levadas em consideração, neste artigo jurídico, mesmo sendo elas formas de adimplemento das obrigações.

98 Art. 620 CPC. "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor."

99 Art. 612 CPC. "Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados."

100 "a expedição do precatório não produz o efeito de pagamento e sendo assim não elide a incidência dos juros moratórios, que deverão ser computados, enquanto não solvida a obrigação, sobre o débito remanescente." (AI. nº 9401.35503-7/DF. Rel. Juiz MÁRIO CESAR RIBEIRO, DJ de 21.02.95). No mesmo sentido: RESP n. 81.759/DF, Rel. Min. HELIO MOISMANN, DJ de 11.03.96 Seção I, pag. 6.611; RESP n. 71.372/DF, Rel. Min. JESE DE JESUS FILHO, DJ de 26.02.96, - Seção I, pag. 3.955; RESP ri. 67.864-1/DF, Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJ de 16.10.95, Seção I, p. 34.615.

No entanto, esse entendimento mudou quando o Supremo Tribunal Federal, interpretando a incidência da penalidade moratória, à luz do artigo 100 da Constituição Federal, editou a Súmula Vinculante número 17, nos seguintes termos: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre o precatório que nele sejam pagos”.

Veja-se que o verbete sumular é específico acerca do período de não incidência dos juros a que se refere: da data da expedição do precatório até o seu pagamento, caso ele ocorra até o dia 31 de dezembro do ano fiscal seguinte.

A *contrario sensu*, pode-se concluir que, caso não seja pago o precatório dentro do prazo constitucionalmente concedido, a penalidade moratória voltará a correr¹⁰¹.

Porém, em relação à mora existente durante o período em que tramitaram os embargos à execução, nada é dito pela Súmula. Por isso, atualmente encontra-se no Supremo Tribunal Federal, aguardando julgamento pela sistemática do artigo 543-A do CPC o RE n. 579431, que possui a seguinte ementa:

JUROS MORATÓRIOS. PERÍODO ENTRE LIQUIDAÇÃO E EXPEDIÇÃO DA REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR OU DO PRECATÓRIO. REPERCUSSÃO GERAL ADMITIDA ‘ AUDIÇÃO DO PROCURADOR-GERAL.

1. O Tribunal concluiu pela repercussão geral do tema versado neste processo. Ouçam o Procurador-Geral da República, conforme previsão do artigo 325 do Regimento Interno do Supremo.

2. Publiquem.

Diante da edição da Súmula Vinculante nº 17, bem como em razão do reconhecimento da repercussão geral do RE 579431, verificou-se uma grande confusão na jurisprudência pátria para aplicação da nova orientação aos casos concretos¹⁰².

¹⁰¹ "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. PRECATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não incidem juros de mora e compensatórios no período compreendido pelo art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Somente serão cabíveis os juros moratórios se houver atraso no pagamento. Precedentes. 2. Desapropriação indireta. Justa indenização. Impossibilidade do reexame de provas. Incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal." (STF, AI-AgR 643732, Relatora: Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, DJe 26.6.2009).

¹⁰² Vide AGRESP 200900723968, Relato: Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), Sexta Turma, DJE DATA:19/10/2009; AGRESP 1210020, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJE de

Dos diversos precedentes encontrados no Superior Tribunal de Justiça é de se ver que aquela Corte considerou que, em alguns casos, não incidem juros de mora no período compreendido entre a conta de atualização (aquela que adequa a conta de liquidação aos moldes estabelecidos nos Embargos à Execução) e o efetivo pagamento do precatório; em outros, que não incidem juros de mora no período transcorrido entre a elaboração da conta (antes mesmo da oposição de Embargos) e o efetivo pagamento, se realizado no exercício subsequente.

Ora, a adoção de marco diferente do momento do pagamento, ou da requisição do numerário para estabelecimento do termo final da mora faz com que sejam desconsiderados o tempo em que tramitaram os embargos à execução, opostos pela Fazenda devedora (muitas vezes mesmo quando já há jurisprudência pacífica sobre o tema em debate), bem como todo o contraditório tecida acerca dos critérios utilizados para elaboração da conta e (muitas das vezes), sua adequação aos critérios estabelecidos, posto que nem sempre os Tribunais apontam como correto um cálculo constante dos autos, em específico.

Afinal, entender em sentido contrário implica incentivar o manejo dos embargos à execução como via protelatória no pagamento dos créditos, o que afronta, gravemente, os princípios básicos de lealdade processual, razoável duração do processo e vedação ao enriquecimento sem causa.

Portanto, se na interpretação consagrada através da Súmula Vinculante nº 17 já se vê enorme mutação nos conceitos de mora, juros moratórios e adimplemento, quando o devedor em voga é a Fazenda Pública, através do julgamento do RE 579.431 esses conceitos podem ser mais profundamente modificados e distanciados da regra civil aplicada aos devedores particulares pela legislação de regência.

Por assim ser, é possível verificar a importância da qualificação material do precatório como sendo um efetivo título de crédito, de sorte a aplicar adequadamente a legislação civil vigente, o que preservará a unidade do sistema jurídico, a integridade do instituto da mora, bem como proporcionará aos jurisdicionados prestação justa e uniforme em tema (cômputo dos juros moratórios) onde não deve haver qualquer distinção se o devedor é um particular ou a Fazenda Pública.

07/12/2010; AERESP 1141530, Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, Corte Especial, DJE de 02/09/2010; AERESP 1127061, Relator: Min. Castro Meira, Corte Especial, DJE de 02/09/2010; AGA 1166838, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJE de:13/12/2010.

4. A CESSÃO DO CRÉDITO INSCRITO EM PRECATÓRIO

A cessão de crédito se encontra prevista nos artigos 286 a 298 do Código Civil Brasileiro e consiste na “transferência feita pelo credor, de seus direitos sobre um crédito, a outra pessoa”¹⁰³, seja ela a título gratuito ou oneroso¹⁰⁴.

Em regra, à luz do Código Civil, todos os direitos creditórios são passíveis de cessão¹⁰⁵ e, como o devedor (cedido) não é parte nesta relação, cedente e cessionário têm o dever de, apenas, dar-lhe ciência da transferência, entre eles operada¹⁰⁶, a fim de que o pagamento ocorra adequadamente, nos moldes do artigo 308 do Código Civil¹⁰⁷.

Na dicção do artigo 287¹⁰⁸, não havendo disposição expressa em contrário, a cessão do crédito abrange todos os seus acessórios e, para que seja oponível perante terceiros, deve ser feita por instrumento público, ou particular com a indicação do lugar onde foi assinado, a qualificação das partes, bem como o objeto específico da cessão¹⁰⁹.

Em brevíssimas linhas, essa é a regulamentação geral conferida à cessão de crédito na disciplina civil e, ao que tudo indica, foi nesses exatos moldes que o constituinte derivado pretendeu conferir circulabilidade aos precatórios.

Inferre-se do § 13 do artigo 100 da Constituição Federal, introduzidos pela Emenda nº 62/2009, que o credor de um precatório poderá ceder “total ou parcialmente” seus créditos a terceiros, “independentemente da concordância do devedor”, não se aplicando à cessão as exceções pessoais constantes do § 2º daquele mesmo artigo 100, ou transformando o precatório em RPV, como informa, logo em seguida, o § 3º daquele mesmo artigo 100¹¹⁰.

103 SILVA, De Plácido e, *Vocabulário jurídico*, *op. cit.*, p. 283.

104 Artigo 295: “Na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma reponsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé.”

105 Artigo 286 do Código Civil: “O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.”

106 Artigo 290 do Código Civil: “A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas, por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita.”

107 “O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.”

108 “Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios.”

109 Artigo 288 do Código Civil: “É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público, ou instrumento particular revestido das solenidades do § 1º do art. 654.”

110 § 2º: “Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com pre-

Esta cessão tem seus efeitos condicionados à comunicação, “por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora”, como orienta o § 14 do artigo 100 da Constituição.

A regulamentação da cessão do crédito inscrito em precatório consta da Resolução 168/2011 do Conselho da Justiça Federal nos artigos 26 a 31, sendo interessante notar, neste momento, que os conceitos básicos instituídos pela disciplina civil, no que tange a procedimento e forma, ali foram mantidos integralmente.

Portanto, é possível concluir que a cessão dos créditos inscritos em precatórios é a mesma que a disciplinada no Código Civil e, por esse motivo, nos pontos em que não houver regulamentação específica na Constituição ou na Resolução nº 168/2011 do Conselho da Justiça Federal, a disciplina geral do citado *Codex* merece ser aplicada aos casos concretos.

4.1 A cessão do crédito inscrito em precatório, para fins de compensação tributária

É de se ver na prática forense que cada vez mais cresce o número de interessados na aquisição de precatórios, mediante cessão de crédito, a título oneroso, para fins específicos de compensação tributária¹¹¹.

Final, um dos meios de extinção da obrigação tributária previstos no Código Tributário Nacional é, justamente a compensação (artigo 156, II¹¹²) a qual, nos termos do artigo 368 do Código Civil ocorre “se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra”, extinguido-se, assim, as obrigações, até o ponto onde elas se compensem.

Efetivamente, a obrigação civil e a obrigação tributária possuem distinções uma da outra¹¹³. Contudo, a extinção de ambas obrigações é

ferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitindo o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago em ordem cronológica de apresentação do precatório.”

§ 3º: “O disposto no *caput* deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.”

111 Sobre o tema: FIGAGNA, Paula Valério Correia. “A utilização de precatórios judiciais na compensação de débitos tributários”, *Revista Tributária de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 20, nº 62, p. 225-257, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, “Precatório Alimentar. Não-pagamento. Crédito tributário. Compensação”, *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, nº 59, p. 145-158, 2008.

112 “Extinguem o crédito tributário: (...) “II – a compensação;”

113 Sobre a obrigação tributária, Hugo de Brito Machado define como sendo ela “a relação jurídica em virtude da qual o particular (sujeito passivo) tem o dever de prestar dinheiro ao Estado (sujeito ativo), ou de fazer, não fazer ou tolerar algo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, e o Estado tem o direito de constituir contra o particular em crédito”. Leciona, ainda, que “a obrigação tributária é uma obrigação legal por excelência. Decorre diretamente da lei, sem que a vontade interfira com o seu nascimento. A lei cria o tributo e descreve a hipótese em

possível mediante compensação de créditos, desde que haja identidade de credores e devedores¹¹⁴.

Além disso, em observância ao princípio da legalidade, diferentemente da obrigação civil, no caso da obrigação tributária, deve haver lei específica autorizando a compensação. Nesse aspecto, leciona a doutrina¹¹⁵ que, em decorrência da compensação prevista na Emenda nº 62/2009, os Estados do Rio de Janeiro, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Ceará, Maranhão, Roraima, Rondônia, Santa Catarina, Alagoas, Rio Grande do Norte, Paraná, Amazonas, Pará e o Distrito Federal já editaram suas leis específicas, de modo a promover estas compensações.

Afinal, nas palavras de Hugo de Brito Machado,

O direito de compensar é natural da garantia dos direitos de crédito, que consubstanciam parcelas do direito de propriedade, combinada com outros preceitos constitucionais. Seria absurdo pretender alguém sendo credor e, também, devedor da mesma pessoa, pudesse exigir daquela o pagamento de seu crédito, sem que estivesse também obrigado a pagar o seu débito. A compensação é, na verdade, um direito inexorável das obrigações jurídicas, e desse contexto não se pode excluir a Fazenda Pública.¹¹⁶

Desta forma, diante da possibilidade da cessão dos créditos inscritos em precatórios, deflagrou-se, na prática, o crescimento de um verdadeiro mercado onde precatórios são negociados para fins de planejamento tributário¹¹⁷.

Todavia, diante da ausência de uma qualificação material para os precatórios, de sorte que a disciplina legal de regência possa ser identi-

que o mesmo é devido", in **Curso de Direito Tributário**. Fortaleza: Malheiros, 2003, p. 110.

Sobre a obrigação civil, segundo a definição clássica de Washington de Barros Monteiro, ela "é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecido entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devido pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio" in **Curso de Direito Civil**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1971, p. 8.

114 Vide: AgRg no AREsp 57.701/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 26/06/2012; AgRg no Ag 1361603/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/04/2011; AgRg no RMS 28.983/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27/08/2010.

115 FICAGNA, Paula Valério Correia. "A utilização de precatórios judiciais na compensação de débitos tributários", *op. cit.*, p. 251-252.

116 In **Curso de direito tributário**, *op. cit.* p. 214.

117 "Em favor do planejamento tributário, surge a possibilidade da utilização de precatório judicial com um bom aliado do contribuinte. Este, por ser dívida pública, possui atualização nos mesmos índices oficiais aplicados às empresas. Essa paridade fez com que uma nova modalidade surgisse no mercado, principalmente em época de crise financeira." FICAGNA, Paula Valério Correia. "A utilização de precatórios judiciais na compensação de débitos tributários", *op. cit.* p. 246.

ficada e aplicada ao caso concreto adequadamente, observa-se o surgimento de inusitadas discussões doutrinárias tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, no momento em que os precatórios, adquiridos mediante cessão de crédito, são apresentados para fins de compensação.

Um situação que causa perplexidade foi aquela tratada no Resp nº 1.059.881/RS, julgado no ano de 2010 pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Naquele caso, restou decidido, por maioria, que a compensação deveria se dar pelo “valor real” do precatório, ou seja, aquele pago (com deságio de 70%) pelo cessionário e não pelo valor nominal constante do título, sob a seguinte justificativa:

A penhora de crédito transforma-se em pagamento por dois modos: ou pela sub-rogação, ou pela alienação em hasta pública (CPC, art. 673 e §§). É para esta segunda finalidade que se faz indispensável a avaliação. Realmente, não se pode imaginar – até porque seria rematado absurdo – que a alienação de qualquer crédito se desse pelo seu valor nominal. O deságio é, nesses casos, a natureza da operação. Isso se mostra mais evidente em se tratando de precatório. Não se pode imaginar que alguém se proponha a adquirir, em hasta pública, um crédito de precatório por seu valor nominal em troca de futuro recebimento, em data incerta, da mesma quantia.

Aliás, na hipótese dos autos, o próprio executado que ofereceu o crédito à penhora não é o credor original. Tornou-se credor do precatório por escritura de cessão do crédito, pagando por ele preço desagiado. Outra circunstância importante: o ente público exequente não é o que figura como devedor do precatório, o que inviabiliza imaginar a hipótese de compensação.

Acompanhando a divergência instaurada pelo Ministro Teori Zavascki, o Ministro Benedito Gonçalves fez consignar em seu voto que:

em que pese serem os precatórios títulos executivos judiciais líquidos, certos e exigíveis, é notória e recorrente a demora da realização de seu pagamento pelos estados devedores, a ponto de não se ter certeza de que o crédito nele estampado será realmente realizado a tempo e modo.

Essa notória circunstância conspira inexoravelmente contra a liquidez desses títulos, motivo pelo qual são negociados entre os particulares com considerável deságio. Dessa forma, como acontece com qualquer outro bem oferecido à garantia da execução, deve esse crédito ser avaliado, possibilitando-se, no caso, o aparecimento de interessados na aquisição judicial desses títulos, sob pena de se frustrar a execução.

Inobstante a qualificação do precatório pelo Ministro Benedito Gonçalves como “título executivo judicial líquido”, ou a referência do Ministro Teori Zavaski ao precatório como um “crédito” é de se ver que, pela ausência de qualificação material adequada do referido instituto jurídico, foi permitido, nesse caso concreto, o absoluto vilipendiamiento do crédito inscrito no precatório e a conseqüente transformação em letra morta da sentença condenatória imposta à Fazenda, que originou tal requisição.

Veja-se que o artigo 673 do Código de Processo Civil¹¹⁸ fala da penhora de um direito. Inclusive, infere-se do EREsp 881.014/RS, que teve como Relator o Ministro Castro Meira, julgado pela 1ª Seção (DJ de 17.03.08), que o precatório é qualificado pela Corte Superior de Justiça como um “direito” ao crédito ali mencionado: “O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exeqüente, enquadrando-se na hipótese do inciso XI do art. 655 do CPC¹¹⁹, por se constituir em direito de crédito”.

Fundado nessa mesma premissa, foi julgado o Resp nº 1.090.898/SP, pela sistemática do artigo 543-C do CPC, onde o Superior Tribunal

118 Art. 673. "Feita a penhora em direito e ação do devedor, e não tendo este oferecido embargos, ou sendo estes rejeitados, o credor fica sub-rogado nos direitos do devedor até a concorrência do seu crédito."

§ 1º "O credor pode preferir, em vez da sub-rogação, a alienação judicial do direito penhorado, caso em que declarará a sua vontade no prazo de 10 (dez) dias contados da realização da penhora."

§ 2º "A sub-rogação não impede ao sub-rogado, se não receber o crédito do devedor, de prosseguir na execução, nos mesmos autos, penhorando outros bens do devedor."

119 Art. 655. "A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;

VII - percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos."

de Justiça afirmou que a penhora de precatório equivale a penhora de crédito e não a de dinheiro.

A penhora de precatório é possível, mas não como penhora de dinheiro, e sim como penhora de crédito, que figura na última posição da lista fixada no art. 11 da LEF, verbis :

“(...)”.

Nesses termos, penhorados bens móveis da empresa (máquinas), não podem ser substituídos, sem anuência do credor, por precatório do qual a executada é cessionária, pois a penhora de precatório, categorizada como penhora de crédito, se posiciona no último inciso do dispositivo em destaque.

Em que pese o incontestável saber jurídico dos Ministros membros da Corte Superior Brasileira, pede-se vênia para discordar da qualificação do precatório como um mero direito ao crédito ali mencionado.

O precatório, como efetivo instituto jurídico que é, representa, por um lado, o meio pelo qual se realiza o pagamento das condenações impostas à Fazenda Pública, por sentença judicial transitada em julgado. Por outro, ele contém o direito do credor em receber determinado numerário, mas como bem lembrado pelo Ministro Benedito Barbosa no Resp nº 1.059.881/RS, o precatório é oriundo de um título executivo judicial (a sentença ou acórdão transitado em julgado) e, portanto, retirar-lhe a certeza, liquidez e excludibilidade, implica, não só, negar sua origem, mas também esvaziar a prestação jurisdicional entregue.

Afinal, o direito subjetivo que esteve em debate no processo judicial, já foi solucionado pela decisão de mérito.

Logo, precatório representa o *quantum debeatur* daquela condenação pecuniária imposta à Fazenda Pública e contém na requisição todos os dados do processo, assim como as demais informações necessárias para o adequado pagamento da quantia ali expressa.

Desta forma, cabe aqui uma indagação sobre como o Superior Tribunal de Justiça chegou a conclusão de que seria mais pertinente qualificar o precatório como um direito de crédito, de maneira a impor, no momento da penhora e da compensação tributária, a sua colocação nos últimos incisos dos artigos 673 do Código de Processo Civil e 11 da Lei de Execuções Fiscais.

Por outro lado, caso o precatório fosse qualificado por aquela Corte Superior como um verdadeiro título de crédito, na forma proposta pelo presente estudo, nos casos de penhora a disciplina aplicada seria aquela contida no artigo 672 do Código de Processo Civil¹²⁰, de sorte que a avaliação do título poderia ser feita nos moldes do artigo 682 do mesmo *Codex*¹²¹, isto é aplicando a “cotação do dia”, que no caso dos precatórios pode ser entendido como o valor nominal acrescido de correção monetária (artigo 100, § 5º, CF), e não o valor real pelo qual o título foi adquirido na cessão do crédito, como restou decidido no Resp 1.059.881/RS.

Todavia, infere-se do Resp nº 1.264.247/RS, julgado em 18.10.2011 que a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça adotou essa mesma orientação, no sentido de que o valor da penhora deve ser o real e não o nominal, ocasionando, assim, evidente retrocesso na sistemática de pagamento por precatórios, haja vista a latente contrariedade ao intuito moralizador na instituição deste procedimento para o pagamento de condenações judiciais, impostas à Fazenda Pública.

Ainda são vistas, na prática forense, outras discussões vinculadas a temas referentes à compensação do crédito tributário com precatórios como é ocorre no RE nº 566.349, que versa sobre a possibilidade de compensação de débitos tributários com precatórios, de natureza alimentar, adquiridos de terceiros, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e ainda se aguarda julgamento.

Diante da análise destas duas hipóteses concretas, cômputo dos juros moratórios em sede de precatório e cessão do crédito ali mencionado, seja para compensação tributária ou para qualquer outro fim, é possível verificar, de pronto, a importância de que o precatório seja adequadamente qualificado, no seu aspecto material.

Afinal, inobstante as substâncias modificações operadas na sua estrutura, não se pode perder de vista o caráter moralizador que fundamenta este instituto jurídico, estreitamente ligado ao próprio conceito de

120 Art. 672. "A penhora de crédito, representada por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor."

§ 1º "Se o título não for apreendido, mas o terceiro confessar a dívida, será havido como depositário da importância."
§ 2º "O terceiro só se exonerará da obrigação, depositando em juízo a importância da dívida."

§ 3º "Se o terceiro negar o débito em conluio com o devedor, a quitação, que este lhe der, considerar-se-á em fraude de execução."

§ 4º "A requerimento do credor, o juiz determinará o comparecimento, em audiência especialmente designada, do devedor e do terceiro, a fim de lhes tomar os depoimentos."

