

REVISTA DA

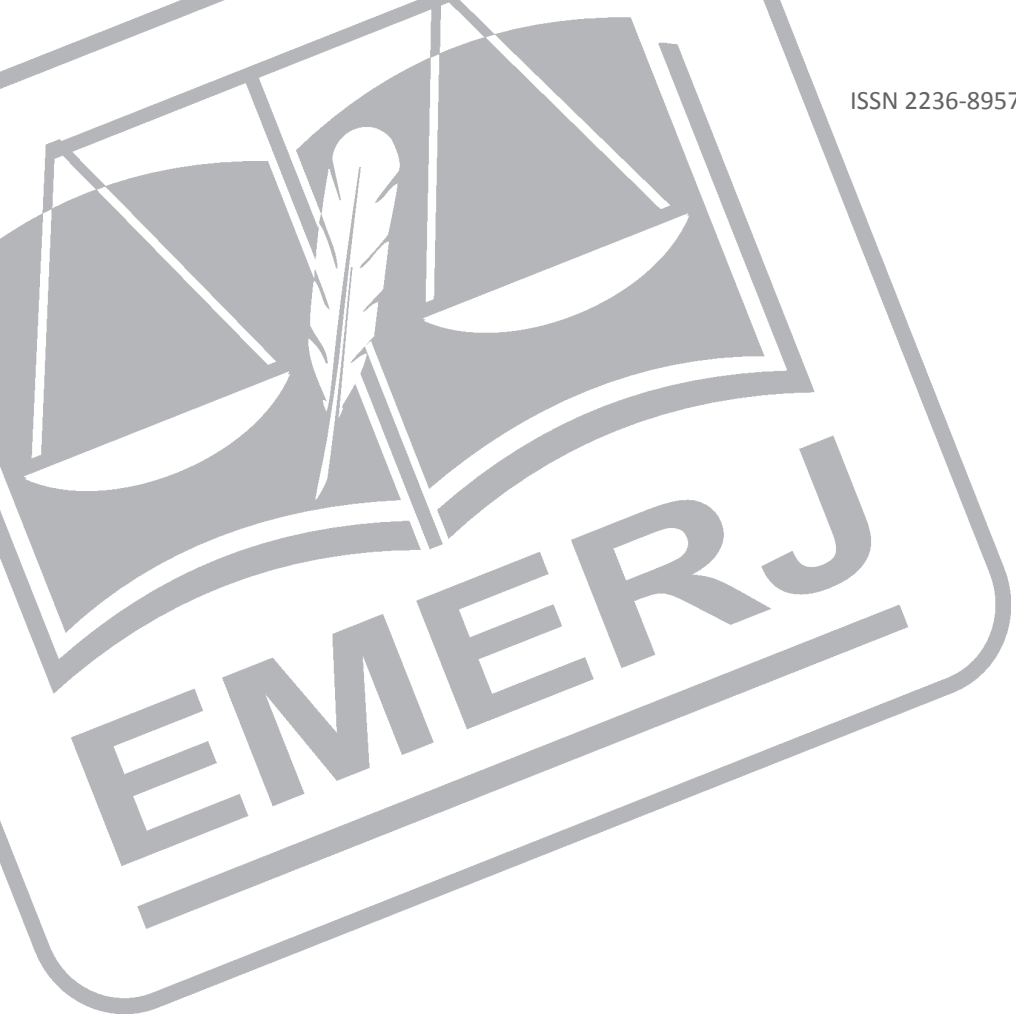
ISSN 2236-8957

EMERJ

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO • V. 15 • N. 59 • Julho/Agosto/Setembro • 2012



ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 15 - n. 59 - 2012
Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 15	n. 59	p. 1-274	jul.-set. 2012
----------	----------------	-------	-------	----------	----------------

© 2012 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: Des. Leila Mariano.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual/Capa:** Jaqueline Diniz; **Editoração eletrônica:** Rafaelle Neves; **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

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

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

Trimestral.

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

❖ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

❖ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

❖ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

❖ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale



- 7 | Apresentação**
- 9 | O Direito Administrativo do Século XXI: Um instrumento da democracia substantiva**
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
- 24 | Pacificação/Administração de Conflitos Sociais e a Realização da Justiça**
Luiz Fernando Ferreira de Souza Filho
- 36 | Ensaio sobre a Recuperação de Pessoas Singulares (Sobre-endividamento) na Legislação Portuguesa**
Alexandre Chini
Diógenes Faria de Carvalho
- 47 | A Relevância da Má-fé no Delineamento da Improbidade Administrativa**
Emerson Garcia
- 66 | Da Definição de Salários para Contratos Administrativos de Terceirização**
Marcelo Moreira Prado
- 76 | A Importância do Ensino da Medicina Legal na Formação da Carreira Jurídica**
Luiz Carlos Leal Prestes Junior
Talvane M. Moraes
Mary Rangel
- 85 | As Consequências da Ruptura Injustificada das Negociações Preliminares**
Sandro Coutinho Schulze

- 117 | A Formação Litisconsorcial sob a Égide do Código de Processo Civil Brasileiro**
Durval Pimenta de Castro Filho
- 143 | A Execução de Alimentos na Reforma do Código de Processo Civil e no Estatuto das Famílias**
Ana Paula Santoro Pires de Almeida Carvalho
Simone Coelho Moreira Sampaio
- 161 | Artigos 25 do CPP e 102 do CP - Violência Doméstica e Interpretação Conforme a Constituição**
Marcos Augusto Ramos Peixoto
- 171 | O Novo Regime Processual dos Crimes Praticados por Organizações Criminosas**
Franklyn Roger Alves Silva
- 187 | Prazos Extintivos para Repetição do Indébito Tributário**
Barbara Casado Prado
- 199 | Aspectos Legais e Tributários do Poker e dos Demais Esportes da Mente: A necessidade de uma regulamentação específica!**
Leonardo Araujo Marques
- 217 | A Obrigação como Processo no Direito Tributário e a Aplicação do Princípio da Boa-fé Objetiva**
Elizabeth Rosa de Mello
- 250 | Planejamento Tributário: Uma visão geral**
Flavio Mattos

Apresentação

Chegamos ao nº 59 da Revista da EMERJ, o qual consagra a nossa primeira edição após a transformação do sonho em realidade. Com a inauguração e instalação da Escola em nova sede, no dia 20 de julho de 2012, iniciou-se mais uma etapa de sua História.

Localizada nas cercanias do Complexo Judiciário Estadual, ocupando o antigo prédio da PGE, agora totalmente remodelado e modernizado para atender as particularidades e necessidades da vida acadêmica, a EMERJ alça, também no aspecto físico, o patamar de excelência que sempre a caracterizou.

E mais, tendo em conta que a próxima Revista da EMERJ, que encerrará o ano de 2012, será destinada à edição especial de tema premente acerca do Projeto de Reforma do Código Penal em tramitação no Senado Federal, aproveitamos o ensejo para dirigir ao corpo docente, discente, aos funcionários e a todos os colaboradores, os nossos mais sinceros agradecimentos pelo apoio incansável ao longo deste biênio, em que enfrentamos muitos desafios, mas colhemos, igualmente, significativas conquistas.

Honrados com a oportunidade de ter contribuído na perpétua busca do aprimoramento e evolução de nossa Escola da Magistratura, regozijamo-nos ao constatar a implementação de projetos que conduziram a novas frentes de atuação e, especificamente, quanto à Revista da EMERJ, a adoção da publicação *on line* de seu conteúdo, que reafirma o compromisso de democratização e difusão da cultura jurídica, dentro da nova dinâmica da comunicação eletrônica.

Com espírito renovado e atenta às novas questões que afloram no seio da comunidade e reclamam sua análise pelos operadores do direito, esta Escola da Magistratura, ciente de seu papel, prossegue fomentando o debate jurídico, sempre na busca da solução dos conflitos e da pacificação social.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ



O Direito Administrativo do Século XXI: Um instrumento da democracia substantiva*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Procurador (aposentado) do Estado/RJ. Especialização em Faculdade de Direito Político pela Universidade Maior de San Andrés, em Criminologia pela Universidad de Buenos Aires, em Direito Penal Militar pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, em Direito Nuclear pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em Aperfeiçoamento para a Magistratura pela Ordem dos Advogados do Brasil e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor titular da Universidade Cândido Mendes.

I – INTRODUÇÃO

1 - A sinergia entre vontade e capacidade

Os dois motes centrais do tema proposto – o Direito Administrativo e a Democracia – têm uma raiz comum: o **poder**, fenômeno cada vez mais estudado, na medida em que se identifica na etiologia de todas as ciências e artes referidas às relações humanas.

Um estudo seminal do poder parte da constatação de que tanto viver como conviver é ter **necessidades** a serem satisfeitas por todos os seres vivos. Nos vegetais, estas necessidades são satisfeitas pelo tropismo e, nos animais, pelo instinto. No **Homem**, além de contar com o instinto, as necessidades são apreendidas pela consciência, que nela desperta **interesses**, que são as necessidades interpretadas pelas culturas e pela experiência pessoal, os quais, por sua vez, irão acionar a **vontade**, a que caberá mobilizar os meios de toda ordem que, adequadamente integrados e postos em ação, lhe proporcionarão a **capacidade** para satisfazê-los.

* Exposição apresentada em 2 de agosto de 2012 na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, a convite de sua Diretora-Geral, Desembargadora Leila Mariano, como parte das celebrações da inauguração da nova sede e da outorga, ao autor, do título de Professor Emérito da Instituição.

Assim tem origem o **poder**: criado pela sinergia entre esses dois elementos geradores - a **vontade** e a **capacidade**; trata-se, portanto, de uma vontade de atingir um determinado objetivo dotada da suficiente capacidade de lográ-lo. Este é o **conceito antropológico**, bastando apenas acrescentar a **destinação**, invariavelmente uma pretendida **alteração da realidade** a realizar-se segundo a vontade de quem o exerça, ter-se-á integrado o seu **conceito sociológico**.

2 - Necessidades, interesses, impedimentos e cultura

Há uma importante distinção quanto à destinação genérica, entre as **necessidades** e a sua derivação, que são os **interesses**. Enquanto as necessidades partem do instinto e se elevam à consciência, os interesses já são elaborações da própria consciência; assim, o emprego do poder em nível individual para a satisfação de **necessidades**, por serem vitais e naturalmente inatas, dependerá da superação dos desafios opostos pelo meio físico, enquanto a satisfação dos **interesses**, por serem delas derivados e convencialmente gerados, enfrentam duas classes de desafios, que se oferecem como **impedimentos** à sua satisfação: de um lado, os do **meio físico** e, de outro, os opostos pelo **meio social**.

O **impedimento físico** demandará a remoção da **resistência passiva** do meio ambiente, enquanto o **impedimento social** demandará a superação da **adversação ativa**, que resulta da existência de poderes outros, potencialmente conflitantes, existentes no meio social. A superação, tanto de uma como de outra classe de impedimentos é condição para alcançar os objetivos pretendidos, dependendo sempre da prática de uma **ação eficiente** por seu agente, o que o levará a repeti-la.

Ora, a repetição individual da ação eficiente forma o **hábito**, enquanto que a imitação coletiva, pelos demais membros do grupo, conforma o **costume**, o qual, ao se estabilizar com o tempo, poderá produzir padrões de ação do grupo, que são as **instituições**.

Como última fase, partirá da evolução e combinação de instituições o desenvolvimento das diferentes **culturas** – por isso, definidas pela Antropologia Social como **complexos institucionais** – que, ao solidarizar as sociedades humanas, as tornam cada vez mais elaboradas e poderosas, podendo, eventualmente, algumas delas, atingir as condições materiais de gerar uma ou, até mesmo, várias **civilizações** – desse modo entendidas como expressões criativas exitosas do dinamismo atingido por determinadas culturas.

Todavia, a maioria das culturas não logra criar civilizações; esta é a regra. Inúmeras surgiram e desapareceram sem que as suas instituições e realizações materiais sequer permanecessem na memória histórica, tal como ocorreu com as centenas de culturas primitivas surgidas e desaparecidas em todas as áreas geográficas do mundo; a maior parte delas, sem deixar vestígios de sua existência.

Na verdade, relativamente poucas realmente o lograram plenamente, tais como, para mencionar conhecidos exemplos, a egípcia, a grega, a romana, a chinesa, a japonesa, a incaica e a asteca, que, entre poucas outras, perenizaram suas instituições e realizações. Destacadamente, porém, algumas culturas o fizeram de modo tão sobressalente que se tornaram **matrizes universalizadas de civilizações**, como é exemplo a herança greco-romana, que se difundiu mundialmente, a partir Renascimento italiano.

3 - Etiologia do conflito e evolução antropológica de sua solução

Retornando aos **impedimentos**, que se opõem ao poder, tanto à sua expressão individual como à coletiva, conforme, ainda, sejam eles físicos ou sociais, o problema de sua superação se apresentará com características peculiares em cada cultura e, se o caso, em cada distinta civilização.

Pois bem: os impedimentos opostos ao homem pelo **meio físico** se resolvem pela aplicação do **conhecimento**, sob todas as suas formas – o empírico, o científico, o tecnológico – pois que o dotará da necessária **capacidade** para adequadamente instrumentar sua **vontade** de modo a remover os obstáculos naturais.

Já o problema da superação dos impedimentos opostos pelo **meio social** se apresenta bem mais complexo, pois que, pressupondo, por definição, um **confronto entre vontades**, discordantes e dotadas de diferentes capacidades de ação, poderão se tornar geratrizes de **conflitos**, nos quais cada vontade em oposição, individual ou coletivamente, intentará sobrepujar a adversária.

Primitivamente, resolvia-se o conflito apenas pela imposição bruta de uma das vontades conflitantes sobre as demais; somente em estágios mais evoluídos das relações sociais se desenvolveu a solução socializada, que resolve o conflito através da imposição coletiva dos **costumes** grupais e, só bem mais adiante, já tendo alcançado certo nível de complexidade desde os costumes tribais, adviria a solução de criar-se uma resposta instituciona-

lizada do grupo aos malfeitos perturbadores – era a “retribuição”, como a “resposta da tribo” - manifestação arcaica das **instituições jurídicas**.

Assentados esses balizamentos, cumpre identificar no fenômeno da **desigualdade cratológica**, naturalmente existente entre indivíduos e grupos humanos de qualquer dimensão ou estágio de evolução, o núcleo gerador de conflitos.

4 - As relações assimétricas de poder como fonte de conflito e suas soluções históricas

Seja, porém, individualmente considerado - como **poder pessoal**, seja coletivamente considerado - como **poder grupal**, o desafio permanente do poder no meio social estará sempre presente a partir de tensões que se desenvolvem entre interesses antagônicos, e são continuamente geradas pela existência de **relações sociais cratologicamente assimétricas**. É essa tensão que exige a institucionalização de **instrumentos de contenção e de controle do poder** nas sociedades, conforme o demande o seu estágio de desenvolvimento cultural.

Tradicionalmente, esses essenciais **instrumentos de disciplina do poder** - sem os quais se compromete não apenas o progresso, como a própria sobrevivência dos grupos sociais - têm sido culturalmente providos por três macroinstituições: a **religião**, a **política** e o **direito**.

Como ensina a História, durante certo tempo, coube à **religião** o mais importante papel de contenção social do abuso e desvio do poder, porém lentamente este processo se laicizou com a ascensão da hegemonia da **política**, para, somente em estádios civilizatórios bem mais avançados, passar a preeminência desta função ao **direito**.

Em nossos dias, a consideração desta evolução inspirou um pensador do porte de Norberto Bobbio a ver, na dinâmica social contemporânea, uma convergência entre esses dois instrumentos aconfessionais de contenção do poder, promovendo a paulatina **juridicização da política** e **politização do direito**.

Com efeito, presencia-se uma crescente interação e interpenetração entre Política e Direito, que insopitavelmente se processa entre os dois macrossistemas, não sem inquietudes e reservas diante dos problemas suscitados, até que progridam, se aprimorem e se amalgamem convenientemente as instituições juspolíticas dos povos, até despontando no processo o embrião de um **direito globalizado**, como o estuda e descreve com maestria Sabino Cassese.

De resto, nada há de surpreendente na constatação do curso desse processo, pois que, afinal, descreve a permanente incorporação ao arsenal juspolítico, tanto a nível nacional como internacional e multinacional, dos **instrumentos jurídicos de prevenção e de superação de conflitos**, constantemente desenvolvidos para fazer frente a quaisquer modalidades em que se possam apresentar essas sempre cambiantes e potencialmente perigosas relações assimétricas de poder.

Os instrumentos, aqui brevemente referidos, desde os mais antigos aos mais recentes, arrolados sinteticamente como **disciplinas do poder** - religião, política e direito - constituem indubitavelmente um formidável acervo da criatividade humana, cabendo-lhes um imenso crédito na construção da **civilização**, tal como ora globalmente se a desfruta, sobretudo pelo fato de, pouco a pouco, instilarem preciosos **valores institucionais** na convivência entre pessoas e povos, dos mais admiráveis produzidos pela convivência humana, como a particularmente examinada a seguir: a **democracia**.

II – PODER, POLÍTICA E DEMOCRACIA

1 - A democracia como um instrumento de disciplina do poder

Na **política**, manifestam-se, historicamente, com toda a intensidade, a tragédia e glória do **poder**. Em termos éticos, muito se o questionou, pelo fato de originar-se das diferenças físicas e sociais, naturalmente existentes entre as pessoas em sociedade, porém, já de há muito se assentou que as violações éticas, cujas causas lhe foram atribuídas, não decorrem simplesmente da existência de uma assimetria cratológica, mas de seu eventual **abuso**. Portanto, quando a referência se faz à **disciplina do poder**, é, afinal, da contenção do seu abuso que se cogita, com vistas à instituição e à aplicação dos instrumentos que o devem limitar e condicionar.

Desse modo, por se tratar de fenômeno de natureza meramente **instrumental**, a qualificação ética do poder, que se lhe possa ser atribuída em qualquer de suas diversas expressões - convencionalmente resumidas como sociais, econômicas e políticas - sempre dependerá, afinal, da qualificação dos **fins** e dos **meios** de quem, indivíduo ou grupo, o aplicar. Assim, tanto o poder poderá mostrar-se benéfico como maléfico, como dádiva ou maldição, seja para os indivíduos, para os povos, para as culturas ou para as civilizações, nestas, até como um fator limitativo de sua duração.

Em suma, dentre incontáveis experiências políticas históricas, destacou-se essa engenhosa solução juspolítica de disciplina do poder, que, destacadamente, justamente por avançar no hibridismo entre política e direito, vem provando a sua eficiência e demonstrando, por seus êxitos, as suas virtudes: a **democracia**.

2 - Evolução do conceito de democracia

A este ponto, ingressa-se em campo polêmico, minado por armadilhas semânticas, tão comuns quando se trata de expressões polissêmicas; para circundá-lo, este ensaio adotará uma combinação de um **conceito mínimo clássico**, de corte predominantemente formal, com um **conceito mínimo contemporâneo**, que tende para um predomínio substantivo.

O **conceito formal**, que é o mais antigo, prende-se às suas origens históricas na Ática e se refere à **escolha dos detentores do poder político**, obtida pelo consenso eletivo no grupo social que o gera, tendo variado, embora, os critérios e os processos de escolha.

O **conceito substantivo**, muito mais recente, deita suas raízes no humanismo, devendo seu atual desenvolvimento à solene afirmação contemporânea dos **direitos humanos**, reconhecendo-se, além da **escolha de pessoas**, de caráter temporário, outras escolhas de caráter permanente da sociedade, que conformam um conjunto de **valores inerentes à pessoa** e dela indissociáveis, que devem ser, não apenas respeitados e guardados, como serem os critérios determinantes da legitimidade das **ações políticas**. Um conceito referido, portanto, não apenas à **escolha de detentores do poder**, como à **escolha dos meios e dos fins de seu emprego**.

Desse modo, a democracia do século XXI não apenas manteve e aperfeiçoou o tradicional aspecto **formal** do sufrágio eleitoral, como acrescentou-lhe novas formas de participação cidadã em diversas modalidades de **escolhas públicas**, mas, sobretudo, o inovou fortemente sob o aspecto **substantivo** ao estabelecer **condições e limites axiológicos para o exercício político-administrativo de um poder instituído com destinação pública**.

Assim, a **legitimidade**, qualidade que passa a ser fortemente exigida na pós-modernidade, não importa quais as escolhas de poder que devam ser feitas - se a de **pessoas**, que se encarregarão de exercê-lo, ou

se a das **ações**, que deverão ser por meio dele empreendidas - se torna exigível não apenas para a validação da **investidura** no poder, como para a validação do **exercício** do poder e, principalmente, para a validação do **resultado** da aplicação do poder.

3 - A trajetória histórica da democracia e suas lições

As vertentes evolutivas examinadas se somam e se potenciam para corroborar o reconhecimento, que constantemente se amplia e globalizadamente se difunde, da **superioridade ética e prática da democracia** sobre as demais experiências de regimes políticos, em todas as incontáveis formas vivenciadas pela humanidade, o que comprova facilmente pela breve, mas incisiva história de seu próprio **crescimento e afirmação**.

Desde sua prístina organização na *polis* ateniense, na planície Ática, única, singular e quase inacreditável à época, até os renovados exemplos que nos oferecem os países que a adotaram na Pós-Modernidade, caracteriza-se o que se tem denominado de fenômeno da *“ressurgência global da democracia”* (pedindo emprestada a sugestiva expressão empregada no título da obra coletiva organizada por Larry Diamond e Marc F. Plattner, que reuniu expressivos nomes de cientistas políticos contemporâneos, publicada pela John Hopkins University Press, Baltimore e Londres, em 1996).

Na referida obra, é possível distinguir etapas de um relativamente recente **robustecimento da democracia**, que pode ser observado a partir do seu primeiro ressurgimento na Modernidade, depois de vinte e dois séculos de hegemonia de regimes autocráticos, ao se apresentar como um **regime político constitucionalizado** - portanto juridicamente organizado - tal como inovado pela Revolução Americana de 1776, até tornar-se, em nossos dias, o **regime político hegemônico deste século**, alçando-se como um **ideal e aspiração** comum dos povos em cerca de duzentas nações independentes do mundo, mesmo não sendo adotado, de fato ou de direito. Essa trajetória histórica da democracia, já como **regime político constitucionalizado**, se desenvolve em quatro etapas:

1ª etapa – de 1776 a 1874 - a de sua **implantação** na Era Moderna, por Constituições de países da Europa e das Américas; uma expansão que seria lenta em razão da persistência de modelos autocráticos, quando não se apropriavam apenas da qualificação “democrática”, não mais que para beneficiarem-se de seu carisma;

2ª etapa – de 1874 a 1990 – um intervalo em que ocorreu a sua **primeira ressurgência** moderna, como uma consequência da derrota da autocracia ideológica, representada pelos regimes totalitários nazi-fascistas na Segunda Guerra Mundial, sobrevivida com a reconstitucionalização de cerca de 30 países na Europa, Américas, África e Ásia;

3ª etapa – de 1990 a 1995 – a sua **segunda ressurgência**, provocada pelo ocaso das experiências comunistas na Rússia e nos países satélites da Europa Oriental, alcançando mais de 36, as reconstitucionalizações no período, chegando a 117 o número de países com (pelo menos declaradamente) Cartas Políticas democráticas (de um total, à época, de 191 Estados membros da ONU) e a

4ª etapa – a atual – que se considera a da **terceira ressurgência**, marcada por diversas agitações reivindicatórias de contrapoderes eclodidas em várias nações do globo, como, exemplarmente, a *primavera islâmica*, denominação mais apropriada que *primavera árabe*, em que vários povos da área de **cultura islâmica** passaram a se arregimentar em movimentos de massa para eliminar ou reduzir os tradicionais regimes políticos, fortemente teocráticos e autocráticos, dominantes em seus países, o que indica, não apenas uma recuperação em nível global da adesão dos povos aos **valores democráticos**, como uma expressiva demonstração da crescente **confiança universal** em suas instituições.

III – PODER, DIREITO E DEMOCRACIA

1 - Algumas considerações sobre o conceito pós-moderno da origem do Direito

O nosso antigo e admirado legado civilizatório do **Direito**, entre muitos modos em que se o tem considerado e conceituado, pode ser hoje apresentado, basicamente, como **uma instituição destinada ao controle do poder**, na qual a sociedade se vale de **processos sociais**, historicamente desenvolvidos e aperfeiçoados em três fases, quanto à sua origem: a da **convenção**, a da **imposição** e a da **pactuação**.

A **origem antropológica das instituições jurídicas** foi a **convenção**, entendida como um **pacto tácito** entre membros de grupos para sustentar uma convivência pacífica segundo **costumes** espontaneamente adotados, sendo esta a primitiva forma em que se apresentou o Direito, como disciplina do poder instituída no grupo com a finalidade de controlar condutas abusivas tidas como perturbadoras e antissociais.

A concentração de poder nos grupos, que se daria nas pessoas de seus chefes e líderes, acabou por dotá-los da capacidade de **imposição** de uma vontade pretendidamente da coletividade, de modo que o **Direito**, de costumeiro, ao poucos se tornou o produto da manifestação da vontade de governantes, que, com o tempo, acabaram **monopolizando a sua institucionalização formal**, fato este bem marcado na História pela imposição do direito civil legislado, o *Corpus Juris Civilis*, por Justiniano I, em meados do século VI.

A terceira fase resultou de uma conciliação parcial entre a convenção social original e o monopólio regaliano da legislatura, graças ao desenvolvimento da **pactuação** política formal, responsável pela instituição de parlamentos, assembléias e congêneres, instituições essas que, aos poucos, foram assumindo, por vários modos e em diversos graus, **o poder de edição de leis**, legitimadas por duas ideias-força emergentes em meados da Modernidade: a da **representação** e a do **contrato social**.

2 - Surgimento do Direito Público

Com a lenta ascensão da pactuação, possibilitava-se o surgimento de manifestações rudimentares do que viria a ser, bem mais tarde, um **Direito Público**, das quais é histórico exemplo a *Magna Charta Baronorum*, que já ensaiava a definição de alguns tímidos **controles** sobre os centros de poder institucionalizados, que, até então, se haviam globalmente estruturado a partir de variados tipos de grupos humanos, desde os clãs e tribos aos impérios da Antiguidade e aos feudos e reinos medievais.

A instituição do que, mais adiante, viria a caracterizar-se como um **Direito Público**, se nos veio como uma dádiva da Era Moderna, construída sobre uma **base factual formal**, como já se expôs, a partir do pressuposto vitorioso de um **contrato social** – que deveria vincular tanto os **centros de poder institucionalizados regentes**, como os seus respectivos **grupos humanos regidos**, de modo a pautar o exercício do poder segundo cláusulas legitimatórias **negociadas** entre ambos.

Foi, portanto, nesta última fase, que tiveram oportunidade de despontar as primeiras **manifestações juridicizadas da democracia moderna**: possibilitava-se o desenvolvimento, que se seguiria, de uma sofisticada técnica social **destinada a regular com maior plenitude e rigor os fenômenos do poder político** nas sociedades organizadas, em benefício das pessoas.

IV – POLÍTICA, DIREITO PÚBLICO E DEMOCRACIA

1 - Uma política e um direito público que mereçam a qualificação de democráticos

Ingressa-se agora no estudo de algumas relações desse trinômio fundante da própria pós-modernidade: a **política**, o **direito** e a **democracia**.

Como se expôs, a reintrodução moderna da **democracia** mudou o rumo, já milenar, de uma antiga **política** fundada em instituições dotadas de **poder absoluto**, quando não arbitrário, ao passar a exigir a observância de normas de um **direito público** bem definido em termos de **acesso**, de **detenção**, de **exercício** e de **controle do poder**.

Em outros termos, a introdução da **democracia** demandava não apenas a instituição de claras regras de contenção do poder, como que tais regras conformassem **um direito também qualificado como democrático**, para reger as **relações assimétricas** entre os centros de poder político e os seus respectivos destinatários.

A primeira manifestação dessa nova visão concentrou-se nas etapas de **acesso** e de **detenção do poder**, ou seja, foi preponderantemente **instrumental**, o que caracterizou uma **páleo-democracia formal**, voltada a gerar o consentimento legitimatório sobre **quem deve governar** – como ascender a cargos políticos e por quanto tempo - tendo sido, os seus institutos clássicos, desenvolvidos durante toda a Modernidade.

Daí, com o progresso proporcionado pela pós-modernidade, adviriam as transformações que produziram a **democracia material**, como resultado da ampliação de sua atuação para abranger, nesta nova etapa, o **exercício** e o **controle do poder**, assim definindo-se como uma **democracia substantiva**, entendida como aquela voltada a gerar o consentimento legitimatório sobre **como se deve governar, sob que valores e para que fins**; um processo ainda em pleno curso em nossos dias.

2 - A constitucionalização do direito e da democracia

A mais importante instituição surgida na Modernidade, graças à qual se dariam as condições para o pleno desenvolvimento de um fortalecido direito público, foi o **constitucionalismo**, por inovar um **fundamento positivo geral de valores jurídicos**, tanto impositivos para a sociedade, quanto para o próprio Estado, e tanto aplicáveis internamente, quanto

em sua relação com a sociedade, o que qualificaria tal subordinação à lei: **o Estado de Direito**.

Mas o percurso do constitucionalismo não pararia aí, senão que estava destinado a levar bem mais adiante a sua missão civilizadora, transfigurado pela ascendente **democracia**, para se tornar um **fundamento geral de valores jurídicos supraestatais**, o que viria a impor novos **limites e condicionamentos** para o Estado e para o Direito por ele produzido e, acrescidamente, alcançando também as relações globais mantidas pelo Estado, em que estão imersas todas as nações, povos e governos, caracterizando, desse modo, o **Estado Democrático de Direito**, assentado sobre **o primado do homem sobre todas as suas criações**.

Desse modo é que, **para a concretização efetiva do ideal da democracia**, o constitucionalismo ampliou seu espaço e sua efetividade para abranger e impregnar com seus valores fundantes todos os ramos jurídicos internos, até então frouxamente a ele vinculados, notadamente três dos ramos públicos – o **Direito Administrativo**, o **Direito Eleitoral** e o **Direito Internacional Público** – pois que são os que, em última análise, **conferem operatividade** ao novo e auspicioso predicado democrático, pioneiramente explicitado para o mundo na Lei Fundamental de Bonn, de 1949.

Assim, no âmbito interno, de um lado, o **Direito Eleitoral** é o **ramo operativo da democracia formal**, referido ao **acesso ao poder**, ao regular juridicamente os instrumentos de sufrágio cidadão, os partidos políticos e a sua atuação, e de outro, o **Direito Administrativo** é o **ramo operativo da democracia substantiva**, referido ao **exercício do poder**, ao regular juridicamente as **relações assimétricas que se travam entre o Poder Público e as pessoas às quais deve servir**: o que vem a ser, precisamente, o tema sobre o qual doravante se concentra e com o qual se culmina e se conclui este estudo.

V – DIREITO ADMINISTRATIVO E DEMOCRACIA

1 - A caracterização jurídica da democracia

Deflui do exposto, já não bastar, na democracia pós-moderna, para caracterizar a **legitimidade** dos atos do Poder Público, se os agentes que os praticam estão **formalmente legitimados ou não**, para que se os possa assinalar como **democráticos**, pois o que integra sua legitimação são, em última análise, os **princípios** que reverenciam e dão aplicação.

Portanto, o Direito Administrativo, ao regular as relações entre o Estado, como administrador de **interesses públicos** constitucionalmente postos a seu cargo, e os administrados, deve pautar-se, **além das normas legais** aplicáveis, emanadas de seus órgãos formalmente legitimados para produzi-las – portanto pela **legalidade** – também por **princípios de Direito**, que superiormente expressam valores irrenunciáveis das sociedades democráticas – ou seja, pela **legitimidade**.

2 - Os princípios democráticos e sua atuação na Pós-Modernidade

Em uma primeira apreciação sobre tais **princípios democráticos**, que caracterizam o **Direito Administrativo** pós-moderno, tal como vem sendo admiravelmente construído pela contribuição de gerações de profissionais habilitados e de juristas, em vários países e em âmbito global, desde o final do século passado, classificam-se como **princípios gerais e especiais**.

Arrolem-se aqui, exemplificativamente, como **princípios democráticos gerais**: o da **supremacia da pessoa humana** (sob seus dois aspectos: enquanto indivíduo – como o da **dignidade da pessoa humana** – e enquanto membro da sociedade juspoliticamente organizada – como o da **cidadania**); o da **juridicidade** (significando total submissão ao Direito, entendida além da mera submissão à lei); o da **publicidade**; o da **realidade**; o da **responsabilidade**; o da **responsividade**; o da **sindicabilidade**; o da **sancionabilidade**; o da **ponderação**; o da **subsidiariedade**; o do **devido processo da lei**; o do **contraditório**; o da **motivação** e o do **controle**.

Podem ser considerados como **princípios democráticos especiais** da Disciplina: o da **participação**; o da **processualidade**; o da **transparência**; o da **consensualidade**; o da **negociação**; o da **eficiência**; o da **economicidade** e, de certo modo, sintetizando-os a todos, na expressão já consagrada, o da **boa administração**.

A observância desses princípios, cujo detalhamento é despidendo para este auditório, notadamente, o dos elevados valores que exprimem, é, em suma, o que há de qualificar qualquer **administração pública** como **substancialmente democrática** – e, por este motivo, merecendo ser considerada como **plenamente legítima** – não lhe bastando, para alcançar tão elevada qualificação, a mera observância das normas legais aplicáveis.

Cabe, porém, agregar algumas considerações pontuais sobre alguns **princípios especiais**, por sua pertinência com o **controle**, que se elevaram a grandes marcos do direito público contemporâneo.

São eles, nominadamente: o da **processualidade** (com a função, entre outras, de garantir a previsibilidade da ação do Estado e a decorrente segurança jurídica); o da **transparência** (pois que, sem visibilidade de como opera o Estado, de nada valeria a observância cega da processualidade); o da **consensualidade** (que se expressa nas modalidades em que há opções de vanguarda de modalidades de administração associada, possibilitando alternativas pragmáticas de participação da sociedade na atividade estatal); o da **negociação** (que garante a paridade formal na formação da norma consensual); o da **eficiência** (que leva à maximização possível dos resultados da ação do Estado); o da **economicidade** (que garante o menor custo para a sociedade) e, encerrando a lista, o da **boa administração** (que pode ser apontado como princípio-síntese deste conjunto).

VI – CONCLUSÃO

A alternativa **democrática** se sublima como uma esperança universal, carecendo, embora, de aperfeiçoamentos, pois a sua realização estará sempre na dependência de fatores culturais que a propiciem e a mantenham.

Como a **Administração Pública**, estruturada na modernidade, sabidamente herdou uma pesada carga histórica fortemente autoritária, quando não tirânica, o processo de revertê-la, em cada país, tem se mostrado lento, penoso e, por vezes, uma conquista épica, a ser gradualmente alcançada, tal como a descreveu com genialidade Eduardo Garcia de Enterría em seu celebrado ensaio versando *A luta contra as imunidades do poder*.

Por outro lado, quanto à angustiante alternativa **autocrática**, que subsiste, seja por força da mencionada herança histórica, seja pela persistência de fatores culturais que a propiciam, ela ainda está presente e ativa na humanidade.

Com feito, a **autocracia**, sob as variadas formas com que se apresenta, tem defensores que não esmorecem facilmente, valendo-se de novas **motivações** em seu sinistro mister de impô-la aos eleitorados despreparados, explorando o **desencanto** das pessoas com os políticos,

a **demagogia**, por eles empregada e o exacerbado **carisma pessoal**, cultivado por alguns de seus líderes.

Assim é que, como vívidos exemplos deste, sempre presente, **risco de retrocesso ético-político**, que ronda as democracias, nunca é demais lembrar o recorrente **abuso de poder**, próprio da vocação autocrática, que se alimenta da exploração emocional das massas e do emprego perverso da forma plebiscitária, ambas arditamente obtidas pelo manejo alienante da propaganda de Estado e da disseminação do medo, que geram modalidades de **terror oficial**, como abundante e constantemente a imprensa internacional dá conta.

Por sua profunda relação com o dia a dia do exercício de poderes intensamente **assimétricos** praticados pelo Estado, não importando se legítima ou ilegitimamente impostos sobre sociedades e pessoas a que deve servir, muito depende a esperada plenitude do gozo das benesses da democracia da contribuição que pode e deve ser oferecida pelo **Direito Administrativo**.

E esta referência se faz não apenas com relação ao tradicional Direito Administrativo de origem **estatal**, assim desenvolvido em mais de dois séculos da modernidade, portanto, entendido com os seus desdobramentos **intraestatais** e **infraestatais**, pertinentes aos entes em que se subdividem os Estados internamente - tais como estados membros, províncias, departamentos, municípios e toda sorte de **autonomias** políticas regionais – embora seja este, ainda, indubitavelmente, o ramo mais importante nesta quadra histórica, institucionalizado nos quase duzentos países soberanos filiados à Organização das Nações Unidas.

Mas essa referência também se estende ao ramo **interestatal** – o que regula as relações que se travam entre os países soberanos, bem como entre eles e as diversas organizações internacionais, por eles próprios criadas - pois que também diretamente se refletem sobre as respectivas sociedades e indivíduos.

E, do mesmo modo, ela alcança também o ramo **supraestatal** – o que regula as relações administrativas travadas entre os países soberanos e um centro de poder que lhe seja supraordinado - como hoje é o caso paradigmático da União Europeia.

Finalmente, ela abrange o novíssimo ramo **extraestatal** – o que regula as relações administrativas de interesse público que partem de **cen-**

tros de poder que se encontram fora e independentes dos Estados - hoje encontradas sob múltiplas modalidades, em pleno e dinâmico desenvolvimento, como nos dá conta a incipiente literatura jurídica do setor.

Como se depreende de toda essa complexa trama de **relações administrativas** de tal modo expandidas, travadas em todos os níveis de poder, assim compreendidas no gênero todas aquelas que se propõem a satisfazer **interesses públicos** através da ação alternativa de **sociedades civis** para tanto organizadas e caracterizadas como **centros de poder assimétrico globalizados**, muito dependerá, em última análise, o aperfeiçoamento, quando não a própria sobrevivência da **democracia**.

Sem dúvida, haverá de ser, em grande parte, da **atuação legítima** desses milhares de **centros independentes de exercício de poder administrativo**, existentes e futuros, de qualquer natureza e em quaisquer níveis que se apresentem, desde que processada sob a égide de uma **permanente, contínua e controlada reverência à pessoa humana e respeitados os seus imanentes e inalienáveis direitos**, acima dos quais, nenhum poder e nenhuma instituição se pode arvorar sob qualquer pretexto, que se avaliará o progresso da democracia no corrente século.

O **Direito**, como estratificação de costumes disciplinadores do poder, **tornou-se, em suma, uma instituição essencial à democracia**; velha lição que já nos deixara Péricles em sua indagação retórica, formulada na célebre Oração Fúnebre em homenagem aos mortos da Guerra do Peloponeso: *“Qual o caminho que nos levou à grandeza? **Sob qual forma de governo e sob quais costumes alcançamos nossa grandeza?**”*

É a bela lição do passado que se projeta gloriosamente no futuro, quando o **Direito** e, particularmente, como aqui sustentado, o **Direito Administrativo** e a **Democracia** serão inextricáveis, tudo sob o amparo de uma inabalável confiança na perfectibilidade humana. ❖

Pacificação/Administração de Conflitos Sociais e a Realização da Justiça

Luiz Fernando Ferreira de Souza Filho

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Mestrando em Justiça, Processo e Direitos Humanos na Universidade Católica de Petrópolis

1. INTRODUÇÃO

Na essência do Estado Constitucional, marcado pela hierarquia das leis, pela representatividade democrática e pelo império da ordem e do direito, fundado na garantia da igualdade, há de se consolidar o Estado-Juiz como vertente pacificadora no exercício de uma função jurisdicional-social, não mais satisfeita tão somente com o resultado formalístico do processo, mas, a contribuir com a realização da Justiça e da igualdade, da cidadania, do bem comum, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil insculpida no artigo 3º da Carta Constitucional.

O Juiz deve assumir papel ativo na condução do processo, na busca incessante da pacificação dos conflitos sociais, atuando, sobremaneira, consciente na lide que antecedeu a formação do processo judicial e na que irá lhe suceder, aí considerando os anseios, vícios e virtudes sociais que conduziram as partes ao Poder Judiciário.

Não raro, tem se mostrado que a sentença de mérito não alcança o resultado prático eficaz na resolução do conflito social, mas tão somente ganha natureza de mera afirmação de vencedor e vencido, sem que, de fato, exerça papel persuasivo entre as partes, por vezes acirrando e fomentando a litigiosidade e a desigualdade social.

A crescente judicialização das relações sociais tem levado aos tribunais os mais variados conflitos, transbordando valores morais, religiosos e culturais, congestionando o processo e o Poder Judiciário que, desde sua origem, não se estruturou para servir, no campo prático, como instrumento concreto de pacificação social, mas, satisfeito que sempre foi

com uma concepção formal de solução jurídica da lide, como se aos olhos do Estado-Juiz bastasse a sentença, certo de que seus efeitos meramente jurídicos já seriam o limite da atuação do Judiciário, da jurisdição estatal.

O tão festejado acesso à justiça desde a obra de Mauro Cappelletti¹, levado a cabo pelo Projeto Florença, movimento que teve seus resultados publicados em 1978 sob a coordenação do mestre citado, se mostrou insuficiente quando adotado sem uma preocupação institucional com a efetiva solução dada pelo órgão jurisdicional aos interesses em conflito ao final da demanda formal, tornando estreita a porta de saída, a despeito de tão alargada que foi a porta de entrada da via jurisdicional. Nas palavras de alguns autores, “quanto melhores as condições da estrada, maior será o fluxo de veículos”, e como tal, maior será o congestionamento se nada for feito a repensar a função do Poder Judiciário e do sistema de justiça.

Neste cenário em que a celeridade tem se confundido com valores de justiça e mais, tem-se direcionado a cúpula do Poder Judiciário a soluções que privilegiam a produtividade e a rápida solução do processo, com a imposição de metas “empresariais”, cresce em progressão geométrica uma das maiores crises do Estado desde a derrocada do *Welfare State* europeu; a falência do Estado como ente pacificador dos conflitos sociais, colhendo o desprestígio das decisões judiciais e o desrespeito às instituições democráticas.

É, a partir de então, que ganham notoriedade institutos de composição de litígios, como meios “alternativos” a administração e pacificação de conflitos sociais.

A simplificação dos procedimentos e a utilização de formas privadas ou informais de solução de conflitos, terceira onda de reforma do movimento pelo acesso à justiça já citado, ganha cada vez mais notoriedade e relevância, nos levando a refletir sobre o papel do Estado tanto na dimensão preventiva ou pré-judicial de administração dos conflitos, quanto em uma dimensão restaurativa e judicial de pacificação de conflitos levados aos tribunais.

Nas palavras de Cappelletti², “*o fato de reconhecermos a importância dessas reformas não deve impedir-nos de enxergar os seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrar representação efetiva para inte-*

1 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso a Justiça**. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

2 Obra citada. P. 67-68.

resses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. (Grifei)

A crise do processo como meio de composição estatal de litígios, a administração dos conflitos no plano pré-judicial, os mecanismos de composição, mediação, arbitragem, conciliação e transação na esfera penal, marcam o papel do Estado na realização da justiça e servem de base a esse trabalho, que pretende traçar pontos de relevo e sustentação da direção estatal na administração de conflitos, sem que se afaste o monopólio da justiça pelo Estado, repousando na figura do Juiz, com poderes para tanto, o grande ator e condutor das relações sociais em conflito.

2. O MONOPÓLIO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. O CONFLITO, O PROCESSO E A CRISE DOS MEIOS DE COMPOSIÇÃO ESTATAL

Não se concebe o homem, no sentido antropológico, senão em sociedade. A incessante busca pela satisfação de suas necessidades, sejam elas individuais ou coletivas, faz nascer o conflito de interesses, impondo às relações sociais desigualdades e distorções que batem às portas do Judiciário diariamente.

Desde os primórdios da sociedade, a autodefesa, justiça privada de cunho egoísta, que se revelava ao sabor de verdadeira vingança, se traduzia em marcante impunidade e falhava sobremaneira na composição de litígios, ou, como queiram hodiernamente, na pacificação das relações sociais, visto que o único meio de defesa residia na força, na sujeição e não no respeito e na convivência social pacífica. Nesse cenário, se revelava notável verdadeira negação ao direito.

A autotutela ou autodefesa revelada pela Lei de Talião (olho por olho, dente por dente), precedente histórico da Lei das XII Tábuas, deu lugar então à autocomposição, ressarcindo a vítima através de uma indenização estabelecida pelo árbitro, instituto que passou a exigir do Estado estimular a adoção da arbitragem às partes que originariamente não alcançavam a solução consensual por si mesmas.

Desse processo histórico, colhemos a norma do artigo 345 do CP, tipificando o exercício arbitrário das próprias razões, ou melhor, a norma proibitiva da vingança privada.

O surgimento do processo tem lugar no momento em que o Estado chama para si a tutela jurisdicional e se mostra essencial na consecução dos fins pacificadores do Estado-Juiz. Por outro lado, é certo pela realidade social que esse processo não foi inteiramente capaz de absorver a demanda social.

Como ensina Dinamarco³, “há que se aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos”. O mesmo autor enfatiza que a segurança jurídica é, em si mesma, fator de pacificação.

O respeito e a recuperação do prestígio do Poder Judiciário tem íntima relação com a capacidade de administração das relações sociais, exercendo papel de conscientizar a sociedade de seus direitos e obrigações. A confiança na justiça como instituição democrática torna a sociedade mais zelosa de seus direitos e obrigações.

A crescente demanda de direitos e garantias e a própria evolução das sociedades ocidentais são determinantes à formação de uma consciência participativa e mesmo, à busca do Judiciário na composição dos conflitos. Quanto mais se cresce em cidadania, mas se bate às portas da Justiça.

A noção de conflito vai muito além da lide, extraindo da sociedade a ideia de que o conflito não pressupõe objetivos divergentes, mas meios distintos para alcançá-los sem que as partes envolvidas de fato se apercebam de que dizem a mesma coisa de maneiras diferentes; já a lide tem intrínseca a ideia de disputa, competição e daí a identificação de vencedor e vencido.

Marinoni⁴ relaciona a pacificação social que se extrai como finalidade da jurisdição a três questões: *I) a existência do juiz dá aos litigantes a consciência de que os seus conflitos tem uma forma de resolução instituída e estatal, o que elimina as tentativas de soluções privadas arbitrárias e violentas; II) a jurisdição acomoda as disputas, evitando a potencialização e o agravamento das discussões; III) ainda que um dos litigantes não se*

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2000.

4 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

conforme com a decisão, sabe ele que, diante da impossibilidade de levar novamente ao juiz a situação conflitiva já solucionada, nada mais lhe resta fazer, e que, portanto, seria improdutivo e ilógico continuar alimentando a sua posição.

Não raro, como já dito, a sentença, até então único e reconhecido meio jurídico-legal de solução de conflitos, substituindo-se o Estado à vontade das partes, tem se mostrado como fomentadora da litigiosidade, estabelecendo um ambiente de instabilidade e desajuste social.

De fato, se mostra imprescindível que o Juiz, no exercício da função social, se desprenda da concepção meramente formal das tentativas de conciliação impostas pela norma processual e faça delas verdadeiro e eficaz instrumento de pacificação das relações sociais em conflito.

A insatisfação e o descrédito na instituição da Justiça tem fonte primária na morosidade, na lentidão da máquina estatal. Na medida em que se toleram no Estado decisões extemporâneas, majora-se o risco de sociedades litigiosas.

A sociedade não se mostra mais indiferente à postura do Estado que reitera justificativas de ordem econômica e estrutural a defender-se das mazelas do sistema de justiça, sistema este fragilizado e precário. O crescente volume das demandas não é fenômeno exclusivamente jurídico, mas social, na medida em que a sociedade se torna ciente e zelosa de seus direitos.

Nas palavras de Garapon⁵, *“a brutal aceleração da expansão jurídica não é conjuntural, mas ligada à própria dinâmica das sociedades democráticas.”* O mesmo autor, citando J.K. Lieberman, na obra *The Litigious Society*, Nova Iorque, Basic Books, de 1981, afirma que não nos tornamos mais litigantes tão somente e exclusivamente pela facilitação do acesso à justiça, mas como fenômeno social tem origem na depressão social que se expressa pela expansão do direito.

Em contraponto, a busca incessante pela celeridade induz a substituição da qualidade pela quantidade, e faz do processo mero instrumento de produtividade e expressão estatística.

Dierle⁶ afirma a inversão absoluta de valores e chega a reconhecer que as instituições de justiça brasileiras, contaminadas pelo neoliberalismo

5 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

6 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba, Juruá, 2011.

processual acabam dando força à ideia de que “o processo célere não é aquele que atende aos demais princípios processuais constitucionais dentro de um espaço-tempo suficiente para a implementação da participação de todos os envolvidos, mas, sim, aquele que termina o mais rápido possível na ótica de números”.

A adoção ou a tolerância de decisões em escala industrial, formatadas em modelos distorcidos e distantes dos anseios das partes afasta o Judiciário da real aplicação social da jurisdição.

A figura do juiz desperta na sociedade, não raras vezes, a própria personificação da Justiça, tornando-se imprescindível que o magistrado aplique o direito com escopo de pacificação social, que, segundo Gustavo Quintanilha Telles de Menezes⁷ (Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro), equivaleria a oportunizar às partes meios alternativos de solução e composição de conflitos.

3. MEIOS “ALTERNATIVOS” DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

A visão que se extrai no bojo do próprio Poder Judiciário traz preocupações marcantes ao sentido que se cunhou como direito fundamental a duração razoável do processo em uma dimensão de eficiência e eficácia, como se colhe das afirmações de Joaquim Domingos de Almeida Neto, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁸:

“Dentro do conceito de “razoável duração do processo” e de acesso aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” resta presente a noção de que não só está garantido o acesso ao socorro judicial, mas ao socorro judicial em tempo oportuno à natureza do conflito e com o uso do meio mais adequado às suas características intrínsecas. A garantia trazida pela Emenda 45 não se limita à questão da eficiência. Vai além e exige eficácia da resposta fornecida pelo Estado Juiz”, citando Peter Drucker.

A realidade nacional se revela também no Estado do Rio de Janeiro e retrata que, nos últimos 2 anos, a Justiça fluminense recebeu 1.210.291

7 MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. “A atuação do juiz na direção do processo”. In FUX, Luiz (coord.) **O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa**. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 179-226.

8 NETO, Joaquim Domingos de Almeida. **A prática da mediação em contexto judiciário: Busca de meios adequados de resolução de disputas**. Disponível em <http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/1077863/a-pratica-da-mediacao-em-contexto-judiciario.pdf>.

novos processos em 2010 e 1.362.978 novas demandas em 2011. Desta realidade, segundo dados extraídos no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (www.tjrj.jus.br), 49% das demandas foram distribuídas em Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instâncias especializadas, nas quais se colhem princípios informativos de informalidade e conciliação por expressa disposição legal e constitucional.

O volume cada vez mais crescente de demandas revela também que a sociedade tem privilegiado canais de acesso facilitado à justiça (Juizados), mesmo que se possa extrair clima intenso de litigiosidade entre as partes ainda nessas instâncias.

Desde o Projeto Florença Cappelletti, já se destacava o juízo arbitral, a conciliação, e, sobretudo a especialização da justiça como meios eficazes de acesso e pacificação de conflitos.

A partir daí, é possível destacar e estabelecer duas grandes dimensões de composição: meios preventivos ou pré-judiciais de administração de conflitos; e meios restaurativos ou judiciais de pacificação de conflitos, colhendo entre eles que a principal distinção está no momento em que o Estado-Juiz participa ativamente da resolução de conflitos.

Nessas dimensões, podemos fazer uma releitura do sistema de autocomposição, inserindo o Estado não como figura coercitiva, mas parte integrante das soluções como verdadeiro fiador, nas palavras de Joaquim Domingos de Almeida Neto, e abandonar a ideia de que se trata de instrumentos alternativos à atuação judicial, mas sim de novas formas desta atuação.

Na primeira dimensão de administração de conflitos, há que se conceber o Estado como fomentador da arbitragem ou juízo arbitral, instituto de relevo social, no entanto, deturpado pela própria sociedade que se aproveita da precária, e por vezes omissa atuação do Estado na fiscalização e controle do instituto e desvia os caminhos traçados pela Lei nº 9.307/96.

Desde a edição da Lei 9.307/96, instituiu-se no ordenamento pátrio a arbitragem, fundada no compromisso prévio das partes e na natureza executiva da sentença arbitral.

A despeito de se revelar verdadeira justiça privada, restrita a direitos patrimoniais disponíveis, não escapa ao Estado o controle da atuação legal e jurisdicional, tanto assim que se submete ao Judiciário a execução das sentenças arbitrais.

Distorções e desvios têm levado ao descrédito a opção pela justiça arbitral. Segundo José Carlos de Araújo Almeida Filho⁹, “*assim como as partes submetem-se à tutela do Estado, por nela confiarem, deveriam confiar nos árbitros*”.

Prossegue o autor:

“Contudo, a instabilidade dos ditos “tribunais” e a indevida utilização da arbitragem, ao invés de propiciarem um desafogo do Judiciário, que é a verdadeira e oportuna vantagem dos meios alternativos de conflitos, certamente trarão para estes uma grande demanda, com o fim de reverem decisões proferidas pelos que hoje se encontram envolvidos em escândalos. A utilização da arbitragem como meio de enriquecimento, fugindo a seus verdadeiros princípios e objetivos, ao invés de trazerem a ritualística necessária para que as partes sintam-se confortáveis e psicologicamente confiáveis, fará com que o instituto perca credibilidade.”

Nessa mesma dimensão pré-judicial, alçamos a mediação a instituto de administração de conflitos ainda no seio da sociedade e das instituições desta sociedade civil, com a participação do Estado antes mesmo da judicialização dos conflitos.

A despeito de sua já ampla discussão nos corredores do Poder Judiciário, tem sido frequente a busca da mediação e sua inserção nas camadas sociais.

A mediação antes mesmo de se expressar em solução judicial de conflitos, marca um processo autocompositivo em que as partes em disputa são auxiliadas por um terceiro, mediador, necessariamente neutro ao conflito, na chamada negociação assistida, fomentando as partes a compreenderem suas posições e soluções compatíveis a seus interesses e necessidades¹⁰.

Segundo a doutrina, é nesse aspecto que a mediação se distancia da conciliação. Naquela as partes atingem a solução refletida diante das direções dadas pela mediação e nesta última, as soluções são previamente sugeridas com certa interferência, exigindo que a figura do conciliador seja, até certo ponto, dotada de delicada coercibilidade.

9 ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Arbitragem. Um instituto legal, porém deturpado**. Disponível em <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitragem.html>.

10 **Manual de Mediação Judicial do Ministério da Justiça**, Brasília, 2009.

As diretrizes dadas pelo Conselho Nacional de Justiça em 2010, pela Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, alçam à política judiciária nacional a conciliação e a mediação como imprescindíveis à solução de conflitos.

A mediação e a conciliação são formalmente elevadas a atividade jurisdicional, não mais alternativas e restritas ao campo extrajudicial. Nas suas motivações, a resolução destaca a necessária mudança de paradigmas, de cultura judicial para fazer desses institutos efetivas práticas judiciais.

Destaco parte da *consideranda*: “A conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.

Peço vênia para colacionar o tratamento dado pelo artigo 1º da resolução, forjando a nova cultura judicial.¹¹

“Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.”

Propostas e projetos a exemplo do “Dia Nacional da Conciliação” reforçam as políticas judiciárias e a crescente atuação na resolução de conflitos como fundamento da jurisdição.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem se mostrado ciente e zeloso dessas políticas e, desde 2009, com a edição da Resolução nº 19 do Órgão Especial¹² tem implantada e regulamentada a atividade de mediação na Justiça fluminense.

Centros de mediação foram instalados na capital e em comarcas do interior, sob a coordenação de juízes de direito capacitados e mediadores

¹¹ Disponível em <http://www.cnj.jus.br>

¹² Disponível em <http://portal.tj.tjrj.jus.br/documents/10136/7abcbf66-7116-4311-b31e-386c47730c76>.

formados dentre os próprios servidores do corpo técnico do Tribunal de Justiça. No entanto, ainda se mostra incipiente a remessa de processos e submissão de conflitos aos centros de mediação, prejudicando sobremaneira uma avaliação estatística sobre os rumos dessa política, sendo imperioso fomentar a mudança cultural no seio do próprio poder e na confiança e prestígio das partes na solução mediada.