121 Art. 682. "O valor dos títulos da dívida pública, das ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial."

Estado Democrático de Direito, nos moldes esculpidos pelos artigos 1º e 2º da Constituição da República¹²².

Sobre o tema, já afirmou o Superior Tribunal de Justiça que “uma das bases do Estado Democrático de Direito é a de que a lei é imposta contra todos, e a Fazenda Pública não foge a essa regra.”¹²³. Em outro julgado, a Corte Superior apontou que

*a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.*¹²⁴

Nesse contexto é que se torna imperiosa a adequada qualificação material do precatório, a fim de que a legislação ordinária já existente possa ser aplicada para a solução das questões práticas emergentes, de maneira uniforme e satisfatória ao que restou consignado no título executivo judicial de onde foi extraída a requisição de pagamento. Assim, acredita-se que não haverá o enfraquecimento da condenação imposta à Fazenda Pública devedora, ou mesmo o vilipendiamento do crédito mencionado na requisição.

5. CONCLUSÃO

Diante desse estudo acerca da necessidade de qualificação do precatório, enquanto instituto jurídico que é, pelo seu aspecto material, depreende-se não só a importância no desenvolvimento de pesquisas mais

122 Art. 1º. "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Município e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – soberania;

II – cidadania;

III – dignidade da pessoa humana;

IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – pluralismo político."

Parágrafo único. "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

Art. 2º. "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

123 REsp 1044823/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 15/09/2008.

124 REsp1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009.

aprofundadas sobre o tema, mas também que a fixação de uma natureza jurídica, pelo prisma material, adequada trará unidade no tratamento das contendas surgidas na prática forense.

Portanto, diante da compreensão do precatório como sendo efetivo título de crédito e, por isso, merecedor do tratamento disciplinado pelo Código Civil, o intuito máximo de imprimir moralidade, eficiência e legalidade, literalmente expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal poderão ser alcançados.

Afinal, nos dizeres de Francisco Wildo Lacerda Dantas, Desembargador relator da arguição de inconstitucionalidade nº 115246/PE, diante da manutenção da disciplina do precatório desde a Constituição de 1934 até a atualidade, ele constitui uma efetiva garantia constitucional, “não apenas ao pagamento na ordem dos precatórios, mas um direito, inalienável, ao pagamento” em si. Afirma que “não se pode compreender que se reconheça que a Fazenda deve efetuar o pagamento, na ordem de apresentação dos precatórios, sem que se considere que a Fazenda Nacional está obrigada a efetuar o pagamento, isto é, pagar”.

Com efeito, a Fazenda Pública goza de meio privilegiado para pagamento dos seus débitos, em razão do regime destinado aos seus bens. Todavia, o precatório surgiu e se manteve no ordenamento jurídico pátrio como instrumento moralizador e não pode se distanciar dessa função, sob pena de atentar contra o próprio Estado Democrático de Direito, diante da não submissão da Administração às próprias leis que edita.

Sobre o tema, Francisco Pontes de Miranda informa, nos comentários ao artigo 730 do ainda vigente Código de Processo Civil, que

O que acontece é que o Estado, que aqui e ali se entende privilegiado, como outrora os pajés, os príncipes e os reis, regulou o pagamento nas ações executivas das sentenças condenatórias contra a Fazenda. Tornou administrativo o que seria judiciário: há as cartas precatórias, que são postas na ordem de apresentação e vão à conta dos créditos respectivos. Percebe-se algo de intercalar, isto é, entre a execução forçada conforme o CPC e a execução voluntária. Chamar-se a tais sentenças condenatórias de “condenação aparente” é de repelir-se cabalmente, porque há condenação como em qualquer outra sentença condenatória. Apenas se edictam regras jurídicas especiais para a execução, sem se afastar a propositura da ação no órgão judiciário. A carta precatória é carta em que está

*algo de ordem, que parte do Presidente do Tribunal (art. 730, I e II).
Se isso não foi atendido, há sequestro.*¹²⁵

Desta forma, sendo o Estado Democrático de Direito aquele que se submete às suas próprias leis e, conseqüentemente, às decisões judiciais desfavoráveis que lhe são impostas, não se pode permitir o descumprimento dos precatórios, total (através do não pagamento dos créditos inscritos) ou parcialmente (mediante a dilapidação do crédito mencionado no título) sob pena de grave retrocesso. Nas palavras de Hugo de Brito Machado e Hugo de Brito Machado Segundo, “ter-se-á algo como o disposto no livro 2º, título 35, § 21, das Ordenações Filipinas, onde se lia que ‘nenhuma lei, pelo rei feita, o obriga, senão enquanto ele, fundado na razão e igualdade, quiser a ela submeter o seu poder real’”.¹²⁶

Nesse ponto vale citar, mais uma vez, Francisco Wildo de Lacerda Dantas para quem o sistema do precatório, embora precise de mudanças, consiste em técnica recomendável, posto que estabelece uma disciplina que permite a convivência harmônica e independente dos Poderes, mas que torna possível a submissão da Administração ao controle do Poder Judiciário. Afirma, ainda, que esta sistemática será legítima enquanto estiver voltada para “atender ao interesse público maior”.¹²⁷

Nesse contexto, também é importante relembrar a lição do Ministro José Delgado no sentido de que “dentro do sistema referente ao precatório, não podemos interpretar o artigo 100 de modo isolado, porque ele está integrado a um corpo, que chamo corpo da cidadania para a entrega da prestação jurisdicional”. Desta forma, por esse saudoso Ministro do STJ acreditar que o artigo 100 da Constituição Federal está na contramão do regime democrático, complementa seu raciocínio dizendo que “O Estado, como órgão receptor das nossas idéias, das nossas conquistas e o responsável pela execução desses anseios, deve ser o primeiro a dar o exemplo no cumprimento das decisões judiciais em um regime democrático.”¹²⁸

Assim sendo, o que se espera é que a qualificação material do precatório como título de crédito atraia a disciplina civil vigente para o refe-

125 *in* **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo X (arts. 612-735), Forense, Rio de Janeiro, 1976, p. 473-474.

126 MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, "Precatório Alimentar. Não-pagamento. Crédito tributário. Compensação", *op. cit.* p. 148-149.

127 *In Execução contra a Fazenda Pública – regime de precatório*, *op. cit.*, p. 120.

128 DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica**. "Advocacia administrativa na Execução contra a Fazenda Pública". Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível no site: <http://www.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol23/artigo05.pdf>, acessado em 17.11.2011.

rido instituto, de modo que as questões práticas surgidas possam ser dirimidas de maneira uniforme e segura, especialmente em razão de se tratar de um sistema jurídico unitário, onde para o mesmo instituto (mora, cessão de crédito, compensação, título de crédito) não devem ser aplicadas disciplinas dissonantes.

Tanto na questão do cômputo dos juros de mora incidentes nos precatórios quanto na cessão dos créditos (seja para fins de investimento ou compensação tributária), foi possível vislumbrar a perfeita possibilidade de análise e resolução das querelas pelo prisma civil sem que se perdesse de vista os princípios de eticidade e moralidade, impostos à Administração Pública pelo artigo 37 da Constituição, *ratio iuris* do próprio sistema do precatório, ou mesmo que se ignorasse os anseios dos credores ou da sociedade que clama pela adequada entrega da prestação jurisdicional.

Afinal, o prazo privilegiado conferido pelo constituinte não pode ser usado como escudo para a dilapidação do crédito efetivamente devido, nos moldes descritos no formulário de requisição.

Portanto, diante da grande celeuma existente, atualmente, acerca de diversas questões referentes aos precatórios, somente é possível esperar que a doutrina e a jurisprudência lhe dediquem estudo mais aprofundado.

Talvez, desta forma, o assunto receba uma abordagem adequada, dentro desta visão unitária, hierarquizada e sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, para que seja dada fim à tamanha controvérsia.

Por essa via, acredita-se e espera-se que o tema referente aos precatórios receba o tratamento justo e adequado que merece, evitando-se, ainda, que sejam causados mais prejuízos do que aqueles já ocasionado aos jurisdicionados que veem seus créditos sendo dilapidados ao longo dos penosos anos de litígio e das constantes mudanças da legislação e da jurisprudência sobre o tema. ❖

Do *Periculum in Mora* Inverso (Reverso)

Reis Friede

Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público. Ex-Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Professor Titular e Pesquisador do Programa de Mestrado (MDL) da UNISUAM e da UVA. Mestre e Doutor em Direito e autor de mais de 15 obras na área de Ciência Jurídica Processual.

RESUMO

O presente artigo analisa o conceito do *periculum in mora* inverso (reverso), examinando, primeiramente, os requisitos clássicos para a concessão de medidas liminares, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Em seguida, aborda a relevância do fundamento do pedido e a possibilidade ampla de concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma de liminar, ressaltando a identificação da relevância do fundamento do pedido com o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Posteriormente, passa ao estudo específico do *periculum in mora* inverso, analisando a relação deste conceito com a grave lesão à ordem pública. Por fim, aprecia a cautela e contracautela.

1. INTRODUÇÃO

Ao registrar, de forma inédita, na literatura jurídico-brasileira - quando da ocasião do lançamento da 1ª edição da nossa obra **Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular**, Ed. Forense Universitária/RJ, 1993, p. 106 - a expressão *periculum in mora* inverso (reverso), não poderíamos imaginar, para nossa grata satisfação, como *pesquisadores da Ciência Processual*, que a mesma não somente viesse a se tornar, com o passar dos anos, uma *designação técnica* consagrada pela academia na-

cional, mas, particularmente, objeto das mais variadas e amplas citações jurisprudenciais e doutrinárias em todo o País.

A ideia original, concebida há mais 20 anos, - numa época em que existiam poucos estudos mais aprofundados sobre o tema -, era de *forjar*, por imperiosa necessidade, uma *concepção conceitual*, com elevado rigor técnico, que traduzisse, com a almejada precisão, uma *designação genérica* a abranger as mais variadas (e diferentes) designações *específicas* (existentes à época) que buscavam *nominar*, naquele momento histórico de desenvolvimento do estudo da disciplina processual, o incontestável *fenômeno dos efeitos inversos* (ou reversos) do eventual deferimento das *medidas liminares* em *Mandado de Segurança* (Art. 1º da Lei nº 191, de 1936, Art. 1º da Lei nº 1.533, de 1951, Art. 1º da Lei nº 12.016, de 2009), *Ação Popular* (Art. 5º, § 4º da Lei nº 4.717, de 1965 com a redação ampliada pela Lei nº 6.513, de 1977) e na *Ação Civil Pública* (Art. 12 da Lei nº 7.347, de 1985) ou das denominadas *antecipações in limine* (art. 804 do CPC, de 1973) nas *Ações Cautelares*.

Ainda que reste evidente que tal *efeito* também se manifeste no eventual deferimento de outras *medidas liminares* (em *ações* específicas), com idêntica previsão cautelar implícita, é de se registrar, por dever de lealdade, que nossa análise originária foi conduzida exclusivamente sobre o comportamento restritivo das *medidas liminares* nas mencionadas ações, o que, entretanto, em necessário reforço ao já afirmado, não exclui a possibilidade de se conceder a necessária extensão conclusiva a todas as demais ações congêneres, inclusive ao posterior advento, em 1994 (Lei nº 8.952, de 13/12/94), do instituto jurídico-processual da *Tutela Antecipada*.

2. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE MEDIDAS LIMINARES

Muito embora, nem sempre, na prática cotidiana, a decisão final pela *concessão* de *medidas liminares* implique a plena e total observância, por parte do julgador, de *específicos limites existentes* para a prolação final do *decisum* - ou seja, os requisitos tradicionais do *periculum in mora*¹

1 O conceito técnico de *periculum in mora* pode ser traduzido pelo fundado receio da existência de um dano jurídico, de difícil ou impossível reparação, durante o curso da ação cautelar e, por extensão, da ação principal (no caso de ações cautelares típicas ou atípicas) ou durante o curso do mandado de segurança, e de outras ações que admitem o provimento liminar, aferido através do juízo próprio de probabilidade, com comprovada plausibilidade

e do *fumus boni iuris*² - é cediço concluir que a legislação autorizadora do *provimento liminar*³⁻⁴, em nenhuma hipótese, permite o excepcional⁵ *deferimento* do instituto sem a devida comprovação de seus *pressupostos vinculantes positivos*, além do seu *requisito negativo implícito*.

Em outras palavras, a existência efetiva da *relevância* dos motivos alegados pelo impetrante (no caso de mandado de segurança) ou pelo requerente (no caso de medida cautelar) deve ser sempre constatada em perfeita consonância com a efetiva presença do condicionante inafastável da *não produção* do denominado *periculum in mora inverso* (a concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável, ou de difícil reparação, contra o impetrado ou requerido, como consequência direta da própria concessão da medida liminar deferida ao impetrante ou ao requerente).

Uma vez que o deferimento da medida liminar possui caráter meramente preservatório (de exclusivo objetivo de garantia da *inteireza da*

de existência de dano, justificado receio de lesão de direito e/ou existência de direito ameaçado – e nunca no genérico juízo de possibilidade (que, pela extrema amplitude, não permite a imposição do princípio da segurança e do controle mínimo dos acontecimentos).

² *Fumus Boni Juris* pode ser conceituado como a probabilidade plausível (e não mera e genérica possibilidade) de exercício presente ou futuro do direito de ação com provimento de mérito favorável, considerando que pequenas incertezas e eventuais imprecisões, a respeito do direito material do autor (requerente ou impetrante), não devem assumir a força de impedir-lhe o acesso à tutela cautelar: “A tutela cautelar só é viável se a pretensão deduzida ou a ser deduzida no processo principal caracteriza-se como provável, não bastando que seja razoável e muito menos que seja simplesmente possível” (ALDO MAGALHÃES; JTCivSP 99/267).

³ Caráter administrativo do provimento liminar: De um modo geral, considera-se que o provimento liminar de conteúdo cautelar possui um incontestado caráter administrativo. De fato, embora caracterizado como providência determinada pelo órgão judicial – provimento com escopo de prevenção – em muitos casos a medida é concedida independentemente da observância formal do princípio do contraditório. Assim o é tanto no mandado de segurança e nas demais ações que expressamente admitem a liminar, como também, de modo geral, nas medidas cautelares. Diante de certas situações de urgência, e para evitar o perecimento de direitos, a lei autoriza ao juiz a concessão de liminares, sem ouvir a parte contrária. Na concessão dessas medidas *inaudita altera pars*, ocorre, em grande medida, o que NERY JÚNIOR denomina “limitação imanente à bilateralidade da audiência no processo civil, e que se exterioriza, quando a natureza e finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso do provimento cautelar, em forma ou não de liminares, em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (art. 81, parágrafo único, CDC) e ação civil pública” (NERY JÚNIOR, 1992, p. 133).

⁴ Liminar como “mera prevenção do direito”: É importante salientar, por oportuno, que alguns autores – aparentemente confundindo o fato da inexistência de efetivo processo cautelar nos provimentos assecuratórios previstos, em forma de liminar, em algumas ações cognitivas (como, por exemplo, o habeas corpus, o mandado de segurança, a ação popular etc.), com a irrefutável natureza jurídica cautelar destes mesmos procedimentos – têm sugerido (confundindo, inclusive, os conceitos de processo e procedimento) a sinérgica inexistência de nítido procedimento de feição cautelar (exteriorizado por intermédio de medidas liminares) nos *writs* constitucionais, insinuando, de maneira visivelmente equivocada, que, nestes casos, os respectivos provimentos liminares, expressamente previstos, se constituem em “meras prevenções do próprio direito”: “A liminar no mandado de segurança, na ação popular, na declaração de inconstitucionalidade de lei, é mera prevenção do próprio direito, em nada se caracterizando com uma medida cautelar. Servem ao processo em que são proferidas, e não têm sequer procedimento cautelar, inseridas que estão no contexto da própria ação” (CASTRO VILLAR, 1988, p. 79).

⁵ É importante registrar que o deferimento da medida liminar é sempre excepcional, até porque está umbilicalmente ligado à sinérgica demonstração quanto à efetiva presença de seus requisitos ensejadores, em decisão fundamentada pelo magistrado.

sentença), cuja reconhecida função social é exatamente fazer cessar, em caráter temporário, o ato impugnado, até que – em face da indiscutibilidade do direito invocado e comprovado – possa o magistrado decidir, sem incorrer em *error in iudicando*, não pode, em nenhuma hipótese, por efeito, a concessão da medida pretendida produzir o que, há muito, passou-se a denominar *grave lesão à ordem pública*, compreendendo nesse conceito a chamada *ordem administrativa em geral*, ou seja, o normal andamento da execução do serviço público, o regular prosseguimento das obras públicas e o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas (TFR, suspensão da segurança nº 4405-SP DJU 7.12.79, p. 9.221).

Em se tratando especificamente de medidas cautelares, de procedimento sumário, operacionalizadas através de ação autônoma e de processo próprio – mas com as características particulares da provisoriedade, instrumentabilidade e assessorabilidade (art. 796 do CPC) – a concessão da *medida liminar* (na qualidade de simples *antecipação da medida cautelar*), além de necessitar da efetiva comprovação da presença dos requisitos indispensáveis do *periculum in mora*, do *fumus boni iuris* (requisitos positivos) e da não produção do denominado *periculum in mora inverso* (requisito negativo), incluindo o anterior conceito restritivo da “grave lesão à ordem pública”, encontra-se irremediavelmente condicionada à observância adicional da especial restrição imposta pelo art. 804 c/c art. 797, ambos do CPC, que só permite o deferimento da *antecipação cautelar* (em forma de *liminar*), à guisa de sua própria excepcionalidade, nas comprovadas situações em que a *citação do requerido possa vir a tornar a medida ineficaz*, caso em que *poderá* o magistrado (e, nos casos de o requerido ser parte integrante da Fazenda Pública, *deverá* obrigatoriamente) determinar que o requerente preste *caução real* ou *fidejussória*, objetivando garantir o ressarcimento dos eventuais danos que o requerido possa vir a sofrer com o futuro julgamento pela improcedência do pedido cautelar definitivo (medida cautelar típica ou atípica).

Portanto, *a concessão de liminar, tanto em mandado de segurança, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar* (as denominadas *antecipações in limine*), *é medida de absoluta excepcionalidade e, por consequência, nítida vinculação à efetiva presença de todos os pressupostos indispensáveis – o que inclui, além dos requisitos tradicionais do periculum in mora e do fumus boni iuris - incluindo a concreta e indiscu-*

tível *relevância* dos motivos alegados, em combinação com a não produção do denominado *periculum in mora inverso* (incluindo neste conceito a não produção da chamada “grave lesão à ordem pública”), além do requisito específico para a concessão de *antecipações cautelares* em forma de *liminar* prevista no art. 804 do CPC –, sendo certo que, neste diapasão analítico, a mesma jamais pode ser deferida – *ainda que mediante cautela* – quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independentemente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento⁶⁻⁷.

6 Ônus probatório quanto aos requisitos da medida liminar. Deve ser assinalado – evitando qualquer dúvida a respeito – que o ônus da prova quanto à efetiva presença, no caso concreto, dos requisitos autorizadores da providência cautelar (em forma ou não de liminar) é de exclusiva responsabilidade da parte requerente. Cabe à mesma, sob este prisma, portanto, a inequívoca e compulsória comprovação de que se encontram sempre presentes, na hipótese trazida à colação, todos os pressupostos que viabilizam o legítimo deferimento da medida pretendida, ou seja, os requisitos positivos (que devem sempre estar presentes): *periculum in mora*, *fumus boni iuris* (e relevância do fundamento jurídico do pedido (para quem entende se constituir o mesmo em pressuposto autônomo)) e, no caso particular de antecipação *in limine* de medida cautelar, a condição especial consubstanciada no art. 804 do CPC e o requisito negativo (que, ao contrário, deve sempre se encontrar ausente): não produção do denominado *periculum in mora inverso* ou, em outras palavras, a grave lesão à ordem pública (incluindo, nesta classificação, a lesão à ordem administrativa etc.).

Não comprovado qualquer dos pressupostos permissivos da medida vindicada, deve o julgador proceder ao imediato indeferimento da mesma, considerando, sobretudo, o caráter excepcional que sempre reveste a concessão da segurança cautelar, exteriorizado ou não através da medida liminar. A regra, por efeito conclusivo, deve ser o indeferimento da providência cautelar, notadamente quando houver razoável dúvida quanto à prova (que deve ser relativamente inofismável) de seus requisitos autorizadores.

Esta é exatamente a razão segundo a qual é lícito ao juiz fundamentar sumariamente (“pela ausência de efetiva comprovação dos requisitos autorizados”) o pronunciamento judicial indeferitório da medida liminar, pois doutra forma ocorreria efetiva inversão do ônus probatório, ou seja – em lugar de a parte requerente ter de comprovar a presença de todos os requisitos autorizadores da medida liminar –, restaria ao juiz demonstrar, de forma inequívoca, a ausência de pelo menos um dos pressupostos condicionantes do deferimento da providência cautelar requerida.