Hoje, já instalados os centros de mediação na capital e no interior, há por certo que se reconhecer institucionalizada a política de mediação na administração e pacificação de conflitos no Poder Judiciário, que, friso, não está restrita a fase judicial, mas se revela viável e estruturada como mediação pré e para-processual, em primeira e segunda instância.

4. CONCLUSÃO

A figura do juiz desperta na sociedade, não raras vezes, a própria personificação da Justiça, tornando-se imprescindível que o magistrado aplique o direito com escopo de pacificação social, e equivale a oportunizar às partes meios alternativos de solução e composição de conflitos.

Ainda é reduzida a submissão de conflitos aos centros de mediação, sendo imperioso fomentar a mudança cultural no seio do próprio poder e na confiança e prestígio das partes na solução mediada.

Imprescindível que se tenha como parte integrante da atividade jurisdicional técnicas de mediação e conciliação, deixando estes institutos a natureza alternativa, e passando a integrar a política judicial de atuação do magistrado.

Há respostas legislativas no seio das reformas processuais, referenciada que está a mediação e conciliação nas fase pré e para-processual no corpo dos artigos 144 e seguintes, e 323 do Projeto de Lei nº 166/2010 – Senado Federal, dedicando uma seção, por inteiro, no capítulo dos Auxiliares da Justiça e no bojo do procedimento comum, no capítulo da audiência de conciliação, estabelecendo verdadeira fase pré-judicial, em sessões presididas por conciliadores e mediadores antes mesmo do primeiro contato das partes com o juiz e da imposição de prazos de resposta e citação do réu.

O Juiz deve assumir papel ativo na condução do processo, consciente nos anseios, vícios e virtudes sociais que conduziram as partes ao Poder Judiciário.

Finalmente, há que se revelar determinante uma preocupação. Adverte Cappelletti na mesma obra que as reformas judiciais e processuais não são substitutos suficientes para as reformas políticas e sociais.

Isso nos leva a repensar práticas frequentes no meio judicial, inicialmente focadas na inclusão e igualdade social que se legitimariam, segundo a jurisprudência, na omissão ou má gestão de políticas públicas dos demais Poderes da República, mas, que se mostram distorcidas e aumentam o risco de um Estado fragmentado e falido.

Dentre elas, destacamos a reiterada participação do Poder Judiciário através do Supremo Tribunal Federal em temas que, na essência, deveriam ficar a cargo da sociedade representada pelo parlamento, e a flagrante substituição do gestor de saúde pelo juiz, que, a par de efetivar suas decisões, não assume papel de elemento de coerção, mas de direção da administração pública, deficiência que contribui para violação do sistema de repartição dos poderes e da federação.

Há que se privilegiar políticas judiciárias de composição nos exatos espaços deixados pela norma constitucional, jamais tolerando a omissão dos demais Poderes da República. ❖

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso a Justiça**. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba, Juruá, 2011.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. "A atuação do juiz na direção do processo". In FUX, Luiz (coord.) **O Novo Processo Civil Brasileiro – Direito em Expectativa**. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 179-226

NETO, Joaquim Domingos de Almeida. **A prática da mediação em contexto judiciário: Busca de meios adequados de resolução de disputas**. Disponível em <http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/1077863/a-pratica-da-mediacao-em-contexto-judiciario.pdf>.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Arbitragem. Um instituto legal, porém deturpado**. Disponível em <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitragem.html>.

Manual de Mediação Judicial do Ministério da Justiça, Brasília, 2009.

Resolução CNJ nº 125/2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br>.

Resolução OE TJRJ nº 19/2009. Disponível em <http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/7abcbf66-7116-4311-b31e-386c47730c76>.

Ensaio sobre a Recuperação de Pessoas Singulares (Sobre-endividamento) na Legislação Portuguesa¹

Alexandre Chini

Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro

Diógenes Faria de Carvalho

Professor Universitário; Mestre em Direito e Doutorando em Psicologia

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a Portaria nº 1.039/2004 e com a aprovação do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) pelo Decreto-Lei nº 53/2004 e pela Lei n. 16/2012², reformou-se profundamente o direito falimentar português, ocorrendo várias modificações na estrutura do processo, como também a introdução de novas figuras com ele relacionadas. Uma dessas figuras é o plano de pagamentos, que aplica-se nos casos em que o devedor seja uma “pessoa singular”, ou um pequeno empresário³, desde que tenha menos de 20 credores, não tenha dívidas laborais e tenha menos de € 300.000 de passivo.

1 - Resultado da experiência do Primeiro Curso de Verão Luso-brasileiro de Direito do Consumo e discussões sobre o superendividamento dos consumidores na Associação de Direito de Consumo em Coimbra – Portugal – junho de 2012.

2 A presente lei procede à sexta alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, alterado pelos Decretos -Leis n. 200/2004, de 18 de agosto, 76 -A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho, e 185/2009, de 12 de agosto, simplificando formalidades e procedimentos e instituindo o processo especial de revitalização. Artigo 2.º Alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Os artigos 1.º, 10.º, 18.º, 23.º, 35.º, 36.º, 37.º, 39.º, 50.º, 52.º, 53.º, 55.º, 59.º, 64.º, 65.º, 75.º, 76.º, 82.º, 84.º, 88.º, 93.º, 120.º, 125.º, 128.º, 129.º, 136.º, 146.º, 147.º, 158.º, 172.º, 182.º, 188.º, 189.º, 191.º, 192.º, 230.º, 232.º, 233.º, 248.º, 259.º e 297.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, alterado pelos Decretos-Leis n. 200/2004, de 18 de agosto, 76 -A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho, e 185/2009, de 12 de agosto.

3 Artigo 249 do Decreto-Lei n. 53/2004. Âmbito de aplicação 1 — O disposto neste capítulo é aplicável se o devedor for uma pessoa singular, e, em alternativa: a) Não tiver sido titular da exploração de qualquer empresa nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência; b) À data do início do processo: i) Não tiver dívidas laborais; ii) O número dos seus credores não for superior a 20; iii) O seu passivo global não exceder E300 000. 2 — Apresentando-se marido e mulher à insolvência, ou sendo o processo instaurado contra ambos, nos termos do artigo 264.o, os requisitos previstos no número anterior devem verificar-se relativamente a cada um dos cônjuges.

Assim, o plano de pagamentos consiste numa proposta de satisfação dos direitos dos credores que acautele devidamente os seus interesses e que poderá conter garantias reais ou privilégios creditórios existentes. Cuida-se de um programa calendarizado de pagamento ou do pagamento numa só prestação. O plano de pagamentos é apresentado pelo devedor, conjuntamente com a petição inicial do processo de insolvência ou após a sua citação, no caso de o pedido de insolvência ter sido requerido por terceiro. Desta forma, o plano de pagamentos é um instrumento útil para imprimir celeridade ao processo de insolvência e obter a satisfação dos direitos dos credores.

2. A REFORMA DA AÇÃO EXECUTIVA

O Decreto-Lei nº 226/2008, de 20 de novembro⁴, introduziu diversas medidas destinadas a aperfeiçoar o modelo adotado pela designada Reforma da Ação Executiva. Em conjugação com as medidas adotadas para evitar ações judiciais desnecessárias, foram introduzidos mecanismos destinados a apoiar os executados em situação de superendividamento, procurando desta forma criar uma ligação que faltava entre o judiciário e as entidades que prestam apoio ao superendividado.

Considerando os processos executivos que se destinam à cobrança judicial de dívidas muito frequentes, e por constituírem uma boa parte do sistema de justiça, são criadas duas novas medidas destinadas a detectar e apoiar pessoas em situação de superendividamento.

Em primeiro lugar, nas execuções extintas por não terem sido encontrados bens penhoráveis, é dada aos executados em situação de sobre-endividamento, como dizem os portugueses, a possibilidade de suspender a inclusão do registro do seu nome na lista pública de execuções, quando aderirem a um plano de pagamentos elaborado por uma entidade específica e enquanto estiverem a cumprir as obrigações acordadas.

Em segundo lugar, no caso dos processos de execução submetidos a centros de arbitragem em que o executado seja uma pessoa em situação de sobre-endividamento, é dada a possibilidade de suspensão do processo por acordo entre as partes, se o executado aderir a um plano de pagamentos elaborado por uma entidade específica e enquanto estiver a cumpri-lo.

4 Altera os artigos 15.º, 46.º, 47.º, 233.º, 234.º, 239.º, 240.º, 241.º, 242.º, 252.º -A, 261.º, 280.º, 376.º, 467.º, 801.º, 803.º a 811.º, 811.º -A, 814.º, 816.º, 820.º, 824.º, 827.º, 828.º, 831.º, 832.º, 834.º, 837.º a 840.º, 842.º -A, 843.º, 845.º, 847.º, 848.º, 851.º, 854.º, 856.º, 857.º, 859.º a 861.º, 861.º -A, 862.º, 864.º, 864.º -A, 866.º, 869.º a 872.º, 875.º, 878.º, 882.º, 886.º, 886.º -A, 886.º -C, 890.º, 891.º, 897.º, 898.º, 901.º -A, 904.º, 905.º, 906.º, 907.º -A, 908.º, 913.º, 916.º, 917.º, 919.º a 921.º, 936.º, 937.º, 941.º e 990.º do Código de Processo Civil.

Registre-se que a importância dessas medidas se situa em dois planos. Por um lado, uma pessoa em situação de superendividamento é, em primeira linha, alguém que necessita de auxílio para reconstruir a sua situação financeira e poder voltar a honrar seus compromissos. Daí que surge a preocupação essencial de criar condições para ajudar o cumprimento de um plano de pagamento, com os seus credores. Por outro lado, a criação de um plano de pagamentos por acordo entre a pessoa sobre-endividada e os seus credores traduz-se numa situação mais vantajosa para estes, uma vez que possibilita novamente a recuperação de créditos que, de outra forma, dificilmente seriam recuperados.

Os sistemas de apoio ao superendividamento no Direito Português constituem um conjunto de mecanismos colocados à disposição de pessoas superendividadas por entidades habilitadas a prestar esses serviços e que têm como objetivo aconselhar, informar e acompanhar qualquer pessoa em situação de sobre-endividamento na elaboração de um plano de pagamentos, através de procedimentos conciliatórios ou através da mediação.

3. A FINALIDADE DO PROCESSO ESPECIAL DE REVITALIZAÇÃO⁵

O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que comprovadamente se encontre em situação econômica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respectivos credores de modo a concluir com estes acordo tendente à sua revitalização.

Trata-se de um processo de caráter urgente e pode ser usado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne condições necessárias para a sua recuperação. Considera-se em “situação econômica difícil” aquele devedor que enfrenta dificuldades sérias e não consegue cumprir pontualmente as suas obrigações, por ter falta de liquidez ou por não conseguir obter mais crédito.

⁵ Aditamento ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. São aditados ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de março, alterado pelos Decretos-Leis n.º 200/2004, de 18 de agosto, 76 -A/2006, de 29 de março, 282/2007, de 7 de agosto, 116/2008, de 4 de julho, e 185/2009, de 12 de agosto, os artigos 17.º -A a 17.º -I, com a seguinte redação: «Artigo 17.º -A Finalidade e natureza do processo especial de revitalização 1 — O processo especial de revitalização destina-se a permitir ao devedor que, comprovadamente, se encontre em situação econômica difícil ou em situação de insolvência meramente iminente, mas que ainda seja suscetível de recuperação, estabelecer negociações com os respetivos credores de modo a concluir com estes acordo conducente à sua revitalização. 2 — O processo referido no número anterior pode ser utilizado por todo o devedor que, mediante declaração escrita e assinada, ateste que reúne as condições necessárias para a sua recuperação. 3 — O processo especial de revitalização tem caráter urgente.

Assim, cabe ao devedor comunicar ao Juiz competente a sua pretensão em dar início às negociações conducentes à sua recuperação. Logo após, qualquer credor dispõe de 20 dias para reclamar créditos, devendo as reclamações ser remetidas ao administrador judicial provisório que, no prazo de cinco dias, elabora a lista provisória de créditos. Não sendo impugnada, a lista provisória de créditos converte-se de imediato em lista definitiva.

Com o fim do prazo para impugnações, os declarantes dispõem de dois meses para concluírem as negociações. Durante as negociações, o devedor presta toda a informação pertinente aos seus credores e ao administrador judicial provisório, para que se possa realizar de forma transparente e equitativa o plano de revitalização.

O devedor, bem como seus administradores de direito ou de fato, são solidariamente e civilmente responsáveis pelos prejuízos causados aos seus credores em virtude de falta ou incorreção das comunicações ou informações a este prestada, correndo autonomamente ao presente processo de revitalização a ação intentada para apurar as aludidas responsabilidades.

4. EFEITOS DA RECUPERAÇÃO

O despacho de nomeação do administrador provisório obsta à instauração de ações para cobranças de dívidas contra o devedor, seja qual for a sua natureza. Contudo, obsta a instauração apenas no que se refere ao devedor, pois se forem vários executados/réus e requeridos, os processos seguem normalmente.

Caso o juiz nomeie administrador judicial provisório, o devedor fica impedido de praticar atos de especial relevo, tal como definidos no art. 161, sem que previamente obtenha autorização para a realização da operação pretendida por parte do administrador judicial provisório.

Entre a comunicação do devedor ao administrador judicial provisório e a resposta, previstas no número anterior, não podem passar mais de cinco dias, devendo, sempre que possível, recorrer-se a comunicações eletrônicas.

A falta de resposta do administrador judicial ao pedido formulado pelo devedor corresponde à declaração de recusa de autorização para a realização do negócio pretendido.

Concluindo-se as negociações com a aprovação unânime do plano de recuperação à revitalização do devedor, em que intervenham todos os seus credores, este deve ser assinado por todos, acompanhado da docu-

mentação que comprova a sua aprovação, atestada pelo administrador judicial provisório nomeado, produzindo tal plano de recuperação, em caso de homologação, de imediato, os seus efeitos.

Após as negociações, com aprovação do plano de recuperação, o devedor remete o plano de recuperação aprovado ao tribunal. Considera-se aprovado o plano de recuperação que reúna a maioria dos votos, sendo o quórum deliberativo calculado com base nos créditos relacionados na lista de crédito a que se referem os números 3 e 4 do artigo 17 D ⁶, podendo o juiz computar os créditos que tenham sido impugnados se considerar que há probabilidade séria de serem reconhecidos, caso a questão ainda não se encontre decidida.

O juiz decide se deve homologar o plano de recuperação ou recusar a sua homologação. A decisão do juiz, depois de publicada, vincula os credores, mesmo que não hajam participado das negociações.

Caso o devedor ou a maioria dos credores concluam antecipadamente não ser possível cumprir acordo, ou caso seja ultrapassado o prazo previsto no art. 17 nº 5 ⁷, o processo negocial é encerrado, devendo o administrador judicial provisório comunicar tal fato no processo, se possível, por meios eletrônicos e publicá-lo no portal *Citius* ⁽⁸⁾.

Nos casos em que o devedor ainda não se encontre em situação de insolvência, o encerramento do processo especial de revitalização acarreta a extinção de todos os seus efeitos. Estando, porém, o devedor já em situação de insolvência, o encerramento do processo acarreta a insolvência do devedor, devendo a mesma ser declarada pelo juiz no prazo de três dias úteis.

As garantias convencionadas entre o devedor e os seus credores durante o processo especial de revitalização, com a finalidade de proporcionar àquele os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade, mantêm-se mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, no prazo de dois anos, a insolvência do devedor.

Os credores que, no decurso do processo, financiem a atividade do

6 Art. 17 D. nº 3 A lista provisória de créditos é imediatamente apresentada na secretaria do tribunal publicada no portal *Citius*, podendo ser impugnada no prazo de cinco dias úteis e dispondo, em seguida, o juiz de idêntico prazo para decidir sobre as impugnações formuladas.

Art. 17 nº 4 – Não sendo impugnada, a lista provisória de créditos converte-se de imediato em lista definitiva.

7 Art. 17 D nº 5 – Findo o prazo para impugnações, os declarantes dispõem do prazo de dois meses para concluir as negociações encetadas, o qual pode ser prorrogado, por uma só vez e por um mês, mediante acordo prévio e escrito entre o administrador judicial provisório nomeado e o devedor, devendo tal acordo ser junto aos autos e publicado no portal *Citius*.

8 - O *Citius*, é um Portal na Internet que concentra, num só local, informação sobre o sistema de justiça português, de uma forma mais completa.

devedor disponibilizando-lhe capital para a sua revitalização gozam de privilégio creditório geral, graduado antes do privilégio creditório concedido aos trabalhadores.

Caso o juiz não homologue o acordo, os credores dispõem de 20 dias para reclamar o crédito, que poderá ser impugnado no prazo de cinco dias úteis; em seguida, o juiz, em idêntico prazo, decide sobre as impugnações formuladas. Não sendo impugnada a lista provisória de créditos, esta converte-se de imediato em lista definitiva.

5. ANTEPROJETO DA COMISSÃO DE JURISTAS DO SENADO FEDERAL BRASILEIRO SOBRE CRÉDITO AO CONSUMIDOR E PREVENÇÃO DO SUPERENDIVIDAMENTO

No campo do crédito ao consumo e no superendividamento, o Direito estrangeiro avançou muito nos últimos anos. Deste modo, a Comissão de Juristas do Senado reconheceu a essencialidade do crédito ao consumidor e identificou a necessidade de se estabelecer um pacto mínimo de boas práticas que favoreçam a transparência e a boa-fé nesse assunto.

Desse modo, optou a Comissão pela sistematização do tema com enfoque também na prevenção do superendividamento do consumidor. No âmbito do tratamento do superendividamento, foi previsto exclusivamente procedimento consensual dentro da seara de composição pacífica dos conflitos. Dessa forma, a inserção de procedimento judicial litigioso foi relegada à elaboração de legislação especial ou à inserção de regramento na reforma do Código de Processo Civil.

Toda a percepção do endividamento se deu fundada no princípio da boa-fé, endereçando a possibilidade de atuação judicial casuística no tratamento do superendividamento, a exemplo dos julgados envolvendo ações declaratórias de superendividamento com pedido de renegociação de dívidas, revisionais de contratos, ações envolvendo concessão abusiva de crédito, entre outras ⁽⁹⁾.

O reforço a essa exegese é encontrado na leitura da proposta de artigo 5º, VI, do mencionado projeto, ao revelar que a atuação do Estado-Juiz não deverá estar limitada à prevenção do superendividamento, notadamente quando em sua redação expressa necessidade de tratamento judicial com preservação do mínimo existencial e da dignidade humana. Vejamos: “*ins-*

9 - LIMA, Clarissa Costa de; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p.131-268.

tituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana. (NR) ” Nessa esteira, tal interpretação é reforçada pelo texto da proposta contida no artigo 6º, inciso XI ⁽¹⁰⁾, vez que a garantia da atuação responsável do fornecedor de crédito, da prevenção e do tratamento do superendividamento na forma exposta no texto será alcançada mediante a prestação jurisdicional.

Ademais, não obstante a ausência de criação de procedimento judicial específico para o tratamento das situações de superendividamento do consumidor, o texto do artigo 54-A reconhece o endividamento excessivo como fenômeno de exclusão social ⁽¹¹⁾.

Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário para dirimir os conflitos envolvendo crédito abusivo ou desequilíbrio contratual resultante de fato superveniente e involuntário refletirá a concreção do próprio mandamento previsto no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal. Significa dizer que cumprirá ao Estado-Juiz assegurar o direito fundamental da dignidade humana através da preservação do mínimo existencial.

O artigo 54-B ⁽¹²⁾, em diálogo com o atual artigo 52 da Lei n. 8.078/90,

10 - “XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas (NR).”

11 - “Art. 54-A. Esta seção tem a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, promover o acesso ao crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana.”

12 - Art. 54-B. Além das informações obrigatórias previstas no art. 52 e na legislação aplicável à matéria, no fornecimento de crédito e na venda a prazo, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, na oferta e por meio do contrato, sobre:

I – o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;

II – a taxa efetiva mensal de juros, a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; III – o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser no mínimo de dois dias; IV – o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor; V – o direito do consumidor à liquidação antecipada do débito. § 1º As informações referidas no art. 52 e no caput deste artigo devem constar em um quadro, de forma resumida, no início do instrumento contratual. § 2º O custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor, para efeitos deste Código, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro, consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor. § 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37, a publicidade de crédito ao consumidor e de vendas a prazo deve indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento. § 4º É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: I – formular preço para pagamento a prazo idêntico ao pagamento à vista; II – fazer referência a crédito “sem juros”, “gratuito”, “sem acréscimo”, com “taxa zero” ou expressão de sentido ou entendimento semelhante; III – indicar que uma operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; IV – ocultar, por qualquer forma, os ônus e riscos da contratação do crédito, dificultar sua compreensão ou estimular o endividamento do consumidor, em especial se idoso ou adolescente. § 5º O disposto nos incisos I e II do § 4º deste artigo não se aplica ao fornecimento de produtos ou serviços para pagamento do preço no cartão de crédito em parcela única”.

destinou critérios para a concretização do dever de informação pelo fornecedor ou intermediário, exigindo que as informações sejam prestadas tanto na oferta como no contrato. Percebe-se uma preocupação da Comissão em vedar práticas desleais e incentivadoras do ilusório aumento do poder aquisitivo da população.

Na mesma linha de entendimento, o texto do § 4º, inciso III, do artigo 54-B reproduz prática de prevenção do superendividamento através da concessão responsável do crédito, vedando a oferta e veiculação de publicidade de crédito “sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor”. Em verdade, mensagens publicitárias desta natureza já são vedadas em alguns países ⁽¹³⁾, dado o estímulo aos consumidores já endividados a comprometer ainda mais seu orçamento familiar.

A concepção mais social do contrato com a exigência de conduta leal e cooperativa das partes, iluminada pelo princípio da boa-fé, é identificada no conteúdo do artigo 54-C ⁽¹⁴⁾. São os deveres anexos de aconselhamento e de cuidado, decorrentes da boa-fé, que impõem a adoção de critérios para a concessão responsável do crédito.

O texto do artigo 54-D ⁽¹⁵⁾ introduz ainda a regulamentação sobre

13 - Artigo 8º da Diretiva Europeia sobre crédito ao consumo do Ano de 2008.

14 - “Art. 54-C. Sem prejuízo do disposto no art. 46, no fornecimento de crédito, previamente à contratação, o fornecedor ou o intermediário devem, entre outras condutas: I – esclarecer, aconselhar e advertir adequadamente o consumidor sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, assim como sobre as consequências genéricas e específicas do inadimplemento; II – avaliar de forma responsável e leal as condições do consumidor de pagar a dívida contratada, mediante solicitação da documentação necessária e das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados; III – informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados uma cópia do contrato de crédito. § 1º A prova do cumprimento dos deveres previstos neste Código incumbe ao fornecedor e ao intermediário do crédito. § 2º O descumprimento de qualquer dos deveres previstos no *caput* deste artigo, no art. 52 e no art. 54-B, acarreta a inexistência ou a redução dos juros, encargos, ou qualquer acréscimo ao principal, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades financeiras do consumidor, sem prejuízo de outras sanções e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ao consumidor.

15 - Art. 54-D Nos contratos em que o modo de pagamento da dívida envolva autorização prévia do consumidor pessoa física para débito direto em conta bancária oriundo de outorga de crédito ou financiamento, consignação em folha de pagamento ou qualquer forma que implique cessão ou reserva de parte de sua remuneração, a soma das parcelas reservadas para pagamento de dívidas não poderá ser superior a trinta por cento da sua remuneração mensal líquida, para preservar o mínimo existencial. § 1º Exclui-se da aplicação do *caput* o débito em conta bancária de dívidas oriundas do uso de cartão de crédito para pagamento do preço em parcela única. § 2º O descumprimento do disposto neste artigo dá causa imediata ao dever de revisão do contrato ou sua renegociação, hipótese em que o juiz poderá adotar, entre outras, as seguintes medidas: I – dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, de modo a adequá-lo ao disposto no *caput* deste artigo, sem acréscimo nas obrigações do consumidor; II – redução dos encargos da dívida e da remuneração do fornecedor; III – constituição, consolidação ou substituição de garantias. § 3º O consumidor poderá, em sete dias, desistir da contratação de crédito consignado de que trata o *caput* deste artigo, a contar da data da celebração ou do recebimento de cópia do contrato, sem necessidade de indicar o motivo. § 4º Para o exercício do direito a que se refere o § 3º deste artigo, o consumidor deve: I – remeter, no prazo do § 3º deste artigo, o formulário ao fornecedor ou intermediário do crédito, por carta ou qualquer outro meio de comunicação, inclusive eletrônico, com registro de envio e recebimento; II – devolver ao fornecedor o valor que lhe foi entregue, acrescido dos eventuais juros inci-

as situações de crédito consignado, estipulando limite para a consignação em conta bancária, folha de pagamento ou benefício previdenciário, imprescindível à preservação do mínimo existencial, permitindo, ainda, que o consumidor possa adimplir os demais credores que não contam com essa garantia de pagamento.

6. CONCLUSÃO

Nas últimas décadas, dezenas de milhões de brasileiros abriram sua primeira conta bancária e adquiriram seu primeiro cartão de crédito. Caminhamos para a verdadeira democratização do crédito, fenômeno que não só amplia as facilidades de acesso a produtos e serviços, como também gera emprego, crescimento econômico e bem-estar social.

Daí o aperfeiçoar dos mecanismos de concessão e democratização do acesso ao crédito e aos produtos e serviços em nosso mercado de consumo - que é a base da ascensão da economia no Brasil, se revela um problema comum a todos nós.

Com efeito, os atuais mecanismos disponíveis em nossa legislação, como a proibição de penhora de salário (art. 649 do CPC); a proibição de penhora de bem de família (Lei 8.009/90); as restrições impostas pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 6º, V, 42, 43 e 71); a vedação de débito superior a 30% do salário ou pensão do funcionário público (Lei 10.820/2003); o procedimento de insolvência civil (arts. 748 a 785 do CPC), não possibilitam ao devedor sobre-endividado reabilitar-se financeiramente.

A jurisprudência vem nesse particular adaptando os mecanismos existentes no sentido de tornar o resgate da dignidade do devedor mais viável ⁽¹⁶⁾. Assim, a adoção de uma norma que tenha a finalidade de prevenir o superendividamento da pessoa física, e que promova o acesso ao

dentes até a data da efetiva devolução, no prazo de sete dias após ter notificado o fornecedor do arrependimento, caso o consumidor tenha sido informado, previamente, sobre a forma de devolução dos valores. § 5º O fornecedor facilitará o exercício do direito previsto no § 3º deste artigo, mediante disponibilização de formulário de fácil preenchimento pelo consumidor, em meio físico ou eletrônico, anexo ao contrato e com todos os dados relativos à identificação do fornecedor e do contrato, assim como a forma para a devolução das quantias em caso de arrependimento e endereço eletrônico. § 6º O disposto neste artigo não prejudica o direito de liquidação antecipada do débito. § 7º Para efeito do disposto neste artigo, o nível de endividamento do consumidor poderá ser aferido, entre outros meios, mediante informações fornecidas por ele, consulta a cadastros de consumo e bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados.

16 - Destacamos os seguintes julgados: 1- Décima Primeira Câmara Cível do TJRJ, Apelação Cível nº.0091664-61.2010.8.19.0001, Relator: Des. Claudio de Mello Tavares e 2- Quinta Câmara Cível do TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0037828-11.2012.8.19.0000, Relator: Antonio Saldanha Palheiro.

crédito responsável e à educação financeira do consumidor, de forma a evitar a sua exclusão social e o comprometimento de seu mínimo existencial, sempre com base nos princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana, se mostra necessária.

Portanto, destacar a relevância do estudo da legislação portuguesa como forma de investigação sobre os potenciais benefícios e prejuízos de uma futura regulamentação do assunto no Brasil e do projeto de reforma do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, é imprescindível ao aperfeiçoamento do nosso sistema. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. "O direito de arrependimento do consumidor de crédito: evolução no direito comparado e oportunidade/conveniência da regulamentação nos contratos de crédito consignado". **Revista de Direito do Consumidor**, v. 81, São Paulo, p. 261-290, jan./mar./2012.

CARVALHO, Diógenes Faria de. **O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo**. Goiânia: PUC Editora, 2011.

CAVALLAZZI et alii in "Tradições inventadas na sociedade de consumo: crédito consignado e a flexibilização da proteção ao salário". **Revista de Direito do Consumidor**, v. 76, out./dez. 2010, p. 74-111.

LIMA, Clarissa Costa de. Bertoncello, Káren Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiência do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Maria Manuel Leitão *et al.* **O endividamento dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS, Luís M. **Recuperação de pessoas singulares: comentários às**

disposições relativas ao processo especial de revitalização, exoneração do passivo restante e plano de pagamentos aos credores previstas no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Coimbra: Almedina, 2012.

SENADO FEDERAL - Relatório-Geral Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor - Antonio Herman Benjamin (Presidente), Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral), Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, BRASÍLIA – 2012.

A Relevância da Má-fé no Delineamento da Improbidade Administrativa

Emerson Garcia

Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em Education Law and Policy pela European Association for Education Law and Policy (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro da International Association of Prosecutors (Haia – Holanda).

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Embora transcorridos quase vinte anos desde a promulgação da Lei nº 8.429/1992, é factível que o processo de construção dogmática dos denominados “atos de improbidade administrativa” ainda não alcançou contornos definitivos. Um dos aspectos mais controversos diz respeito aos contornos conceituais e à funcionalidade que a denominada má-fé ostenta nesse processo. De modo algo paradoxal, a expressão, embora citada com relativa frequência pela jurisprudência, raramente tem o seu significado explicitado com observância de padrões mínimos de objetividade, isso para fins de apreensão do interlocutor, e muito menos é esclarecida a natureza de sua influência no âmbito da teoria dos atos de improbidade. Não é incomum que as referências à má-fé, quando existentes, limitem-se à afirmação de que ela está presente e a improbidade administrativa configurada, ou que, por não estar caracterizada, deve ser afastada a incidência da Lei nº 8.429/1992.

A ausência de maior comprometimento dogmático faz que a funcionalidade da má-fé varie ao sabor do intérprete de ocasião, o que em muito dificulta a ação do operador do direito ao aferir se uma determinada situação fática consubstancia, ou não, um ato de improbidade administrativa. Não é incomum, ademais, que a má-fé seja associada (a) ao

elemento subjetivo do agente público - de modo mais preciso, ao seu dolo-; ou (b) ao conhecimento da ilicitude de sua conduta, o que, como veremos, mostra-se metodicamente inadequado.

O objetivo dessas breves linhas é esclarecer o momento em que a má-fé deve ser considerada pelo intérprete no *iter* de individualização dos atos de improbidade administrativa, isso, obviamente, sem olvidar o delineamento dos seus contornos essenciais. Além disso, é preciso aferir a possibilidade, ou não, de ser praticado um ato de improbidade em que não seja divisada a ocorrência da má-fé; possibilidade, aliás, que, de modo açodado e acrítico, costuma ser amplamente rechaçada pela jurisprudência que recorre a essa expressão.

2. MÁ-FÉ: ABERTURA SEMÂNTICA E FUNCIONALIDADES BÁSICAS

A linguagem jurídica, a exemplo da linguagem ordinária, pode ser concebida como um “*sistema de comunicação*” (MCMENAMIN e CHOI, 2002: 2; BLOOMER e MERRISON, 2005: 15; e DEBRIX, 2003: 13-14) que operacionaliza a transmissão e o recebimento da informação (Cf. ECO, 1979: 32). A estrita conexão existente entre direito e linguagem, que se reflete na formação de padrões normativos e no seu aprofundamento científico em bases quase que inteiramente linguísticas,¹ torna inevitável que questões de ordem semântica e sintática influam no plano da juridicidade. Essa inter-relação assume especial relevância ao constatarmos que a produção normativa encontra-se normalmente descontextualizada dos eventos e participantes sobre os quais se projeta, o que faz surgir a necessidade de contínua reconstrução do seu sentido, operação inevitavelmente influenciada por vicissitudes de ordem espacial e temporal.

Além disso, a compreensão da comunicação normativa passa necessariamente pelo adquirido social, vale dizer, a cultura, que assume vital importância na atribuição de significado aos significantes interpretados. Exige a percepção do contexto e a realização de juízos valorativos, permitindo sejam individualizadas as características de uma comunidade. A apreensão da identidade cultural é influenciada não só por uma base empírica, como, também, pelos referenciais de racionalidade, expressando

1 Como afirmou Gibbons (2004: 1), “o direito é a mais linguística das instituições”, ou, de modo mais enfático, “uma esmagadora instituição linguística” (2003: 1), estando “necessariamente associado à linguagem” (MATTILA, 2006: 6). Em *ultima ratio*, “o direito não existiria sem a linguagem” (TROSBERG, 1997: 19). Afinal, a “linguagem é o meio pelo qual o direito atua” (BIX, 2003: 1), vale dizer, “é o veículo por meio do qual o direito é transmitido, interpretado e executado em todas as culturas” (LEVI e WALKER, 1990: 4). Também encampando a metáfora do veículo: SCHNEIDERREIT, 2007: 4.

convergência e um *locus* comum no ambiente sociopolítico, e emotividade, que externa a sensibilidade do intérprete no delineamento de uma identidade que, em última *ratio*, é igualmente sua.

A cultura, enquanto fator externo à linguagem (Cf. MCMENAMIN e CHOI, 2002: 26), contribui tanto para o seu surgimento, como para a sua extinção. Tanto para a densificação, como para a alteração do seu sentido (Cf. ECO, 1979: 46). Tal qual o espírito em relação ao corpo, está presente em todas as fases do seu processo evolutivo. Cultura, em seus contornos mais amplos, é tudo aquilo que, para além das funções biológicas e do oferecido pela natureza, “*dá, à vida e à atividade humanas, forma, sentido e conteúdo*” (BENEVISTE, 1966: 30). É, acima de tudo, fruto do processo social, marcado pela contínua interação e renovação dos indivíduos, que, além de conviver no mesmo ambiente, são alcançados pelo ciclo vital da espécie humana, que principia com o nascimento e cessa com a morte. Esse processo faz que gerações contemporâneas, em razão de sua contínua convivência, passem a partilhar de algumas ideias e símbolos, bem como que cada nova geração comece sua formação integrada a esse processo, o que possibilita o contato com o adquirido social e a sua consequente evolução.

Essa interação entre texto e contexto, com a correlata influência da cultura no delineamento do significado normativo, torna-se particularmente intensa quando utilizados signos normativos que ostentem elevados níveis de ambiguidade e vagueza semântica. Nesse caso, a “*prodigiosa riqueza e flexibilidade da linguagem*” (CARRIÓ, 2006: 19), decorrente da impossibilidade lógica de se dispor de uma palavra para cada ideia ou objeto específico (LOCKE, 1999: 6), termina por ser potencializada, exigindo intensos juízos valorativos por parte do intérprete. Se Jellinek (1887: 226), há mais de um século, afirmava que o signo “*lei*” (*Gesetz*) pertence à ambiguidade (*vieldeutigsten*) da linguagem científica e da vida diária, o mesmo pode ser dito, com intensidade semelhante, em relação à concepção de *má-fé* na ciência jurídica contemporânea.

Etimologicamente, *fé*, do latim *fides*, significa fidelidade, crença em algo, físico ou metafísico, já consumado ou a ser realizado, nesse último caso denotando um objetivo. Boa seria a *fé* depositada em algo perfeito, correto ou altruísta. Má, por sua vez, seria a *fé* depositada em algo imperfeito, incorreto ou egoísta. Embora sejam sempre úteis os caminhos oferecidos pela linguagem ordinária, definir *má-fé*, no âmbito da ciência

jurídica, é não só difícil, como desaconselhável. Afinal, a boa ou a má-fé, além de não prescindir de considerações de ordem sociocultural, pode exigir reflexões quanto ao modo como o agente vê a si próprio ou ao semelhante; à propensão de manter-se adstrito aos balizamentos estabelecidos pela ordem jurídica, incluindo os deveres que dela emanam; ao efetivo conhecimento dos referenciais de licitude e dos deveres a serem observados; à realização de objetivos nobres, como a prática do bem etc.

No plano jurídico, a boa-fé, de um modo geral, será vista como parte integrante dos juízos valorativos realizados pelo agente no direcionamento de sua conduta.

No Brasil, o Código Civil de 2002 é pródigo nas referências à boa-fé, que assumiu indiscutível relevância na definição dos efeitos dos atos jurídicos que destoem da juridicidade, incluídos sob essa epígrafe o contrato e a lei. De um modo geral, apesar de alguns preceitos fazerem referência genérica à boa-fé,² ela é normalmente associada ao desconhecimento da injuridicidade de certa conduta ou da presença de circunstâncias fáticas e jurídicas que exigiriam a adoção de comportamento diverso.³ A boa-fé também pode se aproximar do dever de lealdade, denotando a ausência de manipulação ou de omissão de informações que possam influir sobre a formação da vontade alheia.⁴ A boa-fé também é utilizada para a aferição do caráter ilícito de um ato sempre que o titular do direito, ao exercê-lo, exceda os limites impostos por ela.⁵

Especificamente em relação à má-fé no âmbito da improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/1992 não fez qualquer referência a ela. No entanto, face à importância assumida pelo conceito no âmbito da teoria do direito, de grande utilidade para o delineamento da ilicitude ou do juízo de reprovabilidade de determinada conduta, foi natural que, pouco a pouco, se desse a sua penetração no âmbito da jurisprudência. Nesse

2 Vide arts. 113; 164; e 422.

3 Vide arts. 1201 (“[é] de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”) e 1202 (“[a] posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente”). Diversos outros preceitos possuem a mesma essência, isso apesar de não veicularem definição semelhante à do art. 1201: vide arts. 128; 167, § 2º; 242; 286; 307, parágrafo único; 309; 523; 606; 637; 686; 689; 814, § 1º; 878; 879, *caput* e parágrafo único; 896; 925; 1049; 1149; 1214, *caput* e parágrafo único; 1217; 1219; 1222, *caput* e § 4º; 1238; 1242; 1247, parágrafo único; 1255, *caput* e parágrafo único; 1257; 1258, *caput* e parágrafo único; 1259; 1260; 1261; 1268, § 1º; 1270, *caput* e § 1º; 1561, *caput* e § 1º; 1563; 1817; 1827, parágrafo único; e 1828.

4 Vide art. 765.

5 Vide arts. 186 e 187.

particular, centraremos nossa atenção em alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, os quais, embora tenham se referido indistintamente à má-fé, lhe atribuíram funcionalidades bem diversas.

Em não poucos acórdãos, a má-fé é sobreposta ao dolo, perdendo a sua própria individualidade.⁶ De acordo com essa simbiose existencial, a má-fé nada mais seria que a má-intenção, vale dizer, o objetivo deliberado de afrontar a norma proibitiva implícita no tipo sancionador e eventualmente expressa no estatuto jurídico da categoria. Daí a conclusão de que meras irregularidades administrativas, destituídas de potencial lesivo, não seriam alcançadas pela Lei nº 8.429/1992.⁷ No extremo oposto, foi identificada a má-fé em situação de dispensa indevida de licitação, em que o processo administrativo para a contratação direta sequer foi formalizado.⁸ Também se considerou que o ato de improbidade pode ser praticado de modo culposos, isso na hipótese do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, o que torna desinfluyente a análise da má-fé.⁹

A má-fé também foi associada ao conhecimento da ilicitude, compondo, junto com o dolo, o elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa.¹⁰ Em consequência, a acumulação remunerada de cargos públicos, devidamente amparada por pareceres jurídicos sustentando a juridicidade da contratação, consubstanciaria mera irregularidade, não ato de improbidade administrativa, isso em razão da ausência de dolo ou má-fé por parte do contratado.¹¹ Igual entendimento prevaleceu em relação a professores que requereram, administrativamente, progressão profissional com base em diplomas de mestrado ainda não convalidados no Brasil, isso porque, no seu entender, a exigência somente seria necessária para fins acadêmicos.¹² E, ainda, contratações temporárias, ao arropio da Constituição e da legislação federal de regência, mas realizadas com base

6 STJ, 1ª T., REsp. nº 1.130.198/RR, rel. Min. Luiz Fux, j. em 02/12/2010, DJe de 15/12/2010; e REsp. nº 1.149.427/SC, rel. Min. Luiz Fux, j. em 17/08/2010, DJ de 09/09/2010.

7 STJ, 1ª T., REsp. nº 1.026.516/MT, rel. Min. Luiz Fux, j. em 22/02/2011, DJe de 07/04/2011; e 1ª T., REsp. nº 980.706/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 03/02/2011, DJe de 23/02/2011; 1ª T., REsp. nº 1.038.777/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 03/02/2011, DJe de 16/03/2011; 2ª T., REsp. nº 1.107.215/SP, rel. Min. Castro Meira, j. em 22/03/2011, DJe de 04/04/2011.

8 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.214.254/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. em 15/02/2011, DJe de 22/02/2011.

9 STJ, 2ª T., AgRg no Ag nº 1.365.386/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 22/03/2011, DJe de 25/04/2011.

10 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.245.765/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28/06/2011, DJe de 03/08/2011.

11 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.245.622/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. em 16/06/2011, DJe de 24/06/2011.

12 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.127.438/PI, rel. Min. Castro Meira, j. em 08/02/2011, DJe de 18/02/2011.

em lei municipal autorizadora, denotariam a ausência de dolo ou má-fé.¹³ Esses exemplos, como se percebe, se ajustam à teoria extremada do dolo, que, no direito penal, incluía sob sua epígrafe a efetiva consciência da ilicitude. Afinal, como o dolo é um fator psicológico, todos os seus elementos teriam natureza similar, de modo que a ausência de real conhecimento da ilicitude o excluiria. Face à dificuldade em se demonstrar a atual consciência da ilicitude, foi desenvolvida a teoria limitada do dolo, exigindo tão somente o potencial conhecimento da ilicitude, que também foi abandonada com o surgimento da teoria finalista da ação, que deslocou a análise dessa consciência do dolo para a culpabilidade (Cf. JESUS, 2002: 475-477). A questão, em consequência, passou a ser contextualizada na reprovabilidade da conduta.

Por fim, há julgados em que (a) a ausência de má-fé foi objeto de mera referência, sem qualquer preocupação quanto ao esclarecimento de sua influência no *decisum*;¹⁴ (b) ficou explícito que o elemento subjetivo do ato de improbidade, na hipótese do art. 11 da Lei nº 8.429/1992, é o dolo, não havendo qualquer referência à má-fé;¹⁵ e c) foi considerado que a manutenção de escolas rurais com poucos alunos, em aparente afronta à economicidade, mas com o nítido propósito de prestigiar o direito à educação, afastaria a má-fé.¹⁶ Nesse último caso, a má-fé foi excluída em razão dos fins visados pelo agente com a prática do ato.

À luz dessas considerações preliminares em torno da funcionalidade da má-fé, o primeiro passo a ser dado para o seu enquadramento dogmático é separá-la do dolo. Ainda que o delineamento da má-fé não prescindia da realização de juízos valorativos por parte do agente público, em rigor técnico, ela não se confunde com o elemento subjetivo do ato de improbidade.

3. O ELEMENTO SUBJETIVO DOS ATOS DE IMPROBIDADE

No âmbito do direito sancionador, há muito está sedimentada a concepção de que a responsabilidade pessoal não prescinde de um liame subjetivo unindo o agente à conduta, e esta ao resultado lesivo. A inexis-

13 STJ, 2ª T., AgRg no Ag nº 1.324.212/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 28/09/2010, DJe de 13/10/2010.

14 STJ, 2ª T., REsp. nº 1.107.215/SP, rel. Min. Castro Meira, j. em 22/03/2011, DJe de 04/04/2011.

15 STJ, 2ª T., REsp. nº 912.448/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 02/12/2010, DJe de 14/12/2010; e REsp. nº 1.156.209/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 19/08/2010, DJ de 27/04/2011.

16 STJ, 1ª T., REsp. nº 1.319.558/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 10/05/2011, DJe de 13/05/2011.

tência desse liame afasta a presença do “menosprezo ou descaso pela ordem jurídica e, portanto, a censurabilidade que justifica a punição (*malum passionis ob malum actionis*)” - HUNGRIA, 1983: 89. O elemento subjetivo que direcionará esse elo de encadeamento lógico entre vontade, conduta e resultado, com a conseqüente demonstração da culpabilidade do agente, poderá se apresentar sob duas únicas formas: o dolo e a culpa.

Na senda dos inúmeros estudos já desenvolvidos na seara penal, entende-se por dolo a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou, mesmo, a mera aceitação do risco de produzi-lo. Quando a vontade visa à consecução do resultado, sendo a conduta praticada em razão dele, diz-se que o dolo é direto (teoria da vontade), o qual será tão mais grave quanto mais vencível era o impulso que direcionou o agente ao ilícito. Nos casos em que a vontade preveja a provável consecução do resultado, mas, apesar disso, a conduta é praticada, consentindo o agente com o advento daquele, fala-se em dolo eventual (teoria do consentimento). A culpa, por sua vez, é caracterizada pela prática voluntária de um ato sem a atenção ou o cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito.

Ainda que *en passant*, cumpre distinguir a denominada culpa consciente do dolo eventual. Neste último, o agente prevê o resultado provável de sua conduta e consente com a sua ocorrência. Na culpa consciente, por sua vez, o resultado é igualmente previsto, mas o agente espera sinceramente que ele não ocorra, confiando na eficácia de uma habilidade que será utilizada na prática do ato.

A Lei nº 8.429/1992 agrupou a tipologia dos atos de improbidade em três dispositivos distintos. O art. 9º versa sobre os atos que importam enriquecimento ilícito, o art. 10 sobre aqueles que causam prejuízo ao erário (*rectius*: patrimônio público) e o art. 11 sobre os atos que atentam contra os princípios regentes da atividade estatal. Somente o art. 10 se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar em “qualquer ação ou omissão, *dolosa ou culposa*”, enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito. Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa nesse sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o *dolo* do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com *dolo* ou com *culpa*; e c) o mero vínculo

objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois, tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.

Face às características ostentadas pelo elemento subjetivo dos atos de improbidade, pode-se afirmar que o seu delineamento sempre antecede qualquer investigação em torno da má-fé do agente público. Tal ocorre justamente porque é o elemento subjetivo que vai estabelecer o vínculo entre o agente público e a conduta considerada ilícita. A má-fé, por sua vez, contribuirá para a aferição da reprovabilidade, ou não, de sua conduta, justificando, ou não, a incidência do sistema sancionador veiculado pela Lei nº 8.429/1992, o qual, como todo e qualquer sistema, não prescinde de coerência (*Kohärenz*) interna e externa – SEELMANN, 2007: 57. Outra constatação é que a má-fé, por consubstanciar um juízo valorativo negativo e, portanto, reprovável, vinculando o agente ao resultado de sua conduta, somente se compatibiliza com o atuar doloso. Em outras palavras, tratando-se de ato de improbidade culposo, tal qual previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, a aferição da reprovabilidade de sua conduta deverá considerar elementos outros que não a má-fé, isso porque a culpa reflete o mero descumprimento do dever de cuidado, não uma conduta direcionada à inobservância dos *standards* de correção jurídico-moral sedimentados no ambiente social.

Na atualidade, um dos grandes desafios a serem enfrentados é compatibilizar a relevância atribuída à má-fé com a escusa da incompetência, não raro invocada pelos agentes públicos que têm sua conduta enquadrada na Lei nº 8.429/1992. Conquanto seja exato afirmar que a ideia de incompetência mais se ajusta ao conceito de culpa, não podemos esquecer que o dever de eficiência emana das normas constitucionais, alcançando tantos quantos se habilitem a desempenhar um *munus* pú-

blico. A escusa de incompetência, assim, deve ser reconhecida com certa parcimônia, evitando-se, com isso, a sua vulgarização.

Para se aferir o exato momento em que a má-fé deve ser considerada, afigura-se útil lembrarmos os contornos básicos do *iter* de individualização dos atos de improbidade (Cf. GARCIA e ALVES, 2011: 347-351).

4. O ITER DE INDIVIDUALIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE

A tipologia dos atos de improbidade, tal qual prevista na Lei nº 8.429/1992, se desenvolve sob a ótica de três conjuntos de ilícitos, os quais possuem uma origem comum: a violação aos princípios regentes da atividade estatal. Para a subsunção de determinada conduta à tipologia do art. 9º da Lei de Improbidade, é necessário que tenha ocorrido o enriquecimento ilícito do agente ou, em alguns casos, que ele tenha agido visando ao enriquecimento de terceiros. O enriquecimento ilícito, por sua vez, será necessariamente precedido de violação aos referidos princípios, já que a conduta do agente certamente estará eivada de forte carga de ilegalidade e imoralidade. Tratando-se de ato que cause lesão ao patrimônio público, consoante a tipologia do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, ter-se-á sempre a prévia violação aos princípios regentes da atividade estatal, pois, como visto, a lesão deve ser causada por um ato ilícito, e este sempre redundará em inobservância dos princípios. Por derradeiro, o art. 11 da Lei nº 8.429/1992, normalmente considerado pela doutrina como norma de reserva, tipificou, como ato de improbidade, a mera inobservância dos princípios.

Para que um agente público possa sofrer as sanções cominadas na Lei nº 8.429/1992, é necessária a realização de cinco operações básicas, sendo a presença da má-fé aferida na última delas.

Face à própria sistemática constitucional, que reconheceu a normatividade de regras e princípios, é natural que a aferição da prática, ou não, de um ato de improbidade, comece pela avaliação da juridicidade da conduta. É nesse momento que será verificada a possível valoração das normas de regência, com especial realce para os princípios da legalidade e da moralidade. Tal interpretação está em perfeita harmonia com a teleologia da Lei nº 8.429/1992 e a sistemática legal, isso porque os atos de improbidade devem ser punidos independentemente da efetiva ocorrência de dano ao erário (art. 21, I, da Lei nº 8.429/1992); a violação aos princípios constitui hipótese autônoma de improbidade (art. 11); o

dano ao erário (art. 10) só configura a improbidade quando o agente viole os princípios norteadores de sua atividade, já que o prejuízo financeiro encontra-se ínsito em muitas atividades estatais, em especial as de cunho econômico (v.g.: intervenções do Banco Central no mercado financeiro); e o enriquecimento ilícito, por sua vez, é a mais vil das formas de improbidade, sendo nítida a violação ao princípio da moralidade.

A segunda operação a ser realizada busca identificar o elemento volitivo do agente. Todos os atos emanados dos agentes públicos e que estejam em dissonância dos princípios norteadores da atividade estatal serão informados por um elemento subjetivo, o qual veiculará a vontade do agente na prática do ato. Identificada a presença de vontade livre e consciente de praticar o ato que viole os princípios regentes da atividade estatal, dir-se-á que o ato é doloso, o mesmo ocorrendo quando o agente, prevendo a possibilidade de violá-los, assumia tal risco com a prática do ato. O ato será culposos quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia. Como se disse, apenas o art. 10 da Lei nº 8.429/1992 admite a forma culposa.

Constatada a violação aos princípios regentes da atividade estatal e identificado o elemento volitivo do agente, deve ser aferido se a sua conduta gerou efeitos outros, o que importará modificação da tipologia legal que alcançará o ato. No caso de pura violação à juridicidade, ter-se-á a subsunção da conduta à figura do art. 11 da Lei nº 8.429/1992; tratando-se de ato que tenha igualmente acarretado dano ao patrimônio público, as atenções se voltarão para o art. 10; e, em sendo divisado o enriquecimento ilícito, a matéria será regida pelas figuras do art. 9º. Verificando-se que o ato, além de violar os princípios, a um só tempo importou em enriquecimento ilícito do agente e causou dano ao erário, a operação de subsunção há de ser complementada com o fim buscado pelo agente. Aqui, será normalmente constatado que o agente pretendia se enriquecer de forma ilícita, tendo, por via reflexa, causado danos ao patrimônio público. Neste caso, a figura do art. 9º da Lei nº 8.429/1992 deverá prevalecer, sendo essa conclusão robustecida pela natureza das sanções cominadas nos incisos I e II do seu art. 12, em que, no caso de enriquecimento ilícito, são cominadas as sanções de “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio” e “ressarcimento integral do dano, *quando houver*”; e, nas situações de dano ao erário, são previstas as sanções de

“ressarcimento integral do dano” e “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, *se ocorrer esta circunstância*”. Acresça-se, ainda, que, em regra, as figuras do art. 9º preveem o enriquecimento ilícito do próprio agente público, enquanto que no art. 10 quem se enriquece ilicitamente é o terceiro, sendo esta a consequência advinda do dano causado ao patrimônio público. Como se vê, não passou despercebida ao legislador a circunstância de um mesmo ato poder se subsumir a mais de uma norma repressiva, o que é constatado pela referência ao ressarcimento integral do dano (*quando houver*) dentre as sanções cominadas aos atos que importem em enriquecimento ilícito e na previsão da sanção de perda de bens (*se ocorrer esta circunstância*) dentre aquelas cominadas às condutas que causem dano ao patrimônio público.

A quarta operação busca verificar se os sujeitos ativo e passivo do ato podem ser enquadrados na Lei nº 8.429/1992. Dispõe o seu art. 1º que somente estarão sujeitos às sanções previstas nessa Lei aqueles atos praticados por agentes públicos em detrimento das entidades ali enumeradas. Constatada a inexistência de vínculo entre o responsável pelo ato e qualquer dos entes elencados no art. 1º, não há que se falar em aplicação da Lei nº 8.429/1992, o mesmo ocorrendo quando inexistir correspondência entre as qualidades dos sujeitos ativo e passivo e aquelas previstas em lei.

Realizadas as quatro operações anteriormente referidas, ter-se-á o que se pode denominar de “improbidade formal”. Até aqui, a atividade valorativa do operador do direito limitou-se à construção de um elo comparativo entre a conduta e a Lei nº 8.429/1992. Constatada a dissonância, passou-se a uma operação mecânica de subsunção da conduta à tipologia legal. Essa etapa, no entanto, deve ser complementada com a utilização do critério de proporcionalidade, permitindo que coexistam, lado a lado, “improbidade formal” e “improbidade material”. Com isso, será possível afastar a incidência da Lei nº 8.429/1992 em situações que não apresentem nenhuma potencialidade lesiva, não permitindo, desse modo, o próprio enfraquecimento de sua credibilidade. Evitar-se-á, assim, que agentes que utilizem uma folha de papel da repartição em seu próprio benefício; que, inadvertidamente, joguem ao lixo uma caneta ainda em uso; ou, tão somente por figurarem como autoridades coatoras em um mandado de segurança cuja ordem venha a ser deferida, sejam intitulados de ímprobos. Como dissemos, é nesse momento que será considerada a presença, ou não, da má-fé.

5. A MÁ-FÉ E O CRITÉRIO DE PROPORCIONALIDADE NA INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.429/1992

A estruturação da tipologia dos atos de improbidade denota uma evidente colisão entre direitos fundamentais do agente público (cidadania, patrimônio e livre exercício da profissão) e bens jurídicos do Estado (patrimônio público e normatização disciplinadora da conduta dos agentes públicos); colisão esta que foi objeto de prévia valoração pelo legislador, que entendeu presentes os pressupostos autorizadores da restrição aos direitos fundamentais do agente público sempre que violados os últimos. Como já observamos, uma interpretação literal do texto legal conduziria à conclusão de que um agente público que anotasse um recado de ordem pessoal em uma folha de papel da repartição pública incorreria nas sanções do art. 12, II, da Lei nº 8.429/1992, já que causara prejuízo ao erário. Situação parecida ocorreria com aquele que recebesse um confeito de um particular ou se utilizasse de um grampo da repartição para prender documentos pessoais e levá-los para a sua residência, pois estaria sujeito às sanções do art. 12, I, em virtude do enriquecimento ilícito.

Tais exemplos demonstram, *prima facie*, a flagrante desproporção entre a conduta do agente que viole os princípios norteadores de sua atividade e as consequências que adviriam da aplicação indiscriminada da Lei nº 8.429/1992. Em razão disso, afigura-se necessário o estabelecimento de critérios passíveis de demonstrar a configuração da improbidade administrativa em sua acepção material, evitando-se a realização de uma operação mecânica de subsunção do fato à norma.

À atividade de concreção dos valores previamente prestigiados pelo legislador, *in abstracto*, devem ser opostos limites, isso sob pena de se transmudar uma *legitimidade de direito* em uma *ilegitimidade de fato*. É com esse objetivo que deve ser utilizado o critério de proporcionalidade na aplicação da Lei nº 8.429/1992. A sua utilização exige que o operador do direito realize uma valoração responsável da situação fática, o que garantirá uma relação harmônica entre os *fins da lei* e os *fins que serão atingidos com a sua aplicação ao caso concreto*. Somente assim será possível dizer que a lei restritiva de direitos fundamentais manteve-se em harmonia com os limites constitucionais, não incursionando nas veredas da despropositada aniquilação desses direitos.

Em linhas gerais, o critério de proporcionalidade será observado com a verificação dos seguintes fatores: a) adequação entre os preceitos

da Lei nº 8.429/1992 e o fim de preservação da probidade administrativa (*rectius*: juridicidade administrativa), salvaguardando o interesse público e punindo o ímprobo; b) necessidade dos preceitos da Lei nº 8.429/1992, os quais devem ser indispensáveis à garantia da probidade administrativa; c) proporcionalidade em sentido estrito, o que será constatado a partir da proporção entre o objeto perseguido e o ônus imposto ao atingido, vale dizer, entre a preservação da probidade administrativa, incluindo as punições impostas ao ímprobo, e a restrição aos direitos fundamentais (livre exercício da profissão, liberdade de contratar, direito de propriedade etc.).

Em um primeiro plano, entendemos ser indiscutível a adequação da Lei nº 8.429/1992 à garantia da probidade administrativa, não só quanto à natureza das condutas previstas na tipologia legal, como também em relação às sanções cominadas. Assim, a atenção deve de se voltar para a necessidade de utilização dos comandos legais e para o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

A prática de atos que importem insignificante lesão aos deveres do cargo, ou à consecução dos fins visados, é inapta a delinear o perfil do ímprobo, isso porque, afora a insignificância do ato, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 ao agente acarretaria lesão maior que aquela que ele causara ao ente estatal, culminando em violar a relação de segurança que deve existir entre Estado e indivíduo.

Determinadas condutas, não obstante a flagrante inobservância da norma, não devem ser objeto de valoração isolada, hermeticamente separadas do contexto em que surgiram e se desenvolveram. A norma, em essência, qualquer que seja ela, visa a preservar o equilíbrio e a estabilidade sociais, terminando por cominar determinadas sanções àqueles que causem alguma mácula aos valores tutelados. Identificados os fins da norma, torna-se tarefa assaz difícil sustentar sua aplicação ao agente que manteve uma conduta funcional compatível com os valores que se buscou preservar, ainda que formalmente dissonantes de sua letra. Não é por outra razão que vícios meramente formais, desconectados do bem jurídico que se pretende proteger, não configurarão a improbidade administrativa.

Verificado que a aplicação da Lei nº 8.429/1992 é desnecessária à preservação da probidade administrativa, que não fora sequer ameaçada pela conduta do agente, não deve ser ela manejada pelo operador do

direito. Eventualmente, ao agente poderão ser aplicadas sanções outras, desde que compatíveis com a reprovabilidade de sua conduta e com a natureza dos valores porventura infringidos (v.g.: aplicação de advertência ao servidor que tenha descumprido o seu horário de trabalho).

À improbidade formal¹⁷ deve estar associada a improbidade material, que não restará configurada quando a distorção comportamental do agente importar lesão ou enriquecimento de ínfimo ou de nenhum valor, bem como quando a inobservância dos princípios administrativos, além daqueles elementos, importar erro de direito escusável ou não assumir contornos aptos a comprometer a consecução do bem comum.

Tais circunstâncias devem ser aferidas a partir da natureza do ato, da preservação do interesse público e da realidade social,¹⁸ o que permitirá

17 Com escusas pela obviedade, é importante ressaltar que a referência à improbidade formal busca tão somente estabelecer um diferencial em relação às situações enquadráveis na tipologia da Lei nº 8.429/1992 e aquelas que permitirão o efetivo acionamento do seu sistema punitivo. Tanto na improbidade formal como na improbidade material, são realizados juízos valorativos inerentes à própria interpretação jurídica, mas somente a segunda ostenta um plus, permitindo a individualização de um ato materialmente ímprobo.

18 O STJ não visualizou ato de improbidade na conduta de Prefeito Municipal que celebrou contrato de locação, ao arrempio da lei de licitações, visando à instalação de posto de atendimento do Ministério do Trabalho (1ª T., REsp. nº 467.004/SP, rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, j. em 10/06/2003, DJU de 29/09/2003, p. 151). O Tribunal realçou que, poucos meses após a instalação do posto, foi editada lei municipal legitimando a contratação realizada, não tendo ocorrido enriquecimento ilícito (os aluguéis fixados eram compatíveis com o mercado), dano ao erário ou má-fé, isso sem olvidar a grande serventia do posto para a comunidade local. Na ocasião, afirmou o relator que “o MP não pode, via ação civil pública, opor-se à vontade manifestada pela comunidade através de lei, porquanto os legisladores eleitos sobrepõem-se ao Parquet na revelação da real vontade comum”. Declinados, ainda que sucintamente, os fundamentos do acórdão, parece relevante formular algumas observações a seu respeito. Primeira: deve-se lembrar que a norma infraconstitucional não se sobrepõe à constitucional, abrigoando esta última, como todos sabem, as noções de legalidade, impessoalidade e obrigatoriedade de certame licitatório. Segunda: o vilipêndio às normas constitucionais e à respectiva legislação integradora de eficácia, a um primeiro exame, consubstancia ato de improbidade e viola o direito difuso a uma administração pública adstrita à noção de juridicidade, o que justifica a atuação do Ministério Público. Terceira: subvertida a conhecida pirâmide de Kelsen, serão inválidas as normas inferiores que destoem das superiores, ainda que as primeiras correspondam à “vontade da comunidade”. Quarta: existem valores subjacentes às contratações da administração que não podem ser reconduzidos ao interesse público imediato satisfeito com a prática do ato (v.g.: a observância da ideia de impessoalidade), preocupação nitidamente acolhida pela atual Lei de Licitações, que exige o concurso de dois vetores básicos para a validade do ato: a identificação da proposta mais vantajosa para a administração e a preservação da igualdade dos interessados no certame. Quinto: a depender da ótica de análise, as noções de dolo e má-fé tanto podem aproximar-se (estando a administração autorizada a agir apenas secundum legem, o ato que se distancie dessa perspectiva será indicativo do dolo e da correlata má-fé do agente, que voluntariamente anuiu a objetivo diverso) como se distanciar (concepção a ser adotada caso se admita que o dolo indica o descumprimento voluntário da prescrição normativa e a má-fé a não consecução do interesse público a ela subjacente). A partir dessas observações e dos efeitos de ordem sociojurídica dela decorrentes, é possível concluir que o acórdão conferiu uma amplitude demasiado restrita à noção de improbidade material, terminando por afastar do conceito um ato que, embora tenha satisfeito uma parcela do interesse público, maculou outra igualmente relevante, isso em razão da inobservância de normas basilares da administração pública e da lesão aos direitos dos interessados em potencial na celebração do contrato de locação com a municipalidade. Também invocando a ausência de má-fé, o Tribunal não visualizou ato de improbidade na conduta de alienar remédios ao Município vizinho, em estado de calamidade, sem prévia autorização legal (1ª T., REsp. nº 480.387/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. em 16/03/2004, DJU de 24/05/2004, p. 163). Nesse caso, cremos que a posição do Tribunal foi correta, já que o ato visou à satisfação do interesse público, não foram lesados interesses individuais ou da administração e a vio-

uma ampla análise do comportamento do agente em cotejo com o fim perseguido pelo Constituinte com a edição dos arts. 15, V, e 37, § 4º, qual seja, que os agentes públicos respeitem a ordem jurídica, sendo justos e honestos, tudo fazendo em prol da coletividade.

Deve ser aqui adotada a técnica utilizada no direito germânico para a identificação da “justa medida” na restrição aos direitos fundamentais. De acordo com Scholler (1999: 102), “na aferição da constitucionalidade de restrições aos direitos fundamentais, o Tribunal Federal Constitucional (*Alemão*) acabou por desenvolver, como método auxiliar, ‘a teoria dos degraus’ (*Stufentheorie*) e a assim denominada ‘teoria das esferas’ (*Sphärentheorie*). De acordo com a primeira concepção, as restrições a direitos fundamentais devem ser efetuadas em diversos degraus. Assim, por exemplo, já se poderá admitir uma restrição na liberdade de exercício profissional (art. 12 da Lei Fundamental) por qualquer motivo objetivamente relevante (*aus jedem sachlichen Grund*), ao passo que no degrau ou esfera mais profunda, o da liberdade de escolha da profissão, tida como sendo em princípio irrestringível, uma medida restritiva apenas encontrará justificativa para salvaguardar bens e/ou valores comunitários de expressiva relevância de ameaças concretas, devidamente comprovadas, ou pelo menos altamente prováveis”.

Apesar de inexistirem critérios rígidos e objetivos para a determinação dos fatores que concorrerão para a identificação da relação de proporcionalidade entre a conduta praticada e a incidência da Lei nº 8.429/1992, é possível estabelecermos algumas diretrizes argumentativas. É o que ocorre, por exemplo, quando (1) a violação à juridicidade não desbordou o plano das formas, sendo preservada a essência dos valores protegidos; (2) o dano causado ou o benefício auferido pelo agente foi ínfimo (na verdadeira acepção da palavra, *v.g.*: destruição de uma folha de papel comum, utilização de um grampo para fins privados etc.), (3) o ato atingiu (quase) *in totum* o fim previsto na norma, praticamente afastando a reprovabilidade da conduta, ao menos no plano sancionador, (4) foram realizados objetivos de evidente interesse público; (5) não foram violados interesses individuais; (6) no contexto em que o ato foi praticado, o erro de direito era plenamente escusável; e (7) o agente não agiu com má-fé,

lação à juridicidade foi ínfima se comparada com a magnitude dos bens que se buscou preservar, relacionados a um problema de saúde pública. Como a conduta foi direcionada ao descumprimento das disposições normativas que regulam o certame licitatório, o dolo restou caracterizado. No entanto, a ausência de má-fé e a indiscutível satisfação do interesse público afastaram a caracterização da improbidade material.

nela compreendida tanto a indiferença em relação ao conhecimento da ilicitude da conduta, como o propósito manifesto de não realizar o bem comum. Essas diretrizes argumentativas, como é intuitivo, não podem ser analisadas de modo isolado. Pelo contrário, devem atuar concorrentemente na aferição do critério de proporcionalidade, permitindo seja alcançada a conclusão de que a aplicação da Lei nº 8.429/1992 apresentará nítida desproporção com o ato, estando ausente a proporcionalidade em sentido estrito, pois o ônus imposto ao agente em muito superará a lesividade de sua conduta.

A má-fé, como se percebe, não é o epicentro estrutural do ato de improbidade administrativa. É, tão somente, um dos fatores a serem levados em consideração para a aplicação da Lei nº 8.429/1992. Além dos atos de improbidade culposos, que prescindem da má-fé para a sua configuração, é perfeitamente possível que um ato praticado com absoluta boa-fé justifique a incidência da Lei nº 8.429/1992. Basta se pensar na hipótese de um Prefeito Municipal que, descumprindo voluntariamente a legislação de regência, destine recursos afetos à educação para a construção, na única praça pública existente na localidade, de um monumento em prol da família, o que leva à extinção da referida área de lazer. Nesse exemplo, apesar de o Chefe do Executivo ter atuado dolosamente, era evidente a sua boa-fé, sendo direcionado pelo nobre objetivo de exortar a importância da família. No entanto, mesmo, assim, estará caracterizado o ato de improbidade. E isso pelas seguintes razões; (1) foi maculada a juridicidade; (2) foi comprometido o atendimento do direito à educação; (3) a receita disponível foi integralmente direcionada a um fim que, embora de interesse público, não ostentava igual importância para a coletividade; (4) é evidente o dano causado à coletividade, que se viu privada do serviço de educação e ainda perdeu a área de lazer; e (5) a área de lazer precisará ser recomposta, o que, à míngua de outra área específica, causará prejuízo financeiro à Administração Pública em decorrência da demolição do monumento.

É factível que todo ser humano pode ter boas intenções, mas, em se tratando de agentes públicos, as boas intenções não de se desenvolver com observância dos balizamentos oferecidos pela legislação de regência, não de acordo com o seu alvedrio. Note-se, ainda, que as escusas da ignorância e da incompetência devem ser recepcionadas com cuidado. Afinal, por dever de ofício, o agente público, diversamente do particular, somente

pode fazer o que a norma de conduta o autorize, o que lhe impõe o dever de conhecê-la. E, dentre essas normas, está o princípio constitucional da eficiência.

Não sendo identificada a prática de um ato objetivamente relevante, não se poderá ascender, sequer, ao “*primeiro degrau*” da escala de restrição dos direitos, o qual seria atingido com a mera aplicação da Lei nº 8.429/1992. Os “*degraus subsequentes*”, por sua vez, serão galgados na medida em que for identificada a relevância do ato, valorada a sua potencialidade lesiva e constatada a reprovabilidade da conduta do agente, o que permitirá seja aferida a sanção que se afigura mais justa ao caso. Nos casos de improbidade meramente formal, restará a incidência das sanções de ordem política ou administrativa, de natureza e grau compatíveis com a reprovabilidade do ato.

Tal linha de raciocínio, desde que não venha a ser deturpada – risco, infelizmente, sempre existente – permitirá o estabelecimento de uma relação de congruência entre a conduta do agente, a Lei nº 8.429/1992 e a Constituição da República, evitando-se a desproporcional restrição dos direitos fundamentais.

CONCLUSÕES

A argumentação apresentada nos permite concluir que, no âmbito da improbidade administrativa, (a) a má-fé não integra o elemento subjetivo do agente, não se confundindo com o dolo; (b) dentre os fatores que concorrem para a aferição do critério de proporcionalidade, na incidência da Lei nº 8.429/1992, está a má-fé; (c) é possível a configuração do ato de improbidade ainda que o agente público tenha atuado com boa-fé, o que pode ocorrer no caso de culpa ou quando os demais fatores que concorrem para o delineamento do critério de proporcionalidade indiquem a reprovabilidade da conduta. ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENVENISTE, E.. **Problèmes de linguistique générale**, Paris: Gallimard, 1966.

BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**, 1ª reimp., New York: Oxford University Press, 2003.

BLOOMER, Aillen, GRIFFITHS, Patrick e MERRISON, Andrew. **Introduction language in use: a coursebook**. Onix: Routledge, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**, 5ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot LexisNexis, 2006.

DEBRIX, François. **Language, agency, and politics in a constructed world**, New York: M. E. Sharpe, 2003.

ECO, Umberto. **A theory of semiotics**. U.S.A.: Indiana University Press, 1979.

GARCIA, Emerson. **Repressão à corrupção no Brasil: entre realidade e utopia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____ e ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIBBONS, John. **Forensic linguistics: na introduction to language in the justice system**, Cornwall: Wiley-Blackwell Publishing, 2003.

_____. **Taking Legal Language Seriously, in Language in the Law**, org. por GIBBONS, John, PRAKASAM, V., TIRUMALESH, V. e NAGARAJAN, Hemalatha. India: Orient Longman, 2004, p. 1.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**, v. I. tomo II. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

JELLINEK, Georg. **Gesetz und Verordnung**. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1887 (reimp. de 1964).

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Parte Geral, 1^o v. 25^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

LEVI, Judith N., WALKER, Anne Graffam. **Language in the judicial process**, v. 5 de *Law, Society and Policy*, New York: Plenum Press, 1990.

LOCKE, John. **Ensaio sobre o Entendimento Humano** (*An Essay Concerning Human Understanding*), v. II, trad. de Eduardo Abranches de Soveral, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MATTILA, Heikki E. S.. **Comparative Legal Linguistics**, Hampshire: Ashgate Publishing, 2006.

MCMENAMIN, Gerald R. e CHOI, Dongdoo. **Forensic linguistics: advances in forensic stylistics**, Florida: CRC Press, 2002.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. 3^a reimpressão de 2007, Coimbra: Edições Almedina, 1983.

SCHNEIDEREIT, Gaby. **Legal Language as a Special Language: Structural Features of English Legal Language**, Germany: Green Verlag, 2007.

SCHOLLER, Heinrich. "O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha", trad. de SARLET, Ingo Wolfgang, in **Revista Interesse Público** nº 2, p. 93, 1999.

SEELMANN, Kurt. **Rechtsphilosophie**. 4^a ed.. München: Verlag C. H. Beck, 2007.

TROSBORG, Anna. **Rhetorical strategies in legal language: discourse analysis of statutes**, Tübingen: Günter Narr Verlag, 1997.

Da Definição de Salários para Contratos Administrativos de Terceirização

Marcelo Moreira Prado

Analista Ambiental, Advogado, pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho, coordenador de despesas no Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio.

RESUMO

O tema estudado aborda a terceirização de contratos de prestação de serviços com enfoque na possibilidade de fixação de salários no edital de licitação, tendo por base a liberalidade desse tomador de serviços que, em vez de desenvolver determinadas atividades mediante empreitada direta, vale-se do trabalho de outra empresa, denominada terceira. Tal liberalidade, limitada pelas condições da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, restringe-se àquelas atividades que não constituam a missão institucional do tomador de serviços. Partindo-se de um novo entendimento do Tribunal de Contas da União e sua comparação com o Decreto nº 2.271/97 e, principalmente, com o art. 20 da Instrução Normativa nº 02/2008 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão observa-se que a limitação imposta naquele artigo, por sua impossibilidade fática culminou com a sua revogação pelas alterações que se sucederam à respectiva Instrução Normativa. Por fim, o estudo procura demonstrar a unificação salarial dentro de uma unidade da federação e indica que os respectivos salários-paradigma, quando estabelecidos, devem se utilizar de parâmetros definidos por Órgãos específicos do Governo Federal, especialmente o IBGE.

INTRODUÇÃO

A terceirização de atividades do Serviço Público por intermédio da contratação de empresas de prestação de serviços é um fenômeno que está enraizado na administração das empresas, com reflexos no Direito do Trabalho.

Desde que se estabeleceu no Brasil uma dinâmica de diminuição do tamanho da máquina estatal, a terceirização passou a ser uma ferramenta importante dessa meta. É praticamente inconcebível pensar num órgão estatal que não utilize esse tipo de recurso. Empresas especializadas passaram a invadir o espaço comercial com cada vez mais voracidade, procurando preenchê-lo de forma mais imediata possível.

Com o advento do Código Civil de 2002, conceitos como o dos valores sociais do contrato passaram a ser discutidos de maneira mais ampla com o objetivo de verificar até quando a não intervenção do Estado, sob a ótica do neoliberalismo, poderia não agredir o texto constitucional frente aos Direitos Sociais dos trabalhadores. Tal medida forçosamente impeliu o Estado a uma participação mais ativa na formação desses custos, de forma a coibir a exploração desmedida do trabalho dentro das práticas de mercado.

APLICAÇÃO NO GOVERNO FEDERAL

A terceirização, ou *outsourcing*, cuja característica marcante é a contratação de terceiros para realizar determinadas atividades antes realizadas pelo tomador de serviços, já limitada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (impedindo, por exemplo, que se terceirize a atividade finalística do tomador, que o tomador atue como o controlador da mão de obra terceirizada, que se exima da responsabilidade no eventual inadimplemento do empregador – pois é responsável subsidiariamente) foi limitada de maneira mais rígida nos negócios jurídicos do Poder Público. Por força vinculante, os limites da terceirização em contratos administrativos têm natureza interpretada de forma taxativa, definida no Decreto Federal nº 2.271/97, (atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações)¹.

Para especificar a forma de atuação dos órgãos vinculados, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão publicou a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Imediatamente surgiram dúvidas sobre a fixação de pisos salariais, considerando-se a redação de seu art. 20. Numa análise apressada tem-se o diagnóstico de proibição absoluta da definição desses valores ao contemplarmos a redação original do

1 BRASIL. Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Publicado no DOU de 8.7. 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2271.htm>. Acesso em 01 jan. 2012.

citado artigo (Art. 20. *É vedado à Administração fixar nos instrumentos convocatórios: [...] II - os salários das categorias ou dos profissionais que serão disponibilizados para a execução do serviço pela contratada;*), o que não é, via de regra, fidedigno com o espírito do ordenamento. Deve-se considerar ainda, que atualmente, tal interpretação já foi exonerada do dispositivo, com sua revogação expressa oriunda da IN 03/2009 do mesmo Ministério, à vista das manifestações doutrinárias e jurisprudenciais que se insurgiram contra tal dispositivo.

O ESTABELECIMENTO DO “SALÁRIO-PARADIGMA” PELO TCU

O Tribunal de Contas da União, independente desse novo texto, procurou manter o entendimento que já possuía no Acórdão 256/2005 – Plénário. É conveniente trazê-lo na lavra de seu relator:

14. Evidentemente, a fixação de um piso para os salários pagos, apesar de não ter o condão de fixar o preço total do serviço, acaba por estabelecer um patamar mínimo também para a contratação, o que lança dúvidas sobre a economicidade da medida. Afinal, se autorizadas a estabelecer livremente os salários de seus empregados, as empresas interessadas seriam capazes de ofertar preços mais baixos que se obrigadas a uma política de remuneração mínima. Devemos, porém, nos perguntar a que custo seriam obtidos esses preços inferiores.

15. Como toda empresa capitalista visa à maximização de seus lucros, com certeza as empresas fornecedoras de mão de obra se sentiriam tentadas a aumentar seus ganhos através da diminuição dos salários pagos aos seus empregados, que, como não podemos esquecer, constituem o mais importante custo desse tipo de contrato. **O pagamento de salários mais baixos tende, naturalmente, à seleção das pessoas menos capacitadas ou, no mínimo, contribui para o descontentamento dos contratados, afetando sua eficiência e produtividade. Em qualquer dessas hipóteses, a administração restará como a maior prejudicada, apesar de, a princípio, ter se beneficiado de custos mais baixos.**

16. **Não acredito que o princípio da vantajosidade deva prevalecer a qualquer custo. A terceirização de mão de obra no setor público, quando legalmente permitida, não pode ser motivo de aviltamento do trabalhador, com o pagamento de salários indignos. A utilização indireta da máquina pública para a exploração do trabalhador promete apenas ineficiência dos serviços prestados ou a contratação de pessoas sem a qualificação necessária.**

Nossos grifos destacam a admissibilidade para o caso em comento, mas revelam também a preocupação da Corte com a utilização racional da medida. Dessa forma, torna-se inequívoca a cautela necessária a ser verificada quanto à contratação e ao estabelecimento do salário-paradigma. Esse conceito encontra-se também contido no Acórdão 290/2006, principal remissão feita nos Editais de Licitação. Com o excerto seguinte, confirma-se a melhor interpretação:

12. Ora, o item serviço não é composto apenas pelo salário do empregado. Há outras variáveis que devem ser consideradas, como os custos diretos e indiretos incorridos pelo licitante, e a sua margem de lucro. Nesse ínterim, entendo que a prefixação de remuneração pretendida por aquela Casa Legislativa poderia ocorrer por meio do ajuste de um "**salário-paradigma**", a ser pago a determinado profissional, **o que não significaria, a meu ver, a fixação de preço mínimo vedada pela norma.** Preço mínimo seria o todo, o item preço do serviço a ser contratado, comportando outros subitens, enquanto que tal salário, neste caso a remuneração a ser paga pela contratada aos empregados, seria uma das variáveis do preço do serviço.

13. Há, contudo, outros pontos que devem ser considerados no presente julgamento, como aduzido pelo recorrente. Trata-se da questão da proposta mais vantajosa e a satisfação do interesse público. Reconheço que existe, sim, a possibilidade de aviltamento dos salários dos terceirizados e consequente perda de qualidade dos serviços, o que estaria em choque com satisfação do interesse público. Nesse aspecto, no caso

de uma contratação tipo menor preço, em que as empresas mantivessem os profissionais pagando-lhes apenas o piso da categoria, entendo que não seria razoável considerar, apenas como vantagem a ser obtida pela Administração, o menor preço. Livres de patamares salariais, os empregadores, de forma a maximizar seus lucros, ofertariam mão de obra com preços de serviços compostos por salários iguais ou muito próximos do piso das categorias profissionais, o que, *per se*, não garantiria o fornecimento de mão de obra com a qualificação pretendida pela Administração. **Sob esse prisma, entendo que a qualidade e a eficiência dos serviços postos à disposição de órgãos públicos não pode ficar à mercê da política salarial das empresas contratadas.**

14. Assim, proposta mais vantajosa **não significa apenas preço mais baixo.** Há que se considerar a tutela de outros valores jurídicos além do menor preço, como, por exemplo, o atendimento ao princípio da eficiência. Nada obstante, devo destacar que tal condição não abre caminho para contratação por qualquer patamar, como já ressaltado por esta Corte. **O administrador continua obrigado a justificar os preços a que se propõe ajustar, e a demonstrá-los compatíveis também com as especificidades dos serviços que serão prestados e com os profissionais que irão executá-los.**

[...]

17. Também não se pode olvidar que não compete a esta Corte de Contas interferir em questões privadas, de empregado e empregador, notadamente no que toca às garantias trabalhistas ou acordos coletivos. Entretanto, este Tribunal não pode ignorar o princípio da eficiência e o interesse público presente na contratação de mão de obra qualificada e na necessidade **de se coibir a danosa rotatividade de mão de obra que tantos transtornos tem causado à Administração, além da consequente responsabilização trabalhista que tem recaído sobre os órgãos públicos contratantes, em razão do abandono dos empregados por seus empregadores,** sem o devido pagamento de seus direitos e encargos, dadas

as características peculiares das contratações com fins de terceirização.

18. Ante as considerações apresentadas, julgo que a fixação do salário-paradigma, como por exemplo, os valores já pagos em contratação anterior como remuneração aos empregados, atualizados, por certo, de forma a manter o poder aquisitivo dos valores ao tempo das respectivas contratações, pode se constituir em um referencial, como mencionado pelo ilustre administrativista citado no presente Voto, servindo para balizar as ofertas dos licitantes e para garantir a continuidade, qualidade e eficiência dos serviços prestados. Vale também frisar que o salário-paradigma é relativo aos valores recebidos pelo trabalhador, ser humano, não se confundindo com um valor de referência para coisas ou bens, como, por exemplo, o item serviço de um edital de licitação.

No mesmo sentido, a Corte manteve o entendimento no Acórdão 1.327/2006 – Plenário, assim como no voto do Ministro Revisor Marcos Bemquerer no Acórdão 614/2007 – também do Pleno.

Registra-se, independentemente da tese já consagrada da interpretação sistemática, que a Corte não se manteve silente frente ao advento da IN Nº 02/2008 cuja análise está eminentemente voltada para o art. 20, no mérito da fixação de salários. Vejamos o que nos apresenta o Acórdão 2.281/2008 pelo Ministro Relator Ubiratan Aguiar:

4. Há que se ressaltar que, mesmo nas deliberações em que a fixação de salários mínimos foi admitida como possível, ficou consignado que esse é um procedimento de certa forma excepcional, cuja utilização deve ser devidamente fundamentada, assim como os valores fixados a título de remuneração mínima.

[...]

7. Ainda quanto a esse aspecto, entendo pertinentes as observações feitas pela unidade técnica de que a simples pré-fixação de salários não garante a prestação de um serviço de

maior qualidade, sem o estabelecimento de outras condições, como requisitos de qualificação dos trabalhadores, padrões de produtividade desejados, níveis aceitáveis de rotatividade, etc. Sem esses requisitos adicionais, não há qualquer garantia de que profissionais mais qualificados serão recrutados pela empresa. A esse respeito, o Tribunal já se manifestou nos Acórdãos 2.003/2005, 2.028/2006 e 1.699/2007, todos do Plenário.

E quais seriam esses critérios? O próprio Acórdão esclarece:

72 ... Concluimos também que o piso salarial, por si só, não é suficiente para assegurar a qualidade e a eficiência da prestação dos serviços. Isso pode ser assegurado com o estabelecimento, no edital da licitação e no contrato, de cláusulas contendo regras claras e objetivas quanto aos padrões da prestação dos serviços, níveis aceitáveis de rotatividade, graus de produtividade desejáveis etc.

O USO DE DADOS PÚBLICOS PARA DEFINIÇÃO DOS SALÁRIOS – PESQUISA CEMPRES/IBGE

A base para a fixação dos salários - paradigma, contudo, deve levar em consideração critérios objetivamente determinantes para não se levar a uma dispendiosidade maior do aquela que seria necessária, por mero apriorismo.

Uma das formas adequadas – e por submissão ao princípio da moralidade para a Administração Pública – é a utilização, conforme indica o próprio art. 15 da Lei de Licitações, que o Administrador Público se utilize de índices por índices do próprio Poder Público. Para fixação de salários-paradigma, entendemos que a melhor alternativa é a utilização dos dados da Pesquisa CEMPRES do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística que afere os dados produzidos de rendimentos do trabalho. Tais dados estão amplamente divulgados no seu sítio e fornecem dados de todas as unidades da federação. Trazemos o excerto desses dados, obtidos através da série histórica 2008/2009 (Acesso em 03 set 2012) para a Região Sudeste:

UNIDADE FEDERATIVA	SÃO PAULO	http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=rj&tema=pofdespesasrendimentos	Rendimento médio mensal familiar do trabalho	R\$ 2.099,49
	RIO DE JANEIRO	http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=sp&tema=pofdespesasrendimentos		R\$ 2.226,81
	MINAS GERAIS	http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=mg&tema=pofdespesasrendimentos		R\$ 1.628,18
	ESPÍRITO SANTO	http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=es&tema=pofdespesasrendimentos		R\$ 1.560,11

O ESTABELECIMENTO DA ÁREA ESTADUAL PARA O SALÁRIO-PARADIGMA

Como os órgãos públicos normalmente não estão limitados a apenas um município, a mera aplicação do que dispõe o art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho também poderia significar um retrocesso nesse pensamento legal. Tal questão serve, inclusive, para não criar empecilho ao crescimento de determinada região, decorrente de seu precário desenvolvimento, aviltando os salários a serem praticados naquele local. Nesse sentido, a razoabilidade de análise, como demonstraram os julgados, indica o paradigma estadual para adoção, conforme excerto:

Ao elencar no art. 461 da CLT os requisitos necessários à equiparação salarial, o legislador fixou parâmetros para que se pudesse aferir a igualdade dos serviços de modo a merecerem tratamento isonômico quanto à retribuição devida. O requisito da mesma localidade teve como único objetivo a certeza de que os mesmos critérios com relação ao salário pago pela empresa fossem observados. Portanto, tratando-se de empresa de âmbito estadual que aplica a mesma política salarial em todo o Estado, sem distinção quanto ao local (município) em que o empregado esteja lotado, é óbvio que o

requisito da localidade, para fins de critério de equiparação salarial não pode ser considerado. (E-RR 392.514/97). João Batista Brito Pereira – TST.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, parece-nos que a melhor medida a ser implementada em contratos administrativos, de forma a também não prejudicar o trabalhador contratado, é a da prática de salários compatíveis com a própria realidade trazida por análises do Estado sobre os rendimentos do trabalho no âmbito daquela unidade federativa. Ainda que, de forma ufanista, muitos venham a se insurgir em favor do Concurso Público, o Estado não possui a menor intenção de alargar seu foco de ação além de sua missão institucional, muito embora a Corte de Contas venha hodiernamente direcionar para isso, restringindo a interpretação de forma cada vez mais cartesiana sobre as possibilidades de terceirização. Mas, aquelas que prevalecem não podem significar uma subvalorização das categorias mediante a paga de salários ínfimos, sob pena de caracterizar uma política escravocrata de terceirização. Além disso, perde a sociedade brasileira que se utiliza desses serviços, prestados de forma precária e por profissionais mal pagos e desmotivados, sendo que os satisfeitos, nessa conta, são somente os seus empregadores. ❖

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **A Terceirização no Serviço Público: Uma Análise à Luz da Nova Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição [da] Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Publicada no DOU de 22.6.1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em 01 jan. 2012.

_____. Governo Federal. Decreto nº 2.271, de 07 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União 08 julho 1997.

_____. Governo Federal – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa 02, de 30 de abril de 2008. Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Diário Oficial da União: 23 maio 2008.

_____. Governo Federal – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instrução Normativa 03, de 16 de outubro de 2009. Altera a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008. Diário Oficial da União: 16 outubro 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade mecum de licitações e contratos:** legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices. 4. Ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

A Importância do Ensino da Medicina Legal na Formação da Carreira Jurídica

Luiz Carlos Leal Prestes Junior

Mestre em Medicina pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Coordenador da Câmara Técnica de Medicina Legal do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro, Perito-Legista do Instituto Médico Legal Afrânio Peixoto – RJ ; Perito Médico Judicial

Talvane M. Moraes

Livre Docente e Doutor em Psiquiatria pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; Perito-legista do IMLAP (aposentado); Ex-Diretor Geral do Departamento Geral de Polícia Técnica e Científica do Estado do Rio de Janeiro; Professor de Medicina Legal e Psiquiatria Forense da Escola da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Mary Rangel

Doutora em Educação com Pós-Doutorado na área de Psicologia Social, Professora de Didática da Universidade Federal Fluminense, Titular da área de ensino-aprendizagem da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

INTRODUÇÃO

Muito embora a Medicina Legal tenha papel relevante na formação acadêmica desde o início do ensino jurídico no Brasil, percebe-se que, atualmente, com a expansão do número de instituições de ensino superior e a grande procura pela área jurídica, a disciplina foi subvalorizada, mormente após a decisão do Ministério de Educação e Cultura de estabelecer a Medicina Legal como cadeira optativa nos cursos de Direito.

É nessa diretriz que procuramos questionar sobre a formação acadêmica de nossos operadores de direito e, ao mesmo tempo, levantamos a relevância do ensino dos conhecimentos médico-legais que se coadunam, praticamente, em todas as áreas do Direito, auxiliando, por meio dos conhecimentos científicos, a interpretação de provas periciais, relevantes instrumentos para a correta aplicação da Justiça.

ASPECTOS HISTÓRICOS

A medicina legal brasileira, com influência das escolas francesa, alemã e italiana, passou a ter sua evolução marcada por estudos e contribuições científicas no século XIX, época em que, reconhecidamente, passou a servir, de forma incontestável, ao direito e à administração da Justiça.

Há relatos de que o médico e senador do Império, Gonçalves Gomide, tenha publicado em 1813 o primeiro artigo científico acerca dos estudos médico-legais.

Entretanto a organização da medicina legal como especialidade médica se iniciou com os trabalhos de Agostinho José de Souza Lima, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, reunidos no primeiro curso prático de tanatologia forense.

Em 1832, as primeiras Escolas Médicas do Brasil, a da Bahia e do Rio de Janeiro, definiram a medicina legal como disciplina obrigatória, ao mesmo tempo em que o então Código de Processo Criminal definia a realização de exames de corpo de delito inseridos na perícia oficial. Muito embora, com a vigência do referido código, só em 1854 houve a regulamentação da atividade médico-legal, por meio do Decreto nº 1740, de 16 de abril, quando foi criada a Assessoria Médico-Legal junto à Secretaria de Polícia da Corte. Com a participação, em caráter oficial, passavam os médicos legistas a realizar exames de corpo de delito e demais exames necessários à elucidação dos crimes e delitos.¹

A medicina legal brasileira teve na Bahia uma marcante participação, por conta da criação da cadeira de Medicina Legal, cujo regente foi João Francisco de Almeida e entrou na sua melhor fase com os trabalhos de Raimundo Nina Rodrigues (1894 a 1906) e de Oscar Freire (1914 a 1918).²

1 FREITAS, D.J.G. **A Organização da Medicina Legal no Brasil**. <http://www.malthus.com.br>.

2 <HTTP://www.bahia.ba.gov.br/ssp/imlnrorgvonc.htm>.

Afrânio Peixoto atribuiria tal sucesso ao fato de Raimundo Nina Rodrigues estudar as correlações dos elementos étnicos e sociais com a criminalidade de sua terra. Entre outras propostas, advogava a obrigatoriedade de realização de concursos para peritos oficiais, a fim de tornar a Justiça mais bem servida de informações melhor qualificadas e imunes aos erros de interpretação e avaliação comuns à atividade pericial daquela época.

Com os avanços da medicina legal na Bahia, o Professor Oscar Freire transferiu-se para São Paulo, onde implantou a disciplina de Medicina Legal na antiga Faculdade de Medicina Paulista.³

Já nos cursos voltados para o ensino jurídico, sua inserção foi proposta por Ruy Barbosa, pela aprovação de um Decreto na Câmara dos Deputados, que criou a Cátedra de Medicina Legal nas Faculdades de Direito de todo o país, a partir de 1891.

No Rio de Janeiro, em 1900, a chamada assessoria médica da polícia transformou-se em gabinete médico-legal, que passou a fazer também exames psiquiátricos forenses. O Dr. Carlos Halfed entra para a história da medicina legal brasileira, quando foi designado para realizar todas as necropsias vinculadas aos crimes ocorridos no Estado do Rio de Janeiro.

Afrânio Peixoto, já amplamente reconhecido, propõe uma reformulação do gabinete médico-legal com base no que observara na Alemanha. Com isso, o governo federal cria o Decreto nº 4.864, de 15 de junho de 1903, que estabelecia normas detalhadas para a conclusão das perícias médicas. Naquele mesmo ano, houve manifestações de apoio à Lei, da Academia Nacional de Medicina e do Instituto dos Advogados Brasileiros, pela aplicação prática e ampla da lei, evitando-se assim a produção e o envio de laudos imperfeitos para os tribunais.

Como consequência, o Decreto 6.440, de 30 de março de 1907 transformou o gabinete em Serviço Médico-Legal, ampliando ainda mais o protocolo de necropsias. Na mesma época, Afrânio Peixoto foi nomeado diretor do Serviço Médico-Legal no Rio de Janeiro.

Com constante ascendência, em 1917, a medicina legal, é amparada pela Lei Maximiliano, que outorgou aos professores de medicina legal o direito de fazerem perícias em suas aulas práticas, bem como reconheceu a validade de seus laudos, sendo obtida essa autorização, pois os pro-

3 FRANÇA, G.V. **Fundamentos de Medicina Legal**. Ed. Guanabara Koogan, Rio de Janeiro, 2005; 1-6.

fessores de medicina legal não eram peritos oficiais. Ajustava-se a prática à norma legal, passo importante para o reconhecimento da importância do ensino e da especialidade.

Em 1924, o chamado Serviço Médico-Legal passou a denominar-se Instituto Médico-Legal, órgão subordinado diretamente ao Ministério da Justiça. Pioneiramente, iniciando a fase de moderna Psiquiatria Forense no Brasil, na mesma época, Heitor Carrilho inaugura o Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro (1924) – mais tarde Manicômio Judiciário Heitor Carrilho - e, hoje, Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Heitor Carrilho.

Dez anos depois, novas e marcantes modificações surgiram com o decreto governamental que criava o Departamento de Polícia Técnica, composto de três órgãos: o Instituto Médico-Legal, o Instituto de Identificação e a Escola de Polícia.

Em 1938, no Estado Novo, o Instituto de Identificação, que havia sido extinto, reaparece com o nome de Instituto de Criminologia, e partir daí, são criados diversos postos médico-legais no interior do Estado do Rio de Janeiro.

Entra em cena o Código de Processo Penal, criado pelo Decreto-Lei nº 3.689 de 3/10/1941, cujo artigo 159 determina que as perícias devam ser realizadas por peritos oficiais. Os professores de faculdades, embora altamente qualificados, não poderiam mais dar aulas práticas no IML.

Nos anos 50, surgem especialistas na área de medicina legal, nas disciplinas de anatomia patológica, hematologia, radiologia e neuropsiquiatria.⁴

Já nos anos 60, com o aumento da criminalidade na cidade do Rio de Janeiro, o IML passa a receber de 15 a 20 cadáveres por dia, o que motivou a ampliação dos quadros funcionais.

Fatos de natureza política e econômica, a transferência da capital federal para Brasília e a fusão dos antigos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro foram, conjuntamente, o divisor de águas entre a época áurea da Medicina Legal e o declínio vertiginoso da especialidade com a falta de investimentos públicos.

Atualmente, com a nova sede do IML, obra entregue no ano de 2009, abre-se uma nova perspectiva de evolução técnico-científica. As novas instalações propiciam uma melhor qualidade técnica, um ambien-

4 SANTOS F.L. *História Geral da Medicina Brasileira*, Edusp, SP, v. I e II, 1991.

te salubre, com modernos equipamentos, resgatando a dignidade profissional de todos os profissionais que ali trabalham. Destaca-se na nova estrutura o centro de estudos com biblioteca, que detém os livros históricos internacionais de medicina legal e o acervo atualizado, incluindo periódicos referentes às áreas de ciências forenses. O auditório, com tecnologia moderna, é o único do país que permite acompanhar em tempo real uma necropsia, transmitida ao vivo, do necrotério para o auditório, fato esse que facilita muito o ensino da matéria para as turmas de medicina e direito.⁵

METODOLOGIA DO ENSINO

A medicina legal aplica os conhecimentos médicos, englobando praticamente todas as especialidades, em prol da Justiça. Mas, muito embora seja uma disciplina comum aos cursos de medicina e direito, seu enfoque e consequentemente sua metodologia diferem.

O ensino dessa disciplina nos cursos de graduação em medicina geralmente aborda também a deontologia e a ética médica, pilares essenciais para o correto exercício profissional. O binômio ensino-aprendizagem vislumbra uma perspectiva de formação básica do médico para o exercício rotineiro da profissão, enfatizando o estudo das lesões nas diversas áreas da medicina legal, como a asfixiologia, sexologia e traumatologia forense.⁶

Em se tratando do curso jurídico, o ensino da medicina legal deve ter um cunho essencialmente doutrinário e interpretativo, de modo que o objetivo da aprendizagem se volte para a necessidade do operador de direito de fazer a correta interpretação das informações técnicas e científicas constantes nos documentos médico-legais e laudos periciais.

O conhecimento doutrinário é também essencial para propiciar ao operador jurídico o conhecimento pertinente aos limites que a ciência forense pode determinar.

Tal conhecimento de medicina legal, capacita o operador do direito a avaliar, criteriosamente, o trabalho pericial, oferecendo-lhe a possibilidade de, minimamente, ajuizar o relatório pericial, com suas conclusões, impedindo que, pelo desconhecimento técnico, tal operador do direito se torne refém das informações periciais.

5 PRESTES, L.C.L., ANCILLOTTI, R.V. **Manual de Técnicas em Necropsia Médico-Legal**. Ed. Rubio, RJ, 2009; 3-22.

6 MELO F.A. **Metodologia do Ensino Jurídico**. Ed Forense, RJ, 1984.

A prova técnica hoje, também apelidada de “Rainha das Provas”, pelo seu alto grau de confiabilidade, é obtida por meio da perícia, que, no caso da médico-legal, aplicam-se os conhecimentos de medicina para subsidiar a produção da prova. Considerando que esta reúne todos os elementos técnicos demonstrativos do fato, sua relevância é sempre enfatizada nos tribunais.

Um caso rumoroso e emblemático em que a prova pericial foi de grande relevância na elucidação do crime foi o da menina Isabela Nardoni, ocorrido na cidade de São Paulo em 2008. Tanto a perícia criminal, quanto a médico-legal reuniram uma série de evidências que puderam ser demonstradas e analisadas no tribunal de júri, culminando com a condenação dos réus.

A perícia médico-legal, sendo um elemento técnico de suma importância para convicção dos magistrados nas suas decisões, deve ser muito bem interpretada, à luz dos conhecimentos científico-forenses e aplicada na elaboração e execução dos dispositivos legais.

A medicina legal tem ampla aplicação na ciência jurídica, seja ela penal, civil ou trabalhista, auxiliando na aplicação das leis e permitindo à justiça o cumprimento de seu mister social e constitucional.

A disciplina de medicina legal para o curso de Direito deve ter um enfoque mais abrangente, para que o aluno, além da aplicação prática do conhecimento, possa fazer a reconstrução teórico-prática dos conceitos.⁷

É de fundamental importância para aquele que milita na área jurídica, sobretudo na esfera penal, utilizar o conhecimento adquirido em relação aos elementos constitutivos das provas periciais. É preciso ter discernimento sobre a realidade de um fato de natureza científica que interessa à Justiça e caso seja necessária a realização de outros exames subsidiários, que se saiba pedir, como pedir e o que pedir, interpretando-se, assim, corretamente, os laudos periciais.

Pela amplitude e abrangência da disciplina, a medicina legal no curso de Direito deveria ser ministrada em dois períodos letivos, mais especificamente no nono e no décimo períodos, para que aluno pudesse conciliar os ensinamentos teóricos da esfera jurídica com os conhecimentos científicos que a medicina legal proporciona, de forma a integrar o binô-

7 PRESTES, L.C.L. "A importância do Ensino do Direito Médico no Curso de Graduação em Medicina". Dissertação de Mestrado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, RJ, 2007.

mio ensino-aprendizagem em bases práticas. Não deixariam de ser relevantes as visitas e aulas práticas nos Institutos Médico-Legais, enfocando a realidade da violência nas grandes cidades.

Não obstante a aplicação da disciplina em praticamente todas as áreas do Direito, é na esfera penal que ela revela com maior relevância a sua aplicabilidade. O crime, sendo objeto de estudo da criminologia, nas suas diversas teorias tem como substrato comum o mais complexo dos fatores: a ação humana.

É no homem que são estudados todos os elementos físicos, químicos e biológicos que compõem a dinâmica do delito, desde sua intenção até a sua execução. Portanto, sendo o crime um delito de estudo multidisciplinar, estudá-lo apenas no seu âmbito dogmático jurídico-penal seria insuficiente sob a ótica forense. O conceito de que “o corpo fala” tem importante aplicação forense, visto que o conjunto de vestígios, a análise das lesões e o estabelecimento da causa da morte permitem uma reconstituição da dinâmica do crime, o que auxilia na investigação e na solução dos inquéritos policiais.

Isso se reveste de grande importância se considerarmos a aplicabilidade desses conhecimentos no âmbito da Segurança Pública, principalmente porque a prova pericial é parte relevante dos Inquéritos Policiais e que seguramente irão subsidiar o entendimento do Ministério Público na propositura das ações penais.

O ensino da medicina legal, hoje contextualizada no curso de Direito, lamentavelmente é disciplina optativa, não propiciando um papel formativo de relevo, com visível repercussão nas pífias aprovações nos concursos da área penal e na falta de conhecimento para interpretação da matéria pericial.

Também é relevante observar que o estudo da Psiquiatria Forense, ramo da Medicina Legal, oferece ao operador do direito uma visão enciclopédica do comportamento humano, podendo ajudar significativamente na compreensão das pessoas, em sua expressão de conduta frente às regras sociais e legais.

O ENSINO DO DIREITO FRENTE ÀS NOVAS REALIDADES

As universidades e faculdades de Direito devem fazer frente às novas perspectivas da sociedade moderna e às novas tecnologias. Com isso,

há necessidade de transformações, pois a Carta Magna estabeleceu novas bases para as garantias individuais e coletivas, fortalecendo o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Já fazem parte do nosso cotidiano as modernas tecnologias em prol das ciências forenses aplicadas. Vemos os veículos de comunicação introduzirem em nossos lares seriados, filmes e documentários retratando, muito embora de forma cenográfica, as investigações e soluções de fatos criminais, mas com substrato científico que traduz uma realidade já alcançada.

O ensino da medicina legal nos cursos de Direito, como disciplina obrigatória, é quase que uma exigência prática dos operadores de Direito, mormente daqueles militantes da esfera penal.

Num futuro muito próximo, a própria sociedade irá exigir uma melhor formação. O curso de Direito terá uma dinâmica moderna e diferente da atual. Os professores de Direito e de Medicina Legal não exigirão do aluno o conhecimento profundo das leis ou das lesões corporais, mas esperam que o aluno possa resolver situações jurídicas baseadas na aplicação da legislação, na correta interpretação de provas técnicas e de laudos periciais médico-legais.

O padrão ouro na qualidade de ensino jurídico exige mudanças de atitudes e de práticas pedagógicas, além de investimento material e pessoal.

As parcerias públicas de universidades com instituições policiais e penais fazem parte dessa nova perspectiva. Aulas práticas nos Institutos Médico-Legais e nos Institutos de Criminalística podem preencher tais lacunas, estabelecendo um enfoque prático e mais interpretativo, carente no modelo atual.

Atualmente, o Curso de Direito é um dos que atrai o maior número de estudantes no país, sendo a área jurídica a que oferece maiores opções no mercado profissional, pela sua grande abrangência no campo social.⁸

A medicina legal, dentro de seu contexto no ensino jurídico, almeja resgatar o seu espaço, tão relevante no passado, que pela visão moderna e a necessidade de um ensino mais completo e empreendedor, seguramente cumprirá o seu papel na formação da carreira jurídica.

8 RODRIGUES, H.W. *Ensino Jurídico e Direito Administrativo*. Ed. Acadêmica, SP, 1993.

Pela abrangência de sua aplicação, já demonstrada em praticamente todas as áreas do Direito, já não se pode aceitar que operadores do Direito, ao participar de seleções públicas, mormente nas áreas criminais, sejam alijados do conhecimento de medicina legal e, conseqüentemente, sejam alvo de reprovações.

Espera-se que o assunto não se limite à questão teórica e filosófica, mas que a Ordem dos Advogados do Brasil se conscientize da relevância desta disciplina e inclua a medicina legal como disciplina obrigatória nos concursos para obtenção do grau de ordem, formando bacharéis em Direito com um conhecimento acadêmico mais completo e atualizado, como a sociedade exige. ❖

As Consequências da Ruptura Injustificada das Negociações Preliminares

Sandro Coutinho Schulze

Pós-Graduado em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado no RJ.

1. INTRODUÇÃO

Diariamente nos deparamos com situações capazes de criar direitos e obrigações, tuteladas pelo nosso ordenamento jurídico, muitas delas tão corriqueiras que passam até despercebidas, enquanto muitas outras são tão complexas que se protraem no tempo.

A sociedade evolui, e com ela as culturas, os princípios, o direito; altera-se a realidade social, modificando-se, também, o comportamento das pessoas dela integrantes. Como bem ensina MIGUEL REALE, “o Direito é um fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”¹. A sociedade é dinâmica, gira de acordo com a vontade humana, cujas transformações têm como ponto de referência as relações que se estabelecem entre os indivíduos que a compõem².

É inegável que o processo histórico exerce fundamental influência no desenvolvimento da sociedade, capaz, inclusive, de alterar e ditar as normas que devem ser observadas pelo ser humano.

No estudo do Direito dos contratos, das relações negociais, não é diferente, bastando analisar as dogmáticas do Código Civil de 1916 e de 2002.

O Código antigo apresentava como uma de suas características principais o caráter patrimonialista. O individualismo também era marcante e, ao lado do voluntarismo, privilegiava, acima de tudo, a manifestação da vontade de maneira livre, sem qualquer limite, pois a vontade contratual

1 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 2.

2 LIMA, Hermes de. *Introdução à Ciência do Direito*, 31ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, p. 14.

era tida como a justa; afinal ninguém contratava contra os próprios interesses. Não se dava importância à realidade das partes, pois a igualdade era tida apenas sob o ponto de vista formal. O Código Civil era considerado a Constituição do Direito Brasileiro³, o vértice do ordenamento jurídico.

A segurança das relações jurídicas era de fundamental importância e estava focada sempre na realização da vontade negocial. A lei não apontava limites para a liberdade de contratar.

O atual Código, na esteira da evolução das relações sociais, por outro lado, privilegia outros valores. O individualismo dá lugar à socialidade, fazendo prevalecer os valores da coletividade, sem a perda, porém, do valor fundante da pessoa humana⁴. A eticidade surge como regulamentação do fenômeno contratual e da operabilidade, preocupando-se com a efetiva realização do Direito.

Percebe-se que o Direito tenta, de todas as maneiras, não permanecer indiferente às mudanças sociais, culturais e econômicas.

Tais modificações representam verdadeiras alterações na própria dogmática, ressaltando GUSTAVO TEPEDINO que as Constituições passaram a assumir o compromisso de demarcar os limites da própria autonomia privada.⁵

A evolução tecnológica, a globalização, as grandes organizações empresariais, entre outros, tornam as relações negociais mais complexas, muitas das vezes à frente das concepções já existentes no seio da própria sociedade, exigindo, em contrapartida, maiores cuidados na formação e concretização dos termos do contrato, prolongando, conseqüentemente, a fase das negociações.

Nesse contexto, se percebe a importância das negociações preliminares, das tratativas antecedentes à formação do contrato, sobretudo no que concerne às expectativas criadas pelas partes na realização do negócio.

Com o nosso trabalho, abordamos as conseqüências da ruptura injustificada das negociações preliminares.

3 TEPEDINO, Gustavo. "Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil", in **Temas de Direito Civil, Renovar**, 1999, p. 2, citando Michele Giorgianni, "Il diritto privato edisou i attuali confini", in **Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile**, 1961, p. 1.339.

4 AMARAL, Francisco, "Os princípios jurídicos da relação obrigacional", in **Revista Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, nº 23, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 59.

5 TEPEDINO, Gustavo. ob. cit. "Premissas...", in **Temas...**, p. 2.

2. O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE

As negociações preliminares têm na sua essência o objetivo de permitir o amadurecimento das ideias, de modo que todas as questões do contrato sejam discutidas minuciosamente. Às vezes, o pretendente inicia determinada negociação acreditando que realizará um excelente negócio, mas, no decorrer das conversações, percebe que os riscos podem ser por demais elevados ou que o negócio em si não é verdadeiramente vantajoso. É inafastável, por outro lado, que determinadas negociações despertam no contratante a confiança na conclusão do negócio, sendo impossível não se vislumbrar qualquer consequência jurídica se o encerramento das tratativas se dá imotivadamente.

A doutrina brasileira, durante muito tempo, negou qualquer efeito ao rompimento das negociações preliminares.

CARVALHO DE MENDONÇA defende que a fase das tratativas não cria qualquer direito ou obrigação, podendo a parte encerrá-las, mesmo que o outro contratante estivesse convencido de que o negócio seria, efetivamente, realizado.⁶ CARVALHO SANTOS também comunga deste entendimento, acrescentando que não faz qualquer diferença se a ruptura se dá por justo motivo ou não.⁷

BRENNO FISCHER, da mesma forma, não reconhece a responsabilidade pela ruptura das negociações, afirmando que se uma das partes pode reclamar por indenização, em razão do término da tratativa, poderia a outra reclamar os prejuízos que teria com a continuação das negociações, uma vez que a conclusão do contrato não mais lhe interessa.⁸

ANTONIO CHAVES foi o primeiro autor brasileiro a considerar a responsabilidade pela ruptura das negociações preliminares. Ensina o eminente professor que quatro são os elementos constitutivos da responsabilidade pré-contratual: o consentimento às negociações, o nexo causal, a culpa e o dano patrimonial.

Como bem ensina REGIS FICHTNER, “não é qualquer tipo de negociação que enseja responsabilidade pela sua ruptura. A negociação que permite a eventual responsabilização do contraente que simplesmente desiste de estabelecer o contrato, necessariamente deve ser de intensidade

⁶ *Apud* CHAVES, Antonio. **Responsabilidade pré-contratual**, São Paulo, Lejus, 1997, p. 100.

⁷ *Apud* CHAVES, Antonio. *ob. cit.* **Responsabilidade pré...**, p. 100.

⁸ *Apud* PEREIRA, Regis Fichtner. **A responsabilidade civil pré-contratual**, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 141.

tal, que crie nos contraentes o que MARIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA denomina de uma razoável base de confiança.”⁹

Intimamente ligado à boa-fé está o princípio da confiança, de fundamental importância quando se fala em negociações preliminares, pois, em muitas das vezes, ele será indispensável para caracterizar que a ruptura foi injustificada.