7 Deve ser consignado, por oportuno, que o constante deferimento de medidas liminares, em sinérgica afronta aos mandamentos legais restritivos do emprego do instituto (pressupostos de admissibilidade da proteção cautelar), tem contribuído, sobremaneira, para o desprestígio do Poder Judiciário, conforme amplo e constante noticiário crítico a respeito do tema, com destaque especial no caso da cassação do deputado Sérgio Naya:

“Compreende-se que os advogados do deputado Sérgio Naya usem toda sorte de artifício - até desaparecer de sessões da Comissão de Justiça - para impedir ou adiar a cassação de seu mandato.

São recursos de quem têm evidentes dificuldades para discutir a procedência da acusação.

É desalentador, por outro lado, que essa estratégia seja beneficiada pela facilidade com que a Justiça concede liminares. O próprio ministro Ilmar Galvão, do Supremo Tribunal Federal, forneceu a prova de que não existia motivo para a medida que ele mesmo assinara quinta-feira: ouvindo argumentos de parlamentares, não demorou mais de 40 minutos para redigir segunda decisão, cancelando a primeira.

Fica o ministro com o mérito de polidamente reconhecer o seu lapso. Seria melhor ainda se o episódio tivesse efeito pedagógico. O de convencer juizes e ministros que liminares - capazes de trancar procedimentos judiciais, às vezes por muito tempo, sem que seja discutido o mérito do caso - não podem ser concedidas apenas porque alguém pediu, e com base unicamente nas alegações do interessado.”

2.1. Do *Periculum In Mora*

Sem a menor sombra de dúvida, o *periculum in mora*⁸ constitui-se no primeiro e mais importante dos requisitos indispensáveis para a concessão de medidas liminares em mandado de segurança ou como *antecipação de cautela*, no caso de medida cautelar em ação com idêntica designação.

“(…) Indeterminado o perigo na demora não há como subsistir decisão concessiva de liminar” (ac. 3ª T/TFR – 2ª R.: A.I. 90.02.24586 – RJ (p/m), rel. des. ARNALDO LIMA, RTRF 2ª Região nº 1).

“Tendo-se como não configurado o pressuposto de existência de grave dano de incerta reparação, embora possam ser relevantes os fundamentos que dão base à ação, é de negar a medida cautelar” (ac. SP/STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 33-1/DF (u), rel. min. ALDIR PASSARINHO, **Adcoas** BJA t (28.2.90), 126.439, p. 86).

O *periculum in mora* é, neste contexto, *sobremaneira, a condição necessária* – porém não suficiente – para o eventual deferimento da medida liminar vindicada ou mesmo para a concessão *ex officio*, operada através do denominado Poder Cautelar Genérico, inerente à própria função do magistrado, na qualidade de representante do Estado-Juiz.

Para a obtenção da *medida liminar* e, conseqüentemente, da *tutela cautelar* implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela (LIE-BMAN, 1968, p. 92). E isto somente pode ocorrer, conforme leciona CALVOSA (1960, p. 66), quando haja efetivamente o risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito.

⁸ **Periculum in mora** - Para alguns, como Castro Villar (CASTRO VILLAR, 1988, p. 128), este perigo da mora não é um perigo genérico de dano jurídico, mas, especificamente, o perigo de dano posterior, derivante do retardamento da medida definitiva, ou, como disse CALAMANDREI (1945, p. 42), é a impossibilidade prática de acelerar a emanção da providência definitiva que faz surgir o interesse da emanção de uma medida provisória. É a mora desta providência definitiva, considerada em si mesma como possível causa de dano ulterior, que se trata de prevenir com uma medida cautelar, que antecipe provisoriamente os efeitos da providência definitiva.

“Dois são os requisitos indispensáveis para a concessão da liminar em mandado de segurança, previstos no inc. 1º do art. 7º da Lei nº 1.531/51: 1) a relevância do fundamento (**fumus boni iuris**); 2) e perigo de um prejuízo, do ato impugnado poder resultar a ineficácia da medida caso seja deferida a segurança (**periculum in mora**). Concorrendo ambos, o juiz, em decisão fundamentada, concederá a liminar. Isto significa que, na falta de qualquer um dos requisitos, a providência liminar deve ser negada.

O professor e magistrado federal REIS FRIEDE, lecionando sobre exame do **periculum in mora** que autoriza a concessão das liminares em geral, inclusive o mandado de segurança, ensina com precisão:

'Para a obtenção da medida liminar e conseqüentemente da tutela cautelar implícita, portanto, a parte requerente obrigatoriamente deverá demonstrar fundado temor de que, enquanto aguarda a tutela definitiva, venham a faltar as circunstâncias de fato favoráveis à própria tutela. E isto somente pode ocorrer, conforme leciona CARLOS CALVOSA (*in Sequestro Giudiziario, Novissimo Digesto Italiano*, v. XVII, p. 66), quando haja efetivamente o risco do perecimento e destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das pessoas, bens ou provas necessárias para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito' (*in Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular*, 2ª ed., Forense Universitária, 1993, p. 97).

No caso, sem muito esforço percebe-se ausência da probabilidade do dano irreparável ou de difícil reparação para o deferimento da liminar” (TJMS, no julg. do MS 38438-9, DJ 8.8.94, p. 3.847, rel. des. HELVÉCIO CHAVES MARTINS).

A redação conceitual do instituto, como um dos pressupostos fundamentais para o deferimento da medida liminar – ou seja, fundado receio da existência de um dano jurídico (e não propriamente “fundado re-

ceio de *dano ao direito* de uma das partes”, como disciplina o art. 798 do CPC/73, considerando que, enquanto não acontecer o julgamento do mérito da chamada “*questão de fundo*”, com a solução da *lide*, não se pode, ainda, falar em efetivo direito da parte que, eventualmente, pode até não ser reconhecido em decisão terminativa (sentença) de difícil ou impossível reparação⁹ durante o curso da ação que contém o pedido meritório –, refere-se sempre ao interesse processual (e jamais material ou meritório) presente na busca permanente da obtenção de uma real garantia quanto à própria *efetividade* da solução final (prestação das tutelas jurisdicionais cognitiva e executiva) a ser ditada pelo Poder Judiciário, inspirado, em última análise, no que SIDOU (1983, p. 255) entendeu por bem denominar “*instituto cardeal de assegurar matéria à sentença a ser editada*”.

“A medida liminar não tem por objeto o *mérito* da causa, mas a garantia da eficácia do julgado caso favorável ao impetrante. (...)” (ac. S. Plen./STF, MS 20900-3/DF (ag. reg.) rel. min. RAFAEL MAYER. **JB** nº 163, Ed. Juruá, p. 90). (grifos nossos)

“Para a concessão de medida cautelar há necessidade de se demonstrar, **initio litis**, a ocorrência dos requisitos essenciais que configurem o temor de dano jurídico iminente e o *interesse na preservação da situação de fato*, enquanto não advém a solução de mérito, o que corresponde ao **fumus boni iuris** (...)” (ac. unân. 6.458 da 2ª Câm. do TJPR de 16.8.89, no agr. 298, rel. des. NEGI CALIXTO, **Adcoas**, 1989, nº 126.185) (grifos nossos).

“Processual civil. Liminar deferida, **inaudita altera pars**, em ação cautelar, reajustando aposentadoria previdenciária em 147,06%. Ilegalidade. Segurança concedida para atribuição de efeito suspensivo a agravo de instrumento. A *liminar*, na hipótese, é **contra legem**, afrontando os arts. 797, 798 e 804

9 Dano jurídico de difícil ou impossível reparação - Para a perfeita caracterização do dano jurídico de difícil ou impossível reparação não é suficiente, apenas, a simples prova da eventual existência de um posterior dano jurídico no curso da *lide*, mas, além deste, a indubitável dificuldade ou mesmo impossibilidade de efetiva reparação se o mesmo vier a ocorrer: “Sem que ocorrentes os pressupostos de aparência de bom direito e de perigo da demora da prestação jurisdicional, não se defere liminarmente medida cautelar, requerida no curso da *lide*, quando não evidenciada a irreparabilidade do dano” (ac. unân. da 1ª T. do TFR, de 10.6.88, no agr. 56.647-PR, rel. min. Dias Trindade; **RTFR** 165/83) (grifos nossos). “São requisitos específicos da tutela cautelar o risco objetivamente apurável, de não ser a ação principal útil ao interesse demonstrado pela parte – dano potencial – em razão do *periculum in mora*; e a plausibilidade do direito substancial invocado pelo pretendente à segurança, ou *fumus boni iuris*. Se o juiz, em face da prova, se convence da existência de fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da *lide*, poderá causar ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, deve conceder a tutela” (Mello, 1980, p. 91).

do CPC, posto que a lesão admite reparação futura, específica e plena, e o devedor é solvente. O caráter alimentar dos proventos não justifica aumento de aposentadoria através de liminares. Mandado de segurança deferido para atribuição de efeito suspensivo a agravo aviado contra a liminar” (ac. TRF da 1ª R., MS 91.01.15810-4/MG (u), rel. juiz HÉRCULES QUASÍMODO, DJ 13.4.92, Seção II, p. 9.098).

A apreciação da efetiva presença do *periculum in mora* é realizada, como ensina LIEBMAN (*apud* CASTRO VILLAR, 1971, p. 62), através de apenas um único julgamento valorativo denominado *probabilidade* sobre possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal. Por efeito, o dano deve ser aferido sempre pelo juízo de *probabilidade* e jamais pelo simples e genérico juízo amplo de *possibilidade*¹⁰.

O denominado receio de dano há, pois, que ser *objetivamente fundado*, calculado, de forma a mais precisa possível, pelo exame das causas já postas em evidência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado que deve ser, por consequência, afastado. A comprovação de seu fundamento, não obstante não permitir, por sua própria natureza, a certeza, deve permitir, no mínimo, a plausibilidade (justificação), sem o que o juízo restritivo de *probabilidade* acabaria, no exercício da prática, transmutando-se no genérico e amplo juízo de *possibilidade*.

“Ação direta de inconstitucionalidade. Pedágio. Rodovias federais. Medida liminar. Pedágio destinado à conservação das rodovias federais. Pedido de suspensão liminar. Ausência de **periculum in mora** visto que não irreversível o desembolso” (A. Din. nº 24-1-SP – Medida Liminar – rel. min. FRANCISCO REZEK. Plenário, decisão unânime, in DJU, de 9.6.89, p. 10.095).

A avaliação da *plausibilidade* para a aferição do próprio juízo de *probabilidade* na apreciação da presença ou não do requisito em questão, não ensejando a certeza (prova irrefutável), evidentemente permite ao

10 Juízo de probabilidade de dano - Lopes da Costa (*apud* Theodoro Jr., 1976, p. 77) lembra com muita propriedade que “o dano deve ser provável” e “não basta a possibilidade, a eventualidade”. E explica: “possível é tudo, na contingência das cousas criadas, sujeitas à interferência das forças naturais e da vontade dos homens. O possível abrange assim, até mesmo, o que rarissimamente acontece. Dentro dele cabem as mais abstratas e longínquas hipóteses. A probabilidade é o que, de regra, se consegue alcançar na previsão. Já não é um estado de consciência, vago, indeciso, entre afirmar e negar, indiferente. Já caminha na direção da certeza. Já para ela propende, apoiado nas regras da experiência comum ou da experiência técnica”.

magistrado uma determinada margem de *discricionariedade*, mas jamais verdadeiro arbítrio que se constituiria através da utilização do referido juízo amplo da *possibilidade* de dano que, assim, estaria apenas *subjetivamente fundado*, calculado de uma forma absolutamente imprecisa¹¹. Por outro lado, como adverte REIS, J.A. (1985, p. 26), não faria sentido que o juiz, para efeito de certificação do direito à cautela, houvesse de realizar um exame tão longo e tão refletido como o que efetua no processo principal. A proceder de tal forma, o processo cautelar perderia sua razão de ser e mais valeria à parte esperar pela decisão definitiva.

A *plausibilidade* do dano é avaliada pelo juiz, segundo as regras do livre convencimento, de modo que não dispense a fundamentação ou motivação de seu conhecimento; mas isto dar-se-á com muito maior liberdade de ação do que na formação de *certeza* que se exige no processo definitivo (THEODORO JR., 1976, p. 78).

De qualquer maneira, “a decisão deve ser *objetiva*”, isto é, “deve atender aos *fatos provados*, dos quais resulte aquela *plausibilidade*” (LOPES DA COSTA, ob. cit., p. 45).

É ponto tranquilo na doutrina, por outro lado, que o *risco de dano* deve corresponder sempre a fatos que venham desequilibrar efetivamente uma situação preestabelecida entre as partes, de modo que o perigo preexistente ou coexistente com o nascimento da pretensão realmente justifique a tutela cautelar, em forma de medida liminar¹².

11 Juízo de possibilidade de dano - Não obstante o elogiável esforço da doutrina e da jurisprudência, nos últimos anos, no sentido de precisar a margem de discricionariedade dos julgados para a avaliação da presença ou não do requisito do *periculum in mora*, através especialmente do estabelecimento dos conceitos dos diferentes juízos de probabilidade e de possibilidade e, sobretudo, da questão da plausibilidade do fundamento invocado, uma parte extremamente minoritária e praticamente isolada, tanto na doutrina como na jurisprudência, ainda insiste na utilização da expressão genérica “possibilidade” para registrar a presença ou não de dano a que alude o *periculum in mora*. “No âmbito da cautelar cabe, apenas, ao julgador perquirir da *possibilidade* do dano grave consequente à ineficácia do processo principal *periculum in mora* e dos indícios de um possível direito *fumus boni iuris* a ser acatelaados. Tais são as condições ou requisitos específicos da tutela cautelar” (ac. unân. da 8a Câmara do TJRJ, de 22.10.85, no agr. 9.476, rel. des. Eugênio Sigaud) (grifos nossos).

12 Deve ser assinalado, por oportuno, que o motivo determinante (objetivo finalístico) do deferimento da medida liminar em mandado de segurança (a exemplo de outras ações que admitem tal provimento administrativo-cautelar) é, sobretudo, o acautelamento quanto à possibilidade (em verdade, probabilidade-plausível ou simplesmente plausibilidade) de o provimento final (meritório) tornar-se ineficaz ou, em outras palavras, uma garantia cautelar quanto à plena inteireza da sentença, afastando, desta feita, o denominado dano processual de impossível reparação (irreparável) ou, no mínimo, de difícil reparação.

Por efeito - de forma diversa do que pode parecer à primeira vista -, o dano a que alude a legislação vertente para caracterizar o principal requisito de concessão da ordem liminar, necessariamente, concerne ao chamado dano processual, ou seja dano à efetividade do provimento jurisdicional meritório que, a seu tempo, venha a reconhecer o direito autoral. Não se trata, pois, de dano à coisa ou às pessoas (hipótese excepcional presente apenas nas denominadas cautelares administrativas) e nem mesmo de dano necessariamente irreparável, bastando ser de difícil reparação posto que o dano processual de fácil reparação permitiria a plena e adequada correção no momento imediatamente subsequente à prolação do pronunciamento judicial sentencial.

“A ineficácia da sentença que defere o mandado de segurança não ocorre apenas quando o *dano decorrente do ato impugnado seja irreparável*. Para que se possa afirmar tal ineficácia, basta que a sentença que defere o mandado de segurança não tenha a aptidão de, ela própria, corrigir a ilegalidade de modo útil, vale dizer, determinando desde logo a reparação do dano” (**Mandado de Segurança em Matéria Tributária**, 4ª ed., São Paulo, Dialética, 2000, p. 114).

Como bem lembra CONIGLIO (1976, p. 79), a insolvência iminente que justifica um arresto não é a mesma que preexistia e era conhecida do credor ao tempo da constituição da dívida. O perigo de se tornar inexecúvel o crédito deve surgir após sua criação, como fato novo, que agrave as condições econômicas do devedor.

Nessa mesma ordem de ideias, PONTES DE MIRANDA (2000, p. 312) reafirma que as medidas cautelares supõem “*superveniência dos fatos e necessidade de se afastar o óbice da antecedência ou mesmo da coexistência do perigo de dano*”.

Acertada, pois, é a conclusão de SILVA (1974, p. 70-71), segundo a qual “o perigo de perda do interesse, ou de graves danos posteriores ao nascimento do próprio direito, ou deve corresponder, pelo menos, a um agravamento da situação perigosa preexistente, ou, finalmente, sendo anterior à constituição da pretensão, era de tal natureza que o pretendente à segurança não poderia razoavelmente conhecer”.

2.2. Do *Fumus Boni Iuris*

Logo em seguida ao exame da indispensável presença do requisito fundamental do *periculum in mora*, a comprovação da efetiva existência

Por esta sorte de considerações, condenável, como bem adverte HUGO DE BRITO MACHADO (*in* “A Medida liminar e o *Solve et Repete*”, **Correio Brasiliense**, 14.5.2001), a decisão do TRF da 5ª R. (AI 25.660-PE, julg. 19.9.2000, **Boletim de Jurisp.** nº 132/2001, p. 59), que concluiu que “a cobrança de tributos não configura dano irreparável, pois é franqueada ao contribuinte a via da ação de repetição de indébito, o que torna perfeitamente possível o retorno ao *status quo ante*”, considerando que a exigência da lei *in casu* cinge-se apenas ao dano processual de difícil reparação e igualmente não à ampla possibilidade - e sim à plena e restrita plausibilidade - de completo retorno ao *status quo ante*, o que, em muitas situações, resta improvável pela via do ajuizamento (posterior) da ação de repetição de indébito ou de qualquer outro processo cognitivo. Portanto, como bem já decidiram o STF (ADIn nº 567-DF, rel. min. ILMAR GALVÃO, julg. em 12.9.91, DJ de 4.10.91, p. 13.779; RTJ Gen 138/60) e o próprio TRF da 5ª R. (MS 48.557-PE, julg. em 7.4.95), o dano processual, caracterizador do pressuposto cautelar, é todo aquele cuja reparação não pode ser determinada plenamente (em sua efetiva inteireza) pela própria sentença proferida na sede da ação principal (mandamental ou de outra natureza, conforme o caso), traduzindo a sua necessária e sinérgica efetividade jurisdicional.

do pressuposto do *fumus boni iuris* faz-se mister para a conclusão final da primeira fase do exame de viabilidade da *medida liminar* (em mandado de segurança, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública, dentre outras, ou como antecipação de tutela na ação cautelar) vindicada ou derivada do Poder Cautelar Genérico.

“Conforme estabelece o nosso sistema jurídico, na ação cautelar para a concessão de liminar não basta, tão somente, a afirmação de sua necessidade formulada pelo requerente, a qual, mais das vezes, constitui uma opinião puramente subjetiva, mas, principalmente, da *demonstração do requerente, da existência dos requisitos específicos da tutela cautelar*, para que o juiz possa realizar a sua indispensável avaliação e se convencer ou não da necessidade de conceder a liminar requerida” (ac. unân. 1.105/88 da 1ª Câm. do TJAL no agr. 5.618, rel. des. PAULO DA ROCHA MENDES; **DJAL**, de 1.9.89; *Adcoas* 1990, nº 128.860) (grifos nossos).

“Em temas de cautelar, não demonstrada satisfatoriamente a presença do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**, escoreito o **decisum** de primeiro grau que dá pela sua im procedência” (ac. unân. da 1ª T. do TJMS, de 1.8.89, na apel. 263/89, rel. des. MILTON MALULEI).

Segundo o pensamento de CALAMANDREI (1945), que já tivemos a oportunidade de expor neste trabalho, o objetivo último da providência cautelar, ínsito na medida liminar (seja nas ações de rito especial que a proveem ou na ação, de rito especial sumário, cautelar), é exatamente o de antecipar os efeitos da providência definitiva, com o propósito derradeiro de prevenir o dano que, em última instância, poderá advir com a demora natural da solução final do litígio ou até mesmo em decorrência de má-fé de uma das partes.

Dada a própria urgência da medida preventiva, evidentemente não é possível ao julgador o exame pleno do direito material invocado pelo interessado (mesmo porque isto é objetivo do julgamento de mérito na ação principal e não do procedimento liminar), restando, apenas, uma rápida avaliação quanto a uma “*provável* (não simplesmente *possível*) existência de um direito” – a ser verificado pelo juízo próprio de *plausibilidade*

–, que, em última análise, será oportunamente tutelado no momento da apreciação do pedido meritório principal, ou seja, quando do julgamento da segurança no *mandamus*, da sentença no *habeas corpus* na ação popular e na ação civil pública, entre outras ações que admitem *liminar*, ou, ainda, no julgamento do processo principal no caso da ação cautelar.

É exatamente isto, por efeito, que constitui o denominado *fumus boni iuris*, ou seja, “o juízo de *probabilidade* e *verossimilhança* do direito cautelar a ser acertado” (CASTRO VILLAR, 1971, p. 59).

Fiel a seu entendimento de que a cautela é medida antecipatória da eficácia do provimento definitivo, ensina CALAMANDREI (*apud* CASTRO VILLAR, ob. cit., p. 59-60) que a declaração de certeza de existência do direito é função do processo principal: “para a providência cautelar basta que, segundo um *cálculo de probabilidades*, possa-se prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar”.

Mas este não é, contudo, o único entendimento aceito pela moderna doutrina a respeito do tema. Segundo o pensamento de vários autores que seguem os ensinamentos de CARNELUTTI (1958, p. 356), não se deve ver na tutela cautelar qualquer tipo de acertamento da lide, nem mesmo provisório, mas sim “uma verdadeira *tutela ao processo*”, a fim de assegurar-lhe unicamente eficácia e utilidade práticas ou, em outras palavras, uma tutela específica que busca apenas e tão somente “evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa resultar da duração do processo” (CARNELUTTI, ob. cit., p. 356).