MARIA CELINA BODIN DE MORAES afirma que

“o que o princípio constitucional está a garantir não é o antigo “reino da liberdade”, mas sim o Estado Democrático de Direito, que se opõe ao Estado de Polícia, ou do Arbítrio. No Estado Democrático de Direito, o poder do Estado está limitado pelo Direito; mas não só: o poder da vontade do particular, em suas relações com outros particulares, também o está. Limita-o não apenas a eventual norma imperativa, contida nas leis ordinárias, mas, sobretudo, os princípios constitucionais de solidariedade social e dignidade humana que se espraiam por todo o ordenamento civil, infraconstitucional. Evidentemente, permanecem espaços abertos de liberdade, mas esta liberdade (autonomia) é consentida e já não serve mais a definir o sistema de direito privado.”¹⁰

Atualmente, doutrina e jurisprudência brasileira reconhecem o dever de indenizar quando as tratativas são rompidas imotivadamente, devendo-se observar se a conduta do contratante que desiste do negócio jurídico violou os princípios norteiam as negociações contratuais.

O elemento culpa dá lugar à violação da boa-fé objetiva. RÉCIO CAPPELARI bem afirma que *“o importante, durante as tratativas, é justamente averiguar se a conduta das partes se houve com honestidade e lealdade, a fim de se apurar a existência ou não de motivo justo para abandonar as mesmas, tarefa que incumbe ao princípio da boa-fé na sua feição objetiva e não à culpa.”*¹¹

Vale dizer que a Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em setembro de 2002, editou o Enunciado 24 no seguinte sentido:

9 PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 306.

10 MORAIS, Maria Celina Bodin de. “Constituição e Direito Civil: Tendências”, in **Revista dos Tribunais**, v. 779, p. 55.

11 CAPPELARI, Récio. **Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao Direito brasileiro**, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 43.

"Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa."

O Enunciado 25 da mesma Jornada complementou o raciocínio, afirmando que *"o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual."*

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹², em caso interessante, reconheceu o dever de indenizar em razão da violação da boa-fé objetiva, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2008.001.04713.

O voto da Relatora, Desembargadora SUIMEI CAVALIERI, foi no seguinte sentido:

"Pois, então, tem-se sob análise a seguinte situação: um grande grupo financeiro, por intermédio de uma grande e experiente agência de publicidade, entra em contato com um afamado artista, a fim de que este licencie um de seus personagens para uma grande campanha publicitária. As negociações avançam por cerca de três meses (fls. 31/45), findo os quais uma minuta de contrato é elaborada e submetida à apreciação desse grande grupo financeiro (fls. 47/53). Este promove algumas alterações no instrumento e, mais à frente, porém, silencia, deixando os Autores sem resposta. Por fim, verifica-se que o motivo pelo qual o contrato deixou de ser assinado foi o fato de o grupo financeiro ter rejeitado o personagem criado pelo artista.

Ora, diante da suposta proficiência da agência de publicidade e das instituições financeiras envolvidas, diante também de um personagem preexistente – portanto, já conhecido das partes – e, por fim, diante da decantada magnitude da campanha publicitária, é de se indagar por que então os Réus não providenciaram um prévio estudo de mercado para avaliar a aceitação do personagem.

Ao revés, os Réus deixaram as negociações evoluírem a ponto de minutarem um contrato, levemente levando os

12 Apelação Cível 2008.001.04713, Rel. Des. Suimei Meira Cavalieri, julgada em 04.03.2008, DJ 19.05.2008, 5ª Câmara Cível.

Autores à crença de que “The Super Mãe” já estivesse escolhido, posto ser essa a premissa básica da avença.

Cristalina a existência, portanto, da violação de um padrão ético de conduta, sem perquirições acerca do estado psicológico dos representantes e prepostos dos Réus. Basta ponderar a situação concreta evidenciada nos autos para ter-se a dimensão de que o comportamento dos Réus desatendeu ao bom senso e ao dever de lealdade de informar aos Autores que a eleição de seu personagem ainda não era uma realidade.” (grifamos)

Assim, reconhecida a responsabilidade pela ruptura injustificada das negociações preliminares, resta definir os meios que poderão ser utilizados para a devida reparação.

2 - TUTELA ESPECÍFICA

Indiscutivelmente, a execução específica da obrigação é a consequência mais adequada para o descumprimento de determinada prestação, a partir do momento em que permite às partes retornar ao *status quo ante*, como se ocorresse o adimplemento, ou seja, exigir do devedor o cumprimento integral da prestação.

A reparação específica, ou natural, é a que melhor atende os interesses de restaurar a situação vivida entre as partes, uma vez que o prejudicado se isenta de proceder à avaliação dos danos existentes, minimizando, por conseguinte, os riscos de perder direitos fundados em valores subjetivos.¹³ A sua desvantagem, por outro lado, verifica-se na impossibilidade de ser realizável em todos os casos de descumprimento da obrigação.

É inegável, como já acima afirmado, que certas obrigações são, por sua própria essência, incapazes de se submeter à tutela específica. JOSSE-RAND, citado por CRISTIANO ZANETTI, traz como exemplos a revogação do mandato, a denúncia do contrato de prestação de serviços celebrado por tempo indeterminado e de resposta à ofensa por meio de imprensa.¹⁴

¹³ CHAVES, Antonio. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 234.

¹⁴ ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, p. 146.

CUNHA DE SÁ comunga do entendimento acima esposado, admitindo, em alguns casos, “a reparação natural, por meio da remoção do que se fez abusivamente, ao passo que em outros resta apenas a indenização pecuniária”.¹⁵

A questão que nos importa no presente trabalho é verificar se, em casos de ruptura das negociações preliminares, é possível a execução da tutela específica, uma vez que a previsão legal¹⁶ diz respeito somente aos contratos já formados, ainda que em caráter preliminar.

A doutrina majoritária se posiciona negativamente.¹⁷

Por todos, vale ressaltar a lição de ANTONIO CHAVES, afirmando que não haverá casos em que seja possível o juiz determinar ao inadimplente o cumprimento forçado da obrigação, pois o contrato ainda não estaria definitivamente formalizado, sendo a indenização pecuniária a resposta para a questão. O eminente jurista destaca, ainda, que a única hipótese de execução natural da prestação se dá quando o próprio contratante que se retira da negociação optar por cumprir a avença para se livrar das perdas e danos.¹⁸

Em sentido oposto, podemos destacar o entendimento de GIOVANNI MERUZZI, na Itália, ANA PRATA, em Portugal, e CARLYLE POPP no Brasil.

MERUZZI sustenta que, mesmo nas hipóteses de negociações preliminares, seria possível a execução específica da obrigação, por meio de aplicação extensiva do artigo 2.932 do Código Civil italiano. Assim como o artigo 639 do Código de Processo Civil, o dispositivo do código italiano trata de matéria atinente ao pré-contrato, sendo necessária, assim, a interpretação extensiva, para que se possa aplicá-los às negociações preliminares.¹⁹

CARLYLE POPP, da mesma forma, vê a possibilidade da tutela específica, esta decorrente da violação da boa-fé objetiva. Afirmo o autor,

15 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 146.

16 Art. 463 e 464 do Código Civil. Art. 461 do CPC. “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

17 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 149-150. O autor destaca na doutrina estrangeira grandes juristas como MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, ANTUNES VARELA E DÁRIO MOURA VICENTE. No Brasil, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO.

18 CHAVES, Antonio. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 236.

19 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 147.

contudo, que a viabilidade dependerá, necessariamente, de alguns fatores como a intensidade da confiança existente na conclusão do negócio, o estágio final das tratativas e a inexistência de qualquer impedimento para a consecução da tutela específica.

Em relação ao último requisito, traz como restrições: ausência de proibição legal, ato personalíssimo, como o casamento, efeitos restritos às partes e existência de limites naturais e políticos que o impeçam.²⁰

Por fim, ANA PRATA, com posição similar a CARLYLE POPP, sustenta que

*“dependendo do estágio de consistência das convenções negociatórias, do volume e da extensão dos acordos parciais interlocutórios alcançados, assim o dever de lealdade imporá a necessidade de aviso da possibilidade de inêxito das negociações, determinará o dever de as prosseguir, explorando todas as hipóteses de acordo, ou justificará mesmo a obrigação de formar o contrato. Esta última hipótese de obrigação de contratar decorrente da boa-fé na fase negociatória apresenta-se como particularmente nítida nos casos em que o conteúdo contratual se encontra já acordado, restando apenas a sua formalização em obediência às regras legalmente impostas”.*²¹

Passemos, agora, a analisar a reparação pecuniária.

3 - REPARAÇÃO PECUNIÁRIA

3.1 - INTERESSE NEGATIVO E POSITIVO

RUDOLPH VON IHERING, partindo do estudo da responsabilidade civil pela conclusão de um contrato nulo, dividiu a tutela reparatória de acordo com o interesse que se visa a garantir, classificando-o como interesse positivo e o negativo.

O interesse *negativo* se baseia na ideia de que a parte responsável pela ruptura injustificada das negociações não estaria obrigada a responder pela prestação equivalente ao contrato que não chegou a se realizar,

²⁰ POPP, Carlyle. **Responsabilidade civil pré-negocial: O rompimento das tratativas**, Curitiba, Juruá, 2002, p. 289.

²¹ POPP, Carlyle. ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 288.

mas somente a reparar os prejuízos que o contratante inocente sofreu, de modo a recolocá-lo na mesma situação que estaria se as negociações não tivessem iniciado. Em outras palavras, retornar ao *status quo ante*.

Já o interesse *positivo* é representado pelo efetivo cumprimento do contrato, ou seja, o que a parte teria auferido se o contrato tivesse se realizado validamente, sem a interrupção imotivada das negociações.

CARLYLE POPP salienta que o cerne da distinção está na expectativa das partes. No interesse negativo, se tutela a legítima confiança depositada pela parte, no sentido de que as tratativas não serão interrompidas sem justo motivo. Protege-se, também, a boa-fé objetiva, exigindo dos contratantes o respeito, durante toda a negociação, dos deveres laterais de conduta.²² De outro lado, o interesse positivo não considera as expectativas, mas sim a realidade existente. RUBINO anota, ainda, que o interesse negativo protege a fase de formação do contrato, enquanto o positivo a sua conclusão.²³

A distinção entre o interesse negativo e positivo, efetivada por IHERING, nos casos de estipulação de contrato nulo, não coincide com os conceitos de dano emergente e lucro cessante, uma vez que para o autor o dano que a parte experimenta pela perda de um negócio com terceiro se caracteriza como lucro cessante, sem deixar, contudo, de ser considerada reparação a título de interesse negativo.²⁴ IHERING afirmava, ainda, que, nas hipóteses de *culpa in contrahendo*, somente o dano negativo seria passível de reparação, tese esta que foi adotada pelo direito alemão, como dá notícia REGIS FICHTNER.²⁵

É importante deixar bem definida a distinção entre o interesse positivo e o lucro cessante, para evitar eventual confusão dos institutos.

O interesse positivo se dá pela perda da vantagem que a parte obterá com o **contrato específico** que não chegou a se realizar.

Já o lucro cessante atua em outra esfera.

É ele representado pela reparação de **outros possíveis danos** que a parte inocente sofreu por ter se envolvido nas tratativas que ao final restaram frustradas.

²² POPP, Carlyle. Ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 278, 279.

²³ ZANETTI, Cristiano de Souza. Ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 154.

²⁴ *Apud* PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 373.

²⁵ PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 374.

ENÉAS COSTA define a questão com bastante propriedade, ao afirmar *“que o raciocínio deve ser o seguinte: se a parte não houvesse sido atraída para estas tratativas inúteis não teria a possibilidade de obter um outro ganho, lucro este que foi perdido em razão do processo de negociação que se frustrou posteriormente? Sendo afirmativa a resposta é possível reconhecer o lucro cessante.”*²⁶

O que é importante para o nosso estudo é verificar se a limitação do interesse negativo, nos termos da teoria de IHERING, se aplica aos casos de ruptura injustificada das negociações, ou se a reparação pode abranger, também, a reparação do interesse positivo.

Antes de tudo, é de se afirmar que alguns doutrinadores interpretam o interesse negativo de forma restritiva, nele abrangendo, somente, o dano emergente.

No direito italiano, de fato, a noção de interesse negativo formulada por IHERING foi aceita por vários estudiosos. NAVARRINI defendia que, no caso de ruptura das negociações preliminares, o culpado deveria arcar com as despesas incorridas pela parte inocente, além de suportar os lucros que esta deixou de obter por não ter aproveitado outras oportunidades surgidas.²⁷

TRABUCCHI, da mesma forma, sustenta que corresponderia

*“à diminuição patrimonial que o sujeito não teria sofrido se não tivesse contratado e não tivesse confiado no estado das negociações (dano emergente) e à vantagem que de maneira diferente teria conseguido (lucro cessante: p. ex. teria vendido a outrem ou comprado de outrem um mesmo objeto em momento favorável).”*²⁸

Na Argentina, ROBERTO BREBBIA sustenta *“não ter lugar a indenização dos lucros cessantes, na medida em que a perda de ganhos não teria por causa a ruptura das negociações, mas sim a própria conduta do candidato a contratante que manteve entendimentos sem que houvesse um comprometimento formal nesse sentido, deixando de lado, por sua escolha, outras oportunidades de negócios”*²⁹, excluindo, assim, o lucro cessante.

26 GARCIA, Enéas Costa. **Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé**, Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003, p. 288.

27 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 159.

28 CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 207.

29 Apud ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 160/161.

Já no Direito brasileiro, CARLYLE POPP defende que “a reparação pecuniária é um lenitivo para as hipóteses em que a execução específica da obrigação não é possível, nem mesmo o retorno das partes, efetivamente, à situação em que se encontravam antes do dano”.³⁰

EDUARDO ESPÍNOLA, por sua vez, afirma que “o interesse negativo consiste nas vantagens que teria o contraente e nas despesas que evitaria se não tivera sido levado a contrair o contrato inválido; por outras palavras: a parte culpada não terá que satisfazer o que a outra parte obteria com a execução do contrato, mas apenas a diferença que se nota no patrimônio desta por ter confiado na eficácia do contrato”.³¹

Nessa ordem de ideias, no Direito brasileiro predomina o entendimento de que a indenização engloba somente o interesse negativo que, por sua vez, é compreendido pelos danos emergentes e lucros cessantes.

A doutrina tradicional nega a indenização do direito positivo, em razão do princípio da liberdade contratual, da autonomia da vontade, ou seja, porque as partes têm direito de delimitar o conteúdo do contrato e a vontade de concretizá-lo.

Assim, mesmo existindo a ruptura injustificada das negociações, subsistiria o direito de indenizar, mas não se poderia obrigar as partes ao cumprimento compulsório do contrato.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro se manifestou neste sentido, quando do julgamento da Apelação Cível nº 2002.002.04878³², *in verbis*:

*“Responsabilidade civil pré-contratual. Princípio da boa-fé objetiva e do interesse contratual negativo. Em princípio, as negociações preliminares não vinculam as partes. Entretanto, o período das tratativas deve ser norteado pelo princípio da boa-fé objetiva, segundo o qual as partes que estão em vias de contratar devem agir com lealdade recíproca. **Violado tal princípio, surge o dever de indenizar, fundado, também, no princípio do interesse contratual negativo, isto é, na frustração da fundada esperança de vir a contratar em razão da conduta culposa de uma das partes. Indenização restrita ao***

30 POPP, Carlyle. Ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 281.

31 Apud PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, 374 -375.

32 0001997-50.1999.8.19.0001 (2002.001.04878), DES. CELIA MELIGA PESSOA, Julgamento: 11/06/2002, 12ª CÂMARA CIVEL

real montante suportado: não cabe o ressarcimento como se o contrato estivesse validamente formado. Indenização já coberta pela comercialização indevida do produto. A utilização indevida da marca, com a comercialização dos CD's, antes de firmado o contrato, gera também direito à indenização. Sentença de procedência parcial da pretensão autoral e da reconvenção, a ser mantida. Negado provimento a ambos os recursos.” (grifamos)

REGIS FICHTNER, calcado em LARENZ, traz hipótese que, a princípio, poderia ser considerada um caso excepcional quando resta demonstrado que o contrato se concluiria regularmente se não houvesse violação da boa-fé e da lealdade negocial. Afirma o eminente professor que “*o que se tutela, repita-se, é a confiança da parte na celebração do contrato que acabou por não se estabelecer. Os danos indenizáveis, nessa linha de ideias, serão os que a parte sofreu por ter confiado na outra parte. Esses danos podem englobar, em certas situações excepcionais, o que a parte obteria, na hipótese de o contrato ter sido estabelecido. Isso ocorre quando a infringência dos deveres de lealdade e correção pela parte que rompe as negociações acarretarem na perda da possibilidade de a outra parte realizar o mesmo negócio com outra pessoa.*”³³

A exemplificar o entendimento acima, podemos citar o famoso caso dos tomates da CICA.

Um agricultor do Estado do Rio Grande do Sul plantava anualmente tomates, cujas sementes eram fornecidas pela CICA (Companhia Industrial de Conservas Alimentícias), sendo certo que, na época da colheita, a referida empresa sempre adquiria a produção, visando a posterior industrialização. Ocorre que, em determinado ano, a CICA deixou de comprar o produto, nada obstante ter entregue as sementes e ter sido realizada a plantação por parte do agricultor, como habitualmente acontecia.

Em razão da negativa de compra, o agricultor propôs ação visando a reparação pelos danos sofridos em razão da colheita, uma vez que não conseguiu vendê-la.

O processo coube ao então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, posteriormente Ministro, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que proferiu o seguinte voto:

³³ PEREIRA, Regis Fichtner. ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 385.

“Tanto basta para demonstrar que a ré, após incentivar os produtores a plantar a safra de tomate – instando-os a realizar despesas e envidar esforços para plantio, ao mesmo tempo em que perdiam a oportunidade de fazer o cultivo de outro produto – simplesmente desistiu da industrialização do tomate, atendendo aos seus exclusivos interesses, no que agiu dentro do seu poder decisório. Deve, no entanto, indenizar aqueles que lealmente confiaram no seu procedimento anterior e sofreram o prejuízo. (...) Confiaram eles lealmente na palavra dada, na repetição do que acontecera em anos anteriores...”³⁴

Este caso, portanto, seria um exemplo em que se poderia admitir a indenização pelo interesse positivo do contrato, além de se vislumbrar a aplicação do princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*, estudado anteriormente neste trabalho.

Assim, à exceção de casos específicos, predomina o entendimento de se indenizar somente o interesse negativo, divergindo a doutrina e jurisprudência quanto à extensão do valor a ser ressarcido, ou seja, se é possível que o montante a ser ressarcido seja superior ao interesse positivo do contrato ou se está limitado ao valor que se obteria se a avença tivesse se concretizado regularmente.

A questão é controvertida em outros países.

De fato, a doutrina alemã, segundo dá notícia CATHERINE GUELUCI-THIBIERE, sustentava a existência de limite para a indenização do interesse negativo com o *“argumento objetivo de que a parte não poderia ser colocada, com a indenização, em melhor situação do que estaria no caso de cumprimento do contrato.”*³⁵ A noção do interesse negativo limitado ao positivo restou prevista no BGB nos §§ 122, 179, 307 e 309³⁶.

34 Apelação Cível Nº 591028295, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em 06/06/1991.

35 *Apud* GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 299.

36 ZANETTI, Cristiano de Souza, Ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 152. §§ 122 BGB - “Se uma declaração de vontade, de acordo com o §§ 118, for nula ou, com fundamento nos § 119 e 120, for impugnada, terá o declarante, se a declaração devia ser enunciada ante um outro, de indenizar a este ou, senão, a qualquer terceiro, o dano que o outro ou o terceiro sofreu pelas circunstâncias que confiou na validade da declaração, contudo, não além da importância do interesse que o outro, ou o terceiro, tinha na validade da declaração. A obrigação de indenização do dano não tem lugar se o prejudicado conhecia o fundamento da nulidade ou da impugnabilidade ou, por negligência, não conhecia.”

§ 179 BGB - “Quem, como representante, tiver concluído um contrato, sempre que não comprove o seu poder de representação, estará obrigado para com a outra parte, e a escolha desta, à execução ou à indenização do dano se o representante recusar a satisfação do contrato. Se o representante não conhecia a falta de poderes de representação, estará obrigado somente à indenização daquele dano que a outra parte sofreu pela circunstância de que

No direito português, várias correntes são encontradas. Uma primeira, defendida por ANTUNES VARELA é no sentido de que a limitação decorre do princípio da equidade. Já DARIO MOURA VICENTE afirma que a indenização não está limitada, *“notadamente em função da perda de oportunidades negociais”*; e, por último, há aqueles que afirmam que a indenização deve se dar com base no interesse positivo, quando o negócio não tiver sido celebrado por violação da boa-fé objetiva.³⁷

Na França, assim como em Portugal, vigora o princípio da reparação integral, concluindo-se que o entendimento mais condizente seria o da não limitação ao interesse positivo do contrato. A esse respeito, a já citada CATHERINE GUELUCCI-THIBIERE, apresentando críticas ao posicionamento alemão, afirma:

“a) se a indenização não pode superar o montante do contrato nulo, a nulidade estaria produzindo efeitos – pelo menos este de limitar a indenização -, quando em princípio o negócio nulo não deveria produzir efeitos; b) a parte que agiu mal poderia tirar proveito da sua própria culpa, já sabendo de antemão o limite da indenização; c) a limitação do montante da indenização caracterizaria injustificada denegação do princípio de que a reparação do dano deve ser integral; d) inadequação do fundamento calcado na vontade, especialmente nos casos em que o contrato fosse anulado por vício de consentimento; e) caráter contestável da definição do prejuízo adotado pelas teorias que propõem a limitação.”³⁸

Na Argentina, ROBERTO BREBBIA observa *“que o lucro cessante contido no interesse negativo pode ser muitas vezes de um montante superior ao que corresponderia em caso de demandar-se o interesse positivo.”³⁹*

confiou nos poderes de representação, contudo não acima do total do interesse que a outra parte tinha na eficácia do contrato. O representante não responde, se a outra parte conhecia ou devia conhecer a falta de poderes de representação. O representante também não responde se estava limitado na capacidade do negócio, a não ser que tenha procedido com assentimento do seu representante legal.”

§ 207 BGB - “Quem, na conclusão de um contrato que esteja dirigido a uma prestação impossível, conhecer, ou deva conhecer, a impossibilidade da prestação estará obrigado à indenização do dano que a outra parte sofrer pela circunstância de que confiou na validade do contrato, contudo não além do nível do interesse que a outra parte tinha na validade do contrato. A obrigação de indenização não tem lugar quando a outra parte conhecia, ou devia conhecer, a impossibilidade”.

37 GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 155.

38 GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 300.

39 GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 299.

Da mesma forma, na Itália, COLAGROSSO afirma que a indenização pelo interesse negativo pode “*não somente alcançar o interesse do cumprimento do contrato, mas até superá-lo, porquanto o lucro que se deixou de obter, decorrente da ocasião perdida de concluir outros contratos, muitas vezes é maior do que o decorrente de sua execução*”, posição também defendida por FRANCESCO GALGANO.⁴⁰

Este também era o posicionamento de IHERING, entendimento que predomina na doutrina brasileira mais moderna.

Na doutrina clássica, por outro lado, ANTONIO CHAVES sustentava que os

“prejuízos indenizáveis a título de interesse negativo podem-se traduzir, como os demais, numa diminuição patrimonial positiva – as quantias despendidas, p. Ex. – ou na frustração de um lucro provável, como o que teria resultado da celebração de outro contrato, que só por intervir aquele deixou de se celebrar, não podendo no entanto a liquidação do interesse negativo incidir sobre a parte em que exceder o positivo.”⁴¹

PONTES DE MIRANDA também se pronunciou neste sentido, defendendo que “*se é certo que a anulação não deve prejudicar ao outro figurante, também é certo que se não há de sobrecarregar o indenizante. O limite impõe-se a priori.*”⁴²

Na atualidade, como salientado, não há limitação.

Em verdade, CARLYLE POPP sustenta que “*os lucros cessantes, por sua vez, podem atingir, conforme o caso, o interesse positivo ou o negativo, não sendo limitados em se tratando deste ao valor daquele, mas sim ao dano efetivamente sofrido*”⁴³.

O magistrado paulista ENÉAS COSTA GARCIA, por sua vez, ensina que “*não havendo limitação expressa legal, tal como no sistema alemão, é o caso de reconhecer-se a inexistência do limite ao montante da indenização*”.⁴⁴

40 CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 209.

41 CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 208.

42 Apud ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 153.

43 POPP, Carlyle, ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 281.

44 GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 300.

Já CRISTIANO ZANETTI leciona que

“o ressarcimento não está limitado ao interesse positivo, na medida em que não tem por efeito conferir maior eficácia às negociações do que ao próprio contrato, como entendia Antônio Chaves, mas sim indenizar completamente todos os prejuízos decorrentes da inobservância da boa-fé.”⁴⁵

Por fim, vale transcrever o entendimento de REGIS FICHTNER de que a *“indenização pela ruptura das negociações contratuais, em razão da quebra da confiança na estipulação do contrato, e da ilegitimidade de tal ruptura, não pode efetivamente ficar limitada ao valor do interesse no contrato projetado”*.⁴⁶

Nesta ordem de ideias, predomina o entendimento de que a indenização não deve ser limitada ao interesse positivo do contrato, em especial pelo fato de que a CF, o Código Civil e o CDC preveem a reparação integral do dano.

Apresentado, assim, o debate sobre o limite da indenização, vejamos no que consistem os danos a serem ressarcidos.

3.2 - AS PERDAS E DANOS

“O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”⁴⁷. Estas palavras, de CLOVIS DO COUTO E SILVA, trazem a noção da relação obrigacional.

Entende-se que, rompida imotivadamente as negociações, surge para o credor duas opções: a primeira, consistente na faculdade que tem ele de exigir o cumprimento forçado, como já comentado neste trabalho; a segunda, a reparação pelas perdas e danos, ponto que abordaremos agora.

A essência das perdas e danos é restituir a parte lesada ao *status quo ante*, ou seja, recolocá-la na mesma situação que estaria caso a obrigação tivesse sido cumprida normalmente.

Como bem leciona JUDITH MARTINS-COSTA,

45 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 156.

46 PEREIRA, Regis Fichtner. ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 388-389.

47 SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 5.

“as perdas e danos podem ter um caráter substitutivo ao cumprimento da obrigação principal (indenização pelo equivalente pecuniário, que cumulará as perdas e danos moratórios e compensatórios) ou servirão apenas para reparar os danos que ainda ficaram, em razão da mora (perdas e danos moratórios). No primeiro sentido, a expressão “perdas e danos” – considerada o equivalente do prejuízo sofrido – indica uma consequência, uma modalidade e também a medida da obrigação de indenizar”⁴⁸.

O Código Civil definiu no artigo 402 em que consistem as perdas e danos.

Afirma o dispositivo que abrangem, *“além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”*.

Estas duas facetas são traduzidas nas expressões “dano emergente” e “lucro cessante”.

AGOSTINHO ALVIM, neste sentido, bem leciona:

“Se, como dizem os civilistas, para a verificação cabal do dano devemos ter em vista o patrimônio daquele que o sofreu, tal como estaria se não existira o dano, bem como se vê, desde logo, a necessidade de levar em conta não somente o desfalque, mas aquilo que não entrou ou não entrará para esse patrimônio, em virtude de certo fato danoso.

Assim, o dano, em toda a sua extensão, há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar.

E como é do dano patrimonial que se cogita, pode-se dizer que o dano ora produz o efeito de diminuir o patrimônio do credor, ora o de impedir-lhe o aumento, ou acrescentamento, pela cessação de lucros, que poderia esperar.”⁴⁹

Nesta linha de raciocínio, passaremos a abordar os danos emergentes, os lucros cessantes e a indenização pela perda de uma chance.

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 323.

⁴⁹ *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. Ob. cit. *Comentários ao Novo...*, p. 325-326.

3.2.1 - DANOS EMERGENTES

A título de danos emergentes, a parte prejudicada pela ruptura injustificada das negociações tem direito a ser ressarcida de todos os valores que investiu para a realização do contrato frustrado.

RÉCIO CAPPELLARI bem afirma que *“a reparação das despesas efetivadas nas negociações é evidente, uma vez que tais despesas representam uma diminuição efetiva no patrimônio do lesado. É direito incontestado do contratante em face de sua confiança lesada imotivadamente. Alocam-se, neste espaço, todas as despesas efetivamente realizadas, as quais tinham como escopo a realização do futuro contrato”*.⁵⁰

Dentre estas despesas podemos citar, como exemplo, viagens, assessoria jurídica e técnica, documentação, locação de imóveis, automóveis, capital imobilizado para o negócio, própria perda do tempo do candidato a contratante, uma campanha publicitária, os gastos com gravações, contratação de atores, projetos, a compra de provisões, despesas postais, perdas sofridas por ter descuidado de providenciar acomodação em outro lugar das mercadorias necessárias.⁵¹

É importante destacar que os danos a serem ressarcidos devem, necessariamente, decorrer da conduta do contratante que, violando a boa-fé e a confiança construída na concretização do negócio jurídico, encerra imotivadamente as tratativas.

A esse respeito, CRISTIANO ZANETTI bem afirma que

“apenas as despesas verificadas após o candidato a contratante passar a confiar na conclusão do contrato por causa da conduta de seu parceiro comportam ressarcimento, correndo por conta e risco investimentos anteriores. Tutela-se a confiança, de modo que a indenização do interesse negativo não serve para eliminar os riscos unilateralmente assumidos pelos candidatos a contratante no processo negocial”.⁵²

Nesta ordem de ideias, todos os danos ligados diretamente às negociações que foram injustamente interrompidas devem ser indenizados. Entre estes danos reparáveis, a doutrina contempla, em situações excepcionais, o dano moral.⁵³

⁵⁰ Apud GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 286.

⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. Ob. cit. **Comentários ao Novo...**, p. 325.

⁵² ZANETTI, Cristiano de Souza, Ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 158.

⁵³ CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 231, PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade**

Veja-se que a Constituição Federal brasileira prevê no artigo 5º, X, a tutela reparatória, dizendo ser inviolável “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

É preciso observar, contudo, que não basta o mero descumprimento contratual, sendo indispensável que a conduta do contratante ofenda a dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou a Súmula 75, que disciplina:

“O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.”

REGIS FICHTNER, citando MARIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, traz exemplo da configuração do dano extrapatrimonial: “A entra em negociações com o pintor B, para que este retrate sua mãe, C, pessoa idosa e doente. Em virtude das expectativas que B lhe cria, A rejeita proposta de D, igualmente artista qualificado. Mas B acaba por romper ilegitimamente essas negociações, deixando A sem possibilidade de, em tempo útil, contratar outro pintor antes da morte de C. Na hipótese, o dano não patrimonial refere-se ao desgosto de A por não mais conseguir um retrato de sua mãe pintado ao vivo.”⁵⁴

THAMY POGREBINSCHI, em artigo sobre o direito a uma vida digna, cita a lição de JOSE AFONSO DA SILVA no sentido de que “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem”. Segue afirmando, com base nos ensinamentos de VITAL MOREIRA E J. J. GOMES CANOTILHO, que “concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não a uma qualquer ideia apriorística do homem”.⁵⁵

civil..., p. 391, POPP, Carlyle. ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 284, GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 295 e ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 158.

54 PEREIRA, Regis Fichtner. Ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 392.

55 POGREBINSCHI, Thamy. “A construção de um direito à vida digna”, in **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº. 13, p.125, 1998.

Assim, pode-se concluir que o dano moral será indenizado somente nos casos de violação da dignidade da parte inocente.

Outra verba contida na reparação diz respeito aos lucros cessantes.

3.2.2 - LUCROS CESSANTES

A indenização por lucros cessantes, por sua vez, é bem mais complexa daquela devida em razão dos danos emergentes, pois ela é baseada naquilo que razoavelmente a parte obteria se o negócio jurídico tivesse se realizado regularmente.

Como já salientado, alguns doutrinadores não admitem a indenização por lucros cessantes, tendo inclusive o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 43.951, se manifestado neste sentido. Disse a ementa:

*“Culpa in contrahendo - conceito. A verificação de responsabilidade dela derivada se faz pela soma dos prejuízos efetivos, diretamente emanados da sua ocorrência, excluídos os lucros cessantes e outras parcelas não compreendidas no denominado interesse negativo. Recurso não conhecido, sem embargo do provimento do agravo para a subida dos autos”.*⁵⁶

Ocorre, contudo, que tal entendimento não pode mais prevalecer, em função da reparação integral disciplinada no direito brasileiro.

Este é o posicionamento de ANTONIO CHAVES⁵⁷, REGIS FICHTNER⁵⁸, CRISTIANO ZANETTI⁵⁹, CARLYLE POPP⁶⁰, ENEAS COSTA GARCIA⁶¹.

Partindo do consenso geral, podemos afirmar que os lucros cessantes são representados por *“aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, a diminuição potencial de seu patrimônio, causado pelo inadimplemento da contraparte”*.⁶²

Aprimorando o conceito para os casos de responsabilidade pela ruptura das negociações preliminares, o caso típico de lucros cessantes

⁵⁶ RE 43951 Min. Antonio Villas Boas, Julgamento: 22/12/1959 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA.

⁵⁷ CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 220.

⁵⁸ PEREIRA, Regis Fichtner, ob. cit. **A responsabilidade civil...**, p. 393-394.

⁵⁹ ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 161.

⁶⁰ POPP, Carlyle, ob. cit. **Responsabilidade civil pré...**, p. 281.

⁶¹ GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 289/292.

⁶² MARTINS-COSTA, Judith, ob. cit. **Comentários ao Novo...**, p. 327-328.

consiste na “perda concreta de outro negócio em razão da parte confiar na conclusão daquele contrato que estava em negociação. Exemplificativamente, imaginemos que a parte, dado o avançado estado das negociações, houvesse recusado celebrar um determinado negócio, considerando que estava na iminência de concluir outro contrato e que não teria condições de atender ambas as partes simultaneamente. Posteriormente a parte é surpreendida pela injustificada desistência da contraparte, frustrando-se as tratativas. Houve efetivamente lucro cessante, pois não fosse a existência das negociações, teria a parte celebrado o outro negócio.”⁶³

É de se destacar, contudo, que a possibilidade de se indenizarem os lucros cessantes não exclui determinadas hipóteses em que o risco é assumido por somente uma das partes, no caso o prejudicado.

Como bem assevera CRISTIANO ZANETTI “caso a perda de oportunidades não decorra da confiança suscitada na conclusão do contrato por parte do outro candidato a contratante, sendo, conseqüentemente, fruto da livre escolha do suposto prejudicado, a indenização não pode ter lugar, na medida em que não decorre da violação da boa-fé objetiva na ruptura das negociações.”⁶⁴

Sem dúvida alguma a prova da perda dos negócios, das ocasiões frustradas, é tarefa das mais complicadas, e que por muitas vezes leva à equivocada opção de não se reconhecer o direito à indenização.

A cautela do juiz deve ser no sentido de nem propiciar uma vantagem ao credor, atribuindo-lhe algo além do dano, nem minimizar a indenização a ponto de torná-la inócua.

ANTONIO CHAVES, invocando a lição de CAMMAROTA, diz: “As dificuldades para apreciar as sequelas inevitáveis são de corte doutrinário. Prejuízo futuro, prejuízo hipotético, sonho de lucros, são fórmulas felizes para conter demasias, mas não para enervar a procedências de justas reclamações a título de lucros cessantes”.⁶⁵

Ainda calcado no ensinamento do ilustre professor, “não basta a simples possibilidade de realização do lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a intercedência

63 GARCIA, Enéas Costa. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 288-289.

64 ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 162.

65 CHAVES, Antonio. Ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 217.

do evento danoso. O que deve existir é uma certa probabilidade objetiva, que resulte do curso normal das coisas, ou das circunstâncias especiais do caso concreto."⁶⁶

A parte prejudicada, contudo, deverá demonstrar a existência concreta de outro negócio que deixou de ser concluído em razão das tratativas que vinham sendo realizadas e que, sem justificativa, foram abruptamente rompidas.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, intérprete último da lei federal, entendia que os lucros cessantes necessitavam de particularização na inicial, assim como da prova cabal da sua existência, ônus estes, portanto, que cabiam exclusivamente ao autor.⁶⁷

Alguns anos depois, aquela Corte proferiu outra decisão sustentando a desnecessidade da prova do lucro cessante desde a inicial. Segundo a nova orientação do STJ, até prova em contrário, se admitia que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo uma presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista, porém, os antecedentes.⁶⁸ Ou seja, existia uma presunção relativa de que o credor teria auferido determinado lucro, se adimplida a obrigação.

Esta nova perspectiva de presunção relativa segue os ensinamentos da doutrina. De fato, HANS ALBRECHT FISHER afirma que

"não basta a simples possibilidade de realização de lucro, mas também não é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso. O que deve existir é uma probabilidade objetiva que resulte do curso normal das coisas e das circunstâncias especiais do caso concreto. No mesmo sentido, a lição de Aguiar Dias,

66 CHAVES, Antonio, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 218.

67 Resp 192834, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Quarta Turma, julgamento em 19/11/1999, DJ 07.02.2000. "Lucros cessantes. Prova. Precedentes. 1. Já assentou a Corte que a "indenização dos danos emergentes e dos lucros cessantes não prescinde da sua particularização desde a inicial, assim como da prova cabal da sua existência, de sorte que, restando definida a sua ocorrência, reste apenas o seu *quantum* por liquidar. 2. Recurso especial não conhecido."

68 Resp 320417, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 20.05.2002, RDTJRJ, v. 56, p.149. "Direito civil. Responsabilidade civil. Compromisso de compra e venda. Imóvel não entregue. Lucros cessantes. Cabimento. Precedentes. Doutrina. Recurso provido. I - A expressão "o que razoavelmente deixou de lucrar", constante do art. 1.059 do Código Civil, deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que obteria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes. II - Devidos, na espécie, os lucros cessantes pelo descumprimento do prazo acertado para a entrega de imóvel, objeto de compromisso de compra e venda."

segundo o qual 'o critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto.

CARLOS ALBERTO BITTAR leciona que *“na fixação da indenização devem ser abrangidos os danos positivos e os negativos, ou seja, o desfalque efetivo havido no patrimônio do lesado e o ganho que, pela ausência da prestação, deixou de auferir”*⁶⁹

O que se vê, na hipótese, é uma inversão do ônus probatório. Há uma presunção comum da existência do dano.

Saliente-se que a jurisprudência do STJ sustenta que há que se ter em conta o *acontecimento normal das coisas, os fatos antecedentes*.

Neste ponto, gostaríamos de trazer a estudo a possibilidade de lucros cessantes sem a existência de fatos antecedentes. Ou seja, pode uma empresa, por exemplo, pleitear lucros cessantes, alegando que deixou de obter determinado lucro em razão do inadimplemento da outra parte, se não o auferia antes? Seriam estes lucros meramente presumidos?

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RESP 253.068, analisou a questão⁷⁰. O caso refere-se a uma determinada empresa de transportes que comprou veículos da FORD do Brasil, sendo certo, contudo, que esta última não entregou os automóveis por motivos que entendia justificarem sua conduta.

Restou reconhecido que a recusa da FORD não era legítima, tendo a empresa transportadora pleiteado lucros cessantes em razão do que teria deixado de lucrar com a exploração dos veículos, pois serviriam para o cumprimento de suas finalidades empresariais.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que não existiriam os lucros cessantes, pois os mesmos seriam meramente presumidos.

Afirmou o eminente relator, Ministro ARI PARGENDLER, que

“O recurso especial deve ser provido por outro fundamento, o de que, na espécie, os lucros cessantes não podiam ser presumidos. Ninguém pode prever se um empreendimento no âmbito da indústria, comércio ou serviços será lucrativo.

69 BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**, 6ª edição, Saraiva, 1995, p. 419.

70 REsp 253068, Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento em 17/12/2002, DJ 04/08/2003 p. 290, RSTJ vol. 170 p. 297.

Até mesmo a atividade bancária que, em alguns estabelecimentos, gera lucros fantásticos, em outros, leva ao prejuízo e à quebra. O lucro pode, sim, ser visualizado sempre que autorizado por fatos antecedentes, nunca por suposições. Aqui, no entanto, o acórdão reconheceu os lucros cessantes, pela só consideração de que ‘os veículos serviriam claramente ao cumprimento de finalidades empresariais, por certo frustradas’... ‘parece razoável concluir’ – continua – ‘que a apelante lucraria com a aquisição de veículos, já que destinada ao cumprimento das próprias finalidades societárias. A falta de prova recomendava, ousa-se obtemperar, considerar, com efeito, verificados os lucros cessantes, restando apenas apurar o quantum em execução, limitado o período da apuração entre as datas de retenção dos veículos e a do levantamento da diferença do preço pela apelante’. Como aferir a capacidade de lucro de uma empresa sem que esteja em funcionamento, se a experiência revela, como já acentuado, que, mesmo explorando o mesmo ramo de negócio, algumas empresas têm lucro e outras não? Aí conta, no mínimo, o dinamismo do empresário e a organização da empresa, elementos que dentre outros, não podem ser examinados, simplesmente porque deixaram de ser postos à prova’. (grifamos)

O mesmo entendimento prosseguiu alguns anos depois, no julgamento do RESP 846.455, cuja relatoria para o acórdão coube ao Ministro SIDNEI BENETI:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AMPLIAÇÃO DE PARQUE INDUSTRIAL COM RECURSOS DO FCO (FUNDO CONSTITUCIONAL DO CENTRO-OESTE) E DO BNDES (BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL). AUSÊNCIA DE REPASSE DOS RECURSOS PELO BANCO RÉU, AGENTE FINANCEIRO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES, QUE NÃO PODEM SER CARACTERIZADOS COMO DANOS HIPOTÉTICOS E SEM SUPORTE NA REALIDADE CONCRETA EM EXAME.

I - Correspondem os lucros cessantes a tudo aquilo que o lesado razoavelmente deixou de lucrar, ficando condicionado, portanto, a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos. A condenação a esse título pressupõe a existência de previsão objetiva de ganhos na data do inadimplemento da obrigação pelo devedor. No caso, os lucros alegados decorrem de previsões baseadas em suposta rentabilidade de uma atividade empresarial que nem mesmo se iniciou. Assim sendo, não se pode deferir reparação por lucros cessantes se estes, em casos como o dos autos, configuram-se como dano hipotético, sem suporte na realidade em exame, da qual não se pode ter a previsão razoável e objetiva de lucro, aferível a partir de parâmetro anterior e concreto capaz de configurar a potencialidade de lucro.

II - Recurso Especial parcialmente provido.”⁷¹

O que se depreende do aresto do Superior Tribunal de Justiça é a necessidade de analisar a atividade anterior da empresa para se perquirir o resultado que a mesma vinha obtendo.

Ousamos, *data venia*, discordar do entendimento esposado no aresto. Em verdade, parece-nos acertada a lição do eminente jurista AGOSTINHO ALVIM. Diz o civilista:

“Conceituando o dano emergente e o lucro cessante, diz BEVILAQUA ser o primeiro o que efetivamente perdeu: a diminuição atual do patrimônio. Quanto ao lucro cessante, vem a ser o que razoavelmente se deixou de lucrar, isto é, a diminuição pode potencial do patrimônio.

Este modo de exprimir é corrente. Todavia, ele contém uma inexatidão material: se o lucro cessante vem a ser uma diminuição potencial, não o podemos por no pretérito como aquilo que se deixou de lucrar.

É uma questão de ângulo: se nos colocarmos no momento do pedido de indenização por prejuízo já consumado, podemos nos referir, com efeito, aos lucros que deixamos de ter.

71 REsp 846455, Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, 10/03/2009, DJe 22/04/2009.

Mas, se o nos colocarmos no momento do fato causador, então sim, os lucros cessantes são propriamente potenciais: a sua extensão depende ainda do desenrolar dos acontecimentos. Aqui, eles representam ou podem representar um prejuízo futuro que, não obstante, autoriza condenação atual, porque vem a ser a evolução de um fato prejudicial já devidamente verificado". (grifamos)

E prossegue, afirmando:

"Outro reparo faremos acerca da expressão lucro cessante. Cessar significa parar, acabar, e se diz daquilo que vem acontecendo.

Mas o lucro cessante não é somente aquele que se estancou, como p. ex. o que alguém normalmente obtinha em sua profissão, e não mais poderá obter, em virtude de ato ilícito ou de inexecução de obrigação por parte de outrem.

Lucro cessante é isso; mas é também aquele que o credor não obterá, ainda que não viesse obtendo antes⁷². (grifamos)

Assim, entendemos que deve prevalecer o critério de probabilidade e verossimilhança. O lesado não precisa demonstrar a certeza absoluta.

Veja-se que, no caso em questão, não havia dúvida de que os veículos seriam utilizados para a atividade comercial da empresa, sendo certo, contudo, que o mesmo não pôde ser realizado em razão do inadimplemento da FORD.

Assim, independente de lucros antecedentes, nos parece correta a existência do prejuízo que, indiscutivelmente, teria de ser apurado em perícia judicial.

3.2.3 - PERDA DE UMA CHANCE

Diferente dos lucros cessantes, existe a figura da "perda de uma chance", hipótese esta em que não se vislumbra o mesmo caráter de certeza quanto à ocorrência do "lucro perdido". Aqui existe a certeza da perda

72 Alvim, Agostinho. *Inexecução das obrigações e suas consequências*, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 174.

da chance de se alcançar determinado benefício, existindo a dificuldade em quantificar tal dano.

Segundo ZANNONI, a perda de uma chance pode ser considerada como *“a possibilidade de um benefício provável, futuro, que integra a faculdade de atuar do sujeito em cujo favor a esperança existe. Privar dessa esperança o sujeito caracteriza dano, ainda quando possa ser difícil estimar a medida desse dano, porque o perdido, o frustrado, na realidade, é a chance e não o benefício esperado, como tal.”*⁷³

O importante é que o julgador analise o caso concreto levando em consideração a probabilidade efetiva de a chance perdida se concretizar com sucesso, não podendo o magistrado ficar impressionado por hipotéticas e imaginárias alegações.⁷⁴

RAFAEL PETTEFI, por sua vez, assevera que

*“Com o escopo de impedir a utilização da perda de uma chance de maneira indevida, indenizando prejuízos meramente hipotéticos, os pretórios estrangeiros construíram, além das condições gerais de responsabilidade civil, outras condições para sistematizar a utilização da noção de perda de uma chance. Deste modo, necessária a demonstração da seriedade das chances perdidas, a adequação da indenização a álea inerente às chances perdidas e a perda definitiva da “aposta” ou vantagem esperada pela vítima.”*⁷⁵

JUDITH MARTINS-COSTA bem afirma que

“na responsabilidade pela perda de uma chance, o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida pela vítima em razão de ato culposo do lesado. As chances devem ser “sérias e reais”, como no caso de alguém que ingressa em juízo mas, no curso da lide, o advogado incorre em negligência grave (p. ex. perda de um prazo para recorrer), extinguindo, assim, qualquer chance de a ação vir a ser julgada procedente. Nesse caso não se trata de mera e

⁷³ *Apud* GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 294.

⁷⁴ GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. **Responsabilidade pré...**, p. 295.

⁷⁵ SILVA, Rafael Peteffi. **Responsabilidade Civil pela perda de uma Chance**, São Paulo, Atlas, 2007, p. 29.

*subjetiva ‘esperança de vencer a causa’, nem se indeniza o fato de ter perdido a causa: o que se indeniza é, justamente, a chance de o processo vir a ser apreciado por uma instância superior”.*⁷⁶

Assim, a perda de uma chance é indenizável e

*“encontra-se no meio do caminho entre o dano emergente (prejuízo já verificado) e o lucro cessante (ganho que não será obtido), pois a parte fica privada apenas da possibilidade de auferir um ganho. Não era certo que este ganho seria alcançado, mas também não era improvável que o fosse. A perda da possibilidade de concorrer ao ganho é interesse relevante para o direito, devendo ser reparado”.*⁷⁷

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito à reparação pela perda de uma chance. No julgamento do RESP 821.004, o Ministro SIDNEI BENETI afirmou na ementa:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL AFASTADA. 2) PERDA DE CHANCE QUE GERA DEVER DE INDENIZAR. 3) CANDIDATO A VEREADOR, SOBRE QUEM PUBLICADA NOTÍCIA FALSA, NÃO ELEITO POR REDUZIDA MARGEM DE VOTOS. 4) FATO DA PERDA DA CHANCE QUE CONSTITUI MATÉRIA FÁTICA NÃO REEXAMINÁVEL PELO STJ.

I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

II.- As Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte vêm reconhecendo a possibilidade de indenização pelo benefício cuja chance de obter a parte lesada perdeu, mas que tinha possibilidade de ser obtida.

⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith, ob. cit. *Comentários ao Novo...*, p. 360-361.

⁷⁷ GARCIA, Enéas Costa, ob. cit. *Responsabilidade pré...*, p. 295.

III.- Aplica-se a teoria da perda de uma chance ao caso de candidato a Vereador que deixa de ser eleito por reduzida diferença de oito votos após atingido por notícia falsa publicada por jornal, resultando, por isso, a obrigação de indenizar.

IV.- Tendo o Acórdão recorrido concluído, com base no firmado pelas provas dos autos, no sentido de que era objetivamente provável que o recorrido seria eleito vereador da Comarca de Carangola, e que esse resultado foi frustrado em razão de conduta ilícita das rádios recorrentes, essa conclusão não pode ser revista sem o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, procedimento vedado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte.

V.- Recurso Especial improvido.”⁷⁸ (grifamos)

O dano moral, por sua vez, também é aceito pela doutrina, conforme lição de SÉRGIO SAVI no sentido de que “há casos, por outro lado, em que o julgador não poderá indenizar o dano material decorrente da chance perdida, por não se tratar de uma chance séria e real, mas que, ainda assim, poderá considerar a perda da “mera expectativa” como sendo apta a gerar dano moral.”⁷⁹

Quanto ao dano moral, o Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou:

“PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO.

- A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não

⁷⁸ REsp 821.004, Ministro SIDNEI BENETI, 3ª TURMA, DJe 24/09/2010.

⁷⁹ SAVI, Sergio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**, São Paulo, Atlas, 2006, p. 54.

responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato.

- Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance.

- A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais.

- A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial.

- A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ.

- Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF.

Recurso Especial não conhecido.”⁸⁰

Nesta ordem de ideias, podemos concluir este tópico afirmando que, pelo princípio da integral reparação, além dos danos emergentes e lucros cessantes, a perda de uma chance também deve ser indenizada, ressaltando que *“a responsabilidade pela ruptura das negociações tutela a confiança, materializada na boa-fé objetiva; não serve, entretanto, para eliminar os riscos do mundo negocial, privilegiando comportamentos negligentes”*.⁸¹

⁸⁰ REsp 1.079.185, Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª TURMA, DJe 04/08/2009.

⁸¹ ZANETTI, Cristiano de Souza, ob. cit. **Responsabilidade pela ruptura...**, p. 163.

4. CONCLUSÃO

Assim, identificado que as tratativas foram interrompidas por uma das partes de forma imotivada, ao arrepio dos princípios que regem a relação contratual, surge o direito à reparação pelos danos amargados pela inocente.

Prevalece o entendimento de que a reparação deve ser pecuniária, uma vez que a execução do contrato específico se mostra impossível em diversas hipóteses, somado ao fato de que as partes não podem ser obrigadas a contratar um negócio que não desejam, sob pena de violar a autonomia da vontade e a liberdade contratual.

A doutrina divide a tutela reparatória de acordo com o interesse que se pretende garantir. O interesse denominado *positivo* consiste no efetivo cumprimento do contrato, ou seja, representa o valor que a parte lesada teria auferido se as negociações não tivessem sido interrompidas. Mas o entendimento que predomina é o da indenização do interesse *negativo*, cujo objetivo consiste em reparar os prejuízos que o contratante sofreu, de modo a recolocá-lo na mesma situação que estaria se as negociações não tivessem sequer iniciado. É indubitável, contudo, que os prejuízos amargados pela parte inocente podem ultrapassar, inclusive, o interesse positivo do contrato, tudo em razão das normas que garantem a reparação integral.

Indeniza-se, desta forma, os danos emergentes e os lucros cessantes. O primeiro corresponde a todos os valores despendidos para a realização do contrato frustrado, enquanto o segundo é representado pela perda concreta de eventual negócio com terceiro, valendo destacar, por fim, que o dano moral também deve ser indenizado.

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RESP 253.068⁸², entendeu pela impossibilidade de indenizar os lucros cessantes na hipótese de inexistência de fatos e lucros antecedentes que pudessem servir de parâmetro, ou seja, entendeu-se que, no caso aventado, o prejuízo seria presumido. A conclusão não parece acertada, pois é possível admitir os lucros cessantes ainda que a parte lesada não os viesse obtendo antes, sendo certo que caberá à perícia a quantificação do valor.

82 REsp 253068, Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgamento em 17/12/2002, DJ 04/08/2003 p. 290, RSTJ vol. 170 p. 297. No mesmo sentido REsp 846455, Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 22/04/2009.

Uma última hipótese de indenização pela ruptura das negociações se vê na perda de uma chance, que se dá quando a parte lesada perde a oportunidade de alcançar determinado benefício. A chance, contudo, deve ser séria e real, circunstâncias que serão analisadas caso a caso.

Assim, de tudo o que foi dito, fica a conclusão de que os negócios jurídicos em geral devem ser sempre pautados pela lealdade e honestidade entre os pretensos contratantes, condutas estas que, se adotadas em sua plenitude, estarão preservando os princípios fundamentais regulados pelo Direito e ajudando a construir uma sociedade mais justa e digna. ❖

A Formação Litisconsorcial sob a Égide do Código de Processo Civil Brasileiro

Durval Pimenta de Castro Filho

Advogado e Contabilista. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Candido Mendes - UCAM, da qual é Suplente do Departamento de Direito Processual Civil e coordenador de pesquisa no Observatório de Direito Processual Civil. Professor de Direito Processual Civil na EMERJ. Pós-graduado em Direito Empresarial pela EMERJ/IEE. Pós-graduado em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

RESUMO

O tema objeto de pesquisa concerne à excepcional hipótese em que o direito pátrio e alienígena admitem, desde que atendidos os pressupostos legais, a reunião de duas ou mais pessoas em um mesmo polo da relação processual, de forma que, por intermédio do ajuizamento de uma única ação, o Estado-juiz ponha termo a um conflito de interesses em que o respectivo objeto demande uma vinculação de ordem material entre os sujeitos formalmente aglutinados. Cumpre esclarecer que o legislador, ao viabilizar a referida cumulação subjetiva, inspirou-se proeminentemente na economia processual, inarredavelmente associada aos demais princípios da razoabilidade temporal do processo, da celeridade da prestação jurisdicional e respectiva eficácia, bem como da harmonia e da uniformidade dos julgados, institutos que, além das demais peculiaridades inerentes ao assunto, merecerão singularizado estudo em capítulo à parte.

1. PROPEDÊUTICA

No que concerne à resolução de um conflito de interesses sob o pálio da jurisdição, as preliminares lições de Teoria Geral do Processo permitem concluir que a relação jurídica ora estabelecida será composta

basicamente por 3 (três) sujeitos, a saber: juiz, autor e réu, o que remete o estudioso ao imemorial adágio *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*.

Entretanto, cumpre salientar que o direito processual civil contemporâneo, pátrio e alienígena, admite, segundo taxativas hipóteses, a denominada cumulação subjetiva, de modo a reunir, no mesmo polo da relação processual 2 (duas) ou mais pessoas, desde que atendidos os predicados legais. Quanto ao direito brasileiro em vigor, tem lugar o disposto no artigo 46 do Código de Processo Civil.

À guisa de ilustração em sede de direito estrangeiro, válida é a referência ao artigo 107 do Código de Processo Civil italiano, além da oportuna alusão ao diploma processual civil argentino e alemão, a ter lugar em capítulo vindouro.

Haja vista a preclara e sobredita norma processual civil brasileira, a possibilidade quanto à cumulação subjetiva, no mesmo polo da relação processual, é indubitosa e, vale dizer, no que respeita ao novel Diploma Processual Civil o legislador perpetrou, por intermédio dos artigos 102 e 104, oportuna correção na tecnicamente conturbada dicção do artigo 47, *caput*, do Estatuto Buzaid, outrora inspirada na redação do artigo 62 do Código de Processo Civil germânico (*Zivilprosseßordnung*), textualidade que será oportunamente abordada.

Acerca do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, registre-se, primeiramente, que o mesmo tem origem no Projeto de Lei do Senado - PLS 116/2010, aprovado em 15 de dezembro de 2010. Na Câmara dos Deputados, o texto foi numerado sob a epígrafe Projeto de Lei - PL 8046/2010.

Assim, tem o articulista o propósito de trazer à colação uma breve referência comparativa entre a normatividade litisconsorcial brasileira e a alienígena, bem como as disposições pertinentes contidas na Redação Final do referido Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, sem, no entanto, olvidar a imprescindível abordagem dos tópicos mais elementares, inarredável sustentáculo para a compreensão das questões de maior relevo e indagação.

2. ABORDAGEM CONCEITUAL

A título de conceito pode-se afirmar, em síntese, que a formação litisconsorcial corresponde basicamente à *reunião de 2 (dois) ou mais*

sujeitos no mesmo polo de uma relação processual, materialmente vinculados, em razão de eventual comunhão ou afinidade de direitos ou de obrigações. Em termos: em sede de conformação topográfico-legal, são todas as hipóteses previstas, em *numerus clausus*, no texto do anteriormente citado artigo 46 do Código de Processo Civil, não obstante setores da doutrina afirmarem que o aludido rol concerne exclusivamente à formação litisconsorcial facultativa.¹

A formação litisconsorcial tem lugar, segundo a expressão de autoria do Professor Cândido Rangel Dinamarco:²

"No contexto da categoria mais ampla, representada pela pluralidade de partes, fácil é entender o litisconsórcio como a situação caracterizada pela coexistência de duas ou mais pessoas do lado ativo ou do lado passivo da relação processual, ou em ambas as posições (...). O que caracteriza o litisconsórcio é essa presença simultânea de pessoas que, de alguma forma, adquiriram a qualidade de autores ou de réus no mesmo processo (aquisição da qualidade de parte (...))."

De igual modo, o magistério de Celso Agrícola Barbi:³

"A forma mais simples de processo é aquela em que há um único autor e um único réu. Frequentemente, porém, aparecem várias pessoas como autores ou como réus. Essa pluralidade de partes denomina-se litisconsórcio e elas são chamadas litisconsortes."

No mesmo sentido, Arruda Alvim, conforme a textualização abaixo:⁴

1 A respeito, a lavra de Celso Agrícola Barbi, receptivo à tese de que o artigo 46 do Código Buzaid comportaria hipóteses de formação litisconsorcial facultativa, tendo em vista o emprego do verbo *poder*: "No exame da sistemática da Seção, o primeiro problema é saber se o artigo 46, em seus quatro itens, procura prever também o litisconsórcio necessário, ou se se refere apenas ao facultativo. A dúvida procede, porque, enquanto os itens II, III e IV contêm casos típicos de litisconsórcio facultativo, o item I reproduz, com ligeira variação, as hipóteses em que, segundo o Código de 1939, haveria litisconsórcio necessário; foi apenas trocada a expressão 'comunhão de interesses', do Código anterior, por 'comunhão de direitos ou de obrigações'. Acresce que o *caput* do artigo diz que 'duas pessoas podem litigar ...', o que sugere a ideia de que o litisconsórcio é facultativo." (**Comentários ao Código de Processo Civil**, 6ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 157).

2 **Litisconsórcio**, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39/40.

3 BARBI, *op. cit.* p. 155.

4 **Manual de Direito Processual Civil**, v.2, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 81.

"O significado de *pluralidade de partes* é representativo de que, em certos processos, vários litigantes encontram-se num dos polos da relação jurídica processual, existindo entre eles certo grau de *afinidade*, variável em sua intensidade, sob múltiplos aspectos (v. arts. 46, I/IV, e 47) chegando até à identidade (litisconsórcio unitário)."

Mais elementar é a lavra de Fredie Didier Junior,⁵ reconhecendo que "Não há muita discussão sobre o conceito de litisconsórcio: reunião de duas ou mais pessoas assumindo, simultaneamente, a posição de autor ou de réu."

Enfim, reunidos em um mesmo polo da relação processual, desde que materialmente vinculados, conforme a topográfica admissibilidade legal terão os sujeitos a inapelável qualidade de litisconsortes.

3. NATUREZA JURÍDICA

Tendo em vista que o litisconsórcio diz respeito aos *sujeitos simultaneamente integrados* a um polo da relação jurídico formal, tratar-se-á, *in genere*, de *pressuposto processual subjetivo de existência e validade*. Todavia, adverte-se inicialmente o leitor para a vindoura abordagem do assunto sob o prisma do artigo 104, *caput*, da Redação Final do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, oportunamente consignada no item 6.

Cumprе salientar que, na hipótese de formação de litisconsórcio facultativo, o sujeito que o integra não perde, obviamente, a qualidade de *pressuposto subjetivo*, ainda que em razão da modalidade litisconsorcial em tela a sua integração ao processo afigure-se tecnicamente prescindível. Assim, independentemente da modalidade litisconsorcial em questão, o elemento subjetivo que o integra, ainda que supervenientemente, ostentará, de maneira indúvidosa, a qualidade de parte. A título exemplificativo, o denominado chamamento ao processo, modalidade de intervenção de terceiros, a qual, sob o pálio dos artigos 77 a 80 do Código de Processo Civil, resulta em inapelável ampliação do polo passivo da relação processual.

⁵ **Direito processual civil**, v. 1, 6ª ed., Salvador: JusPODIVM, p. 271.

4. PRINCIPIOLOGIA REGENTE

Segundo prodigiosa doutrina, a terminologia *princípio* corresponde,⁶ em apertada síntese, a uma diretriz fundamental, um mandamento central, nuclear, em termos, verdadeiro *ornamento inicial da legitimação*, ao qual estará o intérprete ou operador da respectiva ciência incondicionalmente adstrito, razão pela qual assunto de inarredável exame, antecedentemente às demais implicações a respeito da polarizada e subjetiva aglutinação.

Assim, regem a admissibilidade da formação litisconsorcial os princípios da *economia processual, da razoabilidade temporal do processo, da celeridade e respectiva eficácia do provimento jurisdicional, aditando-se a harmonia e a uniformidade dos julgados*. Para melhor entendimento acerca dos institutos acima descritos, proceder-se-á, com relação a cada um deles, a um breve comentário.

Primeiramente, no que se refere à economia processual corresponde, em síntese, *ao desenvolvimento do feito por intermédio da prática de atos com o menor dispêndio possível dos subsídios inerentes, de maneira a otimizar a instrução e a subsequente entrega da prestação jurisdicional final*, desde que atentamente observados os princípios do devido processo legal e respectivos corolários de natureza igualmente constitucional fundamental.

Quanto à denominada razoabilidade temporal do processo, predicado constitucional contido no artigo 5º, inciso LXXVIII, implica a assertiva de haver *compatibilidade temporal entre a instauração do feito e a entrega da prestação jurisdicional final, por sua vez inteiramente conformada à eventual elevação teórica e a complexidade fática da causa*.^{7 e 8} Em caráter

6 A título de conceito da palavra princípio, reporta-se José Cretella Neto à lição professada por Miguel Reale: 'verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade'. Prosseguindo a citação, alternativamente denominados 'certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários'. (**Fundamentos Princípios do Processo Civil**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 4). Detidamente sobre a terminologia em comento a lavra de José Gomes Canotilho, sob a epígrafe **O Ponto de Partida – Sistema Aberto de Regras e Princípios na obra Direito Constitucional**, 6ª, Coimbra: Almedina, 1993, p. 165/192.

7 É nesse sentido que José Rogério Cruz e Tucci reproduz lição de Bielsa e Graña: "(...) o resultado de um processo 'não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que – caso contrário – se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar'18" (**Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 65).

8 "Contra Cronos, sempre prestes a destruir as suas obras, é kairós, a ocasião propícia, que faz valer os seus direitos, libertando por vezes uma energia histórica verdadeiramente inaugural: o tempo morto da repetição dá lugar então

exemplificativo, o disposto nos artigos 278, 285-A, 296, *caput*, última parte, 330 e 456, todos do Código de Processo Civil, bem como os artigos 502, *caput*, e 730, *caput*, e § 2º, da Redação Final do Anteprojeto do Novel Código de Processo Civil.

No que respeita à eficácia da prestação jurisdicional, cumpre, em primeiro lugar, não confundi-la com o imperativo da *eficiência*, textualizado no artigo 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil. A terminologia *eficácia* corresponde à aptidão para produção de efeito, *independentemente de sua qualidade*. Isto é, um provimento jurisdicional será necessariamente eficaz, seja despacho, decisão interlocutória, sentença ou acórdão, porém nada o impede ser teratológico, atentatório ao predicado legal, ou à prova coligida aos autos, o que inapelavelmente acabaria por infirmar o princípio da eficiência. Ou seja, este último, *sob o aspecto da legitimidade do ato jurisdicional*, corresponde, resumidamente, a entrega da prestação jurisdicional, *cuja realização esteja fidedignamente conformada com a dicção normativa e com a prova coligida aos autos*.

E no que tange à celeridade, corolário da razoabilidade temporal do processo, implica, em síntese, *a condução do feito segundo os predicados legais que inapelavelmente otimizam o respectivo desenvolvimento e a efetiva entrega da prestação jurisdicional final*, como, *verbi gratia*, o disposto nos artigos 162, § 4º, 273, 557, 652, § 3º, e 670, todos do Código de Processo Civil.

Derradeiramente, a harmonia e a uniformidade dos julgados têm por escopo *resguardar o jurisdicionado da prolação de decisões conflitantes, fenômeno iniludivelmente atentatório ao princípio da segurança jurídica, além de comprometer a credibilidade do Poder Judiciário como entidade primaz, no que respeita à consolidação da paz social*. Nesse contexto, válida é a referência ao disposto no artigo 105 do Código Buzaid.

Enfim, a textual admissibilidade de aglutinação subjetiva, confinada ao artigo 46 do Estatuto Processual Civil, repousa inelutavelmente na principiologia acima descrita, sem que, obviamente, possa o intérprete olvidar os demais predicados circunstancialmente regentes à formação litisconsorcial. Entre os quais, em caráter exemplificativo, a oralidade,⁹

ao tempo forte da instauração". (OST, François. **O Tempo do Direito**, trad. Maria Fernanda Oliveira, Bobadela: Instituto Piaget, 1999, p. 224/225).

9 Acerca do princípio em comento, a preclara e atual assertiva de Leonardo Greco, sob o prisma do respeito à dignidade da pessoa humana: "Diálogo é o intercâmbio de ideias entre duas pessoas humanas a respeito de qualquer questão ou problema. No diálogo ambos os interlocutores falam, ouvem, dizendo o que pensam e reagindo às opiniões do outro, de tal modo que ao seu término cada um deles influíu nas ideias do outro e por elas foi também

como princípio regente do procedimento, segundo inteligência do artigo 452 do Código de Processo Civil.

5. DA FORMAÇÃO LITISCONSORCIAL. CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO

No que concerne à formação do litisconsórcio, são adotados basicamente 4 (quatro) critérios para efeito de classificação, conforme disposição abaixo:

O primeiro corresponde ao polo da relação processual em que terá lugar a formação litisconsorcial: *ativo*, cúmulo de autores; *passivo*, aglutinação de réus; ou *misto*, hipótese em que haverá pluralidade de autores e de réus. As expressões “falam” por si mesmas, dispensáveis, portanto, maiores ilações.

Em segundo lugar, atém-se o intérprete ao momento de sua formação, isto é, o litisconsórcio será *originário/inicial* ou *superveniente/ulterior*. O primeiro se constitui na demanda, enquanto que na segunda hipótese a formação terá lugar *após a estabilização* da relação processual (*rectius*, realização da citação válida ou comparecimento espontâneo do réu). A título exemplificativo de superveniência, o anteriormente referenciado chamamento ao processo, na forma do artigo 77 e seguintes do Código de Processo Civil, bem como a necessária formação litisconsorcial proveniente do ajuizamento da oposição, na forma do artigo 56 e seguintes do supracitado diploma.

Outro critério de classificação diz respeito à obrigatoriedade, ou não, da formação litisconsorcial. Assim, terá lugar o litisconsórcio *facultativo/voluntário (recusável)* ou *necessário*. Será facultativo, portanto, recusável, quando despiendo a integração do litisconsorte, vale dizer, a formação litisconsorcial dependerá exclusivamente da iniciativa do (s) jurisdicionado (s) (*rectius*, demandante (s)). Em caráter ilustrativo, vários passageiros prejudicados em razão do cancelamento de um voo, decidem ajuizar ação de responsabilidade civil fundada em danos materiais e morais. Quanto ao necessário, exemplificativamente, a hipótese prevista no artigo 10, § 1º, incisos I a IV, do Código de Processo Civil, bem como o preceito do artigo 942 do mesmo Diploma.¹⁰ O retro mencionado exemplo da

influenciado. O diálogo pressupõe que os interlocutores manifestem as suas opiniões numa audiência oral, porque somente o encontro, o contato imediato entre o juiz e as partes instaura diálogo verdadeiro e humano.” (**O Processo de Execução**, v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 269).

10 Sobre a usucapião, disserta o Professor Ebert Chamoun sob os auspícios do direito romano: “No fim da época republicana, a *possessio do ager publicus* se transformara em propriedade e a *possessio* do precarista, do credor

oposição enseja a formação de um litisconsórcio *passivo superveniente necessário unitário*.

A respeito do litisconsórcio facultativo, a doutrina de Maria Encarnación Dávila Millán:¹¹

*"El litisconsorcio facultativo o voluntario, puede configurarse como un derecho de varios sujetos para demandar o para llamar a varios demandados a un mismo proceso, tal litisconsorcio no viene impuesto por la ley, sino que al contrario lo permite 'siempre que las acciones nazcan de un mismo título o se funden en una misma causa de pedir'". (In **Litisconsorcio necesario**, Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S/A, 1992, p. 21).*

Finalizando a classificação em comento, serão abordados os efeitos oriundos da sentença. Na hipótese de os aludidos efeitos incidirem de maneira *uniforme, linear*, sobre o objeto do direito de cada um dos litisconsortes, tratar-se-á de litisconsórcio *unitário*. Entretanto, se porventura recaírem de maneira distinta haverá a formação litisconsorcial na modalidade *simples*. Exemplificando a primeira hipótese, vários acionistas propõem ação anulatória da assembleia extraordinária que deliberou em sentido contrário aos interesses da companhia. Procedente o pedido, a sentença decretará a *anulação da deliberação assemblear, cujos efeitos serão lineares, uniformes*, para todos os autores. Na modalidade litisconsorcial simples, sobre o objeto do direito de cada integrante recairão, distintamente, os efeitos provenientes da sentença. Na espécie, a referenciada hipótese de vários passageiros vitimados pelo mesmo acidente de trânsito: os danos serão ressarcidos proporcionalmente, possibilitando até mesmo a exclusão da responsabilidade civil da transportadora em relação a algum, ou alguns dos litisconsortes. Outro exemplo contém a dicção normativa do artigo 739-A, § 4º, do Código de Processo Civil, referente à temática da extensão do efeito suspensivo da execução aos demais devedores não embargantes.

pignoratício e do sequestratário tornara-se excepcional. Surge e predomina uma figura de *possessio* irrevogável, que se caracteriza pela disponibilidade física da coisa, acompanhada do desejo do possuidor de tê-la para si definitivamente, e, sobretudo, por merecer ampla proteção jurídica e engendrar a propriedade pela simples duração, cercada de certos requisitos (*usucapio*). No direito clássico, é essa a posse modelo, identificada apenas pelo termo *possessio*, que reveste juridicamente uma simples senhoria de fato." (**Instituições de Direito Romano**, 4ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962, p. 218/219).

¹¹ **Litisconsórcio necessário**, Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S/A, 1992, p. 21.

A título conclusivo dos critérios de classificação do litisconsórcio, a síntese esposada pelo processualista Nelson Nery Junior:¹²

"Classificação do litisconsórcio. *Quanto ao momento de sua formação pode ser inicial ou ulterior, quanto à obrigatoriedade de sua formação pode ser necessário ou facultativo; quanto ao polo da relação processual pode ser ativo, passivo ou misto (ativo e passivo a um só tempo); quanto ao destino dos litisconsortes no plano do direito material pode ser unitário ou simples.*" (Grifos no original).

Cumpra, por oportuno, salientar que a isolada e superficial leitura das hipóteses exaustivamente elencadas no texto do artigo 46 do Código de Processo Civil não subsidiam o intérprete para classificar o litisconsórcio. Vale dizer: será preciso que às sobreditas hipóteses seja conjugada a narrativa dos fatos inerentes ao caso em espécie. Destarte, na eventualidade de, por exemplo, vários passageiros de uma companhia aérea ajuizarem ação de responsabilidade civil fundada em danos materiais e morais, em razão da ocorrência de *overbooking*, ter-se-á um litisconsórcio *ativo originário facultativo simples*, situação que se conformaria com o disposto no artigo 46, inciso II, do Código de Processo Civil. Infere-se que a denominada causa de pedir próxima, isto é, o inadimplemento do dever jurídico, conforme se depreende da proficiente lição de José Joaquim Calmon de Passos,¹³ é inapelavelmente comum a todos os passageiros (*rectius*, litisconsortes), de maneira indistinta.

6. A FORMAÇÃO LITISCONSORCIAL E DEMAIS QUESTÕES RELEVANTES

Os temas que serão abordados a seguir contêm, a juízo do articulista, peculiaridades dignas de nota, ainda que não versadas em profundidade, haja vista as limitações comumente estabelecidas em trabalhos dessa natureza.

¹² **Código de Processo Civil comentado**, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 220.

¹³ "É possível que o mesmo fato que deu origem à relação jurídica seja também apto para colocar o sujeito ativo na situação de poder exigir a vantagem que dela lhe decorre, por conseguinte o adimplemento (em sentido lato). Nessa hipótese, não há por que se distinguir o fato constitutivo do direito do fato constitutivo da pretensão (*lato sensu*) e do dever de adimplir (*lato sensu*). O que acontece comumente, entretanto, é haver diversidade de fatos. E o fato, subsequente ao fato gerador da incidência originária, que determina o nascimento da pretensão e do dever de adimplir, é o fato por nós denominado de fato gerador da incidência derivada, que também entra como elemento integrante da causa de pedir." (**Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 190).

Primeiramente, no que se refere ao artigo 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil, cumpre salientar que o poder-dever discricionário atribuído ao prístino Julgador restringe-se à limitação *quantitativa* relativamente aos litisconsortes remanescentes, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, adequadamente à complexidade da demanda. Outro não é o sentido do v. acórdão proveniente do Egrégio Sodalício do Estado do Rio de Janeiro: ¹⁴

0044830-66.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 16/09/2011 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

*Direito Processual Civil. Limitação do número de litisconsortes para três pessoas sob o fundamento de que a defesa poderá ser prejudicada pelo comprometimento da celeridade. Descabimento. Inexistência de litisconsórcio multitudinário. O número de seis pessoas no pólo ativo da demanda se afigura razoável tendo em vista a complexidade da demanda. "Agravo de instrumento. Ação movida por servidores da justiça estadual. Litisconsórcio passivo facultativo. Decisão que determinou a **limitação** do litisconsórcio a quatro autores. Não se vislumbra, no caso concreto, que o número de litigantes - sete - venha trazer qualquer prejuízo para defesa ou para rápida solução da lide. Ao revés, limitar o número a apenas quatro litigantes, o que acarretaria no ajuizamento de outras tantas ações de mesma natureza, é que parece não ser o mais razoável, em prestígio aos princípios da economia e da efetividade processuais. Recurso a que se dá provimento, com fulcro no art. 557, §1ºA, do CPC" (0027645-15.2011.8.19.0000 - Agravo de Instrumento Des. Fernando Cerqueira - julgamento: 09/06/2011 - Décima Primeira Câmara Cível). Provimento de plano do recurso. Aplicação do art. 557, § 1º-A, da Lei Processual.*

Nesse contexto, cumpre ainda esclarecer reputar-se tecnicamente inadequada a decisão judicial que, não obstante limitar quantitativamente o número de litisconsortes, dispõe nominativamente sobre os remanescentes, como a costumeira decisão que, por exemplo, delimita a forma-

14 Disponível em: <http://www.portaltj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 03 jan. 2012.

ção litisconsorcial “(...) aos 5 (cinco) primeiros autores (...)”. Preciosismos à parte, a decisão em comento implica verdadeira ingerência judicial na autonomia da vontade do jurisdicionado, pois, segundo inteligência do princípio dispositivo, na forma dos artigos 2º e 262, primeira parte, do Código de Processo Civil, caberá exclusivamente ao autor discernir em face de quem terá lugar o ajuizamento da ação.

Entende-se de melhor técnica, na espécie, a intimação dos litisconsortes autores para, no prazo assinalado pelo juiz, ou, por analogia *legis*, no prazo legal estipulado para emendar a inicial, conforme o disposto no artigo 284, segunda parte, do Estatuto Processual Civil,¹⁵ deliberarem sobre os remanescentes, de acordo com o mínimo cartesianamente estabelecido pelo ínclito Julgador.

Cumpra ainda não olvidar que a formação litisconsorcial em questão resulta exclusivamente da iniciativa dos sujeitos que ostentam paradigmática legitimidade ativa *ad causam*, razão pela qual não caber ao Estado-juiz decidir sobre qual igualmente legitimado a exclusão haverá de recair.

Outra questão igualmente inarredável ao debate concerne à textualidade normativa do artigo 47, *caput*, do mesmo diploma, a qual, de maneira inequívoca, não prima pelo rigor técnico, vez que parece ter sido a intenção do legislador conceituar certa modalidade litisconsorcial. No entanto, acabou por mesclar características do litisconsórcio necessário e unitário, resultando em desastrosa redação. Outro não é o sentido da lição professada por Nelson Nery Junior:¹⁶

A norma teve inspiração no direito processual civil alemão (ZPO § 62), mas tem redação não técnica, confundindo os litisconsórcios necessário e unitário, que são distintos porque pertencem a classificações diferentes do litisconsórcio (I- quanto à formação; e II – quanto ao resultado). Daí não poderem ser tratados com o mesmo regime jurídico (...).

Para efeito de melhor exame, julga-se oportuno a reprodução da norma processual germânica,¹⁷ anteriormente citada pelo processualista pátrio:

¹⁵ Trata-se do denominado princípio da aproveitabilidade da petição inicial.

¹⁶ NERY JÚNIOR, *op. cit.* p.223.

¹⁷ THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans. **Zivilprozessordnung**, Kommentar, 29. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2008.

§ 62 Notwendige Streitgenossenschaft

(1) *Kann das streitige Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grund eine notwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die äumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.*

(2) *Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.*

§ 62 Litisconsórcio Necessário

(1) *Haverá litisconsórcio unitário quando verificada comunhão de direitos entre todos os sujeitos, ou necessário, na hipótese de a formação litisconsorcial ter outro fundamento, que implicará na integração forçada do litisconsorte faltoso, ainda que a destempo.*

(2) *Os litisconsortes ainda não integrados serão, a qualquer tempo, obrigatoriamente admitidos, da mesma forma, na-quele processo.*

Tema que ainda requer alusão, afeto ao litisconsórcio unitário, é a primeira parte do artigo 509, *caput*, do diploma processual civil. Em termos, ainda que se trate de litisconsórcio unitário e que o recurso já tenha sido interposto por um dos litisconsortes, aquele que dispuser de advogado distinto do que recorreu deverá igualmente fazê-lo, pela simples razão de que não haverá certeza quanto à *admissibilidade, conhecimento e provimento* daquele singularizado recurso antecedentemente interposto. Por intermédio de melhor expressão: é de se cogitar que o litisconsorte recorrente não tenha preenchido os requisitos formais de admissibilidade, intrínsecos e extrínsecos. Inteligência da regra geral contida no texto do artigo 48 do supracitado diploma legal.

A mesma assertiva tem lugar em se tratando de resposta do réu, na modalidade de contestação. O preceito do artigo 320, inciso I, do Código de Processo Civil só terá lugar, em princípio, na hipótese de litisconsórcio *unitário*, ou em que a tese jurídica elaborada pela defesa acerca dos fatos for comum a todos os integrantes, não se permitindo olvidar os princípios cardeais regentes da contestação: *eventualidade* e *ônus da impugnação*

especificada. Inteligência dos artigos 300 e 302 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, a manifestação jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:¹⁸

0016924-04.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. GABRIEL ZEFIRO - Julgamento: 20/04/2011 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **REVELIA** QUE RESULTA DA SIMPLES E INCONTROVERSA NÃO APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. EFEITOS MATERIAL E PROCESSUAL DO INSTITUTO QUE SÃO EXCEPCIONADOS PELO CPC, NOS ARTIGOS 320 E 322. **PLURALIDADE DE RÉUS** QUE SOMENTE AFASTA A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE NO CASO DE ALGUM DELES CONTESTAR A AÇÃO E SOMENTE QUANTO A FATO COMUM AO RÉU ATUANTE E AO LITISCONSORTE REVEL. PRECEDENTE DO STJ, NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC.

Assunto o qual tem sido diuturnamente colocado em discussão é a possibilidade, ou não, de formação de litisconsórcio *ativo necessário*, em que pese a rejeição manifestada pela maioria dos doutrinadores pátrios sob o argumento de que ninguém pode ser compelido a propor ação. Nesse sentido, a lavra de Alexandre Freitas Câmara:¹⁹

Parece-me melhor o entendimento que rejeita o litisconsórcio ativo. Isto porque essa espécie de litisconsórcio, a meu juízo, violaria a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, representada pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Basta pensar na hipótese em que, havendo litisconsórcio necessário ativo, um dos potenciais litisconsortes não desejasse propor a demanda. O outro (ou os outros) litisconsorte, pretendendo oferecer sua demanda, precisaria, para que a mesma pudesse levar a uma sentença de mérito, dispor de um mecanismo que forçasse aquele primeiro sujeito necessário do processo a integrar o polo ativo da demanda, o que contraria a natureza voluntária do exercício do poder

¹⁸ Disponível em: <http://www.portaltj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 03 jan. 2012.

¹⁹ **Lições de direito processual civil**, v. I., 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 156.

de agir. Não sendo possível provocar o litisconsorte que não pretende demandar, a fim de que este proponha a demanda, restaria como única alternativa afirmar que o processo instaurado por um dos litisconsortes ativos necessários, sem a concordância do outro, teria como destino inevitável a extinção sem resolução do mérito, o que violentaria a garantia que tem o demandante de ver a sua pretensão apreciada pelo Judiciário, impedindo-o de fazer valer em juízo seu poder de ação. Parece-me, assim, que inexistente litisconsórcio necessário ativo. Nos casos em que a natureza da relação jurídica impõe a presença de todos os seus sujeitos no processo, esta presença pode se dar em qualquer dos lados da relação processual. Assim sendo, aqueles que não quiserem propor a demanda deverão ser incluídos no polo passivo da demanda.

Afinando pelo mesmo diapasão, Fredie Didier Júnior²⁰ asseverando que “Não há hipótese de litisconsórcio necessário ativo.” E acrescenta:

Nem poderia haver.

O fundamento dessa conclusão é apenas um: o direito fundamental de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). O direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem. Se houvesse litisconsórcio necessário ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro. Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, que admitem a possibilidade de litisconsórcio necessário ativo reconhecem que ‘esta atitude potestativa não pode inibir o autor de ingressar com a ação em juízo, pois ofenderia a garantia constitucional do direito de ação’. Essa circunstância, violação intolerável de direito fundamental, já deveria ser o suficiente para inumar a discussão. Sucede que há diversos autores que defendem a existência de casos de litisconsórcio necessário ativo. O exame da questão tem, por isso, de continuar.

Cândido Rangel Dinamarco,²¹ anteriormente aos exemplos fi-

²⁰ DIDIER JÚNIOR, *op. cit.* p.215.

²¹ DINAMARCO, *op. cit.* p. 2.

dedignamente tradutores da científica admissibilidade da formação litisconsorcial ativa necessária, adverte, com inigualável proficiência, para a complexidade do assunto, mormente no que tange à disponibilidade do exercício do direito de ação, conforme o predicado de ordem constitucional fundamental.

A solução definitiva da difícil temática do litisconsórcio necessário ativo exige respostas coerentes e harmoniosas a essas e outras indagações interligadas, na visão sistemática e global do instituto. É impossível conhecê-lo bem e dar solução às intrigantes questões em que se resolve, sem levar em conta, em primeiro lugar, os valores e princípios que estão à base da própria ideia da necessidade do litisconsórcio. Nem é lícito descurar a excepcionalidade desta em face da garantia constitucional da ação, ou o caráter instrumental da jurisdição mesma e do processo em face das situações de direito substancial a serem remediadas pelo juiz.

No que se refere ao entendimento pretoriano atual, alguns arestos contém manifestação favorável, confinada a situações excepcionais, segundo o ementário abaixo:²²

0002977-76.2010.8.19.0044 - APELAÇÃO.

DES. ALEXANDRE CAMARA - Julgamento: 19/12/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

*Direito Civil e Processual Civil. CEDAE. Distrito de Santa Clara. Agravo retido que se rejeita por inexistir, no ordenamento jurídico brasileiro, **litisconsórcio necessário ativo**. Discussão acerca da qualidade da água que é fornecida à residência da autora. Juízo de primeiro grau que inverte o ônus da prova e determina que a ré apresente laudo elaborado por órgão oficial. Apresentação de laudo emitido pelo Ministério da Saúde atestando a boa qualidade da água, o que, a princípio, consistiria em cumprimento da decisão judicial. Sentença de procedência. Violação ao princípio da boa-fé objetiva, a ser observado também pelo Estado-juiz, que deve agir com le-*

²² Disponível em: <http://www.portaltj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 24 mai. 2012.

aldade e proporcionar confiança às partes. Necessidade de prova pericial. Prova imprescindível à formação de convencimento por parte do julgador. Busca de decisão compatível com a verdade dos fatos. Escopo jurídico do processo. Interesse na produção da prova que não diz respeito apenas às partes. Anulação da sentença. Provimento do recurso.

Decisão Monocrática: 19/12/2011

0001298-41.2010.8.19.0044 - APELAÇÃO.

DES. HELDA LIMA MEIRELES - Julgamento: 09/05/2012 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL.

Agravo interno. Apelação. Obrigação de fazer cumulada com pedido de reparação por danos morais em face da CEDAE. Deficiência no fornecimento de água. Abastecimento existente na localidade mostra-se insuficiente às necessidades dos moradores. Litisconsórcio ativo necessário unitário admitido em hipótese excepcional. Diante do ônus assumido, não há como acolher a tese de necessidade de prova pericial, uma vez observado o princípio do contraditório, com a apresentação do laudo técnico. Aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Configurada a falha na prestação do serviço de abastecimento e fornecimento de água, por omissão. Dano moral configurado. Recurso desprovido.

INTEIRO TEOR

Decisão Monocrática: 15/03/2012

Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 09/05/2012

Não obstante a peculiaridade do caso concreto em que a ilustração pretoriana admita a formação do litisconsórcio ativo necessário, ousa o articulista pugnar pela tese voltada para a inadmissibilidade da formação litisconsorcial ativa compulsória, haja vista não haver no direito processual civil pátrio dispositivo legal análogo ao artigo 107 do Código de Processo Civil italiano, autorizando o juiz a promover a inclusão *iussu iudicis* no polo ativo. Destarte, a míngua de um melhor e mais contundente argumento,

persiste-se na inteligência dos artigos 2º e 262, primeira parte, do Código de Processo Civil.

Não há que se olvidar do preceito constitucional fundamental assecuratório da voluntariedade, textualizado no artigo 5º, inciso II. Ou seja, não há, repita-se, na sistemática processual civil pátria, dispositivo análogo ao artigo 107 do Código de Processo Civil italiano (*Codice di Procedura Civile*) que autorize a denominada intervenção *jussu judicis* (intervenção forçada) no pólo ativo. Ei-lo: ²³

107. Intervento per ordine del giudice. – Il giudice, quando ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune, ne ordina l'intervento.

107. Interveniente por ordem do juiz. – O juiz, quando oportunamente perceber que o processo se desenvolve contra os interesses de um terceiro o qual é comum a pretensão deduzida em juízo, lhe ordenará que intervenha.

Ainda em sede de direito comparado, digno de nota o artigo 89 do Código de Processo Civil argentino, preceito normativo que induz a formação litisconsorcial ativa necessária: ²⁴

Art.89. – Litisconsórcio necesario. Cuando la sentencia no pudiese pronunciarse utilmente más que con relación a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso.

Art.89 – Litisconsórcio necessário. Quando a sentença só puder produzir efeito com relação a várias pessoas, estas deverão de demandar ou serem demandadas em um mesmo processo.

No presente capítulo, outro assunto a referir é a admissibilidade da desistência da ação com relação a um dos litisconsortes passivos, sem que haja anuência dos demais integrantes. Nesse sentido, a manifestação pretoriana do Sodalício de origem: ²⁵

23 IACOBELLIS, Marcello. *Codice di Procedura Civile e leggi complementari*, XXVII ed., Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2007.

24 *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*, 1ª ed., Buenos Aires: Lajouane, 2006.

25 Disponível em: <http://www.portaltj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 03 jan. 2012.

0048168-48.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO.

DES. MARIO GUIMARAES NETO - Julgamento: 21/11/2011 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA - EMBARGOS DE TERCEIRO - **LITISCONSÓRCIO PASSIVO** FACULTATIVO SIMPLES - ESTABILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL QUANTO AO SEGUNDO E TERCEIRO RÉUS - **DESISTÊNCIA** DA DEMANDA EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO RÉU, NÃO CITADO - POSSIBILIDADE DESNECESSIDADE DA CONCORDÂNCIA DOS DEMAIS RÉUS **ANUÊNCIA** QUE SE EXIGE APENAS DAQUELE EM FACE DE QUEM SE DESISTE - ARTIGOS 264 E 298 DO CPC PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DESTA CORTE ESTADUAL RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 557, § 1º-A, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Seguindo a esteira da hipótese de exclusão de um litisconsorte da relação processual, tem lugar a natureza jurídica do ato judicial que o realiza, na espécie, decisão interlocutória, segundo a dicção normativa do artigo 162, § 2º, do Código de Processo Civil. Mais uma vez, à guisa de ilustração do entendimento jurisprudencial do Estado do Rio de Janeiro, a ementa que inelutavelmente o corrobora: ²⁶

0121811-51.2002.8.19.0001 - APELAÇÃO.

DES. ALEXANDRE CAMARA - Julgamento: 23/11/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

Direito processual civil. Ato judicial que determina **exclusão** de **litisconsorte**. Natureza de **decisão interlocutória**. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que seria admissível o agravo de instrumento, constituindo erro grosseiro a interposição de apelação. Recurso manifestamente inadmissível, a que se nega seguimento liminarmente.

²⁶ Disponível em: <http://www.portaltj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 03 jan. 2012.

A título conclusivo, cumpre salientar a defesa dos interesses dos litisconsortes patrocinados por advogados distintos, situação que, independentemente da natureza do litisconsórcio, dará lugar ao preceito do artigo 191 do Código de Processo Civil. Garantia legal inegavelmente ratificada pela jurisprudência:²⁷

0002645-95.2004.8.19.0052 - APELAÇÃO.

DES. LEILA MARIANO - Julgamento: 24/11/2011 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL.

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C INDENIZATÓRIA. **LITISCONSÓRCIO PASSIVO**. DIFERENTES PROCURADORES. PRAZO EM DOBRO PARA O ÚLTIMO RÉU CITADO, AINDA QUE O PRIMEIRO TENHA FICADO REVEL. HOMONÍMIA. CITAÇÃO EDITALÍCIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR. AUSÊNCIA. NULIDADE DO PROCESSO. Havendo **litisconsórcio passivo**, com diferentes procuradores, o prazo para contestação é contado em dobro, não sendo possível decretar a revelia antes de expirados trinta dias da efetiva citação do último réu. Conjugação das normas dos artigos 191 e 241, III, do CPC. Jurisprudência do STJ e desta Corte. **Revelia** em relação à apelante que se afasta. Reconhecimento de homonímia entre a apelante e a empresa que integra o pólo **passivo**. Afastamento da apelante da relação processual, com a manutenção daquela. Citação daquela realizada, anteriormente, por edital. Ausência de nomeação de curador especial, a ensejar a declaração de nulidade de todos atos processuais subsequentes. Provimento do recurso para reconhecer a ilegitimidade da sociedade apelante e excluí-la da relação processual, mantendo-se, todavia a segunda ré no polo **passivo** da ação, e, de ofício, anular a sentença e os atos processuais anteriores, até a citação editalícia. PROVIMENTO DO RECURSO. SENTENÇA QUE SE ANULA DE OFÍCIO.*

²⁷ Disponível em: <http://www.portaltj.tjrj.jus.br>. Acesso em: 03 jan. 2012.

7. A FORMAÇÃO LITISCONSORCIAL SOB A ÉGIDE DO NOVEL DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

No que se refere à previsão da formação litisconsorcial sob o pálio da Redação Final do Anteprojeto de Código de Processo Civil, ainda que sujeita a eventuais alterações, até a conclusão da pesquisa ora empreendida, vale primeiramente esclarecer que a referida dicção normativa do artigo 101 preservou, na íntegra, a literalidade do artigo 46 do Estatuto Buzaid, restando inalteradas as hipóteses de admissibilidade da cumulação subjetiva em estudo.

Todavia, no que respeita às alterações na codificada topografia litisconsorcial, digno de nota, segundo a ordem numérica dos dispositivos legais, o disposto no artigo 102, ²⁸ concernente a uma pretensa correção da incongruência terminológica, no plano conceitual do litisconsórcio necessário, outrora perpetrada no artigo 47, *caput*, do Código Buzaid. Em termos, conforme ressaltado ao longo do presente estudo, precisamente no item 5, alusivo aos critérios de classificação do litisconsórcio, foi trazido à baila a unanimidade doutrinária quanto ao desacerto redacional, produto de inspiração no preceito normativo germânico, reproduzido na íntegra, a respeito daquela modalidade litisconsorcial. Vale dizer, a modalidade litisconsorcial necessária, sob o pálio do novel diploma, terá lugar naquelas hipóteses em que a integração do sujeito à relação processual, por força de lei ou pela incidibilidade da relação jurídica material, for condição *sine qua non* para a eficácia da sentença.

Destarte, sob a égide da redação do artigo 102 da Redação Final do Anteprojeto de Código de Processo Civil depara-se o intérprete com um texto inapelavelmente mais esclarecedor, tecnicamente apropriado, sem a mácula de uma expressão cientificamente inadequada que acoimava a literalidade do preceito normativo anterior, em que pese não estar imune à críticas inocultavelmente abalizadas.

De igual modo a requerer especial atenção do intérprete, no contexto das alterações, o disposto no artigo 103 da Redação Final do An-

28 Art. 102. Será necessário o litisconsórcio:

I - quando, em razão da natureza do pedido, a decisão de mérito somente puder produzir resultado prático se proferida em face de duas ou mais pessoas;

II - nos outros casos expressos em lei.

teprojeto em análise,²⁹ predicado legal referente à sentença de mérito quando prolatada sem observância da obrigatória integração dos litisconsortes necessários à relação processual.

O inciso I do predicado legal em comento atribui nulidade ao julgado, na hipótese de litisconsórcio necessário unitário *não íntegro*, vale dizer, quando perfectibilizado o feito sem a participação do integrante da relação jurídica material incidível. Em suma, todos os litisconsortes estarão no mesmo paradigma processual no que tange aos efeitos provenientes da sentença.³⁰ Na espécie, a integração do sujeito ao processo corresponde indubitavelmente a um inarredável pressuposto de existência e validade.³¹

Quanto ao inciso II, restará a sentença acoimada de ineficácia (*rectius, inutiliter datur*) com relação aos sujeitos que não integraram o processo, haja vista que, embora a modalidade litisconsorcial em alusão desafiie incondicional participação dos atores componentes da relação jurídica estabelecida no plano primário, na espécie, os efeitos provenientes da sentença recairão sobre o objeto de direito material de cada litisconsorte, de maneira discrepante. A título exemplificativo, relembre-se a hipótese de usucapião, segundo os termos do artigo 942 do Estatuto Buzaid. Ou

29 Art. 103. Nos casos de litisconsórcio necessário, se não figurar no processo algum dos litisconsortes, o juiz ordenará a respectiva citação, dentro do prazo que fixar, sob pena de ser proferida sentença sem resolução de mérito.

Parágrafo único. A sentença definitiva, quando proferida sem integração do contraditório, nos termos deste artigo, será:

I - nula, se a decisão deveria ter sido uniforme em relação a uma das partes e a todas as pessoas que, como seus litisconsortes, deveriam ter integrado o contraditório;

II - ineficaz apenas para os que não foram citados, nos outros casos.

30 No que tange à denominada incidibilidade da relação jurídica para efeito de formação litisconsorcial, a sempre oportuna lição do Professor Candido Rangel Dinamarco: “Se há casos onde, apesar da incidibilidade da situação jurídica ocupada por vários cotitulares, o respeito à garantia da ação impede a exigência do litisconsórcio ativo, outros há também em que o resultado a ser pleiteado mediante o processo há de ser necessariamente querido por todos, sob pena de não poder ser obtido por nenhum. Nesses casos, o consenso é indispensável. Essa afirmação é feita em virtude de existirem, no plano do direito material, situações em que é de duas ou várias pessoas, em conjunto e não isoladamente, a legitimidade para realizar certos atos que serão relevantes para todas elas.” (*Op. cit.* p. 233/234). Prossegue o referido autor apresentando elucidativos exemplos, fidedignamente tradutores da formação litisconsorcial ativa necessária, entre os quais se destaca o seguinte: “d) dois comunheiros que celebraram com terceira pessoa um contrato de promessa de compra - e - venda: em caso de inadimplência do promissário-comprador, só pelo consenso dos promitentes-vendedores admite-se o pedido de sentença que rescinda o contrato (...)”. (Idem p. 235).

31 Pressuposto processual objetivo de existência e validade, desde que analisado sob o aspecto puramente normativo: a inarredável integração advém de um predicado legal, na espécie, o artigo 114, *caput*, da Redação Final do Anteprojeto de Código de Processo Civil. A norma em referência dispõe literalmente sobre “a integração do contraditório”, princípio constitucional fundamental, segundo inteligência do artigo 5º, inciso LV. Todavia, se examinada a questão sob o prisma do elemento constitutivo da relação processual (*rectius*, parte), afirmar-se-á tratar-se de pressuposto processual subjetivo de existência e validade.

seja, trata-se de hipótese iniludivelmente tradutora de *litisconsórcio passivo originário necessário simples*.

Inolvidável que a *necessariedade* e a *unitariedade* da formação litisconsorcial correspondem a critérios inapelavelmente distintos de classificação, conforme se depreendeu seguramente do item 5 do presente estudo, sustentáculo que justifica cientificamente a distinção perpetrada pelo legislador quanto à mácula sentencial relativa ao direito dos potenciais litisconsortes, porém não participantes do feito.

No que diz respeito ao artigo 103, *caput*, segunda parte, do novel diploma, a norma em apreço literalmente compele o autor a *requerer a citação* de todos os litisconsortes necessários, “sob pena de ser proferida sentença sem resolução de mérito”. Primeiramente, reputa-se despiciendo qualquer ilação a respeito da imprescindibilidade da realização da citação válida, para efeito de atendimento ao predicado constitucional do devido processo legal, posto que o ato de comunicação processual em comento, além de cientificar o demandado da instauração do processo, acaba por integrá-lo compulsoriamente àquela relação jurídica, com o propósito de assegurar-lhe o exercício do contraditório.³²

Assim, o destinatário da citação inicial será, em princípio, todo aquele em face de quem o autor deduz sua pretensão em juízo, isto é, todo aquele que, segundo os fatos narrados na petição inicial, (*rectius*, causa de pedir remota e causa de pedir próxima) intenta obstar o reconhecimento da titularidade sobre um direito alegadamente pertencente ao autor.³³

Portanto, em se tratando de um litisconsórcio passivo necessário, porém *não íntegro*, caberia ao Estado-legislador assegurar ao jurisdicio-

32 a novel redação acerca do estabelecimento do contraditório:

Art. 207. A citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.

33 No que concerne à redação do novel diploma a respeito da peça exordial, nenhuma relevante alteração perpetrou o legislador.

Art. 293. A petição inicial indicará:

I – o juízo ou o tribunal a que é dirigida;

II – os nomes, os prenomes, o estado civil, a profissão, o número no cadastro de pessoas físicas ou do cadastro nacional de pessoas jurídicas, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV – o pedido com as suas especificações;

V – o valor da causa;

VI – as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII – o requerimento para a citação do réu.

nado autor a faculdade de não deduzir pretensão em face de quem não reputasse resistente ao exercício de sua pretensão, atribuindo ao Estado-juiz o poder-dever de, restritivamente, intimá-lo, no prazo legal ou judicial, a emendar a petição inicial, de forma a, incluindo o litisconsorte faltoso, promover-lhe a citação. Não cumprida a decisão, teria lugar a extinção do feito *ab initio*. Inteligência do princípio dispositivo, ainda regente do direito processual civil pátrio aliado à imparcialidade, predicados antecedentemente referenciados. Enfim, cumpre esclarecer que *promover a citação e requerer a citação* correspondem a expressões semântica e tecnicamente inconfundíveis.³⁴

À guisa de derradeira alteração no contexto do presente estudo, a vindoura norma processual propõe um conceito da unitariedade litisconsorcial, segundo o disposto no artigo 104³⁵ da Redação Final do Anteprojeto. Ou seja, a modalidade litisconsorcial unitária se traduz pela hipótese em que *os efeitos provenientes da sentença de mérito recaem sobre o objeto do direito de cada um dos respectivos integrantes, de maneira que os mesmos compartilhem, homogeneamente, a declarada titularidade*.

8. CONCLUSÃO

Não obstante o objeto da pesquisa ainda se distanciar de um foro de pacificação, principalmente no que concerne à hipótese de litisconsórcio ativo necessário, espera-se ter proporcionado ao leitor uma visão abrangente do instituto, de modo a situá-lo na complexa sistemática processual civil pátria, considerada uma das mais desenvolvidas no mundo.

Em considerações finais sobre a admissibilidade legal da formação litisconsorcial, depreende-se a possibilidade de reunir no mesmo polo de uma relação processual 2 (dois) ou mais sujeitos, juridicamente vinculados no plano primário, em maior ou menor intensidade, de maneira que o provimento jurisdicional de mérito possa atribuir a cada um deles a parcela da titularidade almejada.

Depreende-se, de igual modo, que a referida aglutinação subjetiva se confina ao rol estabelecido em lei, *numerus clausus*, não havendo,

34 O ato de requerer a citação objetiva a inclusão do demandado na relação processual. É requisito essencial da petição inicial, conforme o disposto no artigo 282, inciso VII, do Código de Processo Civil. Promover a citação corresponde a posterior atribuição da parte autora quanto ao recolhimento das custas processuais pertinentes à realização da respectiva diligência. Isto é, para cientificá-lo do ajuizamento da ação e, simultaneamente, integrá-lo ao feito.

35 Art. 104. Será unitário o litisconsórcio quando a situação jurídica submetida à apreciação judicial tiver de receber disciplina uniforme.

por essa razão, admissibilidade hermenêutica de ampliação das hipóteses confinadamente previstas, segundo a preclara dicção normativa do artigo 46 do Código de Processo Civil.

E no que respeita às inovações trazidas a lume pela Redação Final do Anteprojeto de Código de Processo Civil, foram confrontados com a disposição normativa do artigo 103, determinante do requerimento da citação do litisconsorte passivo necessário, desavisada ou deliberadamente não incluído na demanda, com o princípio dispositivo, assecuratório da voluntariedade quanto ao ajuizamento da ação.

De igual modo, foi objeto de referência a iniciativa do novel legislador no que concerne à oportuna correção da dicção normativa contida no *caput* do artigo 47 do atual Código Buzaid, posto que a redação em comento contenha manifesto equívoco no plano conceitual, ao atribuir ao litisconsórcio necessário um caráter indudiosamente pertencente a um distinto e, portanto, inconfundível critério de classificação.

Certamente, o que mais enaltece a possibilidade legal da cumulação subjetiva, ora retratada, é a inapelável contribuição legal para que a entrega da prestação jurisdicional final tenha oportunamente lugar, sem que o Estado-juiz eventualmente incorra na prolação de sentenças provenientes de convicções contraditoriamente formadas, não obstante arrimadas em fatos geradores comuns a todas as pretensões que individualmente poderiam ter sido objeto de formulação em juízo. ❖

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. I., 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Princioplógicos do Processo Civil**, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DÁVILA MILLÁN. Maria Encarnación. **Litisconsorcio necesario**, Barcelona: BOSCH, Casa Editorial S/A, 1992.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil**, v. 1, 7ª ed., Salvador: Jus-PODIVM.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil**, v. I., 17ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª, Coimbra: Almedina, 1993.

GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**, v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

IACOBELLIS, Marcello. **Codice di Procedura Civile e leggi complementari**, XXVII ed., Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil comentado**, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OST, François. **O Tempo do Direito**, trad. Maria Fernanda Oliveira, Bobadela: Instituto Piaget, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. III, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans. **Zivilprozessordnung**, Kommentar, 29. Auflage, Verlag C. H. Beck München, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 41ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

PLS 116/2010.

ARGENTINA. **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina**, 1ª ed., Buenos Aires: Lajouane, 2006.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile e Leggi Complementari**, a cura di *Marcello Iacobellis*. XXVII ed., Napoli: Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2007.

A Execução de Alimentos na Reforma do Código de Processo Civil e no Estatuto das Famílias

**Ana Paula Santoro Pires de Almeida
Carvalho**

*Graduada pela PUC/RJ, Especialista em Processo Civil.
Advogada, Professora da UniverCidade e PUC/RJ.*

Simone Coelho Moreira Sampaio

*Graduada pela PUC/RJ, Advogada, Professora da
UniverCidade.*

RESUMO

É questão cotidiana na rotina dos advogados afeitos ao ramo do Direito de Família que efetivar o cumprimento do direito aos alimentos é tarefa tortuosa. Não bastassem as dificuldades enfrentadas pelo credor de alimentos face ao devedor para assegurar seu direito básico à sobrevivência, outra labiríntica missão enfrenta o alimentante, que é o tratamento dispensado pelos Tribunais ao assunto.

Até meados da década passada, o rito da execução de alimentos não causava tanta celeuma. Suas regras estavam bem explicitadas, ou pelo menos, acreditava-se que estivessem. Após a entrada em vigor da Nova Lei de Execução, de número 11.232/2005, o tema voltou a ter seu destaque, infelizmente, não pela importância que merece, mas pelas dúvidas que emergiram ao seu redor.

No projeto de reforma do Código de Processo Civil, esperava-se que todas as inquietações reinantes pudessem ser dissipadas, mas, a uma simples leitura dos dispositivos do projeto, parece que a solução ainda não está a contento. Com o avizinhar do Estatuto das Famílias, a matéria volta à luz da discussão e com fincadas preocupações.

Pretende-se trazer para o leitor uma mostra de como a execução dos alimentos era manuseada, como foi tratada após o advento da Lei

11.232/2005 e, finalmente, como está delineada nos Projetos de Lei antes referidos.

Não se almeja solucionar as controvérsias existentes, mas apenas lançar as sementes para que se questione dentro da sociedade jurídica uma harmonização dessas normas, evitando-se, mais uma vez, posições contraditórias, duvidosas e que em nada contribuem para o efetivo preceito constitucional do acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

Não há como começar a falar em alimentos sem fazer menção a uma tão conhecida música protagonizada com muito êxito pelo grupo de rock Titãs: *Bebida é água, comida é pasto. Você tem fome de quê? Você tem sede de quê?*¹

O presente trabalho não pretende se esmiuçar na análise detalhada desse polêmico instituto, mesmo porque a tese aqui tratada não comportaria essa extensão.

As linhas que se seguem farão uma rápida explanação, primeiramente, sobre a origem onde se abordará o nascedouro do direito alimentar e sua evolução no tempo. Em seguida, serão apresentadas as características dos alimentos e como eles são classificados. Na segunda parte da exposição, o trabalho focará o ponto nodal que é a efetivação dos alimentos através da via executiva. Nessa parte, será feita uma abordagem da execução dos alimentos no Código de Processo Civil atual, com as alterações trazidas pela Lei 11.232/2005: ação de execução, cumprimento de sentença, via executiva?

Após a abordagem acima, mas ainda nessa segunda fase do trabalho, passa-se a uma análise do tema sob a ótica dos Projetos de Lei do Código de Processo Civil e do Estatuto das Famílias. O primeiro deles, por ser legislação adjetiva, trata do tema na seção referente ao cumprimento da obrigação de prestar alimentos. Já o Estatuto das Famílias, recopilando toda a legislação pertinente ao direito de família, traz também disposições processuais sobre a ação de alimentos e sua cobrança judicial.

A questão que se coloca é, será que houve interação entre os distintos projetos? Será que a construção pretoriana do assunto foi levada em consideração? Por que não deixar para somente um dos ramos do direito a disciplina da matéria?

1 Disponível em: <http://www.vagalume.com.br/titas/comida>. Acesso em 15 abr. 2011.

1 - ALIMENTOS

1.1 - Conceito

Em sua expressão mais simplória, alimentos significam todas as necessidades do homem desde sua concepção até sua morte. Melhor dizendo, o ser humano, em “sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida”, como nos ensina o Ilustre Yussef Said Cahali².

De acordo com Orlando Gomes “são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”³ ou, de acordo com Silvio Rodrigues, “para que possa atender às necessidades da vida.”⁴

Saindo de uma visão menos tradicional e ingressando em uma ótica mais constitucionalizada, vemos que todos os meios e valores imprescindíveis para que o ser humano se desenvolva de forma digna são entendidos como alimentos⁵.

Assim, gastos com alimentação, moradia, saúde e educação devem ser analisados sob o ponto de vista do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, isto é, sempre que possível e dentro da razoabilidade, a alimentação deve ser adequada, a moradia tem que ter um mínimo de qualidade, a saúde engloba todos os meios aptos a uma vida saudável e, por fim, a educação deve abarcar não só a escola, mas todo o aparato que possibilite a um cidadão atingir sua capacidade plena para poder exercer integralmente sua cidadania. Enfim, quando se raciocina sobre o direito aos alimentos, não se pode perder de vista que a dignidade da pessoa humana é algo maior que o dar de comer a quem tem fome.

Muitos outros civilistas de renome traçam conceitos vários que poderiam ser aqui elencados, mas, para o presente estudo, o que se deve ter em mente é o fato de que os alimentos consistem em necessidades naturais e intrínsecas ao desenvolvimento do homem. Sem alimentos, não se pode falar em nenhum outro direito, já que constituem a base, o pilar da própria vida. Tanto é assim, que, na falta de pessoas legitimadas a prestá-los, pode-se acionar, até mesmo, o Estado.

² CAHALY, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 15.

³ GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 427.

⁴ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. 6. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 374.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, p. 588.

É cediço encontrar na doutrina a distinção entre dever de sustento e obrigação alimentar⁶. O dever de sustento se origina no poder familiar dos pais com relação aos filhos menores. Já a obrigação alimentar tem seu nascedouro na relação de parentesco (Código Civil Brasileiro, art. 1694: Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação). Essa distinção tem relevância para o direito material, já que vai delimitar o âmbito de incidência dos alimentos.

1.2 - Fundamentos e Natureza Jurídica

O direito aos alimentos decorre do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I). Sendo a família a base da sociedade, (artigo 226, CF), seu fundamento mor é a solidariedade familiar.

Essa solidariedade familiar compreendida como caridade ou piedade, como outrora surgiu no Direito Romano, não passava de um dever moral ou obrigação ética⁷, denotando atualmente um caráter assistencialista do instituto.

A obrigação alimentar, entendida como gênero, sempre foi considerada um direito pessoal, seja decorrente do dever pessoal de mútua assistência entre os cônjuges, ou entre os parentes, nas relações familiares, seja, ainda, advindo do dever de sustento dos pais para com os filhos menores. Topograficamente, o Código Civil de 2002 inseriu a conceituação dos alimentos dentro do Direito Patrimonial, pelo fato de irradiar reflexos tanto no patrimônio do credor, quanto no do obrigado. Prepondera o entendimento de que a natureza jurídica é mista, ou seja, um direito patrimonial com finalidade pessoal⁸.

1.3 - Características

Os alimentos apresentam determinadas características que lhe são inerentes:

- a) Trata-se de um direito personalíssimo, tanto do ponto de vista do credor, quanto do devedor. Nem o direito nem o dever podem ser repassados a outrem.