Comungamos, no entanto, do ponto de vista de que a essência da verdade sobre tão complexa questão não esteja, *data maxima venia*, definitivamente firmada, de forma irreduzível, nas posições extremadas de ambas as doutrinas sobre a matéria em epígrafe. Entendemos possuir a *medida liminar*, conforme anteriormente nos referimos, uma natureza jurídica tipicamente *administrativo-cautelar*, com conteúdo de julgamento discricionário, fundado na prudente valoração do magistrado (e não no simples arbítrio) em torno da oportunidade e da conveniência da decretação da medida, e com nítido objetivo de *provisão cautelar*, por excelência, garantidora, em última análise, da *efetividade* da sentença – sem almejar, por outro lado, tocar diretamente no seio do conflito, ainda que o faça, de forma limitada e por vias transversas –, em flagrante caráter excepcional, como antecipação parcial e provisória da própria decisão meritória

(e, por consequência, não se constitui uma simples “tutela do processo”, desprovida de qualquer essência mais abrangente, como doutrina CARNELUTTI), mas que, ao mesmo tempo, e, em nenhuma hipótese, pode ser confundida, em sua plenitude, com o mérito do pedido principal (como, em parte, defende CALAMANDREI), por corresponder exatamente a um conteúdo específico e particular, inerente à própria natureza da medida liminar, de forma ímpar e, portanto, dotada do atributo de exclusividade.

“O fumus boni iuris consiste na probabilidade de existência do direito invocado pelo autor da ação cautelar. Direito a ser examinado aprofundadamente em termos de certeza, apenas no processo principal já existente, ou então a ser instaurado. A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade e, por isso, seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo – sumaria cognitio” (do ac. unân. da 15ª Câm. do TJSP, de 7.6.89, na apel. 144.007-2, rel. des. RUY CAMILO; **RJTJSP** 121/104) (grifos nossos).

“A existência do direito acautelado é, no processo cautelar, aferida em termos de probabilidade e por isso seu exame é menos aprofundado, superficial mesmo – sumaria cognitio. Sobre o insucesso da ação principal, diga-se, em tese, que o Código admite, expressamente, a possibilidade de que alguém obtenha uma providência cautelar e, no entanto, venha depois a sucumbir no processo principal. Que mostra isso? Mostra exatamente que a concessão da providência cautelar não está condicionada à demonstração plena da existência do direito alegado pela parte. Pode acontecer que o juiz, diante dos elementos que lhe foram trazidos, suponha provável a existência desse direito, e, no entanto, mais tarde, através de investigação aprofundada que vai fazer sobre a matéria, chegue à convicção de que na realidade o suposto direito não existia. Agora, é evidente que pelo menos tem de haver elementos capazes, prima facie, de tornar razoável, aos olhos do juiz, a suposição da existência do direito – o fumus boni iuris” (ac. da 18ª Câm. do TJSP, de 16.3.87, nos embs. 89.820-2, rel. des. BENINI CABRAL; **Adcoas**, 1987, nº 115.982) (grifos nossos).

É exatamente sob essa ótica que o requisito do *fumus boni iuris* possui seu destaque, criando o verdadeiro liame subjetivo que associa

o mérito do pedido principal (*mérito primário*) ao mérito da providência cautelar (*mérito secundário*), cuja absoluta coincidência – em casos flagrantemente excepcionais – pode vir, até mesmo (em situações limítrofes), a dar origem às chamadas *medidas cautelares satisfativas*¹³.

O *fumus boni iuris* – correspondendo exatamente a um juízo específico de exame de probabilidade de efetiva existência do direito material reclamado (e não simplesmente, como deseja CAMPOS (1974, p. 132), “simples verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação” (que, em essência, se constitui numa garantia constitucional que nenhuma norma infraconstitucional poderia, *a priori*, restringir)) –, ao lado do *periculum in mora*, se constitui, portanto, no próprio e específico *conteúdo de fundo* (coloquial e convencionalmente chamado de “*meritório*”) da *providência cautelar* (e da ação cautelar, em especial¹⁴), não podendo ser entendido, em nenhuma hipótese, apenas como simples condição específica da ação instrumental autônoma cautelar ou de seu *substrato liminar*, salvo quando o juízo valorativo dirige-se única e exclusivamente para os requisitos de concessão, e não para o seu conteúdo.¹⁵⁻¹⁶

13 *Fumus boni iuris* como elemento de ligação entre o mérito cautelar e o mérito da ação principal. É evidente que não estamos aqui a sustentar que o fundamento da pretensão cautelar seja exatamente o mesmo do fundamento material alegado pela parte. Mas, ao mesmo tempo, negar, por completo, qualquer relação entre os diversos fundamentos de ambas as pretensões (a principal e a cautelar) através do *fumus boni iuris* (liame subjetivo que incontestavelmente as une), como deseja Liebman (1968, p. 36), amparado na doutrina de Carnelutti – ao defender na providência cautelar a existência de uma “mera ação” à base de simples interesse e não de autêntico direito subjetivo (especialmente no caso das ações cautelares) –, é permitir negar a própria existência do requisito em questão (o *fumus boni iuris*) nas ações cautelares, como chegou a defender Campos (1974, ps. 128-132): “Se o processo cautelar tem por fim tutelar o processo, o que se acerta no seu decorrer é a existência de ameaça ao direito da parte ao processo, isto é, ao direito de ação, que não se confunde de forma alguma com o direito subjetivo material.”

14 Equivalência da sentença na ação cautelar à medida liminar nos *writs* constitucionais - Na verdade, a medida liminar em mandado de segurança, ação popular e ação civil pública é muito mais aproximada, em termos de equivalência à medida cautelar, insita na ação cautelar, do que propriamente, como supõem os menos avisados, equivalente à medida liminar prevista no art. 804 do CPC, cuja natureza jurídica é de simples antecipação da própria medida cautelar. Não obstante a medida liminar, nas ações de rito especial que a preveem, não estar associada a um processo autônomo – como a medida cautelar na ação com idêntica designação – a exemplo desta última, a medida liminar nos *writs* também possui um conteúdo meritório próprio e específico (cujo liame subjetivo que o associa com o mérito do pedido principal é exatamente o *fumus boni iuris*), considerando que muito embora esteja inserida no mesmo processo e, por efeito, na mesma ação, possui, em qualquer hipótese, em seu procedimento peculiar, um relativo e elevado grau de autonomia.

15 *Periculum in mora* e *fumus boni iuris* como condições específicas da ação cautelar - Em sentido contrário, no que tange especificamente às ações cautelares, temos, entretanto, as seguintes opiniões: “as cautelares sujeitam-se às condições comuns a toda ação e subordinam-se a requisitos específicos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*, gerando carência de ação a inexistência destas condições, a serem examinados ao prudente arbitrio do juiz” (ac. unân. da 2a Câm. do TAMG, de 21.12.88, na apel. 42.409, rel. juiz Garcia Leão; **RJTAMG** 34 e 37/340; **Adcoas**, 1989, no 125.490) (grifos nossos).

16 *Fumus boni iuris* como condição específica e particular da ação cautelar - Digna de menção, entretanto, é a posição de Campos (defendida em parte por Theodoro Júnior) e assente com Castro Villar, para quem, “ao acertar o *fumus boni iuris*, o juiz acerta apenas a probabilidade e verossimilhança do pedido cautelar e não do pedido de fundo” (Castro Villar, 1971, p. 61).

Em suma, o requisito da ação cautelar, tradicionalmente apontado como o *fumus boni iuris*, deve, na verdade,

“Tratando-se de medida cautelar, deverá ser a pretensão objetivamente razoável, dependendo da presença dos pressupostos especiais de **periculum in mora** e **fumus boni iuris**, sem o que faltará interesse para agir, impondo-se a extinção do processo por *carência de postulação*” (ac. unân. da 1ª Câ. do 2º TACivSP, de 1.6.88, na apel. 221.433-4, rel. juiz QUAGLIA BARBOSA; JTACivSP 11/382) (grifos nossos).

“...além das condições gerais, comuns a todas as ações – legitimidade de parte, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual –, as medidas cautelares devem ter duas outras condições especiais, o **fumus boni iuris** situado no campo da possibilidade jurídica e o **periculum in mora** situado no campo do interesse processual. (...) *considerados o periculum in mora e o fumus boni iuris como condições especiais de admissibilidade da ação cautelar, ou como o próprio mérito desta*, o que mais interessa é que não será tutela jurisdicional cautelar prestada, sem que tais requisitos estejam presentes” (do ac. unân. da 14ª Câ. do TJSP, de 29.12.86, na apel. 112.879-2, rel. des. MARCUS VINICIUS; RJTJSP 106/175) (grifos nossos).

2.3. Relevância do Fundamento do Pedido e Possibilidade Ampla de Concessão *Ex Officio* da Tutela Cautelar em Forma de Liminar

O direito positivo vigente explícita, de forma peremptória, o duplo fundamento da providência cautelar e, especificamente, os requisitos básicos da suspensão liminar do ato impugnado na ação mandamental, a saber: a) *a relevância do fundamento do pedido ou a relevância dos motivos alegados* (expressões sinônimas) e b) *a irreparabilidade* (ou, no mínimo, a extrema dificuldade de reparabilidade) futura do eventual dano produzido pelo ato impugnado, caso, mais tarde, fosse deferida a ordem

corresponder não propriamente à probabilidade de existência do direito material – pois qualquer exame a respeito só é próprio da ação principal –, mas sim à verificação efetiva de que, realmente, a parte dispõe do direito de ação, direto ao processo principal a ser tutelado (Campos, 1974, p. 132).

É importante mencionar, a propósito, que, para estes autores, o *fumus boni iuris* é mera condição específica da ação cautelar, não se constituindo em mérito da mesma, o que nos remete a uma curiosa conclusão: a ação cautelar, embora possua pressupostos processuais e condições genéricas e específicas, não possui qualquer conteúdo meritório e, portanto, talvez nem “ação possa ser considerada”.

(no julgamento da segurança vindicada), que seria, neste caso, totalmente inócua (porque extemporânea), ineficaz e inidônea para restabelecer o *status quo ante* (“Ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.” – Lei nº 12.016, de 07.08.2009, art. 7º, inc. III).

No mesmo sentido, as leis anteriores de 1936 e de 1939 punham em relevo as condições em que seria concedida a liminar: “quando se evidenciar desde logo a *relevância do fundamento do pedido*, decorrendo do ato impugnado lesão grave irreparável do direito do impetrante, poderá o juiz, a *requerimento do mesmo impetrante*, mandar preliminarmente sobrestar ou suspender o ato aludido” (Lei nº 191, de 16.1.36, arts. 8º, 9º); “quando se evidenciar a *relevância do fundamento do pedido* e puder do ato impugnado resultar lesão grave ou irreparável do direito do requerente, o juiz mandará, desde logo, suspender o ato” (Lei nº 1.608, de 18.9.39, art. 324, § 2º, que instituiu o CPC) (CRETELLA JR., 1980, p. 189)¹⁷ (grifos nossos).

A Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, entretanto, afastou quaisquer dúvidas a respeito, quanto à possibilidade ampla de o magistrado proceder *ex officio* na prestação da tutela cautelar, em forma de liminar, ao afirmar simplesmente que, “ao despachar a inicial, o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida” (art. 7º, inc. II). A nova Lei nº 12.016, igualmente, em seu art. 7º, inc. III, reforçou a mencionada tese jurídica.

É o magistrado, portanto, quem irá, em última análise, valorar o fundamento do pedido – como bem lembra CRETELLA JR. (ob. cit., p. 190) – ao apreciar o caso, em concreto, e julgar se o sobrestamento do ato impugnado é indispensável para que o deferimento extemporâneo da medida não se torne inócua, ou ineficaz. A *liminar* não tem, portanto, de ser, necessariamente, objeto do pedido. Decorre da própria natureza do ato a ser desfeito. E quem decide isso é unicamente o juiz, *sponte sua*,

¹⁷ É importante ressaltar que no regime de vigência da Lei nº 191, de 1936, a liminar era concedida tão somente mediante iniciativa do impetrante (arts. 8º, 9º), considerando-se decisão ultra petita aquela que ordenasse a suspensão do ato, sem aquela solicitação da parte. O Código de Processo Civil de 1939, é interessante notar, prestigiava esse modo de considerar as coisas, ao preceituar que “o juiz não pode pronunciar-se sobre o que não constitua objeto do pedido”.

dispensando a anterior necessidade inafastável de provocação pelo impetrante no *mandamus*.

O impetrante pode, como leciona CRETELLA JR., muitas vezes, nem atinar com a necessidade da *liminar*. O impetrante dá os fatos, assinala, ao mesmo tempo, a natureza lesiva do ato impugnado. Prova, documentalmente, o alegado. O juiz decidirá, em última análise, se o socorro é urgentíssimo ou apenas urgente¹⁸.

Não tem razão, portanto, SANTOS (1973, p. 158), quando diz que “a suspensão liminar do ato depende de requerimento da parte a ser formulado com a inicial, ou em qualquer fase do processo”.

Muito pelo contrário, a razão está, certamente, com a doutrina de NUNES (1956, p. 348), quando escreve que “a suspensão liminar está facultada ao juiz para que não se frustre o direito reclamado, quando bem fundado o pedido, considerando ser esta uma apreciação em que o juiz terá que se mover necessariamente com certa liberdade.¹⁹ Se for motivo de razoável receio que o mandado a ser ulteriormente concedido já se encontre irreparavelmente comprometido quanto ao direito reclamado – como no caso em que se desse posse ao funcionário nomeado, com preterição do impetrante –, é fato que a eventual irreparabilidade, ainda que relativa (porque menos atingido o impetrante do que o erário público que teria que suportar o ônus do pagamento dos funcionários) já seria razão suficiente para suspensão liminar”.

No mesmo sentido, SIDOU (1969, p. 347) esclarece que o fundamento é de ordem subjetiva e não processual. Postule ou não o queixoso a suspensão do ato lesivo, o juiz diligenciará nesse sentido, sob pena de, não o fazendo, esbarrar em casos diante dos quais sua sentença não terá razão de ser. “Será um julgamento vazio”.

Por efeito conclusivo, a apreciação do *fundamento relevante* é *facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apreciação de sua própria existência e, a partir daí, a sinérgica operacionalização de um móvel capaz de – em conjunto com os demais requisitos indispensáveis ao deferimento da medida liminar – fa-

18 O exemplo do mandado de segurança se aplica, por perfeita analogia, aos demais casos de ação popular, ação civil pública e ação cautelar, esta última, inclusive, por específica disposição legal do CPC, interpretada por extensão quanto ao seu alcance.

19 Concessão *ex officio* da tutela cautelar em forma ou não de medida liminar pelo juiz - Esta posição doutrinária, flagrantemente majoritária, segundo a qual a tutela cautelar, em forma de medida liminar ou não, pode ser concedida *ex officio* pelo magistrado, independentemente de provocação pelas partes, é importante lembrar, já foi por nós exaustivamente abordada no capítulo específico que trata do Poder Cautelar Geral e Genérico.

zer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio* e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida liminar, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

“(…) A cautelar visa à segurança e não ao reconhecimento do direito” (ac. unân. da 7ª Câm. do TJRJ, de 21.5.85, na apel. 36.501, rel. des. GRACCHO AURÉLIO; **RF** 291/243).

“A medida liminar é provimento cautelar de segurança, quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida a final (art. 7º, inc. II). Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante, se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A medida liminar não é concedida como antecipação dos efeitos da sentença final; é procedimento acautelador do possível direito do impetrante, justificado pela iminência de dano irreversível de ordem patrimonial, funcional ou moral, se mantido o ato coator até a apreciação definitiva da causa. Por isso mesmo, não importa em prejulgamento; não afirma direitos; nem nega poderes à administração. Preserva apenas o impetrante de lesão irreparável, sustando provisoriamente os efeitos do ato impugnando” (MEIRELLES,1988).

2.3.1. Relevância do Fundamento do Pedido, *Fumus Boni Iuris* e *Periculum in Mora*

A doutrina majoritária tem entendido que são requisitos para a suspensão liminar do ato impugnado no *mandamus*, consoante o art. 7º, inc. III, da Lei nº 12.016/09, *verbis*:

“Art. 7º Ao despachar a inicial o juiz ordenará:

III – que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando *houver fundamento relevante e do ato impugnado puder*

resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.” (grifos nossos)

Tais requisitos se identificam perfeitamente com os pressupostos genéricos para a concessão da medida liminar, ou seja, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Como se depreende claramente da norma transcrita – art. 7º inc. III, da Lei nº 12.016/09 – a providência liminar visa a “paralisar a prática de ato lesivo até o pronunciamento definitivo do Poder Judiciário” (TEMER, 1989, v. 14/15, p. 76) ou “a incolumidade da sentença” (SIDOU, 1980, nº 2, ps. 31-42) assegurando conseqüentemente “a possibilidade de satisfação a ser declarada em sentença do direito do impetrante” (NUNES, 1956, p. 349) o que se constituiria visivelmente nos mesmos objetivos das medidas cautelares de modo geral (e, por efeito, seus requisitos seriam os mesmos).

“O problema do relacionamento da *providência cautelar* com o mandado de segurança não é propriamente de compatibilidade. Que esta existe, não resta a menor dúvida, haja vista a *natureza essencialmente cautelar nas liminares* próprias do mandado. A *liminar* aí funciona como autêntica cautela inibitória atípica, de enorme importância e extensão, como imperativo mesmo de caráter constitucional da segurança, inserida, como é, no capítulo dos direitos e garantias individuais. Pode-se afirmar, pois, sem exagero, que a medida cautelar encontra no mandado de segurança o reconhecimento mais importante de sua imprescindibilidade, já que, na maioria dos casos, só através dela deixará de frustrar-se o direito subjetivo que a Constituição ampara com a ação de segurança contra os atos ilegais ou abusivos da autoridade pública” (LIMA, 1986, v. 42, p. 7).

Quanto ao fato de ter a medida liminar em mandado de segurança, pelas suas próprias características e finalidades, *a mesma feição nítida de igual providência em ação cautelar – nominada ou inominada*, com as vantagens e ônus decorrentes do próprio ato, praticamente, ninguém tem qualquer dúvida.

A questão coloca-se exatamente em saber se o requisito da “relevância do fundamento do pedido” corresponde ou não exatamente ao *fumus boni iuris* – ou, até mesmo, em parte, ao *periculum in mora* – em qualquer medida liminar, presente indistintamente nos *writs* constitucionais ou mesmo na ação cautelar, na qualidade de antecipadora de tutela cautelar.

Embora estejamos – possivelmente pela primeira vez neste trabalho – em posição francamente minoritária, entendemos pela doutrina segundo a qual a “relevância do fundamento do pedido”²⁰ constitui-se em um terceiro e autônomo requisito para o deferimento da medida liminar, tanto no mandado de segurança (disposição legal expressa) como na ação popular, na ação civil pública e na ação cautelar, perfazendo – em conjunto com o quarto requisito (a não produção do *periculum in mora* inverso) – a segunda fase do juízo próprio de admissibilidade da medida liminar.

2.4. *Periculum in Mora* Inverso

Durante a segunda fase do exame do juízo de admissibilidade da medida cautelar, em forma de liminar ou não - ao lado do requisito da “relevância do fundamento do pedido” e, necessariamente, após a comprovação dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (relativos à primeira fase do exame do juízo de admissibilidade da medida) -, resta o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora* inverso ou, mais especificamente, na sua “não produção”, consistente, exatamente, no afastamento, por seu turno, da eventual concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação) contra o réu (impetrado ou requerido), como consequência direta da própria concessão da medida liminar eventualmente deferida ao autor (impetrante ou requerente).

20 Fundamento jurídico do pedido e fundamento relevante - Beznos (1982, v. 31) traça um interessante paralelo entre o fundamento relevante, como requisito da liminar, e o “fundamento jurídico do pedido”, como um dos requisitos preconizados pelo art. 282 do CPC. O autor afirma que o fundamento jurídico nada mais é que uma relação de adequação lógica entre os fatos descritos e as consequências pedidas.

Quanto à relevância que se pode exigir desse fundamento jurídico, Beznos entende que ela consiste apenas na viabilidade aparente (e daí a confusão com o requisito do *fumus boni iuris*) de que os fatos descritos possam redundar na consequência pedida no mandamus. Exigir mais do que isto seria impor um prejulgamento do mérito da segurança, para a outorga ou não da liminar. Arrematando: relevante será o fundamento possível dentro do ordenamento jurídico, capaz de levar à conclusão pedida pelo impetrante.

Por fim, alerta o ilustre articulista que, presente essa relação de adequação entre os fatos narrados e a providência pedida, deve o juiz atentar muito mais para o *periculum in mora* sob pena de, em muitas circunstâncias, aniquilar o direito constitucional de defesa pelo *writ*.

“(...) considero, na verdade, que o **periculum in mora** existente no mandado de segurança não é uma via de mão única. O **periculum in mora** é uma via de dupla mão de direção. Há que se atentar que, à medida que possa existir o perigo da demora ao direito do administrado, muitas vezes pode concorrer o **periculum in mora** ao direito de administração” (BENZOS, 1986, p. 117-118).