6 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. n. 5. *Direito de Família*. Saraiva. 23ª ed. 2008, p. 561.

7 RI ZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ª ed Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 647.

8 GOMES, Orlando. *Op. cit.*, p. 535-536.

b) Em decorrência, não se admite cessação, compensação, renúncia⁹ nem transação sobre eles.

c) O crédito alimentício também não pode ser penhorado.

d) É um direito imprescritível, podendo ser exercido sempre e quando surgir a necessidade. Há que se ressaltar que somente no direito à percepção dos alimentos que não incidirá prescrição, já que nas prestações fixadas deve ser observado o prazo bienal (art. 206, § 2º do Código Civil).

e) Não são fixos e sim variáveis e condicionais, podendo ser revistos sempre que as condições para sua existência se alterarem.

f) Embora variáveis, os alimentos seguem a regra da irrepetibilidade, não se admitindo que a quantia paga seja restituída.

g) De acordo com o disposto no artigo 1707 do Código Civil, a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor. A respeito dessa característica há dicotomia doutrinária e jurisprudencial¹⁰, tema que ultrapassa o presente trabalho.

1.4 - Classificação

Existem três formas de se classificar os alimentos: em razão da **origem** ou causa jurídica; pela **natureza do instituto** e de acordo com o **momento em que é concedido**.

De acordo com a causa jurídica, os alimentos podem ser legítimos, também denominados legais, já que disciplinados em lei. São legítimos,

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal . Súmula 379, STF: No acordo de desquite, não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=379.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em 14/11/2011.

10 DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO. PRESTAÇÃO. ALIMENTOS. TRANSMISSÃO. HERDEIROS. ART. 1.700 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. O espólio tem a obrigação de prestar alimentos àquele a quem o *de cuius* devia, mesmo vencidos após a sua morte. Enquanto não encerrado o inventário e pagas as quotas devidas aos sucessores, o autor da ação de alimentos e presumível herdeiro não pode ficar sem condições de subsistência no decorrer do processo. Exegese do art. 1.700 do novo Código Civil. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?Link=ATC&Seq=1210280&sReg=199900525477&sData=20040503&sTipo=5&formato=HTML> Acesso em 14/11/2011.

portanto, quando nascem das relações de família decorrentes do casamento, união estável e parentesco. Outra causa jurídica para os alimentos é a voluntariedade, ou seja, a espontaneidade de quem os oferece, que ocorrer por ato em vida (como na doação) ou *causa mortis* (pela via testamentária). Ainda relativamente à origem, classificam-se como ressarcitórios ou reparatórios se resultantes de sentença objeto de responsabilidade civil.

Com relação à natureza, os alimentos são naturais ou civis (estes também chamados de cõngruos). Naturais quando objetivam apenas às necessidades vitais do alimentando, não se prestando para cobrir gastos com suas condições sociais, intelectuais ou culturais. Por outro lado, os alimentos civis buscam a manutenção do padrão social de quem os pleiteia, procurando adequar uma situação que foi rompida ao seu paradigma do passado.

O momento procedimental da fixação dos alimentos é fator relevante na distinção dos alimentos, tendo em vista que serão provisórios, provisionais ou definitivos. Os provisórios constituem uma espécie de antecipação do próprio pedido final, já que, comprovando-se a existência do vínculo familiar, deve o julgador fixá-los na forma do artigo 4º da Lei de Alimentos¹¹. Já os alimentos provisionais, disciplinados como medida cautelar no artigo 852 do Código de Processo Civil, almejam atender à pronta necessidade daquele que não pode pleitear alimentos via rito especial da Lei 5.478/68, por não possuir prova pré-constituída da obrigação alimentar. Apesar da distinção entre os institutos se centrar na demonstração ou não da relação familiar, deve-se deixar claro que, em ambos, há a possibilidade de se conceder de imediato uma prestação vital a quem necessita. Por fim, qualificam-se como definitivos os alimentos fixados por decisão judicial de mérito.

2 - A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

2.1 - Antes da Reforma do Código de Processo Civil

Até a implementação das mudanças no Diploma Processual Civil pela Lei 11.232/2005, a execução dos alimentos se resumia a quatro arti-

11 BRASIL. Art. 4º, Lei 5478/68. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5478.htm>. Acesso em 14 nov. 2011.

gos do Capítulo V, do Título II, do Livro II do Código, especificamente, os artigos 732 a 735:

Art. 732. A execução de sentença, que condena ao pagamento de prestação alimentícia, far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste Título.

Parágrafo único. Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de embargos não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Art. 733. Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977)

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Art. 734. Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia.

Parágrafo único. A comunicação será feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constarão os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração.

Art. 735. Se o devedor não pagar os alimentos provisionais a que foi condenado, pode o credor promover a execução da sentença, observando-se o procedimento estabelecido no Capítulo IV deste Título¹².

¹² Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em 16 abr.2011.

As regras eram muito simples: ocorrendo inadimplemento, o credor era remetido a utilizar as regras pertinentes à execução por quantia certa contra devedor insolvente (excussão patrimonial) para recebimento de seu crédito ou, de modo mais incisivo, podia empregar o procedimento da coerção pessoal.

O que diferenciava a utilização de um ou outro método era a escolha do credor e a atualidade ou a preteriedade das prestações. Se as parcelas devidas detinham o caráter de atuais (consideradas legítimas a ensejar a prisão civil as três últimas parcelas devidas), então se permitia a medida extrema da coerção pessoal (art. 733, Código de Processo de Civil). Do contrário, caso as parcelas executadas ultrapassassem aquele período, a execução deveria ser processada via execução de sentença com a intromissão judicial no patrimônio do executado (art. 732, Código de Processo de Civil).

Uma terceira opção também era permitida: “usar-se o procedimento do art. 733 do CPC, para as três últimas parcelas vencidas, prosseguindo-se, no entanto, a execução por quantia certa dos alimentos atrasados... na forma do art. 732 do CPC...”, cindindo-se em duas vias a pretensão executória¹³.

Em qualquer dos casos, iniciava-se uma ação executória, distribuída por dependência aos autos principais, sendo requerida a citação do devedor.

2.2 - Após Reforma do CPC (Lei nº 11.232/2005)

Em 23/06/2006, entrou em vigor a Lei nº 11.232/2005. A norma em questão alterou profundamente a segunda parte do Código de Processo Civil, revogando inúmeros artigos e a própria estrutura da execução, tanto é certo que foi intitulada de Nova Lei de Execução.

Pelo novo regramento, a execução da sentença passou a ser mera etapa do procedimento, não mais sujeita a novo processo. Dessa forma, proferida decisão que condena um devedor ao pagamento de determinada quantia e se não efetuado por ele tal pagamento, inicia-se a fase executiva, por simples requerimento do credor, expedindo-se, logo em seguida, mandado de penhora e avaliação.

Mas e a execução dos alimentos? Foi modificada também? Houve menção na nova norma ao modo de cumprimento da prestação alimentícia? A prisão do devedor de alimentos persistiu?

¹³ CAHALY, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 1027.

Com relação ao primeiro dos questionamentos, a doutrina se dividiu, perfazendo-se duas correntes: a dos que defendiam a aplicação da Lei 11.232/2005 à execução dos alimentos por uma questão de unificação dos procedimentos, acabando-se com citações desnecessárias (Alexandre Freitas Câmara¹⁴; Luiz Guilherme Marinoni¹⁵); e a dos doutrinadores, como Humberto Theodoro Júnior¹⁶ que sustentam que a Lei 11.232/2005 não alterou o artigo 732 do Código de Processo Civil, porque se essa fosse sua intenção o teria feito de forma expressa, como assim procedeu em relação a outros artigos. Para este último doutrinador, a execução de alimentos continua sendo processo autônomo.

De fato, a Nova Lei de Execuções não mencionou expressamente a execução de alimentos, porém a jurisprudência foi suprindo essa omissão e reconhecendo a aplicação da nova lei aos débitos alimentícios¹⁷.

A dúvida pairou mesmo a respeito da prisão pela dívida alimentícia. Chegou-se a cogitar até mesmo da revogação desse tipo de execução, mas o bom senso prevaleceu e a doutrina unanimemente se uniu para garantir sobrevida a esse tipo de execução que, em boa parte dos casos, ainda é a única solução para o caso do devedor recalcitrante.

2.3 - No novo CPC (PL 8.046/2010)

As regras pertinentes à forma de efetivação da prestação alimentícia no projeto de lei que reforma o Código de Processo Civil estão disciplinadas nos artigos 514/521:

Art. 514. No cumprimento de sentença que condena ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixa alimentos, o juiz mandará intimar pessoalmente o

14 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 2, p. 367.

15 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 375.

16 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 2, p. 416.

17 AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. NOVA SISTEMÁTICA INSTITUÍDA PELA LEI Nº 11.232/2005. É aplicável a Lei nº 11.232/2005 à execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, conforme o enunciado nº 6 constante do Aviso nº 33/2006. Nestas condições, conhece-se e dá-se provimento ao recurso, para determinar o prosseguimento da execução de alimentos, adotando-se a nova sistemática do cumprimento de sentença instituída pela Lei nº 11.232/2005 (TJRJ – AI - 0024835-09.2007.8.19.0000 – 11ª C.Civ. - Des. Claudio de Mello Tavares - Julgamento: 27/06/2007). Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITA L1A&PGM=WEBJRP103&PORTAL=1&LAB=JURxWEB&DATA=62411&JOB=7264&INI=21&ORIGEM=1&TOT=32&PALA VRA=AGRAVO%20EXECUCAO%20ALIMENTOS%20ENUNCIADO&PRI1=&PRI2=&PRI3=&FLAGCONTA=0&CHECKACOR DAO=1&CHECKDECEISAOMONO=1>> Acesso em 14 nov. 2011.

devedor para, em três dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§ 1º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses.

§ 2º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 3º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Art. 515. Quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.

§1º Ao despachar a inicial, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

§2º O ofício conterá os nomes e o número de inscrição no cadastro de pessoas físicas do exequente e do executado, a importância a ser executada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deva ser feito o depósito.

Art. 516. Não requerida a execução nos termos deste Capítulo, observar-se-á o disposto nos arts. 509 a 513, com a ressalva de que, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Art. 517. O disposto neste Capítulo aplica-se aos alimentos definitivos ou provisórios, independentemente de sua origem.¹⁸

Como se denota das regras acima, para o Novo Código Civil, a execução dos alimentos continuará seguindo a dua-

18 BRASIL. Lei disponível em <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao>>. Acesso em 20 abr.2011.

lidade de sempre, ou seja, a possibilidade de se adentrar no patrimônio do devedor (conforme remissão aos artigos 509 a 513) e a prisão civil pelo inadimplemento voluntário.

Apesar do regramento mais claro, um primeiro questionamento surge: os artigos acima não fazem menção ao quantitativo do débito alimentício que poderá ser cobrado pelo procedimento da prisão civil. Assim, será que podemos afirmar que, promulgado o Novo CPC nos moldes acima, poder-se-á cobrar todo o débito via coerção pessoal?

2.4 - No Estatuto das Famílias (PL 674/2007)

Por outro lado, no Estatuto das Famílias, aprovado pela Câmara dos Deputados em 15/12/2010, o cenário executivo se altera sobremaneira:

Art. 187. Fixados os alimentos judicialmente, a cobrança será levada a efeito como cumprimento de medida judicial.

§ 1º A dívida alimentar decorrente de relação de parentesco ou de vínculo familiar, conforme o Título VI desta lei, poderá ser levada a protesto nos termos da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997, desde que haja:

I decisão judicial irrecorrível fixando alimentos provisórios ou provisionais;

II sentença transitada em julgado, depois de transcorrido o prazo para pagamento espontâneo (CPC art. 475- J);

III inércia do devedor, depois de decorrido o prazo de pagamento concedido pelo juiz na execução de encargo alimentar.

§ 2º Cabe ao credor requerer a emissão de certidão judicial da existência da dívida e levá-la a protesto no Tabelionato de Protesto de Títulos.

§ 3º A certidão de dívida judicial, a ser fornecida no prazo de três dias, deve indicar o nome e qualificação do credor e do devedor, o número do processo judicial, o valor líquido e certo da dívida, e a data do decurso do prazo para recurso,

em se tratando de decisão interlocutória, ou do trânsito em julgado da sentença.

§ 4º A exigibilidade das causas e emolumentos ficará suspensa quando o devedor litigar sob o benefício da assistência jurídica.

§ 5º O devedor que tiver proposto ação rescisória, frente à ação que estabeleceu o encargo alimentar, pode requerer, às suas expensas e responsabilidade, anotação, à margem do título protestado, acerca da existência da referida ação.

§ 6º O pedido de cancelamento do protesto deverá ser acompanhado de prova da quitação integral do débito, expedido pela autoridade judiciária com prazo de três dias, a contar do protocolo do requerimento.

Art. 188. Podem ser cobrados pelo mesmo procedimento os alimentos fixados em escritura pública de divórcio ou em acordo firmado pelas partes e referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou procurador dos transatores.

Art. 189. A cobrança dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença sujeita a recurso, se processa em procedimento apartado.

Art. 190. Os alimentos definitivos, fixados em qualquer demanda, podem ser cobrados nos mesmos autos.

Art. 191. Cabe ao juiz tomar as providências cabíveis para localizar o devedor e seus bens, independentemente de requerimento do credor.

Art. 192. A multa incide sobre todas as parcelas vencidas há mais de quinze dias, inclusive as que se vencerem após a intimação do devedor.

Art. 193. Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de impugnação não obsta a que o credor levante mensalmente o valor da prestação.

Parágrafo único. Sem prejuízo do pagamento dos alimentos, o débito executado pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do devedor, de forma parcelada, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse 50% de seus ganhos líquidos.

Art. 194. Para a cobrança de até seis parcelas de alimentos, fixadas judicial ou extrajudicialmente, o devedor será citado para proceder ao pagamento do valor indicado pelo credor, no prazo de três dias, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

Parágrafo único. Somente a comprovação de fato imprevisível que gere a impossibilidade absoluta de pagar servirá de justificativa para o inadimplemento.

Art. 195. O magistrado pode, a qualquer tempo, designar audiência conciliatória, para o fim de ajustar modalidades de pagamentos.

§ 1º Inadimplido o acordo, restará vencida a totalidade do débito, sem prejuízo do cumprimento da pena de prisão.

§ 2º Se o devedor não pagar, ou o magistrado não aceitar a justificação apresentada, decretará a prisão pelo prazo de um a três meses.

Art. 196. A prisão será cumprida em regime semi-aberto; em caso de novo aprisionamento, o regime será o fechado.

Art. 197. O devedor se exime da prisão comprovando o pagamento das parcelas executadas, das prestações vencidas até a data do adimplemento, dos juros e da correção monetária.

Art. 198. Cumprida a prisão, e não levado a efeito o pagamento, a cobrança prossegue nos mesmos autos, pelo rito da execução por quantia certa.

Parágrafo único. Sobre a totalidade do débito e sobre as parcelas vencidas até a data do pagamento incide multa, a contar da data da citação.

Art. 199. As custas processuais e os honorários advocatícios podem ser cobrados nos mesmos autos.

Art. 200. Citado o réu e deixando de proceder ao pagamento, o juiz determinará a inscrição do seu nome no Cadastro de Proteção ao Credor de Alimentos e demais instituições públicas ou privadas de proteção ao crédito.

§ 1º O juiz deve comunicar o valor e o número das prestações vencidas e não pagas.

§ 2º A determinação não depende de requerimento do credor.

§ 3º Quitado o débito, a anotação é cancelada mediante ordem judicial.

Art. 201. Em qualquer hipótese, verificada a postura procrastinatória do devedor, o magistrado deverá dar ciência ao Ministério Público dos indícios da prática do delito de abandono material.¹⁹

Da análise da proposta acima, extraem-se várias ponderações:

a) O *caput* do artigo 187 estabelece que a dívida dos alimentos estabelecidos judicialmente será cobrada como medida de cumprimento de sentença. De outra parte, o *caput* do artigo 188 permite a cobrança dos alimentos estabelecidos em escritura pública pelo mesmo procedimento. A pergunta é: o “procedimento” a que se refere esse segundo artigo é a possibilidade de protesto da dívida, ou a permissão para se utilizar o cumprimento de sentença conforme o *caput* do primeiro artigo? Se a resposta for sim somente para o protesto da dívida, não há maiores questionamentos. Porém, se a resposta for positiva para a segunda pergunta, então, há incongruência. Primeiramente, porque cumprimento de sentença refere-se a efetivação de uma decisão judicial. Em segundo lugar, se houve sentença é porque a ampla defesa e o contraditório foram devidamente observados em um procedimento judicial. Logicamente, não há como se cogitar de “cumprimento de sentença” de acordo extrajudicial.

¹⁹ Disponível em <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/191903-CAMARA-APROVA-O-ESTATUTO-DAS-FAMILIAS.html>. Acesso em 20 abr.2011.

b) A segunda incongruência refere-se ao artigo 189: a cobrança dos alimentos provisórios e daqueles sujeitos a recurso deverá ser feita em procedimento apartado. Mas esses alimentos não são judiciais? E tendo sido proferidos dentro de um processo judicial, não deveriam ser cobrados via cumprimento de sentença, como determina o artigo 187? Por que a discriminação com os alimentos provisórios? E os alimentos provisionais, como serão cobrados?

c) O artigo 194 traz duas questões a serem observadas: na contramão do entendimento dominante e sumulado²⁰, o legislador amplia para seis o total das prestações alimentícias que podem ser cobradas pela via da coerção pessoal. Se, para o devedor, já era difícil adimplir três parcelas, quase impossível será cumprir sua obrigação se se permitir a junção de até seis prestações alimentícias, tendo-lhe apontada para sua cabeça a *espada de Dâmocles*. O outro ponto a ser abordado ainda com relação ao mesmo artigo mencionado é a determinação para que o devedor seja *citado*. Se caminhamos no sentido da simplificação das formas processuais, se há posicionamentos²¹ cada vez mais frequentes no sentido de se viabilizar o requerimento do decreto prisional por meio de simples requerimento, porque, então, pregar a necessidade de citação do devedor? A manter-se esse raciocínio, ter-se-á verdadeiro retrocesso jurídico.

d) O artigo 200 é ainda mais duvidoso: alude à citação para prosseguimento da execução. Citação para quê? As regras disciplinadas não dizem respeito ao cumprimento de sentença?

3 - CONCLUSÕES

As digressões acima apontadas são grandes e importantes. Devem ser amplamente debatidas pela comunidade jurídica, evitando-se perda de tempo e de efetividade processual, tão desnecessária em nossa atualidade jurídica. Caso sejam promulgadas ambas as leis, as incertezas e outros conflitos emergirão certamente.

Nas considerações iniciais, foram colocados questionamentos:

1) houve interação entre o Projeto de Reforma do CPC e o Estatuto das Famílias? 2) a interpretação jurisprudencial sobre o tema foi levada

20 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula nº 309, Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 14 NOV. 2011.

21 Câmara, Alexandre Freitas. *A Nova Execução de Sentença*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 173.

em consideração? 3) por que não deixar para somente um dos ramos do direito a disciplina da matéria?

Sobre a primeira das indagações, a resposta é negativa. A despeito de não existir intercâmbio de ideias entre as diferentes maquetes jurídicas, a execução de alimentos encontra disparidades dentro mesmo dos próprios projetos, como acima demonstrado.

O entendimento dos Tribunais tampouco foi contemplado, deixando transparecer que a matéria está sendo analisada de primeira vez, abrindo campo para “experimentações” jurídicas. No Estatuto das Famílias, se nota com maior nitidez esse descompasso, pois, ao tentar recopilar todas as matérias pertinentes ao direito de família, o legislador acaba se excedendo, misturando direito material com processual, fato que acaba desembocando em uma miscelânea jurídica não muito proveitosa.

Visto por outro ponto de vista, pode ser que o legislador, ao alterar todo o tratamento dispensado à execução alimentícia, tenha querido mesmo revirar o pensamento para criar uma nova linha de raciocínio.

Adentrando na última indagação, opina-se que talvez mais acertado seja regular a execução dos alimentos no arcabouço que lhe é próprio, a Lei Processual Civil. Se uma lei já traz sérias controvérsias, o que não dizer da coexistência de duas regras dispondo de forma díspar o mesmo assunto?

Finaliza-se, pois, este arrazoado na esperança de que o tópico aqui tratado contribua, mesmo que de forma tímida, para uma reflexão dos operadores do Direito e que essa ponderação leve a resultados profícuos para todos.

A execução de alimentos deve ter sempre como foco a concretização do direito básico de sobrevivência, posto que como dizia o grande sociólogo Betinho, “quem tem fome tem pressa”²². ❖

22 Disponível em <<http://www.acaodacidadania.com.br>>. Acesso em 29 abr.2011.

4 - REFERÊNCIAS

Ação Cidadania. Disponível em <<http://www.acaodacidadania.com.br>>. Acesso em 29 abr.2011.

BRASIL. **TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RJ**. AI - 0024835-09.2007.8.19.0000 – 11ª C.Cív. - Des. Claudio de Mello Tavares - Julgamento: 27/06/2007). Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBJRP103&PORTAL=1&LAB=JURxWEB&DATA=62411&JOB=7264&INI=21&ORIGEM=1&TOT=32&PALAVRA=AGRAVO%20EXECUCAO%20ALIMENTOS%20ENUNCIADO&PRI1=&PRI2=&PRI3=&FLAGCONTA=0&CHECKACORDAO=1&CHECKDECISAOMONO=1>>. Acesso em 14 nov. 2011.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**. Sumula 379. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=379.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 14/11/2011.

_____. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao>>. Acesso em 20 abr.2011.

BRASIL. **Lei 5.478**. de 25 Julho de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5478.htm>. Acesso em 14 nov. 2011.

CAHALY, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Câmara, Alexandre Freitas. **A Nova Execução de Sentença**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Lições de direito processual civil**. 14ª ed., v. 2, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23ª ed. n. 5. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

VAGALUME. **Comida é água**. Disponível em: <<http://www.vagalume.com.br/titas/comida>>. Acesso em 15 abr. 2011.

Farias, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Fux, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense. 7ª ed. 1992.

Gonçalves, Carlos Roberto. 5ª ed. , v. 6, **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

HERTEL, Daniel Roberto. **Curso de Execução Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. **Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RI ZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28ª ed. v. 6, São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Nilton Ramos Dantas. **Alimentos**. Rio de Janeiro:Forense. 2ª ed. 2004.

Theodoro Júnior, Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Curso de direito processual civil**. 41ª ed. v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Artigos 25 do CPP e 102 do CP - Violência Doméstica e Interpretação Conforme a Constituição¹

Marcos Augusto Ramos Peixoto

Juiz de Direito - TJRJ

“É preciso reduzir o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução dos conflitos.”

Eugenio Raúl Zaffaroni²

Dispõem os artigos 25 do Código de Processo Penal e 102 do Código Penal que *“a representação será irretroatável, depois de oferecida a denúncia”*.

A representação, como sabemos, é condição específica de procedibilidade em determinadas ações penais de iniciativa pública condicionada, consistente na manifestação da vítima ou de quem legalmente a represente no sentido de deflagrar a persecução penal. Nas palavras de André Nicolitt, *“tal exigência decorre do fato de que determinados crimes atingem mais o interesse do ofendido do que o próprio interesse público na repressão, podendo a persecução penal gerar maior dano do que o próprio crime. Portanto, exige-se a representação como pedido-autorização da vítima”*.³

A seu turno, a razão de ser daqueles dois dispositivos reside em não atribuir à alegada vítima – naqueles crimes em que a lei respeita sua vontade quanto a prosseguir ou não na persecução – indefinidamente, o poder de dispor sobre a ação penal, o que traria prejuízos ao funciona-

1 Artigo em agradecimento à EMERJ pelo ensejo de participar como bolsista desta instituição de ensino junto ao 18º Seminário Internacional de Ciências Criminais do IBCCRIM, de 28 a 31 de agosto de 2012, em São Paulo.

2 *Apud* Sica, Leonardo, “Mediação, Processo Penal e Democracia”, in: Prado, Geraldo; Malan, Diogo (Orgs.), **Processo Penal e Democracia**, 1ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 289.

3 Nicolitt, André, **Manual de Processo Penal**, 1ª edição, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 117.

mento do Ministério Público e à administração da Justiça, com reflexos no princípio da indisponibilidade da ação penal pública, assim como indesejável incerteza no campo jurídico, além de severa angústia ao indiciado.

Na doutrina, poucas são as vozes que questionam a dicção legal, cabendo citar aqui a lição de Juarez Cirino dos Santos ao lembrar-nos que a regra anterior à reforma de 1984 do Código Penal era a limitação da retratação da representação até o **recebimento** da denúncia (não a seu oferecimento), sustentando ser impreciso o limite atual ao não ser possível saber “*se significa (a) entrega da denúncia em Cartório, ou (b) apresentação da denúncia ao Juiz, para recebimento ou rejeição*”⁴, a mesma questão sendo encontrada em Delmanto, para quem “*a oferta da denúncia não se equipara a sua mera feitura ou subscrição. O oferecimento da denúncia tem de ser entendido como a sua apresentação ao juiz, ato que se prova com o despacho deste, a recebendo ou rejeitando*”.⁵

A jurisprudência pátria por igual caminha no sentido de aplicar os citados ditames legais, a mais das vezes sem maiores ressalvas ou críticas, como se vê do seguinte aresto oriundo do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE (CAPUT DO ART. 129 DO CP, C/C O ART. 88 DA LEI Nº 9.099/95). PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL, POR MOTIVO DE RETRATAÇÃO DO ATO DE REPRESENTAÇÃO JUNTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO. INADMISSIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 25 DO CPP. ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS IMPETRADO PERANTE TURMA RECURSAL. NORMA REGIMENTAL QUE PERMITE AO MAGISTRADO PROLATOR DO ATO IMPUGNADO INTEGRAR O QUÓRUM DE JULGAMENTO NA TURMA RECURSAL (REGIMENTO INTERNO DAS TURMAS RECURSAIS DO ESTADO DE MINAS GERAIS - CAPÍTULO II). INCONSTITUCIONALIDADE. GARANTIA DO JUIZ NATURAL.

É irretratável a representação da vítima depois de oferecida a denúncia pelo Ministério Público (CPP, art. 25). Não gera a extinção do processo penal a retratação que, somente formalizada após o oferecimento da denúncia, tem como objetivo obstar a continuidade de feito já instaurado...

4 Cirino dos Santos, Juarez, **Direito Penal – Parte Geral**, 3ª edição, Curitiba, ICPC/Lumen Juris, 2008, p. 681.

5 Delmanto, Celso, et al., **Código Penal Comentado**, 6ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 193.

Omissis...

(HC 85056, Relator Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/2005, DJ 25-08-2006 PP-00017 EMENT VOL-02244-03 PP-00451 RTJ VOL-00201-01 PP-00189 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 387-393).

Não diverge o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DE HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA OS COSTUMES. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. OFERECIMENTO DA DENÚNCIA.

I - Os arts. 25 do CPP e 102 do CP deixam claro que a retratação só tem relevância jurídica se realizada antes do oferecimento da denúncia. O recebimento desta não é referencial para a verificação da eficácia da retratação. II - Oferecida a proemial acusatória, a ação penal se torna indisponível. Recurso desprovido.

(RHC 10176/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2000, DJ 05/02/2001, p. 115).

Ocorre que, enquanto na maioria dos casos tal opção legislativa apresenta um verdadeiro indiferente, em determinadas hipóteses aqueles dispositivos do Código Penal e do Código de Processo Penal se chocam com princípios constitucionais da maior relevância, os quais, se não são suficientes para ensejar a plena inconstitucionalidade dos citados artigos de lei em caráter abstrato, impõem que, diante de tais princípios e em determinadas condições concretas, seja feita **interpretação conforme a constituição**.

Isto se dá precipuamente (mas não só) nas hipóteses do artigo 129 parágrafo 9º do Código Penal, acrescido pela Lei 10.886/2004, posteriormente alterado pela Lei 11.340/2006 – chamada “Lei Maria da Penha” – que afinal dispôs:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Omissis...

Violência Doméstica

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Lembremos que o artigo 88 da Lei 9.099/95 já estatuiu, desde antes destas alterações no Código Penal, que “*além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas*”.

Cabe aqui colocar parênteses, pois, de início, como bem sabemos, a doutrina e jurisprudência se digladiaram quanto à natureza da ação penal em crimes envolvendo as circunstâncias do parágrafo 9º, pretendendo alguns (principalmente na órbita do Ministério Público) que teria ela passado a ser pública incondicionada por força do que dispõe o artigo 41 da Lei 11.340/2006, o qual, segundo aquele entendimento, teria afastado por completo a aplicabilidade da Lei 9.099/95 nestas hipóteses e, portanto, também de seu artigo 88. A matéria, entretanto, pacifica-se em sentido diametralmente oposto, isto mesmo após o julgamento conjunto da ADIn 4.424 e da ADC 19 pelo Supremo Tribunal Federal, que **se limitou à esfera da Lei Maria da Penha**, ao declarar constitucional seu artigo 41 e inconstitucional seu artigo 16 para tornar, **dentro daquele contexto**, a ação penal de iniciativa pública incondicionada, decisão esta com efeitos vinculantes (e lamentáveis...).

Que fique bem claro portanto: **não estamos aqui no campo da Lei Maria da Penha**. Ainda que se trate de dispositivo alterado por aquele diploma, o artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal trata de violência em contexto doméstico, de coabitação e hospitalidade, ainda que praticada contra homem, portanto em tudo distante do que estatuem o artigo 1º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (ratificada pelo Brasil em 1984), o artigo 1º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (ratificada pelo Brasil em 1995) e os artigos 1º e 5º da Lei 11.340/2006, que têm como foco particular a violência doméstica e familiar **contra a mulher**, com todas as sua especificidades vinculadas à **violência de gênero** e ao intuito (admitido – concordemos ou não – por nosso Tribunal

Constitucional⁶) de conferir à mulher tutela especial do direito infraconstitucional enquanto “pessoa vulnerável e hipossuficiente” em situações de violência de gênero.

Em resumo, caracterizada a violência doméstica e familiar contra a mulher como **de gênero** na hipótese do **crime de lesão corporal**, aplica-se o artigo 41 da Lei Maria da Penha, passando a ação penal a ser pública incondicionada, em conformidade com o julgado do Supremo Tribunal Federal. Do contrário, será pública condicionada à representação, ainda que nas hipóteses do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal exista vítima do sexo feminino.⁷

Fechados os parênteses, em se tratando – conforme demonstrado – de crimes afetos a ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, seria o caso de aplicar às hipóteses do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal o que estatuem os artigos 102 do mesmo ordenamento e 25 do Código de Processo Penal, *i.e.*, limitando a possibilidade de retração à **oferta** da denúncia.

Ocorre que em tal contexto o posicionamento doutrinário e jurisprudencial usual envolvendo estes últimos dispositivos legais traz inúmeros percalços e profundas preocupações. Aventemos a seguinte hipótese: A, embriagado, em uma festa familiar, agride B, **seu irmão**, causando-lhe lesão leve; B, irritado e no calor dos fatos, procura a Delegacia Policial onde registra a ocorrência e oferta representação; após a regular (e usualmente demorada) tramitação do respectivo Inquérito Policial, é oferecida pelo Ministério Público denúncia em face de A, a qual, ultrapassados os trâmites iniciais, é recebida pelo Juízo competente; em audiência, entretanto, B esclarece que, ainda que sejam verdadeiros os fatos elencados na inicial, tudo já está superado no contexto familiar, que os irmãos alcança-

6 “O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta para, dando interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei nº 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, contra o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Presidente). Falaram, pelo Ministério Público Federal (ADI 4424), o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República; pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo interessado (ADC 19), Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Dr. Ophir Cavalcante Júnior e, pelo interessado (ADI 4424), Congresso Nacional, o Dr. Alberto Cascais, Advogado-Geral do Senado. Plenário, 09.02.2012” (em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=31109529&tipoApp=RTF>, consultado em 20 de setembro de 2012).

7 “A defesa da tese contrária acaba desembocando no repisar de concepções superadas pela moderna ciência criminal, as quais são marcadas principalmente pela desconsideração da vítima no cenário criminal e pelo mito de um Direito Penal como primeira e única opção para a pacificação dos conflitos e regulação da convivência social” (Cabette, Eduardo Luiz Santos; Couto Júnior, Osmir Pires, *A ação penal nos casos de violência doméstica*, disponível na internet: www.ibccrim.org.br, consultado em 20 de setembro de 2012).

ram as pazes, e que pretende encerrar a ação – trata-se de situação extremamente corriqueira para aqueles que vivenciam o cotidiano de uma Vara Criminal. Pois bem: que fazer?

A resposta para aqueles que adotam o posicionamento usual e endeusam o princípio da indisponibilidade da ação penal pública (ainda que atualmente já por tantas vezes flexibilizado) seria simples e objetiva: **“nada pode ser feito”**, pois, **ofertada** a denúncia, não está mais nas mãos da alegada vítima dispor da ação penal mediante a retratação de sua anterior representação. Ainda que fosse realizada perante o Juízo competente audiência especial após o oferecimento da denúncia, porém antes de seu recebimento, na qual a vítima manifestasse a retratação, o posicionamento seria o mesmo para aqueles que assim entendem. A consequência disto, contudo, seria nada menos que reavivar todo o contexto conflituoso interfamiliar, em contradição frontal, portanto, aos princípios constitucionais da proteção da família e da pacificação social.

Ora, o artigo 88 da Lei 9.099/95, acima transcrito, tem como fundamento essencial exatamente o propósito maior de pacificação contido no ideal de *“harmonia social”* previsto no preâmbulo da Constituição Federal⁸, e na busca da *“conciliação”* prevista no inciso I do seu artigo 98 (refletido no próprio artigo 2º da referida Lei). Isto porque o direito de representação nas ações penais de iniciativa pública condicionada permite, exatamente, que os envolvidos em delito como aquele do artigo 129, parágrafo 9º, do Código Penal alcancem a autocomposição do litígio, acelerando assim a paz social almejada pelo constituinte originário.

Aliás, poderíamos mesmo dizer que a pacificação social é o escopo primordial da própria prestação jurisdicional e, em última análise, da existência do Poder Judiciário⁹, não cabendo a este, portanto, aplicar ditames legais que se contraponham aos objetivos essenciais não só deste mesmo Poder como, principalmente, da Constituição Federal.

Por outro lado, *“a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*, nas palavras do *caput* do artigo 226 da Carta Maior,

8 Ainda que saibamos das limitações atinentes ao preâmbulo constitucional, por *“não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem”* (Moraes, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 23ª edição, São Paulo, Atlas, 2008, p. 20).

9 *“Sem dúvida, a função típica do Poder Judiciário é a jurisdicional (prestação jurisdicional), que se traduz justamente na interpretação e aplicação das normas para a resolução de casos concretos solvendo lides com caráter de definitividade e, com isso, realizando a pacificação social”* (Fernandes, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, 3ª edição, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 164).

sendo certo que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (parágrafo 8º do mesmo dispositivo constitucional). Se assim é, ao Estado compete privilegiar a pacificação da família, ao contrário de aplicar normas que tendem exatamente ao oposto, ou seja, à sua desagregação ou desestruturação, inviabilizando a pacificação social ao aplicar mecanismos que, às avessas, incentivam a violência no âmbito das relações familiares (violência esta não necessária ou exclusivamente física, como a que teria ocorrido gerando inicialmente o conflito, mas também psíquica ao impor, com base em vetusto dispositivo legal, no exemplo, que um irmão processe criminalmente outro irmão, ambos apaziguados).

Pois bem, nas palavras de Luis Roberto Barroso, “...singulariza o documento constitucional a presença de normas que se dizem programáticas. Contêm elas disposições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados. Seu objeto é o de estabelecer determinados princípios e fixar programas de ação. Característica dessas regras é que elas não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretoras. Por explicitarem fins, sem indicarem os meios, investem os jurisdicionados em uma posição jurídica menos consistente do que de conduta típicas, de vez que não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo negativo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Por via de consequência, as potencialidades que oferecem são distintas e o intérprete e aplicador da norma tem de ser atento a isso”.¹⁰

Estes são os princípios, identificados por Robert Alexy como “mandados de otimização”¹¹, que conferem orientações aos Poderes da República no sentido de que se sirvam dos mesmos elementos norteadores na prática cotidiana dos atos próprios à suas naturezas e funções, vestindo assim a mesma roupagem democrática e republicana, sendo certo que quando determinado ato, ação, omissão, norma exarada pelo poder público afronta estes mandados de otimização, desafia controle de constitucionalidade, que poderá se dar pela via direta ou incidental.

¹⁰ Barroso, Luis Roberto, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 91.

¹¹ “Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas existentes” (apud Fernandes, Bernardo Gonçalves, *op.cit.*, p. 164).

Aqui, entretanto, não estamos diante de uma inconstitucionalidade absoluta, que demande a cabal retirada das normas contidas nos artigos 25 do Código de Processo Penal e 102 do Código Penal do mundo jurídico, pois, como acima asseveramos, via de regra é indiferente a adoção, pelo legislador infraconstitucional, do **oferecimento** da denúncia como termo final para a possibilidade de retratação da representação, sendo por isso mesmo em diversas hipóteses tais normas compatíveis com o texto constitucional, cabendo, portanto, serem mantidas em homenagem ao princípio geral da separação dos Poderes e visando a preservação das normas oriundas do Poder Legislativo, que dispõe de representatividade para editá-las.

Contudo, em face de delitos que abrangem **violência doméstica** (exceção feita, repita-se, à **violência de gênero** contra a mulher, por força da citada decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu, com efeitos *erga omnes*, nestas circunstâncias, ser a ação penal de iniciativa pública **incondicionada**), a adoção deste termo *ad quem* para a representação, por um lado, inviabiliza a consecução do ideal e princípio constitucional da pacificação social e, por outro, despreza o princípio da proteção da família, não podendo uma regra de natureza procedimental a estes se sobrepôr, sob pena de subverter o arcabouço jurídico ante a ótica da primazia dos princípios.

*“A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico”, diz Alexandre de Moraes, “e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico”.*¹²

É justamente em situações tais que há de ser concretizada a interpretação conforme a constituição, de modo a extrair do texto normativo leitura que o compatibilize com a Constituição Federal, bem como afastar leituras que com esta conflitem.

¹² Moraes, Alexandre de, *op.cit.*, p. 16.

Nos ensina Luis Roberto Barroso que “à vista das dimensões diversas que sua formulação comporta, é possível e conveniente decompor didaticamente o processo de interpretação conforme a Constituição nos elementos seguintes: 1) Trata-se de escolha de uma interpretação da norma legal que a mantenha com a Constituição, em meio a outra ou outras possibilidades interpretativas que o preceito admita. 2) Tal interpretação busca encontrar um sentido possível para a norma, que não é o que mais evidentemente resulta da leitura de seu texto. 3) Além da eleição de uma linha de interpretação, procede-se à exclusão expressa de outra ou outras interpretações possíveis, que conduziram a resultado contrastante com a Constituição. 4) Por via de consequência, a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”.¹³

Assim é que, conforme demonstrado, se revela, em um primeiro momento, de todo incompatível com os princípios constitucionais retro citados a eleição da **oferta** da denúncia como termo final para a possibilidade de retratação da representação nas hipóteses de violência doméstica (quando a hipótese fática não tenha como vítima mulher em situação de violência de gênero, como decidiu o STF). Em um segundo momento, como corolário, se impõe a compreensão dos textos normativos já referidos, nestas hipóteses, nos seguintes termos: a representação será irretratável depois de oferecida a denúncia, **desde que não se esteja diante de violência doméstica**.

A simples dicção dos artigos 25 do Código de Processo Penal e 102 do Código Penal, sem tal interpretação conforme a Constituição Federal, colabora para a perpetuação ou quando não para o reavivamento do conflito, impondo, por mera deliberação abstrata do legislador infraconstitucional, a desagregação familiar como **grave** consequência.

O entendimento aqui proposto guarda consonância com os princípios constitucionais da pacificação social e da proteção à família, buscando concretizar (leia-se: conferir efetividade) a “*otimização*” de que fala Alexy na exata medida em que viabiliza ao Judiciário, antes do eventual recebimento da denúncia **já ofertada**, realizar audiência especial de modo a buscar, de um lado, a “*efetiva solução do conflito*”, referida

¹³ Barroso, Luis Roberto, *op.cit.*, p. 140.

por Zaffaroni, através de técnicas de mediação e conciliação, e, de outro, respeitar eventual autocomposição alcançada pelos membros de uma mesma família envolvidos em delito de médio potencial ofensivo sujeito a ação penal de iniciativa pública condicionada e, por fim, respeitar a livre manifestação de vontade da alegada vítima em não dar prosseguimento à ação criminal condicionada à representação em face de seu ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, privilegiando, enfim, a **intervenção mínima** do Direito Penal nas relações sociais. ❖

O Novo Regime Processual dos Crimes Praticados por Organizações Criminosas

Franklyn Roger Alves Silva

Mestre em Direito Processual pela UERJ.

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Professor da Universidade Cândido Mendes.

I – INTRODUÇÃO

Algumas poucas normas do ordenamento jurídico penal e a Lei n. 9.034/95 já continham dispositivos que tratavam da repressão às organizações criminosas, conferindo tratamento mais gravoso a esta modalidade de cometimento de delito.

Faltava o principal! A definição do que seriam organizações criminosas, detalhe a princípio insignificante, mas que revelava excessiva repercussão, ante o princípio da reserva legal previsto no Código Penal.

Não era possível admitir a completa incidência das normas gravosas contidas na Lei n. 9.034/95 e muito menos interpretar rigidamente o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, ante a inexistência de um conceito preciso, capaz de definir as organizações criminosas.

Nesse contexto, coube inicialmente à doutrina e à jurisprudência defender a ausência de definição legal e a conseqüente impossibilidade de aplicação das normas mais gravosas, visto que necessário o enquadramento jurídico das organizações criminosas.

Com o passar dos anos, após melhor reflexão de alguns poucos julgados do Superior Tribunal de Justiça¹, passou-se a admitir a utilização do

1 HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes -mormente estelionatos -, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de "testas-de-ferro", desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes.

2. Capitulção da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente

conceito de organizações criminosas previsto na Convenção de Palermo, não obstante os inúmeros reclames da doutrina².

O tema estava longe de ser pacificado, pois, em recente precedente, o Supremo Tribunal Federal³ ventilou críticas à utilização do conceito de crime organizado cunhado em instrumento de direito internacional. Em linha de síntese, o pretório excelso assentou que as convenções internacionais não se revelariam como fontes formais do Direito Penal, em observância ao princípio da reserva legal, de modo que a definição de crimes organizados careceria de regulamentação por meio de lei federal. Além disso, o STF teceu críticas à própria natureza vaga e imprecisa do conceito existente no art. 2º, 'a' da Convenção de Palermo⁴.

A hipótese enfrentada pelo STF se tratava de Lei Estadual que regulamentava o funcionamento de Vara Criminal Especializada em processos que envolvem organizações criminosas, estabelecendo um órgão de competência coletiva.

Sobre esse ponto, restou reconhecida a constitucionalidade da norma estadual, visto que a existência de uma Vara com composição colegiada não acarretaria vício ao princípio do juiz natural, posto que se trataria de questão de caráter procedimental, nos termos do art. 24, XI, da Constituição Federal, cuja finalidade era a de preservar a segurança de magistrados que julgassem processos concernentes às organizações criminosas.

Hoje, com a edição da Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, que entra em vigor 90 (noventa) dias após a sua publicação, a questão aparentemente é pacificada ante a definição contida no art. 2º da lei.

específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei nº 9.034/95, com a redação dada pela Lei nº 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente. (...)

6. Ordem denegada.

STJ - HC 77771 SP 2007/0041879-9 - Ministra LAURITA VAZ - 30/05/2008 - T5 - QUINTA TURMA Publicação: Dje 22.09.2008

2 Para Luiz Flavio Gomes não se afigura possível a utilização do conceito previsto na Convenção de Palermo, tendo em vista que não se trata de norma submetida ao processo legislativo previsto na Constituição, ante a sua incorporação como tratado internacional (GOMES, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 06 de maio de 2009.).

3 STF - ADI 4414/AL, rel. Min. Luiz Fux, 24.5.2012.

4 "Artigo 2

Terminologia

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;"

Opta o legislador por definir a organização criminosa como a associação de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou cujo caráter seja transnacional.

Como ponto de partida, há que se analisar isoladamente a pena máxima de cada conduta delituosa praticada. Não é possível admitir a constituição de organização criminosa se cada crime praticado não tenha pena igual ou superior a 4 (quatro) anos. A intenção do legislador é a repressão de crimes graves, pelos quais é necessária a resposta penal mais incisiva.

Vê-se, por exemplo, que toda a infração que venha a ser praticada por organização criminosa poderá ser inafiançável e ao mesmo tempo alvo de prisão preventiva, visto que o patamar de quatro anos é o parâmetro para a proibição de prisão preventiva⁵ e, ao mesmo tempo, limitador da concessão de fiança pela autoridade policial⁶.

Praticado, por exemplo, crime cuja pena máxima seja de 3 (três) anos, em concurso com outra infração penal cuja pena seja de 1 (um) ano, a nosso ver não restará evidenciada a organização criminosa, uma vez que o requisito legal pressupõe a análise isolada de cada conduta delituosa, regra excetuada apenas em hipóteses de condutas transnacionais, em que o patamar de pena não é observado.

A leitura do art. 2º permite essa constatação pelo fato de o legislador se referir a “crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos”. A utilização da palavra no plural deixa claro o intuito do legislador de revelar que o concurso de infrações é fator relevante para a organização criminosa, mas não a ponto de permitir a soma das penas.

Essa conclusão também nos permite inferir que as infrações penais de menor potencial ofensivo estão afastadas do âmbito das organizações criminosas, salvo quando praticadas em concurso com crimes cuja pena seja igual ou superior a 4 (quatro) anos.

Evidencia-se uma nova modalidade de concurso necessário, diversa

5 “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (...)”

6 “Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.”

do art. 35 da Lei n. 11.343/06 (Associação ao tráfico), do art. 288 do Código Penal (quadrilha ou bando) e do art. 2º da Lei n. 2.889/56 (Associação para prática de genocídio).

Vê-se, entretanto, que a associação para o crime organizado não constitui crime autônomo, mas é apenas uma característica da prática delituosa, que permitirá a aplicação de normas mais gravosas, ante a natureza dos delitos e do concurso de pessoas empregado.

Além disso, a constituição de uma organização criminosa pressupõe a associação entre ao menos três pessoas, quantitativo este inferior ao próprio crime de quadrilha ou o de associação para o genocídio.

Praticado o delito, com as características de uma organização criminosa, será possível ao juiz conferir tratamento específico ao processo judicial, conforme os ditames da Lei n. 9.034/95 e da Lei n. 12.694/12.

Ponderação que merece destaque consiste, por interpretação do texto legal, em que a configuração de uma organização criminosa pressupõe a demonstração da estabilidade e permanência do grupo, como assenta a jurisprudência no que diz respeito aos crimes de concurso necessário⁷.

Será ônus da investigação penal e da instrução processual revelar que os acusados praticaram as condutas delituosas de modo estruturado, evidenciando verdadeira organização criminosa.

Uma organização com o fim de praticar crimes possui estrutura própria, não sendo possível concluir que a prática de crimes em concurso, por si só, seja elemento revelador da natureza criminosa da associação de agentes.

A incidência dos diplomas legais exigirá um mínimo de indícios de que os crimes são praticados por organizações criminosas, de modo a autorizar juiz a deferir as diligências e medidas específicas, pois, do contrá-

7 TRÁFICO. DROGAS. ASSOCIAÇÃO.

Trata-se de pacientes denunciados e condenados por tráfico de entorpecentes e associação; um deles foi condenado a nove anos e quatro meses de reclusão, sendo cinco anos e dez meses por tráfico, e três anos e seis meses pela associação; enquanto o outro, a oito anos e seis meses de reclusão, ou seja, cinco anos e três meses por tráfico e três anos e três meses pela associação. A Defensoria Pública, no *habeas corpus*, alega que a condenação por associação foi fundamentada no simples fato de estarem os pacientes juntos no momento da abordagem policial e que o enquadramento legal para o aumento da pena é o de associação eventual prevista em legislação revogada pela Lei n. 11.343/2006. Para o Min. Relator, não há crime de associação; pois, em nenhum momento, foi feita qualquer referência nos autos a vínculo associativo permanente, e esse crime reclama concurso de duas ou mais pessoas de forma estável ou permanente, ligadas pelo *animus* associativo dos agentes, não se confundindo com a simples coautoria. Observa que também nesse sentido é a jurisprudência deste Superior Tribunal. Com esse entendimento, a Turma concedeu a ordem para excluir da condenação o tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes citados: HC 21.863-MG, DJ 4/8/2003, e HC 46.077-MS, DJ 20/3/2006. HC 149.330-SP, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 6/4/2010.

rio, serão comuns as simples especulações do Ministério Público e das autoridades policiais com o fim de taxar qualquer crime praticado em concurso de pessoas como se organização criminosa fosse, prática esta que deverá ser repelida pelo Judiciário.

II – O JUIZ NATURAL EM CRIMES ENVOLVENDO ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

A grande novidade da lei de repressão aos crimes organizados situa-se em seu art. 1º, que prevê a possibilidade de instituição de um colegiado judicial para a prática de atos processuais em quaisquer processos ou procedimentos, em especial quando os atos se referirem a: 1 - decretação de prisão ou de medidas assecuratórias; 2 - concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão; 3 - sentença; 4 - progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena; 5 - concessão de liberdade condicional; 6 - transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima; 7 - inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

Depreende-se a preocupação do legislador em diluir a responsabilidade dos atos processuais mais complexos, de modo a assegurar a integridade do magistrado que preside a instrução de processos que envolvem organizações criminosas.

A instauração do colegiado é ato discricionário do juiz e pressupõe decisão fundamentada que revele os motivos e as circunstâncias que trazem risco à sua integridade física, com conseqüente comunicação ao respectivo órgão de correição, conforme o preceito contido no §1º do art. 1º da lei em comento.

Meras especulações não poderão ser admitidas como razões aptas a permitir a constituição do colegiado e alteração do juiz natural da causa, sob pena de se colocar em xeque o princípio do devido processo legal e o próprio conceito de jurisdição.

A composição do colegiado observará os ditames do §2º do art. 1º, constituindo-se pelo juiz do processo e por outros dois magistrados escolhidos por sorteio eletrônico dentre os juízes com competência criminal em exercício no primeiro grau de jurisdição⁸.

8 Em complemento e com base em recente precedente do STF, que declarou a inconstitucionalidade de norma estadual que criava vara especializada com competência para julgamento de processos envolvendo organizações criminosas, faz-se necessário observar, em respeito ao princípio do juiz natural e a inamovibilidade do juiz, que o sorteio eletrônico deve ser realizado mediante a observância de critérios objetivos, sempre levando em consideração a competência territorial dos juízes envolvidos, sob pena de torna casuística a designação.

Denota-se aqui a preocupação do legislador em preservar o princípio do juiz natural, evitando-se a composição do juízo colegiado por meio de casuísmos ou indicações políticas do próprio tribunal⁹, estabelecendo os critérios objetivos a serem preenchidos pelo juiz.

Percebe-se que entre os atos judiciais capazes de permitir a formação do colegiado não se evidencia a instrução processual. No entanto, atento para o fato de que o art. 399, §2º introduziu o princípio da identidade física no Processo Penal, não se pode deixar de considerar que o magistrado que participou da instrução deverá integrar o colegiado, sob pena de nulidade do ato judicial¹⁰.

As regras referentes ao funcionamento do órgão colegiado encontram-se previstas nos §§ 3º, 4º, 5º e 6º, restrita a sua competência apenas à prática do ato processual o qual deu ensejo a formação da composição coletiva¹¹.

Qualquer ato judicial praticado em desalinho com a decisão que determinou a formação do órgão colegiado será repleta de flagrante nulidade, visto que a instituição do juiz natural coletivo é condicionada ao rumo estabelecido pela decisão de constituição.

9 Sobre este tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4414-AL, Rel. Min. Luiz Fux, declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que permitia a composição de colegiado para o julgamento de crimes organizados mediante designação do Presidente do Tribunal e consequente aprovação do pleno por prazo determinado de dois anos. O fundamento da inconstitucionalidade se escorava na afronta ao princípio do juiz natural, ao princípio da identidade física e à própria inamovibilidade, visto que a composição do colegiado não poderia estar vinculada à discricionariedade da Presidência do Tribunal de Justiça. Também se reconheceu a inconstitucionalidade da lei estadual quando a mesma autorizava que o juiz alvo de ameaça requisitasse o auxílio da vara especializada, ao argumento de que estar-se-ia, por via transversa, criando verdadeiro tribunal de exceção.

10 Vale o registro de que a jurisprudência do STJ tem admitido a incidência das exceções do art. 132 do CPC ao Código de Processo Penal:

PRINCÍPIO. IDENTIDADE FÍSICA. JUIZ. SENTENÇA. FÉRIAS.

Os impetrantes sustentam a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que não teria sido observado o princípio da identidade física do juiz, previsto no art. 399, § 2º, do CPP, visto que o magistrado sentenciante não teria sido o mesmo que presidiu a instrução criminal. Na hipótese, o juiz titular estava em gozo de férias e de alguns dias de compensação, e a sentença foi proferida por juiz diverso em data quando o juiz titular já havia retomado suas funções. A Turma entendeu que, de acordo com o referido princípio, aplicado no âmbito do processo penal somente com o advento da Lei n. 11.719/2008, o magistrado que presidir a instrução criminal deverá sentenciar o feito, ou seja, o juiz que colher a prova fica vinculado ao julgamento da causa, por entender-se que seria mais fiel ao sentido do conjunto probatório, porquanto em contato direto com a prova, do que aquele que dele tomasse conhecimento apenas pelos elementos dos autos. Assim, diante da ausência de outras normas específicas que regulamentem o mencionado dispositivo legal, o STJ entende dever ser admitida a mitigação do aludido princípio nos casos de convocação, licença, promoção, aposentadoria ou afastamento por qualquer motivo que impeça o juiz que presidiu a instrução a sentenciar o feito, por aplicação analógica, devidamente autorizada pelo art. 3º do CPP, da regra contida no art. 132 do CPC. Ao prosseguir o julgamento, a Turma concedeu a ordem para anular a sentença proferida contra o paciente. HC 185.859-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 13/9/2011.

11 Apesar de silente a este respeito, acreditamos que a cada ato judicial dever-se-á realizar o sorteio de um colegiado, não havendo vinculação dos magistrados que integraram o colegiado anterior.

Com o fim de assegurar a integridade dos magistrados e a eficácia da decisão judicial, o § 4º faculta que as reuniões realizadas pelo colegiado possam ser sigilosas, inclusive por via eletrônica quando os magistrados estiverem domiciliados em cidades diversas (§ 5º)¹².

Aqui não nos parece haver qualquer transgressão da norma legal ao texto constitucional. O afastamento da publicidade no momento da elaboração da decisão pelo colegiado não confronta o princípio constitucional da publicidade das decisões. O que não se pode admitir é a negativa de acesso das partes aos autos processuais após a prolação do ato judicial¹³, impedindo-se a ciência e a possibilidade de impugnação.

Admitir o contrário seria pura leviandade e ingenuidade. Sabe-se que a todo tempo o magistrado reflete sobre as causas que lhe são apresentadas para julgamento e que a prolação de decisão nem sempre é imediata. A publicidade de um ato processual diz respeito apenas à sua exteriorização no mundo jurídico.

É verdade que nos tribunais o debate reflete a publicidade do julgamento, de sorte que as sessões de julgamento são públicas e as divergências são evidenciadas às partes. No entanto, não se pode olvidar que os tribunais editam acórdãos, que, como a própria concepção da palavra exprime, são a comunhão dos votos individuais dos magistrados integrantes do órgão colegiado.

O que a Lei n. 12.694/12 prevê é a formação de um colegiado de juízes de primeiro grau para a elaboração de decisões, cuja essência exprime a manifestação de um juiz natural monocrático (decisões interlocutórias e sentenças), mas que, por questões de segurança, passa a ser um órgão colegiado, sem perder a sua essência.

Enquanto a decisão amadurece na mente do magistrado, não há como admitir que o mesmo seja compelido a se manifestar sobre suas impressões da causa, ainda que informalmente, pois configurar-se-ia verdadeiro pré-julgamento. Por essa razão, este deve ser o mesmo raciocínio no que concerne à formação da decisão na reunião do órgão colegiado.

12 A lei neste ponto se alinha à informatização da justiça, evitando a necessidade de encontros presenciais que apenas prejudicariam os magistrados no desempenho de suas atividades regulares.

13 O STF, no julgamento da ADI 4414-AL, de relatoria do Ministro Luiz Fux, declarou inconstitucional a norma estadual que assegurava o sigilo total e absoluto a todos os processos que tramitavam perante vara especializada. Entendeu-se que a regra de sigilo indiscriminado afrontaria o princípio da publicidade e impediria que qualquer cidadão do povo tomasse conhecimento de ilegalidades, impedindo-se assim, o controle por meio do *Habeas Corpus*.

A edição da sentença e a prática dos demais atos judiciais típicos de um órgão jurisdicional monocrático não devem ser encaradas como nulas, ao simples argumento de que as partes não participaram do momento de sua formação.

Em atenção à norma do art. 93, IX, da Constituição Federal, as decisões proferidas pelo colegiado serão devidamente fundamentadas e firmadas por todos os seus integrantes, nos termos do § 6º.

É verdade que como se trata de um órgão de natureza coletiva, sempre será possível a divergência de posições entre seus membros. No entanto, a lei autoriza que as decisões proferidas sejam publicadas sem qualquer referência à existência de opinião divergente por parte de um dos magistrados integrantes do colegiado.

Depreende-se que a não publicidade da divergência decorre da própria natureza dos atos prolatados. A partir do momento em que o colegiado profere sentenças ou decisões, depreende-se que o órgão coletivo, após debates e considerações, entendeu por editar o ato judicial a partir da posição predominante. Como não há, em tese, recurso específico¹⁴ contra sentença cuja elaboração tenha partido de posições divergentes, não há falar em prejuízo por conta da não publicização das opiniões contrárias.

Se o intuito do legislador é prestigiar a integridade do magistrado, diluindo sua responsabilidade, nada mais natural que a eventual divergência não venha aos autos, sob pena de se colocar em maior risco a segurança dos integrantes do colegiado.

Além de todas as consequências advindas da nova lei, a regra inserida no § 7º do art. 1º confere aos tribunais a legitimação para regulamentar a composição do colegiado e editar todas as regras e procedimentos necessários ao seu bom funcionamento. Trata-se de uma norma legal que altera o juiz natural da causa, de sorte que os tribunais necessitam regular todas as consequências e atos necessários à operacionalização correta.

A par de todas as novidades introduzidas pela lei, parece-nos que duas questões fundamentais merecem detida reflexão. A primeira consiste na abrangência da nova lei (efeito processual), enquanto que a segunda

14 Os Embargos Infringentes, como se sabe, só podem ser manejados contra a decisão proferida em segunda instância, nos termos do art. 609, parágrafo único do CPP.

diz respeito à sua aplicação temporal (efeito material).

No que tange à primeira indagação, cremos que a possibilidade de formação do conselho julgador só poderá ser constituída aos processos penais iniciados após a sua vigência, sob pena de se contrariar o princípio do juiz natural e da *perpetuatio jurisdictionis*.

Apesar de estarmos diante de uma norma estritamente processual, a formação do colegiado evidencia a instituição de um novo juiz natural¹⁵, estabelecendo normas específicas de competência. Por esta razão, à medida que se cria um órgão de caráter colegiado para o julgamento de fatos pretéritos, deslocando-se a competência para apreciação da ação penal, flagrante é a violação ao princípio do juiz natural, o que não se pode admitir.

Por se tratar de regra de competência, o marco temporal é o do início do processo penal e não a ocorrência do fato delituoso, diante da natureza processual do instituto.

E nesse ponto, também é de se considerar que o inquérito policial, por não gerar prevenção, não interfere na competência do juízo, de modo que os inquéritos em andamento hoje, quando servirem de base para a ação penal e conseqüente deflagração do processo penal, não poderão ser utilizados como marcos impeditivos da constituição do colegiado de juízes. Por conta disso, entendemos que a convocação do colegiado pressupõe que o processo penal tenha se iniciado após a entrada em vigor da Lei n. 12.694/12, independentemente da data de instauração do inquérito policial.

Em consequência, a análise do novo diploma nos leva a perceber que estamos diante de uma norma de natureza mista, por contemplar as

15 *Organização criminosa e vara especializada - 14*

(...) A esse respeito, o Min. Cezar Peluso observou que não bastaria a predefinição do magistrado à data da prática do fato, pois o que garantiria esse postulado seria a presença de um juiz certo, prévio e imutável. Lembrou-se que, no julgamento do RHC 83181/RJ (DJU de 22.10.2004), a Corte pacificara jurisprudência no sentido de que o art. 87 do CPC aplicar-se-ia ao processo penal, por analogia. Reputou-se, porém, que a regra da *perpetuatio jurisdictionis* comportaria exceção e uma delas seria a criação de competência *ratione materiae*.

(...)

registrou-se que o preceito impugnado, ao determinar que processos em andamento não fossem redistribuídos, trataria de medida de política judiciária que levaria em conta a capacidade da nova vara especializada para lidar com grande quantidade de processos. Aduziu-se que somente seriam órgãos jurisdicionais os instituídos e previstos pela Constituição. Logo, ninguém poderia ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato. Destacou-se que o STF já estatuiria que o postulado do juiz natural limitaria os poderes do Estado, que ficaria impossibilitado de instituir juiz *ad hoc*. Ao mesmo tempo, asseguraria ao acusado o direito de ser processado perante autoridade competente, abstratamente designada na forma de lei anterior. De forma diversa, ter-se-ia tribunal de exceção. Por conseguinte, ante a vedação de juízes *ex post factum*, remanesceriam os autos na competência dos órgãos judiciários existentes à época em que sobreviera esta lei estadual.

ADI 4414/AL, rel. Min. Luiz Fux, 30 e 31.5.2012. (ADI-4414)

disposições de natureza processual (juízo natural colegiado e medidas assecuratórias) e de natureza penal (conceito de organizações criminosas). Assim, em resposta à segunda questão, a aplicação temporal dependerá da norma a ser aplicada.

Ao que se explanou ao longo deste estudo, o art. 2º da Lei n. 12.694/12 introduz um novo conceito de organizações criminosas. Nesta hipótese, tratando-se de norma de natureza material, forçoso reconhecer que a definição de crimes organizados se restringe aos fatos praticados após a sua vigência ante o princípio da irretroatividade da lei penal.

Por essa razão, a associação para a obtenção direta ou indireta de qualquer natureza, mediante a prática de crimes deve ser anterior à entrada em vigor da lei nova, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade.

No que diz respeito às disposições processuais, a norma terá aplicabilidade imediata no que couber, excetuada apenas em relação ao órgão colegiado, em respeito ao princípio do juiz natural, conforme já disposto anteriormente.

Respondidas as duas indagações, faz-se necessário destacar um terceiro ponto. Não obstante a formação do colegiado e outras disposições que se constituem como institutos de natureza processual, cujo marco seria o início do processo penal, a prática nos permitirá observar que, por via transversa, sua aplicação estará condicionada ao princípio da irretroatividade da lei penal e, por conseguinte, a data do fato delituoso deverá ser posterior à vigência da lei nova.

Esta constatação parte do fato de que, apesar de possível a formação do colegiado ou o deferimento de medida assecuratória, o órgão jurisdicional não poderá decidir questões que envolvam organizações criminosas, visto que os fatos praticados anteriormente à vigência da lei não poderão ser interpretados com base no conceito novo.

Assim, podemos imaginar três situações:

1 – Fato delituoso e processo penal existentes antes da entrada em vigor da lei nova. Nesta situação, não se aplicarão nem as normas penais nem as processuais, ante os princípios da irretroatividade da lei penal e do juiz natural;

2 – Fato delituoso praticado antes da lei nova e processo penal iniciado após a lei nova. Apesar de possível a aplicação das normas proces-

suais, dever-se-á observar se estas pressupõem a interpretação e aplicação da definição de crime organizado. Em caso positivo, ante o princípio da irretroatividade da lei penal, não será possível a aplicação da norma processual, em razão do obstáculo à incidência da norma penal, no caso, o conceito de organizações criminosas (art. 2º);

3 – Fato delituoso e processo penal ocorridos após a lei nova. Aqui não há qualquer óbice temporal à aplicação da Lei n. 12.694/12.

A incidência da Lei n. 12.694/12 poderá se revestir de inúmeras controvérsias, caso não se realize uma breve reflexão, à luz dos princípios do juiz natural e da irretroatividade das normas penais mais gravosas.

III – O NOVO REGRAMENTO PROCESSUAL DAS MEDIDAS ASSECURATÓRIAS

A nova lei altera o Código de Processo Penal, incluindo o art. 144-A, que trata de matéria atinente às medidas assecuratórias. É de interesse registrar que a recente Lei n. 12.683/12 promoveu significativa alteração na Lei de ocultação e lavagem de bens (Lei n. 9.613/98) no tocante às medidas assecuratórias lá previstas¹⁶.

Pois bem! Com a nova redação do Código de Processo Penal, torna-se possível que o juiz determine a alienação antecipada de bens para preservação de seus valores sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção.

A atuação cotidiana tem revelado a existência de aeroportos e inúmeros depósitos em que apodrecem bens apreendidos em operações policiais, ante a ausência de medidas capazes de evitar o seu perecimento.

Com a finalidade de evitar fraudes e pelo fato de o meio eletrônico ter se apresentado como o método mais hígido para a realização de alienações, o §1º prevê que os leilões deverão ser realizados preferencialmente por este meio.

A realização do leilão deverá ser antecedida por prévia avaliação judicial. E, no momento do primeiro leilão, os bens só poderão ser vendidos pelo preço da avaliação ou por quantia superior, visto que não se está lidando com um processo de expropriação.

¹⁶ Sobre este tema conferir: SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Claudio. **Manual de processo e prática penal**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Caso não haja interessados na primeira hasta, realizar-se-á novo leilão no prazo de até dez dias da hasta anterior, quando então, o bem poderá ser alienado por valor não inferior a oitenta por cento do estipulado na avaliação judicial, conforme a regra contida no § 2º.

Vê-se na praxe forense que não raras são as vezes em que um bem é alienado em um segundo leilão, ante a possibilidade de lances abaixo do valor da avaliação. Na dicção legal do Código de Processo Penal, torna-se possível que o lance seja oferecido com a redução de até 20% no valor da avaliação, o que difere da norma contida no Código de Processo Civil, de modo a se evitar o preço vil.

O produto da alienação deverá ser depositado em conta vinculada ao juízo até que haja o encerramento do processo penal, procedendo-se à sua conversão em renda para o ente federativo do órgão jurisdicional correspondente caso o acusado venha a ser condenado, ou a sua devolução ao acusado, na hipótese de absolvição, nos termos do art. 144-A, § 3º do CPP.

Se a indisponibilidade recair sobre dinheiro, inclusive moeda estrangeira, títulos, valores mobiliários¹⁷ ou cheques emitidos como ordem de pagamento, deverá o juiz determinar a conversão do numerário apreendido em moeda nacional corrente e o conseqüente depósito do montante arrecadado em conta judicial, seguindo-se o mesmo procedimento do § 3º, no que tange à sua destinação ao final do processo.

Na hipótese de a alienação ter por objeto veículos, embarcações ou aeronaves, o §5º do art. 144-A permite ao juiz ordenar às autoridades de trânsito ou ao equivalente órgão de registro e controle a expedição de certificado de registro e licenciamento em favor do arrematante. Neste caso, o adquirente fica livre de quaisquer ônus até então incidentes sobre o bem, tais como multas, encargos e tributos anteriores, sem prejuízo de que o ente federativo promova a execução fiscal em relação ao antigo proprietário.

Houve veto presidencial ao §7º do referido artigo, que permitiria o uso e custódia de certos bens, com o fim de realizar operações de prevenção e repressão ao crime organizado, afastada a possibilidade de alienação judicial.

17 Tratando-se de títulos da dívida pública, ações das sociedades e dos títulos de crédito negociáveis em bolsa, o valor fixado será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial, conforme previsto no § 6º.

Tratava-se de uma praxe realizada pela polícia judiciária, que tinha por hábito a utilização de veículos apreendidos para a realização de diligências. O fundamento do veto presidencial residia no fato de que a não realização da alienação antecipada desvirtuava o objetivo precípuo das medidas assecuratórias, qual seja, o de evitar a deterioração de bens, preservando-se o seu valor.

IV – AS MEDIDAS DE SEGURANÇA PARA ASSEGURAR A INTEGRIDADE DOS MAGISTRADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Evidenciada a estrutura das organizações criminosas no Brasil e a situação de risco dos membros do Ministério Público e Magistrados, a Lei n. 12.694/12 permite aos tribunais regular e implementar medidas de segurança em suas instalações, nos termos do art. 3º da citada lei, efetuando, por exemplo, controle de acesso com identificação aos seus prédios, especialmente aqueles com varas criminais, ou às áreas dos prédios com varas criminais.

A instalação de câmeras de vigilância e aparelhos detectores de metais, aos quais se devem submeter todos os que queiram ter acesso aos prédios da Justiça e às varas criminais ou respectivas salas de audiência, também se apresentam como medidas de prevenção e segurança.

A lei estabelece tratamento rígido no que concerne à submissão aos aparelhos detectores de metais, obrigando, inclusive, os agentes que exerçam cargo ou função pública, ressaltando apenas os integrantes de missão policial, a escolta de presos e os agentes ou inspetores de segurança próprios¹⁸.

Houve alteração no Estatuto do Desarmamento para conferir o porte de arma aos servidores ocupantes de cargos de segurança em tribunais e no Ministério Público, mediante regulamentação a ser editada pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, conforme a nova redação do art. 6º, XI da Lei n. 10.826/03.

Incluiu-se o art. 7º-A no Estatuto do Desarmamento, com a finalidade de estabelecer parâmetros objetivos à concessão de porte de arma aos

18 Parece-nos, no entanto, que os tribunais poderão estabelecer outras restrições de acesso às sedes do juízo, dentro do poder regulamentar concedido pela Lei n. 12.694/12.

agentes de segurança, cujo armamento deverá pertencer às instituições¹⁹ e somente poderá ser utilizado enquanto o agente esteja de serviço²⁰.

Restringe-se ao quantitativo de 50% (cinquenta por cento) o número de servidores encarregados das funções de segurança que poderão fazer uso das armas de fogo pertencentes ao Ministério Público e aos tribunais, nos termos do art. 7º-A, § 2º, do Estatuto do Desarmamento.

Mantendo a preocupação do Estado em controlar a circulação de armas no país, o §3º do art. 7º-A exige que os servidores indicados pelos tribunais e pelo Ministério Público para o porte das armas oficiais apresentem a documentação comprobatória dos requisitos do art. 4º e a prévia formação funcional de ensino de atividade policial, além da existência de mecanismos de fiscalização e de controle interno, a ser objeto de regulamento.

Eventual perda, furto, roubo o extravio das armas, acessórios e munições oficiais deverão ser comunicadas à Polícia Federal no prazo de 24 horas após a constatação do ocorrido, nos termos do § 5º.

Além do porte de arma, a lei estabelece parâmetros para a concessão de proteção pessoal às autoridades judiciais ou membros do Ministério Público e de seus familiares, sempre que evidenciadas situações de risco advindas do exercício da função, nos termos do art. 9º da nova lei.

Constatada a necessidade da proteção pessoal, a polícia judiciária será comunicada, oportunidade em que se avaliará a necessidade, o alcance e seus parâmetros²¹.

A nosso ver, a avaliação da necessidade deve ser ato do próprio tribunal ou Ministério Público, não sendo de todo lógico conferir à Polícia Judiciária o juízo de avaliação das medidas de proteção.

Caberá ao tribunal ou respectivo Ministério Público agir de ofício ou mediante provocação de seus membros, sempre que evidenciado o risco à integridade do agente público, encaminhando expediente à polícia judiciária, sobre quem recairá o encargo de conferir a segurança dos magistrados e membros do Ministério Público.

19 O certificado de registro e autorização de porte serão expedidos pela Polícia Federal sempre em nome da instituição que a utilizará, nos termos da parte final do art. 7º-A do Estatuto do Desarmamento.

20 O tribunal ou respectivo Ministério Público deverá atualizar semestralmente no SINARM a listagem dos seus servidores que portam as armas de fogo oficiais (art. 7º-A, § 4º da Lei n. 10.826/03).

21 Nos casos de urgência, o § 2º determina a prestação imediata de medidas de proteção, sem prejuízo de futura avaliação e readequação, nos termos do *caput* e do § 1º do art. 9º da Lei n. 12.694/12.

Denota-se que a dicção legal prevê que a avaliação é realizada pela polícia judiciária, nos termos do art. 9º, § 1º, que comunicará à autoridade judicial ou ao membro do Ministério Público quem ficará encarregado de efetuar a proteção pessoal, no caso, a própria polícia judiciária (Civil ou Federal); pelos órgãos de segurança institucional; pelas outras forças policiais ou, em último caso, por todos os órgãos de segurança antes referidos.

A proteção pessoal e o eventual descumprimento dos procedimentos de segurança estabelecidos pela polícia judiciária serão sempre comunicados ao Conselho Nacional de Justiça ou ao Conselho Nacional do Ministério Público, conforme a autoridade solicitante, na forma dos §§ 4º e 5º da Lei n. 12.694/12.

Por fim, a Lei n. 12.694/12 altera o Código de Trânsito Brasileiro, incluindo o § 7º no art. 115 do epígrafado diploma, de modo a autorizar, em caráter excepcional e mediante autorização fundamentada da corregedoria do tribunal ou Ministério Público conforme o caso, a concessão de placas especiais, em caráter temporário, a veículos utilizados por membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que exerçam competência ou atribuição criminal.

No entanto, dever-se-á efetuar a comunicação prévia aos órgãos de trânsito competentes, a fim de que sejam tomadas todas as providências para se impedir a identificação de seus usuários específicos, na forma de regulamento a ser emitido conjuntamente pelos Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público e Conselho Nacional de Trânsito.

Apesar de sigilosos, nada impedirá que, por meio de decisão judicial, se obtenha acesso aos dados do proprietário e do condutor dos veículos munidos de placas especiais, sempre que a situação assim exigir.

V – CONCLUSÃO

Com relação ao combate ao crime organizado, o legislador edita a Lei n. 12.694/12, criando mecanismos de repressão a essa modalidade criminosa e visando à segurança dos membros do Judiciário e do Ministério Público.

A nova lei possui caráter misto, ante a previsão de disposições de natureza penal e natureza processual. Em consequência, é necessário que o intérprete analise as consequências temporais e a extensão de sua aplicação, ante os princípios do juiz natural e da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

Vê-se que o regramento das medidas assecuratórias caminha em linha com a jurisprudência já consolidada pelos tribunais superiores. Sabe-se que os pátios públicos encontram-se repletos de bens arrecadados em ações penais que acabam perecendo e causando prejuízos à própria administração pública.

As medidas de segurança previstas pela nova lei, se bem implementadas, poderão trazer um pouco de tranquilidade aos membros do Ministério Público e aos magistrados que lidam com processos que envolvem organizações criminosas.

O problema da Lei n. 12.694/12 consiste no fato de que sua implementação, principalmente no que tange às medidas de segurança, depende da vontade política e do estímulo das autoridades, sob risco de se tornar letra morta. ❖

REFERÊNCIAS

GOMES, Luiz Flávio. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em 06 de maio de 2009.

SILVA, Franklyn Roger Alves; SILVA, Luiz Claudio. **Manual de Processo e Prática Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Prazos Extintivos para Repetição do Indébito Tributário

Barbara Casado Prado

Advogada da Petrobras Distribuidora.

Pós-Graduada em Direito Fiscal pela PUC-Rio.

1 - NOTA INTRODUTÓRIA

Assim como a Fazenda esbarra numa limitação temporal para exercer seus direitos de constituição e cobrança do crédito tributário, o “sujeito passivo”¹ também está adstrito à observância de um prazo para reaver aquilo que pagou indevidamente ao Fisco, a título de tributos.

Mas insta salientar que, embora o pagamento seja a forma mais natural para extinguir o crédito tributário, outras formas extintivas, tais como a compensação e a conversão do depósito em renda, por exemplo, podem dar ensejo à repetição.

Assim, dispõe o art. 165, do CTN:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

¹ O termo sujeito passivo não é utilizado de forma técnica; na verdade, trata-se do *solvens*, colocado na posição de devedor.

De fato, como muito bem observado por Luciano Amaro, “o Código Tributário Nacional perde-se em descrever casuisticamente as situações de cabimento do pedido de restituição do indébito tributário (...).”² Por esse motivo, partindo-se do pressuposto de que a norma em questão decorre de postulado do direito que veda o enriquecimento sem causa, entendemos que as hipóteses previstas no referido dispositivo são meramente exemplificativas, bastando haver imputação ao administrado de determinada obrigação indevida (exigida pelo Fisco como se tributária fosse), para que surja o direito à repetição.

2 - O PRAZO PARA PLEITEAR A REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

No tocante ao prazo para o exercício do direito de repetição, consideremos os dispositivos que tratam do tema:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3º da LCp nº 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.

Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.

Desta forma, em regra, terá o *solvens* o prazo de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário (que em regra se dá com o pagamento) para pleitear a repetição.

Mas devemos destacar que o art. 168, II trata da hipótese de o *solvens* ter recolhido valores a título de pagamento de tributos, em virtude

² AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro** – 11 ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 422

de alguma decisão administrativa ou judicial impositiva de pagamento. Nesse sentido, deve-se contar o prazo para o pedido de restituição da anulação, reforma, revogação ou rescisão de referida decisão.

Outrossim, considerando que o *solvens* pode realizar seu pedido repetitório, tanto na esfera administrativa, como na esfera judicial, caso opte por fazê-lo na administrativa e tal pedido somente seja objeto de decisão (denegatória) após o decurso do prazo de cinco anos, terá ainda mais dois anos - a contar de referida decisão – para ingressar em juízo com o mesmo pleito³.

Insta salientar que a doutrina e a jurisprudência divergem quanto à natureza do prazo extintivo da repetição de indébito. Para uns, trata-se de prazo prescricional⁴; para outros, decadencial⁵. Há até quem sustente que o prazo é decadencial nas hipóteses de pedidos realizados na esfera administrativa e prescricional, nas hipóteses de pedidos realizados judicialmente⁶.

Entendemos que, de fato, há motivos para controvérsia. Todavia, segundo Agnelo Amorim Filho⁷, para quem um prazo não pode ser simultaneamente prescricional e decadencial, deve-se verificar qual dos dois interesses deve prevalecer no caso concreto: o protegido pela prescrição ou o protegido pela decadência. Assim, o pedido de restituição, seja ele proposto em face da Administração ou judicialmente, pressupõe, antes de mais nada, a anulação do lançamento tributário. Neste sentido, tanto perante a Administração Tributária, como perante o Judiciário, o *solvens* deverá formular um pedido de anulação do lançamento, cumulado com o de restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de pagamento de tributo. O segundo pedido (de restituição) dependerá do provimento

3 Não vislumbramos qualquer óbice na instauração de demanda repetitória, sem que tenha havido anterior pedido administrativo denegatório. Afinal, o exaurimento da via administrativa só constitui condição para o ingresso no Judiciário, nas hipóteses previstas em lei (por ex., art. 217, § 1º, da CR). Todavia, convém aferir, no caso concreto, a existência do interesse de agir (que constitui uma das condições para o legítimo exercício do direito de ação) nas situações em que não houve negativa por parte da Administração da restituição, a menos que se trate de pedido repetitório que tenha como causa de pedir a inconstitucionalidade da lei de incidência ou a interpretação equivocada da norma atribuída pela Administração.

4 MACHADO, Hugo de Brito. Curso de...*apud* PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 11 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009, p. 1143.

5 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de...*apud* PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 11 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009, p. 1143.

6 FABRETTI, Láudio Camargo. Código...*apud* PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 11 ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009, p. 1143.

7 AMORIM FILHO, Agnelo. "Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis", in **Revista Forense** v. 193, ano 58, jan.-fev.-mar./1961, p. 40.

do primeiro (de anulação). E como o prazo decadencial tem conteúdo de interesse público mais relevante que o prescricional, na medida em que fulmina o próprio direito material, entendemos que o prazo estabelecido pelo art. 168, do CTN, é de fato decadencial.

Todavia, segundo a Ministra Eliana Calmon, no julgamento do REsp nº 329.444-DF, este prazo sempre foi tratado pelo STF como de prescrição.

Outrossim, considere-se que, na assentada do dia 25 de novembro de 2009, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se da nova metodologia de julgamento de recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1.002.932/SP (Rel. Min. Luiz Fux), concluiu que, “em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o **prazo prescricional** para o contribuinte pleitear a **restituição** do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco”. (negrito nosso) É dizer: para jurisprudência dominante do STJ, o prazo para repetição do indébito tributário é prescricional.

E quanto à natureza do prazo de dois anos, previsto pelo art. 169, do CTN, embora a norma diga tratar-se de prazo prescricional, encontramos jurisprudência do sentido de tratar-se de prazo decadencial.⁸ Todavia, se aplicarmos o critério proposto por Agnelo Amorim Filho, chegaremos à seguinte conclusão: se somente os direitos a uma prestação estão suscetíveis à violação e tais direitos estão sujeitos a prazos prescricionais, é certo afirmar que a negativa do pleito repetitório, na esfera administrativa, configura a violação do direito do *solvens* (causa) e o início do prazo prescricional (efeito). O principal interesse protegido na hipótese será aquele protegido pelo prazo prescricional, ou seja, o interesse de reaver aquilo que foi indevidamente recolhido, a título de pagamento de tributo.

3 - QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE O TEMA

3.1 - A Contagem do Prazo para Repetição, nas Hipóteses dos Tributos sujeitos ao Lançamento por Homologação

A questão da contagem do prazo de cinco anos, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, já foi objeto de grande

8 REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PEDIDO ADMINISTRATIVO INDEFERIDO. AÇÃO JUDICIAL. DECADÊNCIA. 2 ANOS. ART. 169 DO CTN (TRF4, 2ªT., AC 2004.72.02.001851-4/SC, Juiz Fed. Leandro Paulsen, mar/06).

controvérsia na jurisprudência e na doutrina durante algum tempo. Hoje, parece que a questão já está pacificada, tendo em vista o advento da Lei Complementar nº 118/2005.

Conforme já exposto, nos lançamentos por homologação, a Fazenda possui o prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, para homologar o pagamento antecipado realizado pelo sujeito passivo.

Imaginemos então que determinado contribuinte de tributo, sujeito ao lançamento por homologação, venha a proceder ao pagamento antecipado do mesmo e, posteriormente, tal pagamento, não sendo homologado expressamente, venha a ser homologado pelo Fisco de forma tácita, ou seja, cinco anos após a ocorrência do fato gerador, na forma prevista pelo art. 150, §4º, do CTN.

O prazo para pleitear a repetição de tributos indevidamente pagos, inclusive aqueles sujeitos ao lançamento por homologação, é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, de acordo com os termos do art. 168, I. Ocorre que o art. 156, do CTN, que dispõe sobre as causas extintivas do crédito tributário, ao tratar da extinção dos créditos constituídos por lançamento por homologação, fala em “pagamento antecipado e homologação do lançamento”.

Dessa forma, questionava-se: os cinco anos previstos pelo art. 168 deveriam ser contados do pagamento antecipado ou da homologação do referido pagamento que, na prática, se dá sempre de forma tácita, após cinco anos contados da ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação tributária?

A “tese dos cinco mais cinco”, consagrada pela Primeira Seção do STJ -ERESP nº 435.835/SC, de 24/03/2004 -, fundou-se justamente nessa questão.

Insta salientar que a referida tese vigorou no STJ por quase uma década e veio a ser abandonada somente com o advento do art. 3º, da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, segundo o qual:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.”

Assim, com a referida lei, que entrou em vigor após cento e vinte dias da data de sua publicação, em 09/06/2005, o prazo de cinco anos para repetição seria contado a partir do pagamento antecipado, tido por indevido.

A controvérsia, contudo, não foi totalmente dirimida. Restaram dúvidas ainda quanto aos pagamentos realizados anteriormente à vigência da lei complementar, já que o art. 4º tentou conferir natureza interpretativa à norma contida no art. 3º, objetivando que sua aplicação se desse a fatos e atos pretéritos. Confira-se:

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3o, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.

De acordo com os termos do art. 4º, portanto, o art. 3º deveria aplicar-se retroativamente, de modo que os pagamentos antecipados tidos por indevidos, realizados antes de 09/06/2005, constituiriam termo inicial para a contagem do prazo prescricional de repetição de indébito.

Contudo, o STJ, em Arguição de Inconstitucionalidade⁹ suscitada em virtude da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁰ no julgamento do Recurso Extraordinário 482.090, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º, da LC nº 118/2005, entendendo que a norma do art. 3º, na pretensão de “interpretar o enunciado do art. 168, I, c/c art. 156, VII, do Código Tributário Nacional, além de ter conferido sentido e alcance diversos do atribuído pelo Tribunal que detém a atribuição constitucional de interpretação das leis federais, também inovou no plano normativo. Assim, ao dispor o art. 4º, da LC nº 118 que a norma do art. 3º possuiria natureza interpretativa e, portanto,

⁹ Arguição de Inconstitucionalidade nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1).

¹⁰ (RE 482.090, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 18-6-08, DJE de 13-3-09) “Acórdão que afasta a incidência de norma federal. Causa decidida sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. Reserva de Plenário. Art. 97 da Constituição. Tributário. Prescrição. Lei Complementar 118/05, Arts. 3º e 4º. Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66), Art. 106, I. Retroação de norma auto-intitulada interpretativa. ‘Reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição’ (RE 240.096, rel. min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ de 21-5-99). Viola a reserva de Plenário (...) acórdão prolatado por órgão fracionário em que há declaração parcial de inconstitucionalidade, sem amparo em anterior decisão proferida por Órgão Especial ou Plenário. Recurso extraordinário conhecido e provido, para devolver a matéria ao exame do Órgão Fracionário do Superior Tribunal de Justiça.” (RE 482.090, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 18-6-08, DJE de 13-3-09)

se aplicaria a situações pretéritas, violou os princípios da autonomia e independência dos poderes e da garantia ao direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.¹¹

Pois bem, a consequência da declaração da inconstitucionalidade de parte da norma contida no art. 4º, da LC n 118/2005, foi a seguinte: como o referido diploma legal entrou em vigor em cento e vinte dias, contados da data de sua publicação, que se deu em 09/02/2005, somente a partir de **09/06/2005**, as datas dos recolhimentos realizados a título de pagamento de tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, passaram a constituir o termo *a quo* do prazo quinquenal para o pedido de repetição de indébito.

Antes de **09/06/2005**, o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional de dez anos (cinco mais cinco), para repetição de valores recolhidos a título de pagamento de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, continuaria a ser o momento da ocorrência do fato gerador.

Todavia, o acórdão do STJ que julgou a arguição de inconstitucionalidade, ao dispor sobre a forma de contagem do prazo prescricional, antes e depois da vigência da LC nº 118/2005, sugere a adoção de uma regra de transição, segundo a qual a observância da interpretação anterior (contagem do prazo de dez anos, a partir do fato gerador do tributo) estaria limitada ao prazo máximo de cinco anos, contados da lei nova. Assim, por essa tese, os dez anos (“cinco mais cinco”) contados do fato gerador teriam a data de **09/06/2010** como termo *ad quem* para a propositura da ação repetitória.¹²

De fato, a regra clássica de direito intertemporal, ao mesmo tempo que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, também prestigia a vontade do legislador contemporâneo. Tal regra encontra amparo perante o ordenamento jurídico¹³, bem como na jurisprudência¹⁴.

11 Arguição de Inconstitucionalidade nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 644.736 - PE (2005/0055112-1)

12 “(...) com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.”

13 Art. 2.028, do Código Civil, de 2002: “Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

14 Por todos, o vide histórico precedente do STF (RE 37.223/ES, Min. Luiz Gallotti, julgado em 10/07/1958), assim ementado: “Prescrição Extintiva. Lei nova que reduz o prazo. Aplica-se às prescrições em curso, contando-se o novo

Ocorre que recentemente a questão da constitucionalidade da segunda parte do art. 4º, da LC nº 118/2005 veio a ser novamente analisada pelo STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS, interposto pela União Federal.

No referido julgamento, o STF, por maioria, embora negando provimento ao recurso da União e confirmando a inconstitucionalidade da norma supracitada, considerou válida a aplicação do prazo de cinco anos contados do pagamento indevido para o ajuizamento das ações repetitórias após 09/06/2005, data em que a LC nº 118/2005 entrou em vigor.

É dizer: após 09/06/2005, qualquer ação proposta pelo contribuinte para repetir indébitos referentes aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação passou a observar o prazo prescricional de cinco anos, contados do pagamento indevido.

A questão é que, ao adotar esse entendimento, o STF acabou, de certa forma, por conferir efeitos retroativos à lei complementar. Isto porque, as ações propostas a partir de 09/06/2005 somente podem ser objeto de cobrança de indébitos ocorridos nos cinco anos anteriores.

Explica-se: imaginemos que um suposto fato gerador tenha ocorrido em janeiro de 2000 e o pagamento do respectivo crédito indevido tenha se dado em março do mesmo ano. De acordo com a regra de transição adotada pelo STJ, o contribuinte disporia de dez anos (contados do suposto fato gerador) para a cobrança do indébito, desde que não ultrapassados cinco anos contados da vigência da nova lei. Desta forma, a ação poderia ser proposta até janeiro de 2010.

Já conforme o recente entendimento do STF, caso a ação de repetição fosse proposta nessa data estaria prescrita, posto que para valer-se do prazo de dez anos haveria necessidade de o contribuinte ajuizar ação repetitória até 08/06/2005, último dia antes da Lei Complementar nº 118 entrar em vigor.

Insta salientar, inclusive, que no julgamento do Recurso Especial nº 1.269.570 – MG, o STJ inclinou-se à decisão proferida pela Corte Suprema e reconheceu haver prescrição do direito ao ajuizamento de ação proposta em 15 de junho de 2009, que visava à repetição de valores recolhidos em prol da União em abril de 2003.¹⁵

prazo, a partir da nova lei. Só de aplicará a lei antiga, se o seu prazo se consumir antes que se complete o prazo menor da lei nova, contado da vigência desta, pois seria absurdo que, visando a lei nova reduzir o prazo, chegasse ao resultado oposto, de ampliá-lo.”

15 CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇA-

Questão delicada a ser considerada é que o atual entendimento do STF somente veio a ser proferido em agosto de 2011. É dizer: um contribuinte de boa-fé que tenha pautado sua conduta na jurisprudência do STJ (Tribunal que detém a atribuição constitucional de interpretação das leis federais) para ajuizar sua ação em janeiro de 2010, poderá ter declarada a prescrição de seu direito, na medida em que o STF entende que a partir de 09/06/2005 somente podem ser repetidos indébitos dos cinco anos anteriores.

Ora, considerando que a perspectiva subjetiva da segurança jurídica volta-se à ideia da proteção à confiança legítima do jurisdicionado, no que diz respeito aos atos do Estado, tudo leva a crer, em nome de tal princípio, que as grandes rupturas jurisprudenciais, tal como a vivenciada na presente situação, só devam produzir efeitos para o futuro.

Por essa razão, irretocável é o entendimento consignado pelo Professor Ricardo Lodi Ribeiro, no seguinte sentido:

“(...) Se for correto o entendimento de que a segurança jurídica exige que a nova interpretação só seja válida a partir da entrada em vigor da lei, afastando-se os seus efeitos retroativos, deve-se reconhecer que todos aqueles que já tinham direito a pleitear a repetição até aquela data não são por ela atingidos. (...) Quem, até a véspera efetuou pagamento de tributo e pretender repeti-lo judicialmente, terá direito, em

MENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN. 4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

nome da proteção da segurança jurídica, a se beneficiar da “tese dos cinco mais cinco”.

Ante todo o exposto, considerando que a segurança jurídica e a justiça são valores supremos do ordenamento, não constituindo exagero afirmar que o respeito à segurança constitui meio para alcance da justiça, causa espécie imaginar que um jurisdicionado de boa-fé, que pauta sua atuação na jurisprudência pacífica de um Tribunal Superior competente para interpretação da legislação federal, possa ser prejudicado por decisão do Supremo Tribunal Federal, órgão competente para proteção da ordem constitucional brasileira.

3.2 - A Repetição de Tributos sujeitos ao Lançamento por Homologação, em virtude de Declaração de Inconstitucionalidade da Norma Instituidora

Antes de adentrarmos no tema proposto, é preciso ter em mente que os institutos da prescrição e da decadência justificam-se em virtude da inércia do titular do direito. É dizer: os termos iniciais dos prazos prescricionais e decadenciais devem sempre estar relacionados com o início da inércia, ou seja, com o momento em que o titular do direito está apto a exercê-lo ou impugnar sua agressão.

Pois bem: sabemos que a lei assegura ao contribuinte o direito à repetição do tributo que pagou indevidamente. Vimos que o pagamento indevido ocorre por diversos motivos enumerados no art. 165, do CTN. E partindo do pressuposto de que as hipóteses enumeradas pela norma são exemplificativas, conclui-se que a declaração de inconstitucionalidade de um tributo seria mais uma causa a ensejar a repetição. A pergunta que se coloca, todavia, é a seguinte: qual seria o termo *a quo* do prazo para repetição de tributo, cuja lei instituidora foi declarada inconstitucional?

De fato, o sistema constitucional brasileiro admite, no âmbito do Poder Judiciário, que o controle de constitucionalidade de uma norma possa ocorrer tanto pela via difusa, como pela via concentrada. Esclarece-nos Ricardo Lodi Ribeiro, no tocante à lei tributária, que se a declaração for realizada em sede de controle difuso, será válida apenas para o caso concreto, exceto se vier a ser objeto de resolução do Senado (nos termos do art. 52, X), que tem efeito *ex nunc*.¹⁶ Por outro lado, se for tomada em

¹⁶ Advertimos, entretanto, que segundo Luís Roberto Barroso, “embora a matéria ainda suscite ampla controvérsia doutrinária, afigura-se fundada em melhor lógica e em melhores argumentos a atribuição de efeitos *ex tunc* à suspensão do ato normativo pelo Senado.” (BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito**

sede de controle concentrado que, em regra, tem efeitos *ex tunc*, anulará todos os efeitos da norma declarada inconstitucional, salvo se forem concedidos efeitos prospectivos à referida decisão (nos termos do art. 27, da Lei nº 9.868/99).

O doutrinador, então, que parte do pressuposto de que a resolução do Senado (atributiva de efeito *erga omnes* à decisão declaratória de inconstitucionalidade, proferida pelo STF, em sede de controle difuso) possui efeitos *ex nunc*, registra que “se nossa Corte Suprema decidir que a lei de incidência é inconstitucional, a Administração deve devolver os valores pagos por todos os contribuintes, **respeitada a prescrição quinquenal**, exceto nos casos em que o Tribunal determinar a produção de efeitos prospectivos para a sua decisão (...) (grifo nosso).”¹⁷

Com efeito, a situação deve ser analisada por dois prismas:

(i) pelo primeiro, a decisão declaratória de inconstitucionalidade é considerada como marco para delimitar um pedido retroativo, relativo aos pagamentos efetuados nos cinco anos que lhe antecedem;

(ii) pelo segundo, a decisão declaratória de inconstitucionalidade deve ser considerada como marco a partir do qual o *solvens* poderá exercer seu direito de restituição.

Advogamos a tese de que o advento da decisão declaratória de inconstitucionalidade (desde que a ela não seja dado efeitos prospectivos) ou a edição de Resolução pelo Senado Federal (partindo-se do pressuposto de que a mesma produz efeitos *ex tunc*) constitui o termo *a quo* do prazo para pleitear a repetição dos valores indevidamente recolhidos. Referido entendimento está em consonância com a essência dos institutos da prescrição e da decadência, na medida em que os prazos extintivos estão relacionados com o momento em que o titular do direito está apto a exercê-lo. Afinal, possuindo a lei de incidência a presunção de constitucionalidade, o momento do recolhimento do tributo não pode constituir o termo *a quo* do prazo para se pleitear a repetição. Outrossim, prestigia-se a supremacia da constituição, bem como os princípios da moralidade e

brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 324).

17 RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Segurança Jurídica do Contribuinte - Legalidade: Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 253.

da confiança legítima que o contribuinte tem na legitimidade dos atos praticados pelo Poder Público, inclusive na instituição e na cobrança do tributo.

Insta salientar que, por algum tempo, baseando-se no fato de que uma lei possui presunção de constitucionalidade e que, por esse motivo, seria vedado ao contribuinte pleitear a repetição até que houvesse a declaração de inconstitucionalidade da exação, o STJ entendeu que o prazo de cinco anos deveria ser contado do momento da declaração de inconstitucionalidade da norma instituidora do tributo.¹⁸ A tese em questão comportava algumas variações. Assim, para alguns, a data do julgamento é que deveria ser considerada; para outros, a data do trânsito em julgado da decisão; houve até quem defendesse como termo *a quo* a data do ajuizamento da ação. Todavia, em se tratando de declarações realizadas por controle difuso, o termo *a quo* do prazo para se pleitear a repetição seria a data da publicação da Resolução do Senado.

O fato é que o referido entendimento não foi mantido por muito tempo, pelo STJ. E os argumentos para modificação de sua jurisprudência basearam-se no fato de que o entendimento anterior desconsiderava a teoria da *actio nata*, segundo a qual a prescrição somente se inicia com o nascimento da pretensão, bem como as disposições constantes do próprio CTN, relativas à repetição do indébito tributário, já que referidas normas determinam que o prazo deve ser contado da data da extinção do crédito tributário.¹⁹

Por fim, vale dizer que na doutrina há quem defenda que, em nome da proteção da confiança legítima, os tribunais superiores devem dar efeitos retroativos à declaração de inconstitucionalidade da lei tributária e prospectivos para a declaração gravosa ao contribuinte.²⁰ ❖

18 REsp 44.221/PR; REsp 220.469/AL; REsp 209.903/AL, REsp 252.846/DF e REsp 329.444/DF.

19 Embargos de Divergência em REsp 423.994.

20 TIPKE, Klaus. "La retroactividad em Derecho Tributário", p. 351 apud RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Segurança Jurídica do Contribuinte**, p. 253.

Aspectos Legais e Tributários do *Poker*¹ e dos Demais Esportes da Mente: A necessidade de uma regulamentação específica!

Leonardo Araujo Marques

Promotor de Justiça. Mestre em Direito Empresarial e Tributário. Presidente da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – FEMPERJ. Professor dos Cursos de MBA e LLM da Fundação Getúlio Vargas – FGV.

INTRODUÇÃO

Era terça-feira à noite, há algum tempo o dia mais esperado da semana. Religiosamente eu me afastava das rotinas do meio jurídico e das obrigações diárias para encontrar amigos e jogar *Poker*, na modalidade de *Texas Hold'em*. Além de mim, o grupo era formado por empresários de diferentes ramos, atores e produtores de televisão e teatro, além de alguns profissionais liberais. A bem da verdade, o jogo nunca foi realmente a razão principal desses encontros, pois o que mais fazíamos era degustar bons vinhos e conversar sobre os mais diferentes assuntos, sempre distantes, para meu descanso, de questões ligadas ao direito.

Ocorre que há alguns meses, ao chegar atrasado para a reunião semanal, percebi que meus amigos estavam mais alvoroçados do que de costume e pareciam, a um só tempo, eufóricos e aflitos. Logo que ingressei no recinto todos se voltaram para minha direção e falaram ao mesmo tempo, mas apenas depois de algum tempo pude compreender

1 *Poker*. Esporte da Mente ou Jogo de Azar. Artigo 50 da Lei de Contravenções Penais e o Artigo 814 do Código Civil. Fator Sorte. Estudos Internacionais e Nacionais. Os Craques do *Poker*. Reconhecimento Internacional como Esporte da Mente - IMSA. Registro da CBTH pelo Ministério dos Esportes. Posicionamento dos Tribunais. Legalidade dos Torneios de *Poker* com Premiação em Dinheiro. As diferenças entre o *Poker* "caseiro" e aquele explorado por Estabelecimentos Físicos ou Virtuais. Princípio da Livre Iniciativa. Tributação: ISSQN e IR.

que Júlio, grão-mestre de xadrez e empresário, normalmente o campeão das nossas terças, havia ganhado mais de US\$ 120.000,00 (cento e vinte mil dólares americanos) em um torneio *online* de *Poker* durante o feriado da semana anterior.

Porém, a boa notícia trazia consigo questões de alta indagação jurídica, pois a administradora de cartão de crédito e a instituição financeira com as quais Júlio tinha relacionamento recusaram-se, terminantemente, a intermediar a vinda do dinheiro, sob o argumento de que havia dúvidas acerca da licitude da origem daqueles recursos. A minha licença semanal do meio jurídico terminara a partir daquele momento e passei a ser sabatinado por meus amigos, especialmente Júlio, sobre todas as questões de direito envolvendo o *Poker*. Alguns, mais alarmistas, chegaram a me perguntar se estávamos praticando algum tipo de crime por conta de nosso jogo semanal, enquanto outros, brincalhões, afirmavam que, se a polícia chegasse, o único advogado do grupo teria que defender todos gratuitamente. Enfim, trocadilhos à parte, afirmei que não tinha as respostas, mas aceitei a incumbência de tentar encontrá-las, concluindo que a maioria das dúvidas poderia ser dissipada se eu conseguisse responder às três principais indagações abaixo:

- 1) O *Poker* é um esporte da mente ou um jogo de azar proibido pela legislação brasileira? Como tem se posicionado os Tribunais?
- 2) Existe alguma diferença entre o *Poker* “caseiro” e o praticado em casas especializadas ou em ambientes virtuais? Existe alguma disciplina legal sobre a exploração dos esportes da mente no Brasil?
- 3) Quais as repercussões jurídico-tributárias para o jogador e para o explorador?

Esse é o objetivo do presente *paper*.

Há de se ressaltar que, estreme de dúvidas, muitas das conclusões açodadas em relação ao *Poker* - alguns diriam até preconceituosas - decorrem da premissa de que ele era jogado em cassinos e, como estes

foram fechados no Brasil pelo então Presidente Dutra, tudo o que se praticava lá se tornou ilegal².

Adverte-se que, passando ao largo de ideias preconcebidas, o artigo se desenvolverá a partir de estudos científicos, decisões judiciais e textos legais sobre o tema.

1) O Poker é um esporte da mente ou um jogo de azar proibido pela legislação brasileira? Como tem se posicionado os Tribunais?

O cerne da questão é definir exatamente, segundo a legislação em vigor, o que é jogo de azar. A resposta se encontra na redação do artigo 50 da Lei de Contravenções Penais:

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos móveis e objetos de decoração do local.

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos.

§ 2º Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem é encontrado a participar do jogo, como ponteiro ou apostador.

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;

b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;

c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

² A proibição dos jogos de azar no Brasil foi estabelecida por força do Decreto-Lei número 9.215, de 30 de abril de 1946, assinado pelo presidente Eurico Gaspar Dutra, sob forte influência de sua esposa Carmela Teles Leite Dutra, conhecida como "Dona Santinha". Esta, por sua vez, fora influenciada por sua forte devoção a Igreja Católica.

a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;

b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;

c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;

d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

As máquinas de caça-níquel, as roletas, o “vinte e um”, o “jogo do bicho”, dentre outros, são exemplos incontestáveis de jogos que dependem exclusiva ou principalmente da sorte e, portanto, são proibidos em nosso país. O *Poker*, contudo, não se enquadra nesse rol.

A grande popularidade do *Poker* é decorrente de ser ele um esporte altamente democrático, uma vez que qualquer pessoa pode praticá-lo. E se é verdade que o fator sorte não pode ser desprezado, assim como na imensa maioria dos esportes, para se tornar um campeão de *Poker* é preciso muito mais do que sorte, pois técnica e habilidade são elementos absolutamente imprescindíveis para se chegar ao topo desse esporte, como se verá adiante.

Assim como no futebol, o *Poker* tem seus craques, o que é inimaginável nos jogos de azar. Os craques do *Poker* são jogadores que ficaram milionários ganhando, seguidas vezes, torneios internacionais disputados por milhares de pessoas de todo o mundo. É absolutamente leviano dizer que eles sempre ganham porque têm mais sorte do que os demais jogadores.

Ainda tomando por base o nosso esporte mais popular, o futebol, não raro uma equipe mais fraca supera a mais forte numa partida em razão de um “lance de sorte”. Nessa linha, mesmo sendo possível que um time de segunda divisão ganhe uma partida do atual campeão brasileiro, se forem disputadas dez partidas entre os mesmos times dificilmente esse feito se repetirá e o time mais forte tecnicamente ganhará a maioria das partidas. **Ocorre exatamente a mesma coisa no *Poker*!**

Para confirmar essa assertiva, um jogador de *Poker* profissional americano desafiou qualquer congressista ou jornalista contrário a esse

esporte para disputar com ele ou com outro campeão mundial uma longa sessão de *Poker*. Se o profissional perdesse o desafiante ganharia um milhão de dólares. Caso contrário, o desafiante pagaria ao profissional apenas um dólar, mas deveria defender, publicamente, que o *Poker* era um esporte de habilidade. Não houve desafiantes.

Em nosso *Poker* caseiro das noites de terça-feira, Júlio, exímio jogador de xadrez, frequentemente é o vencedor dos nossos pequenos torneios de cinquenta reais e seria injusto desmerecer toda a sua habilidade, concentração e raciocínio, afirmando que suas vitórias decorrem exclusiva ou principalmente da sorte.

No Brasil existem vários livros publicados que se dispõem a ensinar as técnicas do *Poker*, demonstrando as inúmeras variáveis que influenciam diretamente no resultado. A posição do jogador na mesa, a estatística, a simulação, a dissimulação, o controle da emoção, o comportamento e o padrão de jogo dos seus adversários são apenas alguns desses fatores.

No exterior se destacam dois estudos sobre a questão. O professor NOGA ALON, da Faculdade de Matemática e Ciência da Computação da Universidade de TelAviv, Israel, pautado no teorema do limite central, ao analisar a modalidade de *Texas Hold'em*³, concluiu que:

(...) a prática e o estudo realmente ajudam a melhorar no poker, e embora a sorte possa desempenhar um papel essencial em uma única mão, acreditamos que a habilidade é, de longe, o principal componente para decidir os resultados de uma longa sequência de mãos; isso confirma solidariamente a conclusão de que a habilidade é muito mais dominante do que a sorte e de que o Poker é predominantemente um jogo de habilidade.

Mais adiante, o mesmo professor israelense, ao comparar os seus estudos com um jogo real de *Poker*, salientou que:

O jogo real é muito mais complicado do que as modalidades simplificadas analisadas aqui, e é necessária muita habilidade para se jogar bem. Um jogador experiente deve ser capaz de avaliar a força de sua mão como uma função de suas cartas

3 Informação obtida no site da CBTH: http://www.cbth.org.br/cbth/public/files/Noga_Alon.pdf

hole, das cartas comunitárias, do número de jogadores ainda no jogo, da estratégia de apostas deles e da posição da mesa. Ele deve ser capaz de avaliar o modelo de jogo dos outros jogadores, a probabilidade de melhorar a sua mão quando as cartas comunitárias seguintes forem reveladas e deve ser capaz de ocultar a sua estratégia, blefando e mantendo um comportamento imprevisível. Não é nenhuma surpresa o fato de não haver softwares que joguem pôquer tão bem quanto um jogador humano, embora, em comparação, existam programas de computador que joguem xadrez pelo menos tão bem quanto ou melhor jogador humano de xadrez.

Por sua vez, a empresa americana CIGITAL⁴, ao analisar mais de 100 milhões de mãos de *Poker* jogadas, constatou que a sorte é o elemento de menor importância, uma vez que são poucas as vezes que o vencedor chega a exibir suas cartas, pois, em geral, seus competidores desistem em razão de um movimento de aposta.

Essa linha de raciocínio levou a *International Mind Sports Association* – IMSA (Associação Internacional dos Esportes das Mentes) a reconhecer o *Poker* como uma modalidade de **ESPORTE INTELECTUAL**, colocando-o em pé de igualdade com os já tradicionais esportes da mente, como Gamão, Dama, Xadrez, Bridge e Go⁵.

No Brasil, o renomado perito RICARDO MOLINA corrobora para essa conclusão, ao afirmar, depois de estudar resultados estatísticos, que:

Com efeito, como demonstramos matematicamente, se um jogador tem mais habilidade do que o outro, necessariamente este jogador (o mais habilidoso), obterá mais ganhos ao fim de uma sequência de partidas (e tanto maior será o ganho quanto maior for a sequência de partidas).

Isso explica, definitivamente, por que em nosso jogo semanal Júlio, agora chamado de “Grão-Mestre de *Poker*”, geralmente é o vitorioso. Por outro, também demonstra por que no *Poker*, como no Tênis, Futebol,

4 Informação obtida no site: http://translate.google.com.br/translate?hl=pt-BR&sl=en&u=http://www.cigital.com/papers/download/developer_gambling.php&ei=xd3MT-GIKIGi8Qsd00msDQ&sa=X&oi=translate&ct=result&resnum=1&ved=0CF8Q7gEwAA&prev=/search%3Fq%3DCIGITAL%2BPOKER%26hl%3Dpt-BR%26biw%3D1280%26bih%3D695%26prmd%3Dimvns

5 Informação obtida no site: http://www.imsaworld.com/uploads/pdf/Duplicate_Poker_Guide.pdf

Xadrez e outros esportes, existem os campeões que são idolatrados, enquanto que nos verdadeiros jogos de azar, como roleta, baccarat, “jogo do bicho”, loterias e nos demais que dependem exclusiva ou principalmente da sorte, jamais teremos ídolos, campeões ou outras pessoas de destaque, a não ser que seja um “anão do orçamento”⁶.

Acompanhando essa tendência, o **Ministério dos Esportes, no dia 26 de janeiro de 2012, reconheceu o *Poker* como esporte intelectual e registrou, oficialmente, a Confederação Brasileira de *Texas Hold'em* em seus quadros**⁷. Na prática, isso permite que os eventos de *Poker* possam ser incluídos no calendário esportivo oficial do país, conforme matéria pública na *Folha* em 08/03/2012.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina é um dos poucos tribunais em que conseguimos encontrar um número razoável de decisões sobre o tema. Em todas elas não restou a menor dúvida de que **o *Poker* não é jogo de azar**. Contudo, permanece viva a discussão sobre a legalidade das apostas livres em dinheiro.

No primeiro caso que examinei, uma sociedade empresária questionava o ato administrativo da Prefeitura de Lages que negou a licença de funcionamento para o estabelecimento. O Tribunal, mesmo reconhecendo que o *Poker* não é jogo de azar, negou a segurança por entender que as apostas, e não o jogo, são proibidas. Vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO - ASSOCIAÇÃO AMIGOS DO CARTE-ADO DE LAGES - ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO - INDEFERIMENTO - JOGO DE AZAR - PÔQUER NA MODALIDADE TEXAS HOLD'EM - INEXISTÊNCIA DE PROVA PROIBITIVA DA APOSTA.

O pôquer, em princípio, é considerado jogo não proibido, visto que não se amolda na definição legal de jogo de azar, pois em regra a habilidade do jogador impera sobre a sua sorte.

No entanto, a ilicitude recai justamente sobre o ato de apostar, que sabidamente é da essência do jogo de pôquer em qualquer uma de suas modalidades. Assim, incumbe à enti-

6 Os chamados “Anões do Orçamento” foram congressistas brasileiros que no final dos anos 80 e início dos anos 90 se envolveram em fraudes com recursos do Orçamento da União até serem descobertos e investigados, em 1993, perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) de grande repercussão. A denominação de “anões” era uma alusão à coincidência de serem os principais envolvidos homens de baixa estatura física. Um dos Envolvidos, o Deputado Baiano João Alves, alegou que Deus o ajudou a ganhar mais de duzentas vezes na loteria.

7 <http://www.esporte.gov.br/cen/listagemEntidadesHomologadas.do>

dade patrocinadora ou organizadora de competições ou torneios desse tipo de jogo a prova cabal de que não ocorrerão apostas ou cobranças com a mesma finalidade, providência absolutamente inviável em sede mandamental⁸.