“Na concessão de liminar, pela ampla discricção com que age, deve o juiz redobrar de cautelas sopesando maduramente a gravidade e a extensão do prejuízo, alegado, que será imposto aos requeridos (...)” (ac. unân., da 1ª Câm. do TJRS, de 26.2.85, no agr. 584.044.135, rel. des. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO; RT 598/191).

Embora não se refira nominalmente ao *periculum in mora* inverso, sem a menor sombra de dúvida, salta aos olhos a competente afirmação assente com a doutrina - do ex-desembargador do TJRS e ministro aposentado do STJ ATHOS GUSMÃO CARNEIRO - a respeito do tema e que traduz, com absoluta fidelidade, a essência deste quarto e não menos importante requisito, ainda que sem a expressa alusão ao seu *nomen iuris*.

“Vale colacionar no ensejo a norma do art. 401 do CPC de Portugal em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar ‘*salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela se quer evitar*’. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha o magistrado prudentemente perquirir sobre o **fumus boni iuris**, sobre o **periculum in mora** e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares)” (CARNEIRO, mar./jun. 1992) (grifos nossos).

No mesmo sentido, relaciona LACERDA (1998, v. III), tratando do Poder Cautelar Geral e afirmando a prudência com que deverá agir o juiz, no que tange à observação do requisito do *periculum in mora* inverso:

“as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre ínsito nas providências cautelares”, devem ser sempre observadas bilateralmente, eis que se encontra diretamente em jogo “o bom nome e até a seriedade da justiça”.

De forma inclusive mais contundente, adverte também ARAGÃO (1990, v. 42) que “há certas liminares que trazem resultados piores que aqueles que visavam evitar”.

A não produção do denominado *periculum in mora* inverso, necessariamente implícito no próprio bom senso do julgador, portanto, desponta inegavelmente como um pressuposto inafastável para a decisão final pela concessão da medida liminar, - a ser sempre e obrigatoriamente verificado, de forma compulsória -, uma vez que, em nenhuma hipótese, poderia ser entendido como um procedimento lícito a modificação de uma situação de fato perigosa para uma parte - mas tranquila para outra - por uma nova que apenas invertesse a equação original, salvaguardando os interesses de uma das partes em detrimento da outra e ao elevado custo da imposição de gravames (até então inexistentes e por vezes até mesmo insuportáveis²¹).

“Ação cautelar. Liminar. Cassação, pois que o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora militam**, no caso, em favor da parte contrária. Se o **fumus boni iuris** e o **periculum in mora militam** em favor do requerido, dá-se provimento ao agravo para cassar-se a liminar deferida em favor dos requerentes.” (ac. 2ª T./TRF - 1ª R., A.I. 91.01.06748-6/MG (u)., rel. juiz HÉRCULES QUASÍMODO, DJ 13.4.92, Seção II, p. 9.112).

Por outro lado, a ausência de um estudo mais apurado sobre a efetiva presença dos principais requisitos autorizadores para o deferimento da medida liminar vindicada (relativo ao que entendemos por bem denominar primeira fase, ou seja, *periculum in mora* e *fumus boni iuris*), além de um juízo reflexivo mais abrangente quanto à *relevância do fundamento do pedido* (relativo à chamada segunda fase ou fase subsequente da avaliação), pode ensejar, por parte do magistrado, uma indesejável análise superficial da questão, conduzindo-o a um eventual e leviano deferimen-

21 Escolha na imposição do gravame à parte pelo julgador - O próprio princípio da imparcialidade do julgador jamais poderia licitamente permitir a “escolha” consciente da imposição de qualquer gravame a uma das partes, até porque este não é o verdadeiro objetivo do processo cautelar autônomo ou do procedimento cautelar em forma de liminar que visa exatamente a encerrar a eventual situação de risco, garantindo a certeza da decisão final e, por consequência, a efetividade da sentença.

to da medida (que sempre sustenta caráter de absoluta excepcionalidade, ou seja, em caso de dúvida, quanto à efetiva presença dos pressupostos, a *não concessão da medida liminar deve ser a regra*) em virtual prejuízo do próprio instituto cautelar, com flagrante resultado de desprestígio à justiça, em termos gerais, e ao Poder Judiciário, em particular, podendo até mesmo vir a constituir-se em instrumento capaz de produzir uma excepcional e teórica situação análoga de *periculum in mora* inverso contra a, em princípio, intangível acepção maior do *Estado-juiz*²².

“A concessão, indiscriminadamente transformada em verdadeira benesse, vem retirando a seriedade do denominado remédio heróico, enfraquecendo o **writ** como **remedium iuris** excepcional, em desprestígio da própria justiça enquanto instituição. E, não raras vezes, após a concessão da *liminar*, o mandado não é provido, mas o fato já se tornou irreversível e consumado. A concessão de liminar há, portanto, de ser precedida de criterioso estudo, só se concedendo em caso de iminente e irreparável lesão. A concessão de *liminar* há, portanto, de ser precedida de criterioso estudo, só se concedendo em caso de iminente e irreparável lesão. *A concessão indiscriminada de medidas liminares poderá levar ao referendo de caprichos e procrastinações, às vezes irreversíveis, com desprestígio do próprio Poder Judiciário (...)*” (OLIVEIRA, 1988, p. 194) (grifos nossos).

22 Condições fundamentais para a ampla aceitação do Judiciário pela sociedade - LUHMAN (apud FALCÃO, 1992, p.7) aponta três condições fundamentais para o Poder Judiciário ser aceito pela sociedade: a) produzir decisões (sentenças); b) implementar decisões; e c) solucionar ou minorar, de forma real, o conflito aparentemente resolvido na sentença.

Embora a primeira condição pareça óbvia porque todos, aparentemente, vão ao Judiciário para buscar uma decisão (na realidade fática), esta condição preliminar não só não é óbvia, como ainda é de difícil operacionalização porquanto (talvez, até na maioria dos casos) os jurisdicionados não buscam no Poder Judiciário propriamente uma decisão e, sim, buscam, na maioria dos casos, evitar esta mesma decisão.

O aparente paradoxo, no entanto, é resolvido pela simples observação da prática judiciária do dia a dia. Por exemplo, quantas pessoas, de fato, preferem recorrer à Justiça, através de medidas cautelares (com previsão liminar), para, através, de pseudogarantias de fiança bancária, deixar, - ou pelo menos adiar *sine die* - de recolher importante volume de tributos ao fisco, sob os mais diversos argumentos que mais tarde - ou mesmo concomitantemente em processo equivalentes - são julgados improcedentes ou, na verdade, não possuíam qualquer chance real de êxito? Quanto inquilinos, segundo o próprio exemplo de FALCÃO (ob. cit.), preferem recorrer ao Judiciário a pagar o aumento do aluguel contratado, apostando num eventual acordo com o proprietário premido pela lentidão de uma solução final (ou de uma eventual anistia fiscal, no primeiro caso)?

Portanto, nem mesmo podemos afirmar que a primeira condição para o Judiciário ser aceito pela sociedade encontra-se, de forma plena e absoluta, satisfeita.

2.4.1. *Periculum in Mora* Inverso e Grave Lesão à Ordem Pública

Não obstante ser considerada tradicional a nomenclatura *grave lesão à ordem pública*, consagrada pela redação do art. 4º da Lei nº 4.338/64, *verbis*:

“Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar *grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e economia pública*, o presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, poderá suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar e da sentença; dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato” (grifos nossos).

É importante advertir que essa expressão não é absolutamente sinônima do termo *periculum in mora* inverso (na qualidade de pressuposto fundamental para a concessão da medida liminar), guardando, na verdade, em relação a este, uma íntima relação de *espécie e gênero*.

Por efeito, o requisito da não produção do denominado *periculum in mora* inverso abrange, em sua plenitude, o chamado risco de *grave lesão à ordem pública* (incluindo, neste último, a *ordem administrativa em geral*²³), sem, no entanto, esgotar o instituto, uma vez que, reconhecidamente, pode também existir a hipótese em que o *gravame* (ou prejuízo efetivo irreparável ou de difícil reparação) derivado do eventual deferimento da medida liminar (sobretudo como antecipação de tutela cautelar na ação própria), venha a atingir apenas um particular e, por consequência, um interesse eminentemente privado.

A conclusão, portanto, é no sentido de que o pressuposto genérico da não produção do *periculum in mora* inverso (ou *reverso*) possui uma dimensão muito mais ampla que, necessariamente, transcende ao simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por esta razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior.

23 Ordem pública: Interpretando construtivamente e com largueza a ordem pública, o então presidente do TFR e posteriormente ministro do STF, JOSÉ NERI DA SILVEIRA, explicitou que “Nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas” (TFR, Suspensão de Segurança nº 4.405 - SP, DJU de 7.12.79, p. 9.221).

2.4.2. Das Divergências Perceptivas sobre o *Periculum in Mora Inverso*

Não obstante a mencionada consagração da expressão “*periculum in mora inverso*”, é importante ressaltar que muitos equívocos e uma certa incompreensão do novel requisito ainda continuam a existir no seio da nossa comunidade acadêmica.

Muito provavelmente, a confusão mais comum é exatamente a de não compreender que o *periculum in mora inverso* é precisamente a *concepção reversa* do mais importante pressuposto autorizativo para a concessão da *tutela cautelar* ou *antecipatória*, em forma de provimento *liminar*, ou seja, o “*periculum in mora*”.

Neste sentido, alguns articulistas têm apontado, em evidente equívoco, que o requisito negativo consubstanciado no *periculum in mora inverso* se traduz pela previsão original ínsita no art. 273, § 2º, do CPC (“Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de *irreversibilidade* do provimento antecipado”) (CAMPOS, 2008; CHAVES, 2012; LEME, 2013), ainda que, curiosamente, alguns autores aparentam, em suas respectivas dissertações, compreender a natureza intrínseca do *periculum in mora inverso* na qualidade de verdadeiro *contraponto* ao requisito básico e fundamental do “*periculum in mora*”.

“(...) situação em que há *risco* para ambas as partes, devendo o magistrado, nos moldes dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferir a *potencialidade ou intensidade desses riscos para cada lado* (...)” (LEME, 2013, p. 5)

Oportuno ressaltar que o instituto da *Tutela Antecipada*, de forma diversa da *Tutela de Segurança Cautelar*, possui, além do requisito do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (ainda que com uma roupagem diversa²⁴) -, a necessária *reversibilidade* dos *efeitos*²⁵ do provimento

24 Muitas vezes têm sido confundidos os diferentes conceitos da verossimilhança da alegação (típico requisito autorizador para a concessão de tutela antecipatória) com o tradicional *fumus boni iuris* (relativo ao pressuposto para o deferimento de tutela cautelar). Se é certo que ambos os institutos processuais guardam suas indiscutíveis semelhanças, é igualmente correto afirmar que não são idênticos por outro prisma, não obstante algumas vezes discordantes neste particular.

“Verossimilhança nada mais é do que o velho e conhecido requisito do *fumus boni iuris*” (Adriano Perácio).

Na verdade – através de uma arriscada simplificação –, seria razoável concluir que a verossimilhança da alegação (na qualidade de incontestado juízo de convencimento a ser procedido sobre o quadro fático apresentado pela parte) nada mais é do que um *fumus boni iuris* ampliado que melhor se traduz pela “semelhança ou aparência de verdade” do que propriamente pelo restrito conceito de “fumaça do bom direito”.

Essencialmente, trata-se de conceito menos abrangente do que o juízo amplo de possibilidade (veja a propósito maiores detalhes em nossa obra *Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares em Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Tutela Antecipada e Tutela Específica*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002), porém mais elástico do que o juízo próprio de probabilidade plausível, inerente ao requisito cautelar do *fumus boni iuris*.

25 Segundo lições de DINAMARCO (1995, p. 176-177), “as medidas inerentes à tutela antecipada, como já tivemos a oportunidade de consignar têm nítido e deliberado caráter satisfativo, sendo impertinentes quanto a elas as res-

antecipatório, ou, em outras palavras, o *instituto da tutela antecipada* além de possuir o *impedimento relativo*²⁶ da não produção do denominado *periculum in mora inverso*, também possui, em adição, o *impedimento absoluto*²⁷ quanto à reversibilidade do provimento antecipatório, não se confundindo, portanto, o primeiro, simples contraponto do requisito básico do *periculum in mora*, com o segundo, requisito expresso e específico vocacionado para as hipóteses de *tutela antecipada*.

Em qualquer hipótese, a verdade é, acima de tudo, que o requisito negativo do *periculum in mora inverso* é anterior ao próprio advento do instituto da *Tutela Antecipada* (1994) e alude, genericamente, nas palavras de FERRAZ, ao simples fato de que “*a liminar não deve ser concedida se o dano resultante do deferimento for superior ao que se deseja evitar*” (FERRAZ, 1996, p. 143).

“Havendo dúvidas objetivas sobre a localização efetiva da área ocupada, objeto de reintegração de posse, mais acon-

trições que se fazem à satisfatividade em matéria cautelar. Elas incidem sobre o próprio direito e não consistem em meios colaterais de ampará-los, como se dá com as cautelares.

Nem por isso o exercício dos direitos antes do seu seguro reconhecimento em sentença deve ser liberado a ponto de criar situações danosas ao adversário, cuja razão na causa ainda não ficou descartada. É difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). (Fala a lei em ‘irreversibilidade do provimento antecipado’, mas não é da irreversibilidade do provimento que se cogita. A superveniência da sentença final, ou eventual reconsideração pelo juiz, ou o julgamento de algum agravo, podem reverter o provimento, mas nem sempre eliminarão do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos).

Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva.

Uma cautela contra a irreversibilidade reside na aplicação de regras inerentes à execução provisória das sentenças. O § 3º do art. 273 manda aplicá-las para impedir a alienação de bens do réu e para condicionar à prévia caução idônea o levantamento de dinheiro. Dita a reversão à situação anterior em caso de desfazimento do título executivo, aplicando-se também essa regra à execução antecipada. Mas, ao remeter-se somente aos incisos II e III do art. 588 do Código de Processo Civil, aquele § 3º exclui a exigência de caução para dar início à execução provisória. De todo o disposto no § 3º resulta, pois, que a execução provisória das decisões antecipatórias com caráter condenatório far-se-á sem prévia caução mas não chegará à expropriação de bens penhorados e, propiciando embora o levantamento de dinheiro, condiciona-o a caução. (Nesses casos, estando assim satisfatoriamente garantida a reversibilidade, inexistem males a temer. A lei deixou de fora qualquer disposição sobre a responsabilidade civil do exequente, mas resulta das normas gerais de direito privado que, se prejuízos houver, por eles responderá quem se valeu da tutela antecipada e depois se positivou que não tinha direito).

Cautelas análogas o juiz adotará em relação a qualquer outro direito cujo gozo autorizar por antecipação. Determinando-se a entrega de bem móvel, exigirá caução idônea que assegure a devolução. Se for entregue bem imóvel o risco é menor. O cumprimento das obrigações de não fazer poderá ser exigido desde logo quando a atividade vetada é contínua e assim for puramente pecuniário o possível prejuízo (exige-se caução, se for o caso).

Sendo necessário conciliar o caráter satisfativo da tutela antecipada com o veto a possíveis efeitos irreversíveis da decisão que as concede, cabe ao juiz em cada caso impor as medidas assecuratórias que sejam capazes de resguardar adequadamente a esfera de direitos do réu (cauções, etc.)”

²⁶ Necessário contraponto ao requisito do *Periculum in Mora* originário e, portanto, necessariamente adstrito aos efeitos colaterais que o mesmo possa vir a produzir.

²⁷ Impedimento autônomo que alude à necessária reversibilidade da antecipação dos efeitos jurídicos de natureza meritória (direito material).

selha que se mantenha o *status* atual, afastando-se a demolição pretendida até que se ultimem as provas na ação de retomada, evitando o *estabelecimento de periculum in mora inverso* com a medida drástica referida” (TJSC; AI 222992 SC 2011.022299-2; Relator: Gilberto Gomes de Oliveira Julgamento; 2ª Câmara; 30/01/2012)

“Restando ausente a demonstração, de plano, da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, bem como presente o *periculum in mora inverso*, tendo em vista o caráter alimentar dos adicionais por serviços extraordinários devidos aos filiados ao Sindicato-réu, deve ser mantida a decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada.” (STJ; AgRg na AR 4076 PE 2008/0209876-0; Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura; 23/02/2011; 3ª Seção; DJe 03/03/2011)

“(...) ‘O *periculum in mora inverso* e o princípio da proporcionalidade devem ser considerados, pois ‘há liminares que trazem resultados piores que aqueles que visam evitar’ (Egas Moniz de Aragão)’ (AI n. , Des. Newton Trisotto)”. (TJSC; AG 67784 SC 2009.006778-4; Relator: Luiz César Medeiros; 3ª Cam.; 12/02/2010)

Neste prisma analítico, sintetizou bem a noção conceitual de *periculum in mora inverso* CARPENA, quando preconiza, de forma resumida, que “*periculum in mora inverso* nada mais é do que a verificação da possibilidade de deferimento da liminar causar mais dano à parte requerida do que visa evitar a requerente; (...) nenhum magistrado deferirá uma medida *initio litis* se averiguar que os efeitos de sua concessão poderá causar danos nefastos e deveras mais violentos do que visa evitar.”

Em necessário reforço, o já citado CARNEIRO (1992) relembra, com mérita propriedade, que “por vezes a concessão de liminar poderá ser mais gravosa ao réu, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado perquirir sobre o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado”.

Igualmente, DIAS (2005, p.55) reconhece, inclusive citando este autor, que “há setores na doutrina, contudo, que apontam para a neces-

sidade de não gerar a concessão um efeito mais gravoso que o que se pretende evitar com a providência cautelar”.

E, continua o mencionado autor, afirmando que “essa posição se impõe, porque, em princípio, o que se busca tutelar é a *eficácia da decisão de mérito*, e não os *interesses materiais das partes*.”

“O escopo último da tutela cautelar é garantir a higidez prática da decisão judicial meritória, sendo, em última instância, mais uma garantia assecuratória da efetividade jurisdicional que, por assim dizer, um modo de deferimento sumário e parcial da pretensão da parte. Embora não haja expressa previsão legal acerca do tema, a doutrina tem colocado em evidência que há a necessidade de garantia do tratamento isonômico das partes também no processo civil” (DIAS, 2005, p. 55)

Em idêntico sentido, SCHAEFER MARTINS (2003, p. 77) pontua que:

“O princípio da igualdade integra o princípio do devido processo legal, pois preconiza pela igualdade formal perante o Juiz que torna concreta a norma legal e pela igualdade processual no interior do processo. Este princípio realiza-se com o tratamento paritário dos litigantes no processo.”

Prosegue DIAS (2005), ainda sobre o tema, que “se de fato é assim, *não há como se pensar em uma tutela cautelar que acabe por produzir um efeito lesivo mais grave que aquilo que pretende evitar ou que simplesmente transfere de uma parte a outra o ônus conservativo decorrente do acautelamento da situação litigiosa*. A situação de produção de efeito de maior gravidade do aquele que se pretende acautelar ou mera transferência constitui-se em *inequívoca violação da isonomia* das partes, sobretudo quando se leva em consideração que no âmbito cautelar não há espaço para a proteção dos direitos alegados pelas partes. Embora o fundamento constitucional seja evidente, não se deve deixar de considerar que o próprio sistema positivo estabeleceu meios de compensação dos riscos quando a decisão cautelar contiver risco de quebra da isonomia processual. Esses meios são desdobramentos do princípio da isonomia processual a que se convencionou chamar de *procedimentos de contracautela*.”

É, portanto, através do instituto da *contracautela* que é possível, pelo menos em tese, se estabelecer um mecanismo que se, por um lado, não afasta por completo o *periculum in mora inverso* na qualidade de requisito impeditivo para a concessão de providências cautelares ou antecipatórias, em forma de medida liminar, ao menos minimiza seus efeitos.

“Tais institutos autorizam que em determinadas hipóteses o juiz possa fixar um meio de garantia de não produção do risco, ou pelo menos, criar um meio de *minimização do perigo* por meio de uma salvaguarda de cunho patrimonial.” (DIAS, ob. cit.)

“Antecipando alguma vezes o resultado final do processo, a medida cautelar, ao mesmo tempo em que afasta o **periculum in mora**, pode trazer o *risco de prejuízo para a parte que deve sofrer os efeitos dessa antecipação*. [...] Em tais hipóteses, como observa Calamandrei, a *caução* funciona como cautela da cautela ou contracautela.” (MARQUES, 2000, p. 437).

Neste sentido, o já citado DIAS (2005) afirma também que “do mesmo modo que está assente na mais moderna doutrina que não existe discricionariedade na oferta da proteção cautelar, quando verificar o juiz que a cautela ofertada induzir a situação mais grave que a originariamente reclamada, estará obrigado a exigir a prestação de caução ou outro meio adequado. Não se trata de um requisito genérico que deve ser avaliado pelo juiz no momento da concessão da tutela cautelar, mas a *inversão do risco*, gerando situação mais grave que a acautelanda demanda do juiz, com a finalidade de garantir a isonomia processual, a *contracautela* mais adequada. Admitir-se que possa o juiz determinar com a cautela ofertada situação mais grave ou apenas mero *deslocamento subjetivo do risco*, importaria em reconhecer a insubsistência do princípio da isonomia processual e tanto quanto isso desconfiguraria o caráter conservativo das ações cautelares. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que as contracautelas típicas (art. 804 do CPC) são institutos relacionados ao processo cautelar, não se estendendo a ações especiais como, por exemplo, o Mandado de Segurança. Assim, por via de exclusão, fixou que essas medidas são pertinentes ao âmbito cautelar, sempre que verificados os seus pressupostos.

Ainda mais especificamente quanto ao âmbito cautelar, contudo, o Superior Tribunal de Justiça assumiu posição de que, estando presente o efeito mais grave decorrente da concessão da proteção cautelar ou importando ela mero deslocamento do risco, é de se exigir a contracautela, não sendo, assim, mera faculdade judicial. Assim, a contracautela é vinculante ao juízo, quando evidenciada a situação de inversão do *periculum in mora*.” (DIAS, ob. cit., p. 55/56)

“Tais institutos - as medida cautelares e as contracautelas - representam duas faces da mesma moeda; elas se complementam de tal sorte que a compreensão dos limites e alcance das medidas cautelares imbrica-se com a percepção das fronteiras e extensão das contracautelas”. (CAVALCANTE *apud* DIAS, p. 54)

2.4.3. Cautela e Contracautela

Muito embora as normas infraconstitucionais relativas às medidas cautelares, em termos gerais, e às medidas liminares, em termos particulares, disciplinem diversas sanções para os eventuais prejuízos provocados pelo deferimento da providência cautelar – desde que promovida de *forma maliciosa* ou *por erro grosseiro* pela parte vindicante –, nem sempre a indenização prevista na lei poderá alcançar a própria irreparabilidade de determinados danos importantes impostos ao requerido/impetrado (ou mesmo a terceiros) pela própria efetivação da medida.

“A concessão de liminar, inúmeras vezes, causa danos a terceiros, atingidos pelos efeitos da medida, o que empenha a obrigação de indenizar, se o impetrante agiu com culpa (A parte que, maliciosamente, ou por erro grosseiro, promover medida preventiva responderá também pelos prejuízos que causar) – CPC de 1939, art. 688, parágrafo único” (CRETELLA JR., 1980, p. 193).

Nesses casos – ou ainda nas situações em que os eventuais prejuízos não são indenizáveis por ausência dos requisitos para tanto –, nem

mesmo a chamada *caução* em garantia ou *contracautela*, prevista em vários dispositivos da legislação infraconstitucional, especialmente o art. 804 do CPC/73 (e exigida ou não ao sabor do prudente arbítrio do juiz), pode ser indicada como efetiva solução ao problema que, por seu turno, somente poderá ser realmente evitado através da rigorosa observância do anteriormente mencionado requisito indispensável da não produção do *periculum in mora inverso*.

“A contracautela não é *conditio sine qua non* do deferimento da medida liminar e sim providência destinada a evitar o **periculum in mora resultante da concessão imediata da providência cautelar**. Do contrário, acabariam neutralizados os efeitos das medidas liminares, ou se dificultaria demasiadamente sua concessão (...)” (MARQUES, 1976, p. 370) (grifos nossos).

É evidente, entretanto, que em certas situações a *caução*, ou *contracautela* exigida pelo julgador, perfaz-se em providência suficientemente eficaz para afirmar, em última análise, o difícil e almejado equilíbrio cautelar no processo em discussão, garantindo a plena viabilidade do mesmo, no sentido da efetividade final do *decisum* meritório objetivado; como também é verdade que, em certos casos, o deferimento da medida liminar a uma das partes não possui o condão de impor qualquer ônus excepcional à outra parte, mantendo o desequilíbrio original que se buscava corrigir com a concessão da medida.

Por todas essas razões, é importante entendermos que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de “regra geral” que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada.²⁸⁻²⁹⁻³⁰

28 É oportuno registrar o fato de que o condicionamento compulsório da liminar à caução prévia existe no direito alemão (§§ 921 e 936 do ZPO) e no argentino (art. 199 do CPC federal).

29 É importante frisar que embora o Código de 1939 não cogitasse da caução como contracautela, a jurisprudência, durante sua vigência, passou a exigí-la, principalmente como condição de deferimento liminar da medida denominada da sustação do protesto cambial. Como se lê em acórdão da 5ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, datado de 16.5.73, “o abuso dos pedidos de sustação, como meio de ganhar tempo para cobrir fundos bancários, insuficientes, prolongando a mora sem sanção, fez com que os magistrados passassem a exigir o depósito prévio da quantia objetivada, como meio de cortar os excessos” (RT, 456/122).

30 Conforme salienta Lacerda (ob. cit., ps. 345-346), caução constitui meio genérico de garantia. O Código usa a expressão “caução real ou fidejussória”, já empregada pelo Código Civil nos arts. 419 e 729, para abranger as duas

“Caução fidejussória ou real é condição que fica a critério do magistrado que concede a liminar, já que *o art. 804 do CPC encerra norma meramente facultativa e não imperativa*” (ac. unân. 5.564 da 1ª Câ. do TJPR, de 10.3.87, no agr. 517/86, rel. des. OTO LUIZ SPONHOLZ; **Adcoas**, 1988, nº 116.596) (grifos nossos).

“Pelo art. 804 do CPC, a prestação de caução *é ato que fica a critério do juiz (...)*” (ac. unân. da 1ª Câ. do TJSC, de 8.11.88, no agr. 4.724, rel. des. PROTÁSIO LEAL; **Jurisp. Cat.** 62/204) (grifos nossos).

“(…) O instituto da caução tem por finalidade evitar o risco de abusos nas medidas cautelares, cuja concessão pertence exclusivamente à discricção do juiz. Assim como a concessão de medida cautelar sem audiência da parte contrária é faculdade que a lei concede ao juiz, da mesma forma *a exigência de caução, ou dispensa, para a respectiva concessão liminar, fica exclusivamente ao arbítrio do magistrado, sem que se possa ter como ofensiva ao direito do interessado uma ou outra solução escolhida pelo julgador. (...)*

Desde que conscientizado da existência do bom direito em favor do autor e inexistindo risco de lesão grave e de difícil reparação, pode o juiz dispensar a caução, sem que sua decisão implique ofensa, ao direito da parte contrária” (do voto

espécies destacadas pela doutrina. Como exemplos de caução real, citam-se a hipoteca, o penhor, a anticrese e o depósito de títulos de crédito, equiparável a penhor pelos arts. 789 e segs. do Código Civil, bem como o de outros títulos e valores mercantis. Consideram-se também cauções reais os depósitos judiciais em garantia, feitos em dinheiro ou em outros bens móveis ou imóveis, embora não formalizados em penhor ou hipoteca. As cauções fidejussórias possuem natureza pessoal. Seu exemplo típico é a fiança, mas nelas incluem-se igualmente outros negócios jurídicos de garantia, como a cessão ou promessa de cessão condicional de créditos ou direitos de outra natureza. Qualquer destas modalidades serve à contracautela, apesar de serem mais comuns e usuais a fiança e o depósito em dinheiro. A jurisprudência tem admitido, também, o depósito de mercadorias e o penhor (RT, 500/112 e 114). Na caução do art. 804 deparamos com a interessante figura de cautela enxertada em cautela, por exigência de ofício do juiz (art. 797), sem audiência do requerido, de cujo interesse cuida-se. Não se confunde essa medida com as cauções do art. 799 e dos arts. 826 e segs. As primeiras resultam de providência inominada, não prevista em lei material, ao passo que as últimas constituem projeção processual das cauções prescritas ou autorizadas no direito material ou no contrato, como instrumentos de garantia em face de relações principais litigiosas. Por isso, bem andou o congresso de magistrados realizado em agosto de 1974 no Rio de Janeiro, quando concluiu que a caução do art. 804, porque prestada direta e imediatamente por ordem judicial, sem citação do réu, nada tem a ver com o procedimento cautelar de caução tratado pelos arts. 826 a 838.

do juiz NEY PAOLINELLI, rel. do ac. unân. da 3ª Câm. do TAMG, de 25.11.86, no agr. 5.002; **RJTAMG 29/73**) (grifos nossos).

“A providência estabelecida no art. 804 do CPC, como contracautela eventual, representa mera faculdade atribuída ao julgador, a quem se reserva, no exame de cada caso concreto, prudência e discricção na avaliação da sua necessidade. O fato de o Código estabelecer a obrigação de indenizar por parte dos que sucumbirem nas medidas cautelares quando a execução destas possa causar prejuízo aos requeridos – art. 811, do CPC – não implica, necessariamente, o dever de o juiz sempre determinar a prestação de caução pelos respectivos requerentes” (ac. unân. da 4ª Câm. do 1º TACivSP, de 28.5.86, no agr. 357/84, rel. juiz JOSÉ BEDRAN; **JTACivSP 99/161**) (grifos nossos).

3. CONCLUSÕES

*A concessão da tutela de acautelamento, em forma de provimento liminar, tanto em mandado de segurança e nas demais ações que a admitem, como na qualidade de antecipação da tutela cautelar, é medida de absoluta excepcionalidade e vinculação à presença de todos os pressupostos indispensáveis; o que inclui, além dos requisitos tradicionais do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, a rigorosa observância quanto a não produção do denominado *periculum in mora inverso* (além do requisito específico para a concessão de *antecipações cautelares* em forma de *liminar* prevista no art. 804 do CPC), sendo certo que a mesma jamais pode ser deferida (*ainda que mediante caução*) quando ausentes quaisquer dos requisitos apontados, que se encontram expressos ou implícitos na atual legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, independentemente da vontade, imposição de ordem moral, senso de justiça ou qualquer outro condicionante subjetivo que possa estar adstrito ao magistrado no momento de seu julgamento.*

Outrossim, resta importante consignar que a apreciação dos *pressupostos autorizadores do provimento cautelar é facultas* do magistrado, através de sua competência discricionária própria, que permite a livre apre-

ciação de sua própria existência e, a partir daí, a operacionalização de um móvel capaz de fazer cessar, em caráter imediato, o ato que se supõe lesivo, inclusive *ex officio* e, portanto, independentemente de qualquer provocação das partes interessadas, não deixando de ter em mente, por outro lado, os objetivos específicos da medida *liminar*, de natureza cautelar, que não se confundem, no seu conjunto, com a questão meritória central.

Cumpra observar que o requisito genérico da não produção do *periculum in mora inverso* (ou *reverso*), neste sentido, em necessário reforço argumentativo, possui uma dimensão muito mais ampla que necessariamente transcende ao simples requisito, expresso em lei, da suspensão da medida liminar no *mandamus*, a exemplo de outras disposições normativas dotadas de nítida especificidade que, exatamente por esta razão, somente a qualificam como espécie do gênero maior, o que importa concluir que a própria diversidade das situações não permite uma espécie de “regra geral” que vincule, de forma absoluta, o deferimento da medida liminar à apresentação de uma garantia ou, por outro lado, que a produção de uma contracautela necessariamente obrigue o magistrado à concessão da medida liminar vindicada, uma vez que não necessariamente tal possibilidade afaste, de forma derradeira, o obstáculo deste nóvel *requisito negativo* à concessão da medida acautelatória, em forma ou não de provimento liminar. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Ed. Rev. dos Trib., 1992.

CASTRO VILLAR, Willard de. **Ação Cautelar Inominada**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988.

_____. **Medidas Cautelares**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

CALAMANDREI, Piero. **Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1968.

CARLOS CALVOSA. "Sequestro Giudiziari". In: **Novissimo Digesto Italiano**, v. XVII. Torino: UTET, 1960.

SIDOU, J.M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. "Medida Liminar em Mandado de Segurança." **Revista da Procuradoria do Estado do Ceará**, Fortaleza: nº 2, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Licitação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

LIEBMAN, Enrico Tulio, *apud* CASTRO VILLAR, Willard de. **Medidas Cautelares**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971.

LOPES DA COSTA, *apud* THEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: LEUD, 1976.

REIS, José Alberto dos. **A Figura do Processo Cautelar**. Porto Alegre: Ajuris, 1985.

THEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: LEUD, 1976.

CONIGLIO, Antônio. *apud* THEODORO JR., Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: LEUD, 1976.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III. São Paulo; ed. Forense, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito e Processo**. Napoli: Morano, 1958.

CAMPOS. Ronaldo Cunha. **Estudos de direito processual**. Uberaba: Rio Grande Artes Gráficas, 1974.

CRETELLA JR., José. **Comentários às Leis do Mandado de Segurança**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **O mandado de segurança na doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

NUNES, José de Castro. **Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Do Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: Ed. RT, 1988.

TEMER, Michel. "Mandado de Segurança: Cabimento da Medida Liminar Após a sua Denegação." **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 14/15, 1989.

LIMA, Alcides de Mendonça. "A Eficácia Temporal da Medida Liminar em Mandado de Segurança." **Revista de Processo**, São Paulo: RT, 1986, v. 42.

BEZNOS, Clóvis. "A Liminar em Mandado de Segurança, Limites à Discricionariedade do Juiz." **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba: Forense, 1982, v. 31.

_____. **Curso de Mandado de Segurança**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

CARNEIRO, Athos Gusmão. "Liminares na Segurança Individual e Coletiva." **Revista da AJUFE**. Brasília: mar./jun. 1992.

LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 42, 1990.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Execução na Justiça do Trabalho**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

LUHMAN, Niklos, *apud* FALCÃO, Joaquim. "Quem julga o Supremo?" **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 set. 1992, p. 7.

FALCÃO, Joaquim. "Quem julga o Supremo?" **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 set. 1992.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1976, v. 4.

BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 5a ed., 1987.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de e FIGUEIREDO, Lúcia Valle *et al.* **Curso de Mandado de Segurança**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986.

CAMPOS, Cynthia Amaral. "Que se entende por *periculum in mora* inverso?" **Rede de Ensino LFG**. Disponível em: < http://www3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20081211174513359&mode=print > Acesso em: 28/03/2014.

LEME, Fábio Ferraz de Arruda. "Diferenças entre requisitos para concessão liminar e da tutela definitiva no processo cautelar". **DireitoNet**. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8152/Diferencas-entre-requisitos-para-concessao-liminar-e-da-tutela-definitiva-no-processo-cautelar> > Acesso em: 28 de março 2013.

CHAVES, Patrícia Mendes. **Concessão da Tutela Antecipada e da Liminar na Ação Cautelar: Observância do *Periculum in Mora* Inverso**.

Monografia (Especialização). AMV Faculdade Integrada. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K221116.pdf> Acesso em: 28 de março 2013.

FERRAZ, Sergio. **Mandado de Segurança (individual e coletivo) - aspectos polêmicos**. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARPENA, Márcio Louzada. "Aspectos fundamentais das medidas liminares no processo cautelar." **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/M%C3%A1rcio%20L%20Carpen%20(4)%20-formatado.pdf)> Acesso em: 28 de março 2013.

DIAS, Jean Carlos. "Contracautela e *Periculum in Mora* Inverso: A Garantia da Isonomia no Processo Cautelar." **Repertório de Jurisprudência IOB**. São Paulo: IOB, 2ª Quinzena de Janeiro de 2005, nº 2/2005, Volume III.

SCHAEFER MARTINS, Juliano. "Princípio da isonomia e tratamento desigual às partes no processo civil." **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Editora Dialética, v. 6, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Instituições do Direito Processual Civil**. Campinas: Millenium, 2000. v. V.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1995.

Interpretação e Aplicação da Constituição no Brasil: Hermenêutica e Jurisdição Constitucional no Pensamento de Lenio Streck

Vinicius Figueiredo Chaves

Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela UNESA/RJ; Pós-graduado em Direito Empresarial e especialista em Direito Societário e Mercado de Capitais, ambos pela FGV/RJ; Formado pela Escola de Direito da AMPERJ; Professor Substituto da UERJ e Professor Auxiliar da Estácio.

RESUMO

A riqueza da produção do jurista Lenio Streck é inquestionável, bem como a sua contribuição para o desenvolvimento de novos modos de pensar o direito. Em sua obra, o autor (re) discute as funções do direito e também as condições de realização e consolidação da democracia, especialmente em países de modernidade tardia, como no caso do Brasil, ainda ocupado da transição entre um regime autoritário e o Estado Democrático de Direito. O presente artigo é dedicado a analisar uma das principais abordagens de Lenio Streck, que consiste no exame do papel destinado ao Poder Judiciário e à justiça constitucional no novo panorama oriundo do pós-guerra, que perpassa os campos da jurisdição constitucional e da hermenêutica, na busca da construção de respostas (constitucionalmente adequadas) aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo. Após a enunciação das relações entre a política, o direito, a Constituição e os poderes constituídos, apresentam-se as noções sobre

as críticas do autor às teorias da argumentação – por seus supostos riscos ao sistema democrático - e a sua proposta de uma nova teoria da decisão judicial, baseada no paradigma hermenêutico-filosófico, onde advoga as necessidades de enfrentamento do sujeito solipsista e a superação da filosofia da consciência.

INTRODUÇÃO

A obra do jurista Lênio Streck, objeto desta análise, é bastante ampla e diversificada: seus estudos e reflexões englobam epistemologia, constituição, ciência política, teoria do estado, direito e processo penal, tribunal do júri, jurisdição constitucional, hermenêutica, entre outros temas de destaque, como as interfaces entre direito e literatura. É inquestionável a riqueza de sua produção, assim como a contribuição para o desenvolvimento de novos modos de pensar o direito, com a (re) discussão de suas funções e também das condições de realização e consolidação da democracia, especialmente em países de modernidade tardia, como no caso do Brasil, ainda ocupado da transição entre um regime autoritário e o Estado Democrático de Direito.

O objetivo deste artigo é analisar uma das principais abordagens de Lenio Streck, que consiste no exame do papel destinado ao Poder Judiciário e à justiça constitucional no novo panorama oriundo do pós-guerra, tema que perpassa os campos da jurisdição constitucional e da hermenêutica, na busca da construção de respostas aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo. Sem dúvida, trata-se de um dos principais temas e problemas atuais de jurisdição constitucional, cuja discussão engloba a interpretação aplicada no plano da cotidianidade do direito, bem como as implicações da defesa (ou não, como no pensamento do autor) de ativismos judiciais para a resolução dos dilemas que a realidade apresenta, com seus reflexos e consequências nas relações entre a política e o direito e no arranjo institucional entre os poderes constituídos.

O primeiro item deste artigo será dedicado a contextualizar e apresentar o problema central da discussão: a interpretação e aplicação da Constituição no Brasil e a construção de respostas aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo - assumido como decor-

rência de uma crise que aflige o Estado, o direito e a dogmática jurídica - com seus inevitáveis reflexos na sociedade, no arranjo institucional e no papel desempenhado pela jurisdição constitucional -, um problema que diz respeito à interpretação concreta do direito - no nível de aplicação -, ou seja, a hermenêutica jurídica. Nos itens seguintes, um breve retorno a algumas questões consideradas importantes para a melhor compreensão dos temas enfrentados: as relações entre a política e o direito e a separação de poderes - sua sistematização, evolução e os novos contornos do constitucionalismo contemporâneo. Finalmente, serão analisados os estudos de Streck sobre as interfaces entre jurisdição constitucional e hermenêutica, seus argumentos em defesa de sua teoria e algumas das principais críticas formuladas pelo autor às teorias da argumentação, a partir dos seguintes eixos de análise: i) o constitucionalismo contemporâneo e a teoria da decisão judicial baseada no paradigma hermenêutico-filosófico; ii) a construção das respostas constitucionalmente adequadas, o enfrentamento do sujeito solipsista e a superação da filosofia da consciência; iii) a necessidade de que a expansão do poder judicial ocorra sem violação do sistema político.

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA: INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL E A CONSTRUÇÃO DE RESPOSTAS AOS GRANDES DILEMAS ORIUNDOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

O século XX foi palco de significativas alterações no ambiente institucional de alguns países, especialmente pela transferência do poder de instituições representativas para sistemas judiciários, com a difusão do conceito de supremacia constitucional como pilar na transição de regimes autoritários para a democracia¹. Da mesma forma, o desenvolvimento do Estado constitucional de direito acarretou também transformações aos sistemas jurídicos, a partir das noções dirigentes, normativas e compromissárias assumidas por alguns textos constitucionais, os quais possuem determinações de agir e normas com eficácia², contribuindo para “um

1 HIRSCHL, Ran. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide". *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em 25 de junho de 2012.

2 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

sensível deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional.³

No caso brasileiro, tais modificações revelaram uma crise de paradigma de dupla face que atravessa o direito, uma crise que perpassa tanto o seu modo de produção liberal/individualista/normativista -, como também o seu processo de compreensão, ou seja, a hermenêutica⁴. A discussão sobre a crise em questão, que aflige não apenas o Estado, bem como o direito e a dogmática jurídica, com seus inevitáveis reflexos na sociedade, não pode prescindir da análise do ambiente institucional e do papel desempenhado pela jurisdição constitucional na interpretação e aplicação da Constituição.

Essa tendência de transferência de poder de instituições majoritárias para o Judiciário se materializou em causas⁵ e condições políticas⁶ para o surgimento do fenômeno conhecido como judicialização da políti-

3 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 55.

4 STRECK, Lênio Luiz. "Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil". **Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica** (organizador André Gustavo Corrêa de Andrade). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2ª tiragem, p. 40, 2003.

5 Causas atribuídas ao processo de judicialização: i) segundo Werneck Vianna, "a judicialização da política se apresenta, entre nós, como uma derivação da vontade do constituinte, ao mobilizar o medium do direito como recurso da sua engenharia a fim de tornar viável a sua concepção de constituição como obra aberta". WERNECK VIANNA, Luiz. "O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação." In R.G. Oliven *et alii* (orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008. ii) Barroso enumera três causas para a judicialização da política: (i) reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento central para as democracias modernas; (ii) desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral; (iii) atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line] Disponível em <http://www.lrbarraso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2012. iii) Há até mesmo referências a macroprocessos de mudança social que teriam embaralhado as relações entre direito, política e sociedade. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. "Sentidos da Judicialização da Política: duas análises." **Lua Nova Revista de Cultura e Política**. [on line]. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002, ISSN 0102-6445. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em 21 de maio de 2012. iv) Segundo Castro, "a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do legislativo e do executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório". CASTRO, Marcos Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política." **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, n. 34, [on line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em 21 de maio de 2012.

6 Carvalho elenca uma série de condições políticas para o aparecimento da judicialização, quais sejam: a democracia, a separação dos poderes, os direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse e o uso dos tribunais pela oposição, para em seguida concluir que "o mapeamento das condições políticas em torno do fenômeno da expansão do poder judicial permite dizer que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro (...)". CARVALHO. Ermani. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem." **Rev. Sociol. Polit.** [on line]. Curitiba, n. 23, p. 115, Nov. 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em 13 de maio de 2012.

ca⁷, observado em diversas sociedades democráticas contemporâneas⁸, consequência não apenas da adoção dos princípios do constitucionalismo moderno e da expansão judicial, mas, principalmente, do fato de as Supremas Cortes terem sido armadas com meios – vias de ação⁹ – que permitem elevar ao Judiciário uma gama de questões¹⁰ morais, sociais e políticas. Tal como ensina Carvalho¹¹, “essa nova arquitetura institucional propiciou o desenvolvimento de um ambiente político que viabilizou a participação do Judiciário nos processos decisórios” e, na prática, tem feito com que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estejam sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário¹², o que o tem levado a ocupar um lugar estratégico frente aos demais poderes.

A manifestação da expansão do poder judicial tem sido concretizada através da jurisdição constitucional, com o Judiciário passando a interferir no espaço decisório de atribuição do Executivo e do Legislativo, através de participação crescente no processo de tomada de decisões políticas: em alguns casos, tem desempenhado, ainda que subsidiariamente, um papel de criação de normas, acumulando a autoridade de intérprete da Constituição com o exercício excepcional de função legislativa; em outros, atuado como formulador de políticas públicas. E esse novo modelo

7 Segundo Rogério José Bento Soares do Nascimento, i) a expressão judicialização da política tem sua difusão atribuída a TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjorn. 1995. "The Global Expansion of Judicial Power". *New York University Press*, 1995, tendo sido empregada no significado mais comum por Torbjorn Vallinder em 1994 no "The judicialization of politics – a world-wide phenomenon: introduction". *International Political Science Review*, 15, 2: 91-9; ii) O fenômeno já havia sido observado por Karl Loewenstein no clássico *Political Power and Governmental Process*, Chicago, University Press, 1957, traduzido para o espanhol com o título de *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1970 (com sucessivas reedições); iii) entre nós, foi popularizado por FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves no "Poder Judiciário na Constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 198, p. 1-17, out/dez 1994, com um sentido crítico e delimitado por CASTRO, Marcos Faro no "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política, pesquisa empírica apresentada no XX Encontro Anual da ANPOCS." NASCIMENTO, Rogério J. B. S. "Direitos Políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal." *In: Revista JurisPoesis*, ano 13, n. 13, jan-dez. 2010, ISSN 1516-6635, p. 412.

8 CASTRO, Marcos Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política." *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, n. 34. [on line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em 10 de maio de 2012.

9 No caso brasileiro, são exemplos a ADI, ADI por omissão, ADC e ADPF.

10 Dentre as questões destacadas por Hirschl, expressão e liberdade religiosa, reprodução assistida, políticas públicas relativas à justiça criminal, comércio, educação, trabalho, imigração, meio ambiente, além de relações entre pessoas do mesmo sexo e ações afirmativas. HIRSCHL, Ran. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide". *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em 25 de junho de 2012.

11 CARVALHO. Ernani. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem". *Rev. Sociol. Polit.* [on line]. Curitiba, n. 23, p.115, Nov. 2004. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em 13 de maio de 2012.

12 BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line]. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 13 de maio de 2012.

de atuação tem gerado inúmeras controvérsias, materializadas principalmente a partir de dois eixos de análise: de um lado, uma corrente¹³ hermenêutico-filosófica, que enfatiza o papel das instâncias majoritárias representativas, privilegiando os processos democráticos típicos de formação da vontade, com a consequente limitação do papel das cortes¹⁴; de outro, teorias da argumentação pregam um Judiciário mais participativo nas democracias contemporâneas, atuando de maneira mais ativa para resolver problemas políticos e sociais apresentados pelo cotidiano, com uma ocupação maior do mundo político pelo jurídico¹⁵. No confronto entre a hermenêutica filosófica e as teorias da argumentação, percebe-se que estas advogam a possibilidade de múltiplas respostas aos problemas jurídicos, enquanto aquela defende ser possível encontrar uma única resposta correta constitucionalmente adequada.

Como a construção de respostas aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo passa pela discussão sobre a defesa (ou não) de ativismos judiciais para a resolução dos dilemas que a realidade apresenta, a discussão sobre o papel do direito, da Constituição e da justiça constitucional no Estado Democrático de Direito não pode prescindir da percepção dos possíveis significados do ativismo judicial¹⁶, pela sua importância para a melhor compreensão desse crescente¹⁷ protagonismo do Poder Judiciário. Descrito como um fenômeno de inúmeras dimensões¹⁸, pode o ativismo ser medido pelo grau de assiduidade com

13 Para Cass Sustein, o papel das cortes deve ser limitado. Defende um minimalismo judicial. SUSTEIN, Cass. **The Partial Constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 142-149.

14 Para Lenio Luiz Streck, "o ativismo judicial não é bom para a democracia". STRECK, Lenio Luiz. Ativismo judicial não é bom para a democracia. Entrevista à **Revista Consultor Jurídico - Conjur**. [on line]. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 25 de junho de 2012.

15 Rogério José Bento Soares do Nascimento defende o ativismo moderado, "concretizador". Segundo o autor, "este protagonismo frequentemente se faz acompanhar da aceitação de uma postura ativa, seja pelo reconhecimento do poder de aplicar diretamente disposições constitucionais sem exigência da mediação concretizadora do legislativo, seja pelo reconhecimento do poder de criar conteúdos normativos no vácuo deixado pela omissão do legislador." NASCIMENTO, Rogério J. B. S. "Direitos Políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal." In: **Revista Juris-Poiesis**, ano 13, n. 13, jan-dez. 2010, ISSN 1516-6635, p. 412.

16 Para Lenio Luiz Streck, o ativismo pode ser "entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador". STRECK, Lenio Luiz. "Ativismo judicial não é bom para a democracia". Entrevista à **Revista Consultor Jurídico - Conjur**. [on line]. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 25 de junho de 2012.

17 Santos, Marques e Pedroso denunciam o crescente protagonismo social e político dos tribunais. SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. "Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas." [on line] **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, n. 30, ano 11, fevereiro de 1996. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/porta/publicacoes/rbcs/_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em 28 de junho de 2012.

18 Marshall identificou sete dimensões para o ativismo, quais sejam: contramajoritário, não originalista, jurisdicional ou formal, de precedentes, material ou criativo, remediador e partisan. MARSHALL, William P. "*Conservatism*

que o Judiciário invalida as normas e atos dos outros poderes, notadamente do Legislativo¹⁹. Seria, tal como ensina Ribas²⁰, igualmente considerado ativista o Judiciário ao procurar suprir omissões dos demais poderes com suas decisões. Observando a realidade brasileira, Ribas²¹ enuncia um ativismo jurisdicional por parte dos integrantes do Supremo Tribunal Federal, “construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional”.

No Brasil, diante de uma constituição que visa o futuro e se empenha programaticamente ao definir os direitos sociais no terreno das políticas públicas²² - vinculando assim os poderes políticos aos seus comandos e compromissos valorativos – os problemas apontados são potencializados, justificando e mesmo impondo permanentes reflexões sobre o exercício da jurisdição constitucional e da hermenêutica, já que inúmeros temas de grande apelo social têm sido frequentemente retirados do debate político e inseridos no universo das pretensões de tutela judicial, a partir da provocação da sociedade mediante novos institutos²³ criados pela Constituição em busca da efetivação de seus comandos. Neste cenário, a aplicação concreta do direito interfere no arranjo institucional do país, especialmente no que diz respeito às relações entre a política e o direito, muitas vezes causadoras de focos de tensão entre os poderes e impactos na democracia.

and the seven sins of judicial activism." *University of Colorado Law Review*, v. 73, setembro de 2002. Disponível em: <http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em 28 de junho de 2012.

19 SUSTEIN, Cass. "Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America." New York: Basic Books, 2005.

20 VIEIRA, José Ribas. "Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil." *Revista Estação Científica* (Ed. Especial Direito). [on line]. Juiz de Fora, V. 01, n. 04, outubro/novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2012.

21 VIEIRA, José Ribas. "Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil." *Revista Estação Científica* (Ed. Especial Direito). [on line]. Juiz de Fora, V. 01, n. 04, outubro/novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2012.

22 WERNECK VIANNA, Luiz. "O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação." In R.G. Oliven *et alii* (orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.

23 Segundo WERNECK VIANNA, "em tese, o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão consistiram nos instrumentos mais fortes previstos no sentido de conferir aplicabilidade à norma constitucional portadora de direitos e liberdades e das prerrogativas inerentes à cidadania, deixados inertes em virtude de ausência de regulamentação. Por meio deles, estaria disponível à sociedade, quer pela iniciativa de qualquer cidadão – no caso do Mandado de Injunção -, quer pela iniciativa da comunidade de intérpretes da Constituição – no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – o recurso ao Judiciário, a fim de encontrar remédio para uma eventual omissão do poder público quanto aos direitos que lhe foram outorgados constitucionalmente. Com essa construção, o constituinte, pela mediação da sociedade, procurava impedir que as normas e garantias dispostas na carta se revestissem de caráter simbólico, uma vez que as declarara, no parágrafo 1º do artigo 5º, no título que trata dos direitos fundamentais, como de aplicação imediata (Silva, 1997)". WERNECK VIANNA, Luiz. "O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação." In R.G. Oliven *et alii* (orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira**. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.

2. AS RELAÇÕES ENTRE A POLÍTICA E O DIREITO

Política e direito são elementos que não se confundem. Neste sentido, a lição de Barroso²⁴, para quem “na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão.”

Embora conceitualmente distintos, gozam de aspectos comuns e se interligam de forma intensa, enquanto instrumentos voltados à necessária articulação e estruturação das sociedades. São os dois polos do eixo em torno do qual o constitucionalismo democrático executa seu movimento de rotação²⁵, com inequívoca importância para a organização do tecido social e atendimento dos interesses humanos. A política e o direito devem ser realizados com vistas a assegurar aos indivíduos uma existência digna, que permita o exercício dos direitos fundamentais, verdadeira “razão de ser do Estado de Direito, sua finalidade mais radical, o objetivo e o critério que dá sentido aos mecanismos jurídicos e políticos que o compõem.”²⁶

A política e o direito têm como ponto de contato a percepção do fenômeno do poder²⁷ e a sua interface encontra elo na Constituição, a qual opera um canal de inter-relação, estabelecendo uma engrenagem cujo bom funcionamento é essencial à consolidação das democracias e ao melhor atendimento dos interesses humanos. Contemporaneamente, aquilo que se assume como papel mais apropriado da Constituição, com sua consequente força normativa e grau dirigente, dependerá da filiação a um dos eixos temáticos que gravitam em torno da discussão: de um lado, as teorias procedimentais; por outro lado, as teorias materiais, às quais se alinha Lenio Streck²⁸.

24 BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2012.

25 BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line] Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 09 de maio de 2012.

26 MAIA, Antônio Cavalcanti. "As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo". Citando DÍAZ, Elias. "Filosofía del Derecho: Legalidad-legitimidad". In: MUGUERZA, Javier e CERREZO, Pedro (Ed.). *La Filosofía Hoy*. Barcelona: Editorial Crítica, 2000, p. 323. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em 03 de abril de 2012.

27 LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. "Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas." [on line]. *Rev. Sociol. Polit.* Curitiba, v. 17, nº 0, p. 45-52, novembro de 2001, ISSN 0104-4478. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 de maio de 2012.

28 STRECK, Lenio Luiz. "Concretização de Direitos e a Interpretação da Constituição". *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: BFD 81, v. LXXXI, 2005, p. 291-323.

A existência dessas diferentes teorias faz com que as ligações entre a política e o direito possam ser verificadas segundo perspectivas muito diversas, o que incluiu a possibilidade de análise sob a ótica da judicialização da política. Esse fenômeno, que opera uma aproximação²⁹ ainda maior entre direito e política, na prática, tem tornado difícil distinguir entre um direito e um interesse político, tendo resultado em desdobramentos para posturas ativistas em sede de jurisdição constitucional, com impactos nas relações das instituições jurídicas (no caso, as judiciais) com as demais instituições que integram a organização política da sociedade brasileira.

Diante dessa realidade, convém um breve retorno ao estudo do arranjo institucional dos poderes, passando por sua sistematização e evolução até o constitucionalismo contemporâneo, onde a arquitetura institucional indica os agentes formuladores de determinados juízos políticos e permite conhecer em que importaria alterar o responsável por tais escolhas, com seus problemas de legitimidade provenientes de eventuais comportamentos ativistas, capazes de fragilizar a autonomia do direito.

3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

As discussões e ideias sobre a separação de poderes surgiram na Grécia Antiga³⁰. Foi, contudo, Montesquieu³¹ (1689-1755) o responsável pela sistematização da mais significativa teoria sobre o exercício do poder pelo Estado. A limitação do poder pelo poder seria tecnicamente alcançável quando se colocasse os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário

29 CASTRO, Marcos Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, nº 34, [on line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em 21 de maio de 2012.

30 Conforme adverte ALMEIDA JÚNIOR, "desde Aristóteles já havia a ideia de separação de poderes, seguida por Platão e Políbio. John Locke, entretanto, quando elaborou o segundo Tratado sobre o Governo Civil, delineou em sua teoria a distribuição das funções estatais entre órgãos diferentes, mas foi Montesquieu quem sistematizou a Teoria dos Três Poderes". ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. "A Separação de Poderes." *Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano I – Número 5, p. 35, outubro a dezembro de 2009, ISSN 2175-2176. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

31 Segundo Montesquieu, em cada Estado há três espécies de poderes. E "tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos". MONTESQUIEU, Charles de. "Do Espírito das Leis." Coleção *Os Pensadores* – História das Grandes Ideias do Mundo Ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156-157.

nas mãos de órgãos distintos³², de forma a assegurar o controle mútuo. Esse modelo, pautado na orientação ao bloqueio do funcionamento inadequado, ancorava-se na separação pura, mais rígida e, assim, ressentia-se ainda de mecanismos de reconhecimento de capacidades ativas de interferências recíprocas nas atribuições de um pelo outro.

Os americanos³³, reconhecendo como desgraça a tirania do Legislativo, foram responsáveis pela construção de uma matriz pautada em formas de equilíbrio e interferência, que propõe mecanismos para balancear os poderes, isto é, um sistema de freios e contrapesos³⁴, que caracteriza a instituição de uma separação de poderes impura³⁵.

A teoria da separação dos poderes, com os instrumentos de equilíbrio e interferência do sistema de freios e contrapesos, permanece até os dias atuais como influência maior nos arranjos institucionais do mundo ocidental. Ao longo dos anos, embora mantida a ideia básica de partição de funções entre órgãos distintos, foram estabelecidos novos contornos e aprimoramentos à equação dos poderes, com a previsão, nos próprios textos constitucionais, de incorporação de outras³⁶ atribuições às funções típicas tradicionais.

Nos regimes democráticos contemporâneos, o poder³⁷soberano emanado do povo inaugura a ordem constitucional, dando conformação

32 ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. "A Separação de Poderes." *Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros*. Rio de Janeiro, Ano I – Número 5, p. 38, outubro a dezembro de 2009, ISSN 2175-2176. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

33 As principais ideias foram sistemizadas na obra "O Federalista", que condensava uma série de 85 artigos, como resultado de reuniões prévias à Constituição Americana de 1787. Tinham como autores James Madison, Thomas Jefferson e John Jay. O referido modelo mitigou a então vigente supremacia do Poder Legislativo em solo americano.

34 Na doutrina há menção a diferentes origens para o sistema de freios e contrapesos. Escaparia aos limites e objetivos do presente trabalho enfrentar esta temática. Para um aprofundamento sobre o tema, consulte-se Piçarra (PIÇARRA, Nuno *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Editora Coimbra, 1989) e Carolan (CAROLAN, Eoin. *The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State*. New York: Editora Oxford University, 2009).

35 De acordo com o modelo Federalista, a competência legislativa não caberia apenas ao Congresso e às Assembleias dos Estados, como também ao Presidente, sendo-lhe atribuído poder para vetar projetos de lei. Haveria também interferência do Judiciário no Legislativo, por não ser aquele mais neutro, mas sim guardião da Constituição, com o poder de declarar que determinadas leis do Legislativo e atos do Executivo são contrários ao sentido dela.

36 Como exemplos na CRFB, os artigos 62, 103A e 58, 3º que permitem, respectivamente: i) ao Presidente da República adotar medidas provisórias, com força de lei; ii) ao Supremo Tribunal Federal aprovar súmula com efeito vinculante; iii) ao Legislativo instituir comissões parlamentares de inquérito, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.

37 "O Poder se apresenta como uma síntese interdependente de vontades e meios, voltada para o alcance de uma finalidade. A vontade, por ser um elemento imprescindível na manifestação do Poder, torna-o um fenômeno essencialmente humano, característico de um indivíduo ou de qualquer grupamento de indivíduos". (...) "A Nação, ao organizar-se politicamente, escolhe um modo de aglutinar, expressar e aplicar o seu Poder de maneira mais eficaz, mediante a criação de uma macroinstituição especial – o Estado – a quem delega a faculdade de instituir e pôr em execução o processo político-jurídico, a coordenação da vontade coletiva e a aplicação de parte substancial de seu poder". ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (Brasil). "Fundamentos Doutrinários da Escola Superior de Guerra." Rio de Janeiro: *A Escola*, 1998, p. 49.

ao Estado, repartindo as suas principais funções entre órgãos distintos e regulando o exercício do próprio poder, o que constitui um efetivo obstáculo para o arbítrio³⁸. A Constituição define o arranjo dos poderes do Estado e reserva a cada um deles funções³⁹ típicas distintas, nos âmbitos legislativo (ou normativo), executivo (ou administrativo) e jurisdicional, além de funções atípicas e outros atributos cada vez mais crescentes. Neste sentido, a lição de Barroso⁴⁰:

*A Constituição é o primeiro e principal elemento na interface entre política e direito. Cabe a ela transformar o poder constituinte originário – energia política em estado quase puro, emanada da soberania popular – em poder constituído, que são as instituições do Estado, sujeitas à legalidade jurídica, à **rule of law**. É a Constituição que institui os Poderes do Estado, distribuindo-lhes competências diversas.*

No caso brasileiro, a própria Lei Fundamental prescreve que os poderes são independentes e harmônicos entre si, fato indicativo de que a consolidação da democracia depende do equilibrado exercício das respectivas atribuições e adequado controle mútuo. Portanto, eventuais avanços nas funções típicas de um poder pelo outro, ainda que nas excepcionais hipóteses previstas na Constituição, somente se justificam quando em busca da materialização de seus próprios comandos. Em outras palavras, a harmonia somente restará assegurada na medida em que o campo de atribuição precípua de cada poder – inclusive essas de natureza excepcional - seja respeitado pelos demais.

A questão da harmonia entre os poderes assume feições complexas em meio às transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos⁴¹.

38 CASTRO, Flávia Viveiros de. "O Princípio da Separação dos Poderes." *In: Princípios da Constituição de 1988*. Organizadores: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO, Firly. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 151-152.

39 Ao Legislativo e Executivo são distribuídas competências políticas, ao passo que ao Judiciário assistem não apenas atribuições técnico-jurídicas, como também políticas. Neste sentido, registre-se a posição de Comparato, que advoga a tese de que assiste competência ao Judiciário para decidir sobre questões políticas. COMPARATO, Fabio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas." *Revista dos Tribunais*. São Paulo: v. 86, n. 737/15, p. 19-21, março de 1997.

40 BARROSO, Luis Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 09-05-2012.

41 O tema foi detalhadamente examinado por Maia, em trabalho que analisa as transformações em diversos sistemas jurídicos avançados. MAIA, Antônio Cavalcanti. "As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos:

Surgem renovados parâmetros de interpretação e aplicação do direito, tributários de uma percepção expansionista do fenômeno jurídico, os quais resultam no estabelecimento de novos papéis para o Judiciário, aonde alguns⁴² chegam a admitir, em certas ocasiões, uma postura mais ativa dos juízes, através do desempenho de funções criativas⁴³ na concretização do direito. O exercício dessas novas funções possibilita a criação de focos de tensão entre os poderes, além de acirrados debates doutrinários acerca dos problemas de legitimidade de eventuais comportamentos ativistas, discussão que tem em Lenio Streck um de seus principais baluartes.

4. A OBRA DE LENIO STRECK

Em sua obra, Streck discute principalmente as condições de possibilidade que a teoria do direito (e da constituição) possui para construir respostas (constitucionalmente adequadas) aos muitos e grandes dilemas surgidos com o advento do constitucionalismo contemporâneo. Empreende análises profundas sobre a hermenêutica, ou seja, a interpretação aplicada no plano da cotidianidade do direito, e também acerca das novas posturas do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional em face do Estado Democrático de Direito, especialmente no confronto com os demais poderes do Estado, nas mais de duas décadas sob a égide da Constituição de 1988. Sempre levando em consideração as especificidades histórico-factuais de cada Estado nacional, repudiou as tentativas de formulação de uma teoria geral do constitucionalismo⁴⁴, preocupando-se em cunhar uma Teoria da Constituição Adequada aos Países de Modernidade Tardia⁴⁵,

apontamentos acerca do neoconstitucionalismo." Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em 20 de abril de 2012.

42 Para Mendes, Coelho e Branco "a criatividade judicial, em vez de ser um defeito, do qual há de se livrar o aplicador do direito, constitui uma qualidade essencial, que o intérprete deve desenvolver racionalmente. A interpretação criadora é uma atividade legítima, que o juiz desempenha naturalmente no curso do processo de aplicação do direito, e não um procedimento espúrio, que deva ser coibido porque supostamente situado à margem da lei." MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 96-97.

43 Registre-se o ponto de vista divergente de Streck, para quem "os juízes não criam o Direito [...] porque interpretam o Direito aplicando seus princípios gerais". STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e (em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 108.

44 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 116-117.

45 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 144.

no caso brasileiro, capaz de resgatar o núcleo essencial da Constituição, que contém um conjunto não cumprido de promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos fundamentais. Uma teoria comprometida com a compreensão como totalidade, que tem na linguagem o meio de acesso ao mundo e aos seus objetos. Explicando melhor: diante da opção entre “fundamentar/justificar discursos ou compreender (fenomenologicamente)”⁴⁶, o autor aposta na compreensão para a busca da construção de sentidos. Nesta esteira, advoga a necessidade de rompimento com o paradigma que sustenta o esquema sujeito-objeto, típico das teorias da argumentação, e defende a emergência do paradigma hermenêutico-filosófico.

4.1 O constitucionalismo contemporâneo e a teoria da decisão judicial baseada no paradigma hermenêutico-filosófico

A expressão “constitucionalismo contemporâneo” identifica os mesmos movimentos que surgiram após o advento das constituições do segundo pós-guerra e vêm marcando profundamente o direito no contexto atual. Contudo, é utilizada por Streck como forma de “evitar os mal entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo”⁴⁷, que, segundo o jurista, “incorpora em si uma plêiade de autores e posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido”. A fragilidade do termo construído pelos teóricos aos quais se contrapõe Streck é apontada como decorrência da incorporação de um ecletismo metodológico - caracterizado por diferentes posturas teóricas, muitas das vezes incompatíveis -, com distintas propostas de solução para o problema da interpretação do direito. Neste sentido, as principais críticas do autor a essa abordagem se dirigem às tentativas de correção do direito pela moral e de utilização da ponderação como modelo de realização do direito através de princípios (“princípioalismo”, “panprincipiologismo” e “bolha especulativa de princípios” são termos construídos por Streck como crítica à banalização na criação e utilização indiscriminada de princípios), próprias da leitura neoconstitucionalista.

46 STRECK, Lenio Luiz. “Concretização de Direitos e a Interpretação da Constituição.” *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: BFD 81, v. LXXXI, 2005, p. 291-323.

47 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio “Diálogos Constitucionais” à obra *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

Segundo Streck, a ausência de uma teoria da decisão tem conduzido a uma crise dos modelos interpretativos, com os adeptos dos métodos argumentativos passando a distinguir entre *easy* e *hard cases*, inadequada dicotomização que constitui “uma espécie de reserva hermenêutica, que somente seria chamada à colação na ‘insuficiência’ da regra, isto é, quando se estiver em face de ‘casos difíceis’ (*hard cases*).”⁴⁸ Assim, não encontrando nas teorias argumentativas maiores indicativos de viabilidade, procura edificar uma nova teoria, apta a responder efetivamente aos grandes dilemas contemporâneos e aos problemas oriundos da interpretação aplicada no plano da cotidianidade, e adequada à “construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição dirigente e da integridade da jurisdição”⁴⁹. Esta teoria, reconhecendo que o direito, nesta quadra da história, assume um caráter hermenêutico, “forja-se na imbricação dos elementos que caracterizam a tradição em Gadamer com a coerência e a integridade defendidas por Dworkin, culminando na tese de que o cidadão possui o direito fundamental a obter respostas adequadas à Constituição.”⁵⁰ Buscou acompanhar o *linguistic turn* (virada linguística), ocorrido a partir da invasão da filosofia pela linguagem, para uma revolução paradigmática no campo da compreensão, com a linguagem assumindo o status de condição de possibilidade de todo o processo hermenêutico, por abrir novas possibilidades de construção de sentido. Com base nesta concepção, não permite, como fazem as teorias da argumentação, a cisão dos dilemas contemporâneos em casos fáceis, “solucionáveis” por subsunção, e em casos difíceis, “resolvidos” através de princípios e de um livre atribuir de sentidos⁵¹, visto que ambos partem de um mesmo ponto e têm na pré-compreensão, na antecipação de sentido, sua condição de possibilidade para a compreensão de um problema, somente a partir da qual é possível alcançar respostas corretas, que evitem as discricionariedades interpretativas.

48 STRECK, Lenio Luiz. “Concretização de Direitos e a Interpretação da Constituição.” **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: BFD 81, v. LXXXI, 2005, p. 291-323.

49 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio “Diálogos Constitucionais” à obra **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**, de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

50 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio “Diálogos Constitucionais” à obra **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**, de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

51 STRECK, Lenio Luiz. “Aplicar a ‘Letra da Lei’ é uma Atitude Positivista?” **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index/php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

4.2. A construção das respostas constitucionalmente adequadas, o enfrentamento do sujeito solipsista e a superação da filosofia da consciência

O autor defende a possibilidade de encontrar uma resposta constitucionalmente adequada para cada problema jurídico⁵², desafio que passa pela necessidade de rompimento com o paradigma que sustenta o esquema sujeito-objeto - típico das teorias da argumentação -, e se apoia na emergência do paradigma hermenêutico-filosófico, com vistas à superação da filosofia da consciência. Assim, aposta na compreensão para a construção de sentidos em detrimento da fundamentação/justificação de discursos provenientes de decisionismos ou discricionariedades interpretativas, próprios de sujeitos solipsistas⁵³.

Colocando em segundo plano os limites semânticos do texto, denuncia Streck, alguns lançam mão de uma subjetividade “criadora” de sentidos, que “acaba em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um ‘mundo jurídico’ em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém...! Enfim, o triunfo do sujeito solipsista, o *Selbstüchtiger*.”⁵⁴. Esta concepção de mundo que compreende o modo de decidir como extensão da vontade do intérprete, possibilitando discricionariedades e arbitrariedades⁵⁵, é veementemente combatida pelo autor, cuja aposta é no sentido de que a aferição da validade do direito depende do enfrentamento desse conteúdo interpretativo, como uma espécie de “controle” dessa vontade do sujeito solipsista⁵⁶.

Esse “não enfrentamento interpretativo” tem acarretado uma ausência de parametrização teórica que sirva de critério racional de decisão. E a falta da *applicatio* tem aberto espaço para arbitrariedades na atribuição de sentido, o que acarreta um determinado voluntarismo nas delibe-

52 STRECK, Lenio Luiz. "Aplicar a 'Letra da Lei' é uma Atitude Positivista?" *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index/php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

53 STRECK, Lenio Luiz. "Aplicar a 'Letra da Lei' é uma Atitude Positivista?" *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index/php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

54 STRECK, Lenio Luiz. "Aplicar a 'Letra da Lei' é uma Atitude Positivista?" *Revista NEJ – Eletrônica*, v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index/php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

55 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

56 STRECK, Lenio Luiz. "A Interpretação do Direito e o Dilema Acerca de Como Evitar Juristocracias: A Importância de Peter Häberle para a Superação dos Atributos (*Eigenschaften*) Solipsistas do Direito." *Revista Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, p. 1-32, 2010/2011, ISSN 1982-4564. [on line]. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em 25 de outubro de 2012.

rações, caracterizado por decisões tomadas a partir de pré-compreensões pessoais em detrimento da apresentação de razões argumentativas justificantes. Para Streck⁵⁷, “cada juiz tem convicções pessoais e ideologia própria, mas isso não significa que a decisão possa refletir esse subjetivismo. O juiz precisa usar uma fundamentação que demonstre que a decisão se deu por argumentos de princípio...”. De acordo com esta concepção, as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, oriundos da consciência do próprio intérprete. São as boas razões, a fundamentação e os argumentos de princípio que garantem consistência às deliberações.

4.3. Da necessidade de que a expansão do poder judicial ocorra sem violação do sistema político

O autor se preocupa com a diferenciação entre judicialização e ativismo: enquanto a primeira é considerada contingencial, uma característica do constitucionalismo contemporâneo, o segundo “pode ser destrutivo, uma vez que permite substituir os juízos morais e políticos institucionalizados no direito produzido democraticamente pela ‘opção’ pessoal dos juízes.”⁵⁸ Neste sentido, parece sugerir que o debate acadêmico em torno da expansão do poder judicial deva indicar caminhos para que a judicialização da política ocorra de forma compatível com bases da democracia constitucional, sem violar a autonomia do direito e o equilíbrio do sistema político; afinal, “o direito só pode ser considerado válido se os conteúdos afirmados pela jurisdição constitucional forem legítimos do ponto de vista democrático.”⁵⁹ Em outras palavras, “não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia.”⁶⁰

57 STRECK, Lenio Luiz. “Ativismo judicial não é bom para a democracia”. Entrevista à *Revista Consultor Jurídico - Conjur*. [on line]. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 25 de junho de 2012.

58 STRECK, Lenio Luiz. Posfácio “Diálogos Constitucionais” à obra *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*, de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

59 STRECK, Lenio Luiz. “A Interpretação do Direito e o Dilema Acerca de Como Evitar Juristocracias: A Importância de Peter Häberle para a Superação dos Atributos (*Eigenschaften*) Solipsistas do Direito.” *Revista Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, p. 1-32, 2010/2011, ISSN 1982-4564. [on line]. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em 25 de outubro de 2012.

60 STRECK, Lenio Luiz. “A Interpretação do Direito e o Dilema Acerca de Como Evitar Juristocracias: A Importância de Peter Häberle para a Superação dos Atributos (*Eigenschaften*) Solipsistas do Direito.” *Revista Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, p. 1-32, 2010/2011, ISSN 1982-4564. [on line]. Disponível em <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em 25 de outubro de 2012.

Esta concepção se mostra adequada ao texto da Constituição de 1988, o qual incorpora princípios e valores que caracterizam um programa substantivo, voltado à transformação social, onde o Poder Judiciário assume um papel decisivo na realização de sua materialidade. Para o alcance dos objetivos traçados pela Lei Maior, fundamental que a expansão do Poder Judiciário ocorra sem violar o equilíbrio do sistema político e de forma compatível com as bases da democracia constitucional. Em outras palavras, este modelo está pautado no respeito à independência e na harmonia entre os poderes constituídos, que consistem nos principais alicerces da democracia⁶¹, onde a sintonia na sua interface depende do cumprimento dos papéis previstos na Constituição, mediante a busca do equilibrado exercício das respectivas atribuições. Inoportunas interferências de um poder no (s) outro (s) atuam contra a lógica constitucional e podem representar um foco de tensão entre a política e o direito, impondo abalos à estrutura do sistema democrático.

Mesmo diante das inúmeras vias de ação – que favorecem a judicialização, por permitirem levar ao Judiciário uma gama de questões –, é possível o Judiciário se manter numa posição autocontida, sem revelar um comportamento ativista que comprometa a legitimidade democrática de sua atuação e, portanto, deletério à democracia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil posterior à Constituição de 1988, percebe-se que os tribunais têm assumido um papel cada vez mais relevante no cenário político. Tal concepção orienta a reflexão sobre a necessidade da construção e manutenção de um modelo capaz de maximizar as possibilidades e minimizar os riscos para a consolidação democrática, no contexto de um complexo sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, que conjuga formas de controle difusa e concentrada, envolve diversas vias de ação e amplia sobremaneira a litigiosidade e também a judicialização da política. De

61 Conforme ensina Barroso, “a democracia, ou, mais propriamente, o constitucionalismo democrático, foi a ideologia vitoriosa do século XX, derrotando diversos projetos alternativos e autoritários que com ele concorreram. Trata-se da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. Constitucionalismo significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria”. BARROSO, Luis Roberto. Palestra: “Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez anos.” In: Conferência Magna de Encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba, 24 de novembro de 2011, p.2. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/luis_roberto_barrosoconferencia_de_enc.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2012.

tal modo, necessário que o debate acadêmico em torno da expansão do poder judicial sugira caminhos para que a judicialização da política ocorra de forma compatível com bases da democracia constitucional, sem violar a autonomia do direito e o equilíbrio do sistema político.

Os esforços de Streck para a melhor compreensão do alcance dos fenômenos presentes nos principais temas contemporâneos de jurisdição constitucional e hermenêutica são justamente neste sentido: a partir do reconhecimento da crise que aflige o Estado, o Direito e a dogmática jurídica, a proposta de construção de um modelo que, ao invés de corroer as estruturas sobre as quais estão assentados os poderes da república, seja capaz de reforçar a lógica democrática, e assim contribuir para a conquista de padrões mais elevados de desenvolvimento para o direito e a sociedade brasileira, mediante uma nova teoria da interpretação e aplicação da Constituição no Brasil, que permita a construção de respostas (constitucionalmente adequadas) aos grandes dilemas oriundos do constitucionalismo contemporâneo, com foco no papel da jurisdição constitucional na interpretação concreta do direito - no nível de aplicação -, ou seja, a hermenêutica jurídica.

A teoria da decisão judicial baseada no paradigma hermenêutico-filosófico, no enfrentamento do sujeito solipsista e na superação da filosofia da consciência, é uma grande contribuição para o direito brasileiro, por trazer relevantes discussões sobre questões relacionadas à consolidação e fortalecimento da democracia brasileira. Ao sustentar que não se altera a Constituição por meio de ativismos judiciais, o autor defende o arranjo institucional e enfatiza o papel das instâncias majoritárias representativas, privilegiando os processos democráticos típicos de formação da vontade, com a consequente limitação do papel das cortes no que diz respeito às tentativas de “alterar” ou “esticar” o texto constitucional, especialmente por intermédio de princípios construídos *ad hoc*. Em outras palavras: a defesa de que a expansão do poder judicial ocorra sem violação do sistema político, na busca de soluções possíveis à redução do inaceitável hiato entre o realizável e o realizado em matéria de direitos fundamentais e bem-estar social em nosso país.

O Brasil tem grandes desafios diante de um enorme conjunto de demandas e carências sociais, um longo caminho a percorrer para garantir efetividade aos direitos formalmente reconhecidos pela Constituição de 1988. Neste cenário, devem ser permanentes as discussões sobre o exer-

cício da jurisdição constitucional, que tem papel decisivo na realização da materialidade da Constituição e na busca dos objetivos fundamentais da República, apresentando-se como imprescindível à edificação das pontes que permitam ao país evoluir de um passado que não se aceita a um futuro que se deseja. ❖

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes de. "A Separação de Poderes." **Revista Digital. Instituto dos Advogados Brasileiros**. [on line]. Rio de Janeiro, Ano I – Número 5, p. 35-38-57, outubro a dezembro de 2009, ISSN 2175-2176. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-2374.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Palestra: "Democracia, Desenvolvimento e Dignidade Humana: Uma agenda para os próximos dez anos." *In*: Conferência Magna de Encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. [on line]. Curitiba, 24 de novembro de 2011, p.2. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/luis_roberto_barrosoconferencia_de_enc.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2012.

_____. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo." [on line]. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em 14 de maio de 2012.

CAROLAN, Eoin. **The New Separation of Powers: a Theory for the Modern State**. New York: Editora Oxford University, 2009.

CARVALHO, Ernani. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem." **Rev. Sociol. Polit.** [on line]. Curitiba, n. 23, p. 115-117-118-119-120, Nov. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acesso em 14 de maio de 2012.

CASTRO, Flávia Viveiros de. "O Princípio da Separação dos Poderes." *In*: **Princípios da Constituição de 1988**. Organizadores: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO, Firly. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 151-152.

CASTRO, Marcos Faro de. "O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política." **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, n. 34. [on line]. Disponível em: <<http://www.anpocs.org.br/portal/content/view/70/54/>>. Acesso em 13 de maio de 2012.

COMPARATO, Fabio Konder. "Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas." **Revista dos Tribunais**. São Paulo: v. 86, nº. 737/15 março, p. 19-21, março de 1997.

ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA (Brasil). "Fundamentos Doutrinários da Escola Superior de Guerra." – Rio de Janeiro: **A Escola**, 1998, p. 49.

HIRSCHL, Ran. "*The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*". **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=951610>>. Acesso em 25 de junho de 2012.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. "Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas." **Rev. Sociol. Polit.** [on line]. Curitiba, v. 17, n. 0, p. 45-52, novembro de 2001, ISSN 0104-4478. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782001000200005&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em 22 de maio de 2012.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. "Sentidos da Judicialização da Política: duas análises." **Lua Nova Revista de Cultura e Política**. [on line]. São Paulo, n. 57, p. 113-133, 2002, ISSN 0102-6445. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/in/n57/a06n57.pdf>> Acesso em 21 de maio de 2012.

MAIA, Antônio Cavalcanti. "As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo." [on line]. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=905>. Acesso em 17 de maio de 2012.

MARSHALL, William P. "*Conservatism and the seven sins of judicial activism*. *University of Colorado Law Review*", v. 73, setembro de 2002. Disponível em: <http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em 28 de junho de 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 96-97.

MONTESQUIEU, Charles de. "Do Espírito das Leis." Coleção **Os Pensadores** – História das Grandes Ideias do Mundo Ocidental. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156-157.

NASCIMENTO, Rogério J. B. S. "Direitos Políticos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal." *In: Revista JurisPoiesis*, ano 13, n. 13, jan-dez. 2010, ISSN 1516-6635, p. 406-429.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional – Um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. "Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas." [on line] **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** São Paulo, n. 30, ano 11, fevereiro de 1996. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs/_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em 28 de junho de 2012.

STRECK, Lenio Luiz. "A Interpretação do Direito e o Dilema Acerca de Como Evitar Juristocracias: A Importância de Peter Häberle para a Superação dos Atributos (*Eigenschaften*) Solipsistas do Direito." **Revista Observatório da Jurisdição Constitucional.** Brasília: IDP, ano 4, p. 1-32, 2010/2011, ISSN 1982-4564. [on line]. Disponível em <<http://www.portal-deperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/561/373>>. Acesso em 25 de outubro de 2012.

_____. "Aplicar a 'Letra da Lei' é uma Atitude Positivista?" **Revista NEJ – Eletrônica,** v. 15 – n. 1, p. 158-173, jan./abr. 2010, ISSN 2175-0491. [on line]. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em 10 de setembro de 2012.

_____. "Ativismo judicial não é bom para a democracia." Entrevista à **Revista Consultor Jurídico - Conjur.** [on line]. São Paulo, 15 de março de 2009, Seção de Entrevistas. Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=87&Itemid=2>. Acesso em 25 de junho de 2012.

_____. "Concretização de Direitos e a Interpretação da Constituição." **Boletim da Faculdade de Direito.** Coimbra: BFD 81, v. LXXXI, 2005, p. 291-323.

_____. "Hermenêutica e Concretização dos Direitos Fundamentais-Socias no Brasil." **Constitucionalização do Direito: A Constituição como Locus da Hermenêutica Jurídica** (organizador André Gustavo Corrêa de Andrade). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2ª tiragem, 2003.

_____. **Hermenêutica Jurídica e (em) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 6ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito.** 2ª ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. "Posfácio 'Diálogos Constitucionais' à obra Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição", de Écio Otto e Susanna Pozzolo, 3ª ed. Florianópolis, 2012.

_____. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio M'ont Alverne Barreto. "A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional." [on line]. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/4.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2012.

SUSTEIN, Cass. **The Partial Constitution.** Cambridge: Harvard University Press, 1994, p. 142-149.

_____. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America.** New York: Basic Books, 2005.

VIEIRA, José Ribas. "Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil." **Revista Estação Científica** (Ed. Especial Direito). [on line]. Juiz de Fora, v. 01, n. 04, outubro/novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em 28 de junho de 2012.

WERNECK VIANNA, Luiz. "O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudanç a e conservação." *In* R.G. Oliven *et alii* (orgs.). **A Constituição de 1988 na vida brasileira.** São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.