No entanto, o mesmo Tribunal de Santa Catarina, em outro Mandado de Segurança, desta vez contra o ato do Secretário de Segurança daquele Estado, **concedeu a ordem para autorizar a realização de um grande evento de Poker, na modalidade Texas Hold'em, que se realizou entre os dias 04 e 08 de agosto de 2010, no Costão do Santinho.** A liminar, então concedida pela Desembargadora Sônia Maria Schmitz, salientou, inclusive, que no Reino Unido, em 2012, o *Poker* entrará no calendário dos Jogos Mundiais dos Esportes da Mente. Vejamos um trecho dessa decisão:

1. Overbet Eventos Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão, que se negou a conceder autorização e/ou alvará para realização de torneio de pôquer, modalidade "Texas Hold'em" - previsto para acontecer entre os dias 04 e 08 de agosto de 2010, no Costão do Santinho, Resort & SPA, nesta Capital -, sob fundamento de que o evento caracteriza atividade típica de exploração de jogos de azar, consoante art. 50 do Decreto Lei n. 3.688/41, sendo, portanto, ilegal. Após considerações acerca do direito que o ampara, ultimou, pleiteando a concessão de liminar para suspender os efeitos da decisão, com sua confirmação a final (fls. 02-20). (...)

No que pertine à relevância do fundamento, o Decreto n. 3.688/41, em seu art. 50, § 3º considera jogos de azar, dentre outros, *"o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte."*

As dúvidas, porventura, existentes acerca da ilicitude do jogo de pôquer dimanam da falta de critério objetivo que permita incluir a modalidade em atividade daquela natureza - jogos

⁸ TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2011.043164-9, de Lages, Relator: Des. Luiz César Medeiros, julg. em 10/04/2012.

de azar. As características dessa espécie de jogo, qual seja, habilidade *versus* sorte, são os entraves que comumente impedem a autorização de sua prática.

De todo modo, do parecer elaborado pelo jurista Miguel Reale Júnior (fls. 122-152) é possível inferir que suas regras dependem de "*probabilidades matemáticas, conhecimento das regras e estratégias do jogo, capacidade psicológica do apreender as reações dos adversários, possibilidade de dissimular as próprias cartas e de prever as cartas dos demais*" (p. 142), aspectos que entremostam, nesta fase preliminar, a proeminência da habilidade, sobre a sorte.

Tanto é verdade que diversos eventos já foram realizados no país, inclusive, recentemente, nesta Capital que sediou o 11º Floripa Open de *Poker*, entre os dias 16 e 18 de julho p.p, no Majestic Palace Hotel, o que pode ser conferido no sítio eletrônico <http://www.deolhonailha.com.br>, acesso em 30.07.10. Vale reforçar ainda que a Associação Internacional de Esportes da Mente (IMSA) aceitou a Federação Internacional de Pôquer (IFP) em seus quadros, porquanto, na prática, a entidade considera o pôquer (modalidades *Texas Hold'em*) no mesmo nível de esportes de tabuleiro como o xadrez, dama e gamão, os quais exigem complexidade, sofisticação de conhecimento e alto nível de concentração.

Inclusive, no Reino Unido, em 2012, o pôquer entrará no calendário dos Jogos Mundiais dos Esportes da Mente (Disponível em: <http://www.educacaofisica.com.br/noticias>. Acesso em 30.07.2010).

(...).

Essa decisão liminar foi posteriormente confirmada pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, em acórdão assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. REALIZAÇÃO DE TORNEIO DE PÔQUER. AUTORIDADE COATORA QUE SE NEGOU A CONCEDER AUTORIZAÇÃO, POR SE TRATAR DE JOGO DE AZAR. JOGO

QUE DEPENDE PREPONDERANTEMENTE DAS HABILIDADES DO PARTICIPANTE E NÃO MERAMENTE DA SORTE. MODALIDADE QUE NÃO SE ENQUADRA NO PRECEITO DO ART. 50, § 3º, "A", DO DECRETO 3.688/41. CAMPEONATO, ADEMAIS, QUE VEDA APOSTA OU JOGO ADINHEIRO. JOGO NÃO PROIBIDO. LIMINAR CONFIRMADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

"4.1 - O jogo de pôquer não é *jogo de azar*, pois não depende *-exclusiva ou principalmente da sorte-* (DL 3.688/41, art. 50, -a-), norma cujo rumo não pode ser invertido, como se dissesse que *de azar* é o jogo cujo ganho ou perda não depende exclusiva ou principalmente da habilidade. É o contrário. Diz que pode prevalecer é o *fator sorte*, e não que deve prevalecer o *fator habilidade*.

4.2 - No pôquer, o valor real ou fictício das cartas depende da habilidade do jogador, especialmente como observador do comportamento do adversário, às vezes bastante sofisticado, extraíndo daí informações, que o leva a concluir se ele está, ou não, blefando. Não por acaso costuma-se dizer que o jogador de pôquer é um blefador. Por sua vez, esse adversário pode estar adotando certos padrões de comportamento, mas arditosamente, isto é, para também blefar. Por exemplo, estando bem, mostra-se inseguro, a fim de o adversário aumentar a aposta, ou, estando mal, mostra-se seguro, confiante, a fim de o adversário desistir.

Em suma, é um jogo de matemática e de psicologia comportamental." (TJRS / Mandado de Segurança n. 70025424086, de Porto Alegre, Primeira Câmara Cível, rel. Des. *Irineu Mariani*, j. 17.12.2008)⁹.

Como já destacado, o grande "nó" não se refere ao jogo em si, que não é de azar e, portanto, não é proibido. Toda a celeuma diz respeito às apostas. No acórdão supra o Desembargador reconheceu que no caso sob julgamento:

⁹ TSCS, Mandado de Segurança 2010.047810-1, relator DESEMBARGADOR SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, Grupo de Câmaras de Direito Público, julgado em 08/11/2011 e transitado em julgado em 09/01/2012.

“o jogador PAGA uma determinada QUANTIA para inscrever-se no torneio e recebe um número de fichas, com valores fictícios, sendo vedada a aquisição de novas fichas. Considera-se campeão não aquele que possui o maior número de fichas, mas campeão aquele que permanecer por último na mesa, ou seja, o que importa é o lugar que se obtém no processo de eliminação.

A premiação, neste caso, é o rateio dos valores arrecadados com as inscrições de acordo com os lugares ocupados pelos concorrentes ao final da competição.

Por conta disso, afasta-se qualquer suposição de que o campeonato em questão pudesse envolver apostas ou jogo a dinheiro, o que seria defeso por lei.”

Ao que tudo indica, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já pacificou a sua jurisprudência ao não enxergar óbice algum nos **torneios de Poker**. Contudo, ainda se debate em relação às apostas avulsas, em dinheiro (fichas), numa modalidade conhecida como “*cash game*”.

E para que não se deixe margem à dúvida, o acórdão fez uma interessante comparação:

Apenas a título de exemplo, importa gizar que este evento ora em debate muito se assemelha aos nossos tradicionais campeonatos de dominó, onde os participantes pagam uma taxa de inscrição, sendo vedada qualquer aposta interveniente, e o prêmio para os vencedores é rateado conforme os valores arrecadados.

Esta solução, aliás, encontra guarida na redação expressa dos §§ 2º e 3º do artigo 814 do Código Civil:

Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.

§ 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dí-

vida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé.

*§ 2º O preceito contido neste artigo tem aplicação, **ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos.***

§ 3º Excetuam-se, igualmente, os prêmios oferecidos ou prometidos para o vencedor em competição de natureza esportiva, intelectual ou artística, desde que os interessados se submetam às prescrições legais e regulamentares.

O Município do Rio de Janeiro, por meio da RIOTUR, após o reconhecimento do Ministério dos Esportes, ofereceu apoio institucional pela Secretaria Especial de Turismo – SETUR à Confederação Brasileira de *Texas Hold'em* – CBTH, para que o Campeonato Brasileiro de *Poker*, denominado *Brazilian Series of Poker* – BSOP, realizado entre os dias 1 e 5 de março de 2012, pudesse ser realizado com pleno sucesso¹⁰.

Ante o exposto, é possível afirmar que o *Poker* se enquadra na categoria de jogo de natureza esportiva e intelectual, não proibido e carente de regulamentação específica.

2) Existe alguma diferença entre o *Poker* “caseiro” e o praticado em casas especializadas ou em ambientes virtuais? Existe alguma disciplina legal sobre a exploração dos esportes da mente no Brasil?

O artigo 50 da Lei de Contravenções Penais deixa claro que, mesmo nos jogos de azar, somente a sua exploração em locais públicos ou de acesso ao público é que seria proibida, descartando qualquer interpretação no sentido de que os jogos realizados em círculos fechados possam ser considerados ilegais.

Em se tratando de estabelecimentos empresariais voltados para a realização de torneios de *Poker*, e aqui pouco importa se eles são físicos ou virtuais, a doutrina e a jurisprudência estão caminhando firme para a possibilidade de autorização de funcionamento, desde que não sejam permitidas apostas avulsas e aleatórias em dinheiro. Portanto, não há qualquer obstáculo para a realização de um torneio em que os participantes pagam determinada quantia, **denominada de “Buy in”**, e em troca

10 Informação obtida no site da CBTH: [http://www.cbth.org.br/cbth/public/files/Imagem\(20\).jpg](http://www.cbth.org.br/cbth/public/files/Imagem(20).jpg)

recebem fichas de valor fictício (por exemplo: R\$ 300,00 = 8000 fichas), para disputar prêmios, também em dinheiro, na esteira do que permite os §§ 2º e 3º do artigo 814 do Código Civil.

Aliás, poder-se-ia indagar: mas o § 3º do artigo 50 da Lei de Contravenções também não proíbe as apostas em competições desportivas? Antes de responder a essa indagação, relembremos a redação do dispositivo:

(...).

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

- a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;
- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;

c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

O objetivo do legislador é tentar evitar qualquer influência externa e, portanto, perniciosa, nos resultados das competições esportivas. Como os resultados dessas competições dependem da habilidade física ou intelectual dos participantes, o legislador procurou evitar que eles possam ser cooptados por quadrilhas de criminosos para que fabriquem resultados em razão das apostas.

É de amplo conhecimento que alguns resultados em competições esportivas já foram manipulados em vista das apostas ilegais. No Brasil, ganhou notoriedade a chamada “máfia do apito”¹¹. Na Itália já teria ocorrido o mesmo, só que a partir do envolvimento direto dos atletas¹².

No entanto, nos torneios de *Poker*, assim como nos torneios de dominó, para usar a comparação feita pelo Desembargador paranaense, não

11 Máfia do Apito foi o nome dado pela imprensa brasileira a um esquema de manipulação de resultados futebolísticos, descoberto por Promotores de Justiça de Combate ao Crime Organizado, em São Paulo, conjuntamente com o Departamento de Polícia Federal. A investigação se tornou pública por meio de reportagem da revista Veja, em outubro de 2005.

12 De acordo com o promotor Roberto Di Martino, responsável pela operação "Lastbet" (última aposta), estas pessoas foram presas por "formação de quadrilha com finalidade de fraude esportiva". A sede da organização estava em Cingapura, com ramificações no Leste Europeu, de acordo com a polícia. O chefe da rede criminosa seria EngTanSeet, de Cingapura, mais conhecido pelo apelido de "Dan". Doni, atacante de 38 anos que já vestiu sete vezes a camisa da seleção italiana, era capitão da Atalanta na temporada passada e teria entrado em contato com jogadores adversários para "comprar" partidas do seu clube, que na época estava na segunda divisão.

existe aposta propriamente dita, mas pagamento de taxas de inscrição, o que afasta a hipótese de manipulação de resultados e, assim, a incidência da proibição decorrente daquele comando legal.

Aliás, é preciso deixar bem claro que no Brasil não existe regramento legal para os chamados esportes intelectuais, bem como sobre a possibilidade de uma sociedade empresária explorar economicamente essas atividades.

Como já alinhavado, entre nós existem os chamados jogos permitidos, os jogos proibidos e, finalmente, os jogos tolerados, isto é, aqueles que não são proibidos, mas também que não contam com uma disciplina legal específica. O *Poker* integra a última categoria, e essa é uma das razões pelas quais pairam muitas dúvidas sobre a sua exploração por casas especializadas.

Entendemos, com fundamento no § 3º do artigo 814 do Código Civil e, principalmente, no artigo 170 e seu parágrafo único da Constituição Federal, que assegura a livre iniciativa, que é absolutamente legal a exploração empresarial de torneios de *Poker* ou de qualquer outro esporte da mente.

Adverte-se, contudo, que a Comissão de Reforma da Legislação Penal, constituída para auxiliar o Senado Federal e presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, ao apresentar uma proposta de criminalização dos jogos de azar¹³, revoga totalmente o artigo 50 da Lei de Contravenções Penais e, com isso, a proibição de apostas em competições desportivas, o que não concordamos em hipótese alguma.

3) Quais as repercussões jurídico-tributárias?

Partindo da premissa de que estabelecimentos empresariais, físicos ou virtuais, de forma habitual ou eventual, podem organizar torneios de *Poker* em que os participantes pagam determinadas quantias em dinheiro em troca de fichas de valor fictício, com o fim de disputar prêmios em dinheiro de acordo com a sua colocação final na disputa, resta-nos analisar como se dará a tributação.

Em relação às sociedades empresárias organizadoras, é importante gizar que elas cobram o “*rake*”, isto é, ficam com parte do valor arrecada-

13 O texto proposto pela Comissão criminaliza apenas quem “explora jogos de azar sem autorização legal”.

do com as inscrições, que nada mais é do que a taxa de comissão cobrada pelos serviços de organização do torneio.

Logo, como toda comissão por serviço prestado, o “rake” está sujeito ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, cuja base de cálculo é a diferença entre o total arrecadado e o que é distribuído entre os vencedores.

A previsão legal de incidência desse imposto está no item 12.11 da listagem anexa à Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003, assim redigido:

Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003.

(...).

12.11 – Competições esportivas ou de destreza física ou intelectual, com ou sem a participação do espectador.

Em relação ao jogador, o prêmio está sujeito ao Imposto de Renda, conforme se pode confirmar a partir de informações contidas no próprio site da receita federal, abaixo reproduzidas:

PRÊMIO RECEBIDO EM CONCURSOS E COMPETIÇÕES

179 — Os prêmios obtidos em concursos e competições artísticas, científicas, desportivas e literárias são tributáveis?

Sim. Outorgados pela avaliação do desempenho dos participantes, os valores correspondentes a esses prêmios assumem o aspecto de remuneração do trabalho, assalariado ou não assalariado, conforme haja ou não vínculo empregatício entre a pessoa física e a fonte pagadora. Tais prêmios sujeitam-se ao recolhimento mensal (carnê-leão) e ao ajuste na declaração anual, se recebidos de pessoa física sem vínculo empregatício, e, na fonte e na declaração de ajuste, se distribuído por pessoa física com vínculo empregatício ou por pessoa jurídica.

Se os prêmios forem entregues à pessoa física não residente no Brasil, sujeitam-se a incidência na fonte à alíquota de 25%.

(Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 – Regulamento do Imposto sobre a Renda – RIR/1999, art. 685, inciso II, “a”; Parecer Normativo CST nº 173, de 1974; Parecer Normativo CST nº 62, de 1976)

Defendemos, no entanto, que deve ser descontada da base de cálculo do Imposto de Renda a taxa de inscrição paga pelo jogador, pois se ao final do torneio o prêmio recebido por sua colocação for rigorosamente o mesmo que ele pagou para se inscrever na competição, não haverá propriamente aumento de renda, fato gerador do tributo.

O que falta no Brasil, enfim, é uma regulamentação clara sobre o tema. Precisamos de uma disciplina legal específica sobre a exploração econômica dos chamados esportes intelectuais, também chamados de jogos da mente. É certo, entretanto, que o conjunto de dispositivos legais examinados, em especial a correta interpretação do artigo 50 da Lei de Contravenções Penais, do artigo 814 do Código Civil, do item 12.11 da lista anexa à Lei Complementar 116, de 31 de outubro de 2003 e, é claro, do *caput* do artigo 170 e do seu parágrafo único da Constituição Federal, que asseguram o livre exercício de qualquer atividade econômica, permite a exploração econômica dos torneios de *poker*, seja em estabelecimentos físicos ou virtuais.

CONCLUSÕES

A par de tudo que foi discutido e examinado chegamos às seguintes conclusões:

- ◆ Todos os estudos realizados, no Brasil e no Exterior, concluíram que o *Poker* não é um esporte em que se dependa exclusiva ou preponderantemente da sorte, logo não é jogo de azar;
- ◆ Atualmente, os Organismos Internacionais do Esporte consideram o *Poker* um esporte intelectual, em pé de igualdade com xadrez, go, gamão e dama, razão pela qual há uma expectativa de que ele entre no calendário dos Jogos Mundiais dos Esportes da Mente;

- ◆ O Ministério dos Esportes reconheceu a *Poker* como esporte intelectual e registrou, oficialmente, a Confederação Brasileira de *Texas Hold'em* em seus quadros, permitindo que os eventos de *Poker* possam ser incluídos no calendário esportivo oficial do país;
- ◆ A Jurisprudência caminha a passos largos para admitir, de forma irrefutável, a exploração empresarial de torneios de *Poker*.
- ◆ O único ponto de discórdia na jurisprudência, hodiernamente, são os jogos de *Poker* em que as apostas em dinheiro são ilimitadas, em modalidade conhecida como “*cash game*”.
- ◆ Diante do princípio constitucional da livre iniciativa, da redação do § 3º do artigo 814 do Código Civil e, especialmente, da inexistência de proibição legal, é absolutamente lícita a atividade de exploração empresarial, física ou virtual, de torneios envolvendo os esportes da mente, dentre eles o xadrez, a dama, o gamão e o *Poker*.
- ◆ As sociedades empresárias que explorarem essa atividade deverão recolher todos os tributos inerentes a essa atividade econômica, em especial o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS sobre a *rake*, que nada mais é do que a diferença entre o valor total arrecadado e o total das premiações que é distribuído entre os competidores.
- ◆ Elas também deverão reter, na fonte, o Imposto de Renda sobre os prêmios distribuídos aos competidores, observadas as alíquotas vigentes, descontando-se o valor pago pela inscrição no torneio.
- ◆ Somos, finalmente, contrários à liberalização dos jogos de azar no Brasil, dentre eles, com destaque, máquinas caça-níquel, roleta, bacará, black-jack e “jogo do bicho”. Mais ainda, defendemos a criminalização¹⁴ da sua exploração.

14 Deixando de ser mera contravenção penal.

Quanto aos meus diletos amigos de terça-feira à noite, já tive oportunidade de esclarecer a todos eles que podemos continuar nos encontrando sem culpa para momentos de confraternização, degustando bons vinhos e jogando nosso *Texas Hold'em*, sem o risco de sermos taxados de criminosos ou interrompidos por qualquer batida policial, que mais seria um ato de abuso de autoridade.

Ao nosso campeão e “ídolo”, Júlio, sugeri que procurasse um bom advogado, pois não há nenhuma justificativa plausível para que as instituições financeiras com as quais ele tem relacionamento se recusem a intermediar a vinda do seu prêmio, via Banco Central¹⁵, mesmo porque, na origem, a atividade seria regulamentada pelo estado estrangeiro. Adverti-o, contudo, da obrigatoriedade do pagamento do Imposto de Renda devido. ❖

15 BACEN, RMCCI - Atualização 51, em vigor desde 10.04.2012 - Circular 3.589.

A Obrigação como Processo no Direito Tributário e a Aplicação do Princípio da Boa-fé Objetiva

Elizabeth Rosa de Mello

Advogada Tributarista no Rio de Janeiro, ex-aluna da EMERJ, Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá, Pós-graduada em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA, Professora de Direito Financeiro e Tributário e Coordenadora dos Cursos de Pós-graduação Lato sensu da Universidade Estacio de Sá e Professora Substituta de Legislação Tributária da UFRJ.

RESUMO

Este artigo jurídico trata da obrigação como processo no Direito Tributário e da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, temas que muitas vezes são mencionados no Direito Privado, mas demonstrar-se-á como é possível aplicá-los no Direito Público, principalmente, nas relações jurídicas de Direito Tributário.

Uma análise didática da obrigação como processo no Direito Tributário será proposta, bem como do princípio da boa-fé objetiva, tudo de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

Para tratar da obrigação como processo no Direito Tributário, primeiro será analisada a obrigação como processo no Direito Civil, com o intuito de fazer um estudo comparativo. Depois, cada fase da obrigação será tratada no Direito Tributário para demonstrar ser possível entender a obrigação tributária como processo.

E de forma detalhada, também, demonstrar-se-á como é possível aplicar o princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas tributárias.

Inicialmente, o princípio da boa-fé desde muito fincou posição no Direito Privado, sendo parâmetro inerente das obrigações contratuais. A proposta deste estudo, no entanto, transcende o campo do Direito Privado e pretende chegar a altitudes ainda pouco exploradas: o campo do Direito Público, especificamente nas relações tributárias.

O que é que se espera de um homem que firma um contrato com outro? Esta é a grande pergunta para uma resposta simples: que ele atue de boa-fé!

Mas exatamente o que se quer dizer com a expressão “um homem de boa-fé”? Entram aqui, como parte da resposta, os valores sociais vigentes em determinado momento histórico e que integram o consciente coletivo: consciência do dever, honestidade, retidão, confiança mútua entre as partes, garantia da palavra empenhada e lealdade. Em especial, a boa-fé de um homem é configurada pela confiança que ele tem na outra pessoa que com ele firma um negócio. A boa-fé deste homem é a sua consciência de agir honestamente e com preocupação de não prejudicar o outro.

Em suma, estas são as características de um homem de boa-fé. Mais precisamente é o comportamento esperado de um homem médio, bom pai ou boa mãe de família.

Está aqui a resposta do porquê da predominância da boa-fé no Direito Privado comparado com os demais ramos do Direito: por tratar de relações entre pessoas, ambas as partes podem ter seu comportamento avaliado em relação a este aspecto do caráter humano.

Do que vende, espera-se que entregue o produto da venda. Do que compra, espera-se que entregue a quantia pactuada e no termo ajustado. Foi, por isso, que a boa-fé, a *fides* dos antigos romanos, nunca deixou de ocupar seu lugar nas relações jurídicas entre particulares. Algumas vezes mais profundamente, outras vezes menos. Porém, sempre presente!

Dentro do Direito Civil, especialmente em obrigações e contratos, a boa-fé ocupa um lugar de destaque na solução do litígio entre as partes. Àquele que alega que a outra parte entrou em colisão com o princípio da boa-fé é assegurada a interposição de recursos judiciais visando a reparar seu prejuízo. Decisões *contra legem* e *praeter legem* chegam a ser prolatadas quando ocorre a violação da boa-fé numa relação jurídica.

Insta dizer que a importância da apreciação da presença do princípio da boa-fé dentro das relações jurídicas decorre de suas funções básicas. Da função interpretativa, vem a possibilidade de esclarecer as letras

da lei; da fundamentadora, o lançamento das raízes que sustentam uma decisão judicial; da integradora, o suprimento de lacunas, omissões e obscuridades da lei, sempre preservando a livre convicção do magistrado que, na sua experiência, vislumbrará na atitude da parte que reclama a real presença da boa-fé, ou apontará sua simulação.

A ponderação da presença da boa-fé é determinável pela aplicação de um princípio metodológico, descrito por SERGIO CAVALIERI FILHO, que parte da premissa de não se poder exigir do agente um comportamento diferente daquele de um homem comum, o denominado *bonus pater familias*, no Direito Romano.¹

A questão, entretanto, muda completamente de figura quando em vez de dois homens envolvidos numa relação jurídica entra em pauta um homem e o Estado, entidade descaracterizada de comportamento humano. Como exigir boa-fé do Estado nas suas relações tributárias com os contribuintes? Ao sabor da oportunidade política e da necessidade de recursos para o Caixa do Tesouro, o Estado age como ser despersonalizado, sem rosto, movido pelas mãos de um fiscal, algumas vezes, incentivado pela necessidade de produzir resultados, traduzidos no aumento ou recuperação de receitas. E o indivíduo que se fiou em instruções truncadas de um agente de repartição pública e recolheu impostos indevidos no lugar dos que devia, vê o Estado como um ser que apavora. Este, bem representado pela figura do rei da floresta, acua os que ousam, bem ou mal avisados, desafiar seu império, sua força potestativa ...

A grande ironia é que o mesmo Estado de apetite voraz é constituído pelos mesmos indivíduos, alunos, professores, operários, comerciantes, advogados, juízes..., pelo povo que o teme.

Daí, a proposta deste artigo: incitar a busca a resposta de uma complexa questão. Assim, como se exige na relação de dois homens, também é possível exigir do Estado a presença da boa-fé em suas relações jurídicas administrativas, fiscais ou tributárias quando interage com o cidadão, seja como contribuinte, ou apenas como um frugal consumidor.

A questão sob análise é a presença da boa-fé nas relações entre o cidadão e o Estado. O princípio da boa-fé é capaz de mudar a solução de um litígio entre Estado e cidadão, mesmo *contra legem*? O princípio se aplica ao Direito Público? Estas e algumas outras questões deverão ser respondidas ao longo deste artigo. As respostas serão pesquisadas

1 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39.

na jurisprudência oriunda dos pretórios. Apesar de a jurisprudência não ter o condão de fazer o Direito formal, é por meio dela que o Direito evoluiu, se torna maduro e mais humano, defendendo os interesses do hipossuficiente.

2. A OBRIGAÇÃO COMO PROCESSO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Antes de analisar a obrigação como processo no Direito Tributário², de pronto, passa-se a abordar o conceito de obrigação, e de obrigação tributária.

Segundo **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**:

*Etimologicamente, obrigação é palavra oriunda do latim, representada pelos termos “ob” + “ligatio”, expressando a ideia de vinculação, de liame, de cerceamento da liberdade de agir, em benefício de pessoa determinada ou determinável. A noção original visualizava na obrigação uma norma de submissão, ou decorrente da própria escolha voluntária da pessoa (autodeterminação), ou em razão de a norma lhe ser imposta como efeito automático de determinado comportamento, sem a presença do desejo de contrair a obrigação (heterodeterminação)*³.

No âmbito do Direito Civil, a obrigação é conceituada por Caio Mário da Silva Pereira como “[...] o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra uma prestação economicamente apreciável [...]”⁴.

O artigo 110 do Código Tributário Nacional estabelece que “... a lei tributária não pode alterar a definição, o conceito e o alcance de institutos, conceitos e forma de direito privado...”. Assim, não se deve alterar o conceito de obrigação do Direito Tributário, apenas complementá-lo no Direito Tributário, que pode ser conceituada da seguinte forma: é o vínculo jurídico mediante o qual, o sujeito ativo (entes da Federação: União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) deve exigir (porque trata de

² Segundo Adilson Rodrigues Pires: “Apesar de o Direito Tributário integrar o Direito Financeiro, é ele hoje, estudado de forma autônoma, tendo em vista a sua grande importância na arrecadação pública. Mais de 80% das receitas correntes são obtidos através dos tributos” in PIRES, Adilson Rodrigues. **Manual de Direito Tributário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 4.

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 5.

uma obrigação *ex lege*, que decorre da lei) do sujeito passivo (contribuinte ou responsável) uma prestação economicamente apreciável que é o crédito tributário, decorrente do valor do tributo e/ou das penalidades tributárias (multas moratórias ou punitivas).

O legislador não conceituou o que vem a ser o crédito tributário, nem mesmo obrigação tributária, apenas classificou a obrigação tributária em principal e acessória (artigo 113, §§ 1º e 2º do Código Tributário Nacional).

E o que vem a ser o crédito tributário? É aquele decorrente de uma obrigação tributária principal, já que se refere a um valor ou quantia em dinheiro.

O crédito tributário deve ser cobrado por meio da ação de execução fiscal, conforme dispõe a Lei de Execução Fiscal, Lei 6.830/1980. E apesar de o artigo 113, § 3º do Código Tributário Nacional mencionar que a obrigação tributária acessória se transforma em principal se não for cumprida, subentende-se que o legislador quis deixar claro que a expressão matemática desta obrigação acessória é a multa punitiva, portanto, um valor em dinheiro, o qual será executado, cobrado por meio desta Lei de Execução Fiscal.

Assim, sempre será uma obrigação tributária principal a sofrer a exação fiscal, já que seria impossível ajuizar ação de execução fiscal para a cobrança de obrigação tributária acessória de fazer, não fazer ou de tolerar; se pelo fato de seu descumprimento, nascesse para o ente de Federação, seja União, Estados-membros ou Distrito Federal e Municípios, o direito de cobrar uma multa, denominada de punitiva. Esta multa, como o próprio nome sugere, tem por objeto punir o contribuinte, pessoa física ou jurídica, para que este não deixe de cumprir suas obrigações tributárias acessórias.

O crédito tributário pode ser entendido como valor do tributo e/ou valor da penalidade tributária, pois o contribuinte pode ser devedor, por exemplo, do *quantum* referente ao imposto de renda e proventos de qualquer natureza (obrigação tributária principal), e/ou ter deixado de fazer ou fazer corretamente a declaração de ajuste (obrigação tributária acessória), devendo, no caso, pagar tanto o valor do tributo e/ou da multa punitiva, podendo ser dois valores conjuntamente, ou cada um isoladamente, dependendo do caso concreto.

Quando GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA trata da posição no Direito Civil e relações com demais ramos jurídicos, destaca o Direito Tributário:

*No Direito Tributário, conhecido tradicionalmente como ramo do Direito Público, há nítida influência de repercussão das obrigações, com toda uma gama de regras e princípios que lhe são próprios, daí o surgimento da matéria atinente à obrigação e ao crédito tributários no Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/65) e em leis especiais, havendo a consolidação da dívida mediante procedimento próprio (lançamento)*⁵.

Considerando as peculiaridades do Direito Tributário, obrigação como processo nesse ramo do direito deve ser analisada passo a passo, em suas diversas fases, como fez CLÓVIS VERÍSSIMO DE COUTO E SILVA⁶, ao tratar da obrigação como processo no Direito Civil. O autor, didaticamente, primeiro tratou dos princípios que se relacionam com as fontes e desenvolvimento posterior da obrigação, depois abordou as fontes da obrigação, sua estrutura, a intensidade do *vinculum obligationis* e a teoria da impossibilidade e, por fim, analisou o desenvolvimento da relação jurídica obrigacional em espécie.

O desenvolvimento da relação obrigacional está condicionado aos princípios gerais, citados pelo autor como princípios da autonomia da vontade, da boa-fé e da separação entre as fases ou planos da obrigação (nascimento, desenvolvimento do vínculo e a do adimplemento).

Para CLÓVIS VERÍSSIMO DE COUTO E SILVA a “[...] obrigação é um conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou a satisfação do interesse do credor [...]”⁷, como também ocorre no Direito Tributário, sendo o credor o ente da Federação, que por interesse público persegue o crédito tributário.

É evidente que, no Direito Tributário não impera o princípio da autonomia da vontade, porque como referido, a obrigação tributária é *ex lege*, decorre da lei e não da vontade das partes, um contribuinte não pode eximir-se de pagar tributos porque em determinado mês desconhecia a lei.

⁵ GAMA. Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10.

⁶ COUTO E SILVA. Clóvis Veríssimo de. **A obrigação como processo**. 4.ed. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 123-166.

⁷ Idem. p. 168.

Todavia, o princípio da boa-fé objetiva pode ser aplicado para afastar a exação fiscal, pois visa-se, mediante o princípio da boa-fé instaurar uma ordem de cooperação entre os integrantes da relação jurídica.

Esses deveres podem perdurar depois de adimplido o crédito principal [...]”⁸, que no caso do Direito Tributário, mesmo efetuado o pagamento do valor do tributo, persiste o dever de o contribuinte cumprir as obrigações tributárias acessórias, por serem autônomas.

Todavia, o princípio da boa-fé aplicável no Direito Tributário é o da boa-fé objetiva, da conduta socialmente recomendada, e não o princípio da boa-fé subjetiva, do homem que ignora a lei, porque, no ordenamento jurídico brasileiro é vedada a alegação de desconhecimento da lei para justificar o descumprimento.

Há outra peculiaridade no Direito Tributário, pois quando ocorre o fato gerador, nasce para o ente federativo (sujeito ativo) o direito de lançar o crédito tributário e para o contribuinte ou responsável (sujeito passivo) a obrigação de pagar o valor do tributo devido ou penalidades tributárias, que são as multas moratórias ou multas punitivas.

A obrigação como processo no Direito Tributário, como um conjunto de fases coordenadas, tem por objetivo a obtenção do crédito tributário, nasce a obrigação tributária (principal e/ou acessória) com o fato gerador, ele se constitui pelo lançamento tributário e somente torna exigível quando o contribuinte toma conhecimento da obrigação por meio da efetiva notificação. E quando o sujeito passivo efetua o pagamento do valor devido, ocorre o adimplemento extinguindo-se o crédito tributário, mas poderá impugnar e recorrer administrativamente, ocorrendo a suspensão da exigibilidade deste crédito, e pode não efetuar o pagamento do valor do crédito tributário, estando em mora, quando o ente da Federação deverá inscrevê-lo em certidão de dívida ativa, tornando o crédito exequível, com título executivo passível de exequibilidade para efetivar a cobrança do *quantum* devido por meio da ação de execução fiscal.

Em todas as fases da obrigação como processo, deve sempre ser respeitado o princípio do devido processo legal, que deve ser adotado na esfera administrativa, dando oportunidade às partes da relação jurídica tributária, de se manifestarem, impugnando ou recorrendo, na forma e no prazo que a legislação autorizar.

8 COUTO E SILVA. Clóvis Veríssimo de. **A obrigação como processo**. 4. ed. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 169.

Este crédito tributário deve ser cobrado por meio da ação de execução fiscal, conforme dispõe a Lei de Execução Fiscal, Lei 6.830/1980. E apesar de o artigo 113, § 3º do Código Tributário Nacional mencionar que a obrigação tributária acessória se transforma em principal se não for cumprida, isto significa, que o legislador quis deixar claro que a expressão matemática desta obrigação acessória é a multa punitiva, portanto, um valor em dinheiro, este é que será executado, cobrado por meio desta Lei de Execução Fiscal.

Assim, sempre será uma obrigação tributária principal a sofrer a exação fiscal, já que seria impossível ajuizar uma ação de execução fiscal para a cobrança de uma obrigação tributária acessória de fazer, não fazer ou de tolerar; se pelo fato de seu descumprimento, nascesse para o ente de Federação, seja União, Estados-membros ou Distrito Federal e Municípios, o direito de cobrar uma multa, denominada de punitiva. Esta multa, como o próprio nome sugere, tem por objeto punir o contribuinte, pessoa física ou jurídica, para que este não deixe de cumprir suas obrigações tributárias acessórias.

O crédito tributário pode ser conceituado como valor do tributo e/ou valor da penalidade tributária, já que o contribuinte pode dever, por exemplo, o *quantum* referente ao imposto de renda e proventos de qualquer natureza (obrigação tributária principal), e/ou ter deixado de fazer ou fazer corretamente a declaração de ajuste (obrigação tributária acessória), devendo neste caso, pagar tanto o valor do tributo e/da multa punitiva, podendo, portanto, ser os dois valores conjuntamente, ou cada um isoladamente, dependendo da situação do caso concreto.

A obrigação como processo no Direito Tributário deve ser analisada passo a passo, em suas diversas fases, como fez o autor Clóvis Veríssimo de Couto e Silva⁹, ao tratar da obrigação como processo no Direito Civil. O autor, didaticamente, primeiro tratou dos princípios que se relacionam com as fontes e desenvolvimento posterior da obrigação, depois abordou as fontes da obrigação, sua estrutura, a intensidade do *vinculum obligationis* e a teoria da impossibilidade e, por fim, analisou o desenvolvimento da relação jurídica obrigacional em espécie.

É preciso se ater ao desenvolvimento da relação obrigacional como condicionada aos princípios gerais, citados pelo autor como princípios da

9 COUTO E SILVA. Clóvis Veríssimo de. **A obrigação como processo**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2010. p. 23-166.

autonomia da vontade, da boa-fé e o da separação entre as fases ou planos da obrigação (nascimento, desenvolvimento do vínculo e a do adimplemento).

Para o mencionado autor Clóvis Veríssimo de Couto e Silva a “... obrigação é um conceito finalístico; dirige-se, sempre, ao adimplemento ou a satisfação do interesse do credor...”¹⁰, como também ocorre no Direito Tributário, sendo o credor o ente da Federação, que por interesse público persegue o crédito tributário.

É evidente que no Direito Tributário não impera o princípio da autonomia da vontade, porque como já tratado anteriormente, a obrigação tributária é *ex lege* decorre da lei e não da vontade das partes, um contribuinte não pode eximir-se de pagar tributos porque em determinado mês não pode ou não quis. Mas, o princípio da boa-fé é possível de ser aplicado, pois “... visa-se, mediante o princípio da boa-fé instaurar uma ordem de cooperação entre os figurantes da relação jurídica. Esses deveres podem perdurar ainda depois de adimplido o crédito principal ...”¹¹, que no caso do Direito Tributário, mesmo que efetuado o pagamento do valor do tributo, ainda persiste o dever de o contribuinte realizar as obrigações tributárias acessórias, por serem autônomas.

Todavia, o princípio da boa-fé que deve ser aplicado no Direito Tributário é o da boa-fé objetiva, da conduta socialmente recomendada, e não o princípio da boa-fé subjetiva, do homem que ignora a lei, porque no nosso ordenamento jurídico é vedada a alegação de desconhecimento da lei para alegar o seu descumprimento.

Há outra peculiaridade no Direito Tributário, já que no momento que ocorre o fato gerador, nasce para o ente da Federação(sujeito ativo) o direito de lançar o crédito tributário e para o contribuinte ou responsável(sujeito passivo) a obrigação de pagar o valor do tributo devido ou penalidades tributárias, que são as multas moratórias ou multas punitivas.

A obrigação como processo no Direito Tributário, como um conjunto de fases coordenadas, tem por objetivo a obtenção do crédito tributário, nasce a obrigação tributária (principal e/ou acessória) com o fato gerador, se constitui pelo lançamento tributário e somente torna exigível quando o contribuinte toma conhecimento desta obrigação por meio da

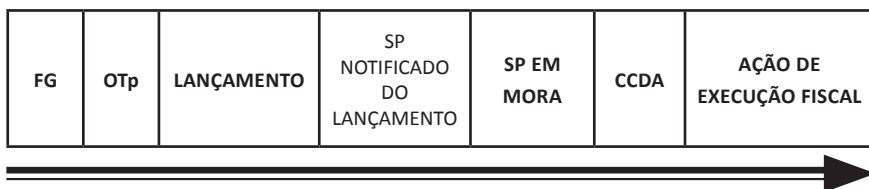
10 Ob. Cit. p. 168.

11 Idem. p. 169.

efetiva notificação. E quando o sujeito passivo efetua o pagamento do valor devido, ocorre o adimplemento extinguindo o crédito tributário, mas poderá impugnar e recorrer administrativamente, ocorrendo a suspensão da exigibilidade deste crédito, e pode não efetuar o pagamento do valor do crédito tributário, estando em mora, quando o ente da Federação deverá inscrevê-lo em certidão de dívida ativa, tornando o crédito exequível, com título executivo passível de exequibilidade para efetivar a cobrança do *quantum* devido por meio da ação de execução fiscal.

Em todas estas fases da obrigação como processo, deve sempre ser respeitado o princípio do devido processo legal, que deve ser adotado na esfera administrativa, dando oportunidade às partes da relação jurídica tributária, de se manifestarem, impugnando ou recorrendo, na forma e no prazo que a legislação autorizar.

A obrigação como processo no Direito Tributário pode ser representada, graficamente, da seguinte forma:



A OTp (obrigação tributária principal) nasce com o FG (fato gerador); com o lançamento constitui o crédito tributário, tornando exigível quando o SP (sujeito passivo) for notificado, e somente quando o SP (sujeito passivo) estiver em mora que nasce o direito de o SA (sujeito ativo) inscrever o crédito tributário em CDA (certidão de inscrição em dívida ativa), e com este título executivo extrajudicial o SA (sujeito ativo) ajuíza a ação de execução fiscal.

Nos próximos itens, este artigo jurídico irá tratar da origem da boa-fé objetiva, a juridicização do seu conceito, sua conexão com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, para chegar à conclusão de que será possível sua aplicação no Direito Tributário.

3. ORIGEM DA BOA-FÉ

3.1 A Boa-fé no Direito Romano - *Bona Fide Iudicia*

O Direito Romano é o precursor do Direito da maioria dos ordenamentos jurídicos do Ocidente e, dentre eles, o do Direito brasileiro. Buscar no Direito Romano o entendimento do Direito vigente é compreender melhor a evolução dos institutos jurídicos e, em consequência, atribuir ao

Direito a dinâmica que a evolução histórica dele exige. As raízes da aplicação da boa-fé serão encontradas no Direito Romano, especificadamente nas chamadas *bonae fidei iudicia*, ações da boa-fé.

No antigo Império Romano, predominavam relações de clientela e em consequência a existência de deveres de lealdade e obediência ao *cliens*, chefe, em troca da proteção que lhe era dada pelo cidadão¹².

Para melhor entendimento deste instituto são relevantes breves considerações a respeito da sistemática processual romana¹³.

O sistema romano foi um sistema de ações e não de direitos, como bem esclareceu JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES¹⁴:

Hoje, temos um conceito genérico de ação, em Roma, ela era típica, isto é, a cada direito correspondia uma ação específica. Por isso, é certa a afirmação de que, em Roma, não se conheceu a actio, ação, mas, sim, as actiones, ações.

Em Roma, havia três sistemas: *legis actionis*, *per formulas* e *cognitio extraordinaria*, que se sucederam cronologicamente, de acordo com os períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico.

No sistema da *legis actionis*, ações da lei, a primeira prática conhecida em Roma era caracterizada pelo formalismo, pela tipicidade e pela oralidade.

O sistema *per formulas*, fundamentado como fórmulas escritas, é considerado menos formalista e, apesar de seu nome ter o sentido de algo imodificável, importava maior atuação do magistrado.

12 MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 111.

13 MÉNDEZ, Amélia González. **Buena Fe y Derecho Tributario**. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 22/23: Nesta obra pode-se constar a evolução da boa-fé no âmbito processual do Direito Romano: “El antecedente histórico del concepto actual de buena fe se encuentra en el uso romano del término *fides*. La *fides* es un concepto de origen social cuyo significado en el mundo romano equivalía a la idea de lealtad a la palabra dada (*fit quod dicitur*). [...] Esta *fides* jurídica se transforma en *fides bona* en el ámbito del proceso, pues una vez surgido el conflicto entre las partes, permite la reclamación judicial exigiendo el cumplimiento de las obligaciones asumidas, lo que conduce a la concreción de la medida de responsabilidad por las actuaciones desleales y engañosas. Em seguida esta *fides bona* de origen procesal, que no ha perdido su primigenio significado, se traslada al campo contractual y a la adquisición posesoria, que se convierten en su ámbito de actuación prototípico”. (Tradução própria: “O antecedente histórico do conceito atual de boa-fé se encontra no emprego romano do termo *fides*. A *fides* é um conceito de origem social, cujo significado no mundo romano equivalia a idéia de fidelidade a palavra dada (*fit quod dicitur*). [...] Esta *fides* jurídica se transforma em *fides bona* no âmbito processual, pois uma vez ocorrido o conflito entre as partes, possibilita a reclamação judicial exigindo o cumprimento das obrigações assumidas, ao se confirmar a existência de responsabilidade por atos desleais e enganosos. Em seguida esta *fides bona* de origem processual, que não perdeu seu significado primitivo, é trasladada ao campo contratual e para a posse, passando a ter a função típica hoje difundida).”

14 MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I, p. 182.

Já no sistema da cognição extraordinária, encerra-se a fase conhecida por *ordo iudiciorum privatorum*, caracterizada pela divisão de instância, em que a decisão, em regra, não cabia a uma autoridade pública, do Estado, mas a um árbitro, cidadão particular, chamado de *iudex*, juiz popular.

Sobre o segundo sistema, *per formulas*, com procedimentos escritos, MICHEL VILLEY¹⁵ esclarece que, com o surgimento de novas fórmulas oriundas do entendimento pretoriano, iniciou-se uma fase determinante para o desenvolvimento do Direito. Estas fórmulas que traziam procedimentos preestabelecidos, passaram a ser utilizadas como parâmetros aplicáveis em novos entendimentos.

Será no âmbito do sistema *per formulas*, no período romano clássico que surgem os *iudicia bonae fidei*, ou *actiones boane fidei*, que segundo FRANCISCO AMARAL, podem assim ser conceituadas:

Os bonae fidei iudicia eram, precisamente, actiones civiles in personam (não in rem) cujo iudicium atribuía ao juiz uma grande margem de apreciação discricionária, isto é, o poder de estabelecer, a seu critério, tudo quanto o demandado devesse dar ou fazer com base no princípio da boa-fé ¹⁶.

No Direito Romano, a obrigação de agir com boa-fé não era estabelecida de forma expressa. Estava permeada nos principais mandamentos do Direito Romano: no viver honestamente, no não lesar terceiros e no dar a cada um o que é seu - *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alerum non laedere, suum cuique tribuere*, D.1.1.10¹⁷.

Sobre o papel do princípio da boa-fé, tanto no Direito Romano quanto no Direito atual, TERESA NEGREIROS¹⁸ entende que este assume o conteúdo de uma espécie de cláusula sindicante geral utilizada pelo juiz em face de cada caso concreto. Conclui-se que, ao considerar a existência da boa-fé dentro do contexto do caso concreto sob análise, o magistrado poderá fazer justiça, pois terá a boa-fé como instrumento para o julgamento dos fatos.

15 VILLEY, Michel. **Direito Romano**, trad. port. de Fernando Couto. Porto: Resjurídica, 1991. p. 60.

16 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. **A Boa-fé no Processo Romano**, in Revista Jurídica v. 1, nº 1 (novas séries), jan./jun. de 1995. UFRJ, Rio de Janeiro. p. 42 (*apud* NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé**, Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 40).

17 Cf. MARKY, Thomas. **Curso de Elementar de Direito Romano**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 13.

18 NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 40.

No mesmo sentido, CLÓVIS DE COUTO SILVA, ao analisar o papel do juiz frente a um novo fato, buscará nos princípios fundamentais do Direito os elementos individualizadores que, no passado já eram utilizados pelos pretores do Direito Romano:

O princípio da boa-fé endereça-se sobretudo ao juiz e o instiga a formar instituições para responder aos novos fatos, exercendo um controle corretivo do Direito estrito, ou enriquecedor do conteúdo da relação obrigacional, ou mesmo negativo em face do Direito postulado pela outra parte. A principal função é a individualizadora, em que o juiz exerce atividade similar a do pretor romano, criando o Direito do caso (grifos nossos)¹⁹.

Diante das funções que assume no processo, o princípio da boa-fé pode ser considerado pelo magistrado como uma vertente segura para bem julgar.

3.2 A Evolução da Boa-fé

O estudo da boa-fé apresenta particularidades próprias de um conceito metajurídico de abrangência polivalente. Dentre estas, cita-se a instabilidade de sua aplicação, traduzida por maior ou menor aceitação, dependendo do ramo do direito em que é aplicada. A consolidação da aplicabilidade do princípio da boa-fé aos fatos jurídicos se deu no século XX pela interação entre a ciência e a filosofia do Direito, entre o Direito e a moral e, especialmente, por força da jurisprudência, conforme preleciona AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ²⁰.

O caráter jurídico da boa-fé, ou seja, a sua juridicidade, foi obra de um longo desenrolar iniciado no Direito Romano. Com o declínio do jusnaturalismo, com seus conceitos que estabeleciam a existência de um Direito objetivo e imutável, foi necessário que as correntes epistemológicas que o sucederam, buscassem outros referenciais que pudessem configurar o Direito como uma unidade dotada de integridade.

19 SILVA, Clóvis do Couto. "O princípio da Boa-fé no Direito brasileiro e português", in **Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 57 (*apud* NEGREIROS, Teresa, *Ibidem* p. 41/42).

20 MÉNDEZ, Amelia González. **Buena Fe y Derecho Tributario**. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 15.

Estes novos referenciais, conforme relata AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ²¹, foram encontrados no conceito de Direito considerado como sendo um sistema. Tal ideia é a que particularmente passou a vigorar quando o Direito foi considerado como ciência que busca suas bases dentro de um ordenamento jurídico. Independentemente do matiz da escola jurídica, após o ocaso do jusnaturalismo, as fontes do conhecimento do Direito passaram a ser buscadas nas leis e nos costumes, estes últimos representativos da realidade social vigente.

No início do século XX, com o advento da prática judicial, *iudex rex*, a Lei como fonte do Direito teve sua força reduzida. Com a chegada da Escola do Direito Livre a função típica do magistrado, que é a de julgar, assumiu maior importância, pois este passou a utilizar juízos de valores, além dos recursos da Lei, na formação de sua livre convicção. Como consequência, as decisões judiciais passaram a ser mais livres, com risco de cometimento de arbitrariedades. Perante tal risco, surge uma questão a ser respondida pela doutrina: qual a metodologia capaz de coibir eventuais arbitrariedades?

A resposta veio com o desenvolvimento da teoria da argumentação que, nos anos cinquenta, apresentou critérios para avaliação de juízos de valor contidos numa decisão judicial. THEODOR VIEHWEG, na sua clássica obra *Tópica e Jurisprudência*, desenvolveu os chamados *topoi's*²², inicialmente descritos em Aristóteles, que assumiram relevante papel na hermenêutica jurídica, ao indicar o norte capaz de validar decisões judiciais baseadas em juízos de valores, dentre os quais se encontra o conceito da boa-fé.

Neste cenário, a segurança jurídica é ameaçada pela presença de elementos valorativos e morais que passam a comprometer a hegemonia dos postulados positivistas, anteriormente os únicos definidores da decisão judicial²³. Como solução estabilizadora, os anglo-saxônicos buscaram

21 ROMANO, S. **El ordenamento jurídico**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963. (*apud* MÉNDEZ, 2001. p. 17)

22 Trabalhando o raciocínio dialético, a Tópica parte de opiniões, tornando possível encontrar soluções para todo e qualquer problema. Para ARISTÓTELES nem todo problema pode assumir a natureza dialética, por exemplo, as evidências comprovadas. Aplicável em questões que envolvam conflitos de opiniões, a Tópica opera em situações em que há argumentos a favor e argumentos contra. Os tópicos (*topoi*), são as opiniões que *ajudam a encontrar as conclusões dialéticas*, e não dispensam o uso do pensamento dedutivo. [VIEHWEG, 1979, p. 25].

23 O método tópico de interpretação constitucional é criticado pela facilidade com que pode conduzir a um casuísmo. CANOTILHO afirma que tanto o método tópico, quanto o método concretizador se direcionam para um pensamento orientado para a solução do problema. "O método concretizador afasta-se do método tópico, porque enquanto o último pressupõe ou admite o primado do problema perante a norma, o primeiro assenta-se no pressuposto do *primado do texto constitucional* em face do problema". [CANOTILHO, 1999, p.1138].

balizar o Direito através dos precedentes da *Common Law*²⁴. No Direito Ocidental, ao se constatar que o ordenamento jurídico positivista se mostrava insuficiente para garantir a sustentação da segurança jurídica, dada a presença e muitas vezes a prevalecência dos critérios valorativos numa decisão judicial, buscou-se no constitucionalismo a supremacia normativa capaz de avaliar o *status quo* do Direito realmente aplicado na prática. A inclusão de conteúdo valorativo no texto das novas constituições, especialmente as europeias, foi a solução encontrada, capaz de instrumentalizar as decisões judiciais prolatadas, com base não apenas em preceitos positivistas, mas também na valoração judicial.

Com a constitucionalização dos princípios ficou, então, estabelecida a jurisprudência de valores ou jurisprudência de princípios, conforme relata AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ²⁵. Tal movimento relembra a criação judicial do Direito, que ocorria na era dos antigos romanos, e cuja fonte de produção estava nos éditos dos pretores. A partir deste momento, com a Constitucionalização dos princípios, o conceito de boa-fé adquire força jurídica.

A grande acolhida obtida pelo princípio da boa-fé deparou-se, por outro lado, com posições cautelosas de alguns doutrinadores. A ampliação da força dos princípios acarretou o receio de que eventuais ambiguidades e abusos desestabilizassem a segurança jurídica. Entretanto, até mesmo doutrinadores relutantes quanto ao uso generalizado dos princípios gerais, perceberam sua importância na evolução do Direito, conforme a posição de A. NIETO descrita a seguir:

El Derecho progressa cuando renuncia a sus caracteres aparentemente esenciales de claridad y previsibilidad y cuando debilita la garantía de la seguridad jurídica que ofrecen sus

24 Em sentido contrário, cfr. Canotilho: “Os ‘casos’ constitucionais, julgados em tribunais ordinários ou constitucionais, conduzir-nos-iam ao problema do papel da jurisprudência como fonte de direito, tarefa a que não poderemos proceder aqui. Observar-se-á apenas que a questão de saber se o uso duradouro, pelos tribunais, de certos precedentes judiciais, constitui um *direito de juiz (Richterrecht)*, reconduzível a um direito constitucional consuetudinário de base jurisprudencial, deve merecer resposta negativa. Os próprios tribunais não estão vinculados a uma <<communis opinio>> por eles desenvolvida em jurisprudência anterior, tanto mais que desapareceram da ordem jurídica portuguesa os assentos dotados de força obrigatória geral (DL 329-A/95, de 12-10). A aceitar-se a tese de transformação de uma jurisprudência reiterada e uniforme em direito constitucional consuetudinário, então ter-se-ia de admitir que a mudança de corrente jurisprudencial já não seria possível e que os tribunais estariam vinculados aos precedentes judiciais em matéria constitucional. Estes precedentes só virão a ter importância decisiva quanto à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art.281º/2), pois serão os precedentes jurisprudenciais do Tribunal Constitucional que o deverão levar a declarar a inconstitucionalidade de uma norma.” (CANOTILHO, 1999, p. 802).

25 MÉNDEZ, Amelia González. *Buena Fe y Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 21.

*normas positivas, para lanzarse a las turbulencias vitales y arriesgadas de los principios generales del Derecho.*²⁶

Conforme se depreende da leitura do texto de A. NIETO, o progresso do Direito requer a coragem de se renunciar ao conforto que é assegurado por um Direito normativamente estável e de se lançar à busca de novos conceitos jurídicos lastreados nos princípios gerais do Direito. E isto de fato ocorreu com o princípio da boa-fé: seus efeitos no ordenamento jurídico ocidental só passaram a ser realmente percebidos quando os Constitucionalistas, inspirados em valores reclamados pela sociedade, incluíram-no, em conjunto com outros princípios gerais do Direito, no bojo das novas Constituições.

4. A JURIDICIZAÇÃO DO CONCEITO DE BOA-FÉ

A questão inicial a ser discutida no próximo item é a busca da fundamentação que possibilite atribuir à boa-fé o *status* de princípio geral do Direito. Com esta finalidade serão analisados determinados aspectos relativos aos princípios, os quais constituem o balizamento dos princípios gerais do Direito.

4.1 O Princípio Geral da Boa-fé

Como os princípios²⁷ são fundamentos dogmatizados pela Filosofia do Direito, é em DEL VECCHIO que se encontrarão as primeiras constatações sobre a juridicização do conceito de boa-fé. Segundo o filósofo, o primeiro requisito de fundamentação de um princípio do Direito é a constatação de sua presença ao longo de todo o corpo da doutrina. Para o autor italiano, o pensamento isolado de um único doutrinador não apresenta as condições para poder ser considerado como um princípio²⁸. Por maior que seja a reputação científica de seu criador, um conceito intelectual isolado

26 NIETO, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 39 e 40. (*apud* MÉNDEZ, 2001, p. 22): “O Direito progride quando renuncia a suas características aparentemente essenciais de clareza e previsibilidade e quando fragiliza a garantia da segurança jurídica que as normas positivas oferecem, para lançar-se nas turbulências vitais e arriscadas dos princípios gerais do Direito” (tradução própria).

27 Marcus Lívio Gomes conceitua princípios como “requisitos ou critérios de validade formal ou material a criação de normas jurídicas de cunho tributário, que condicionam o exercício válido da competência tributária”. GOMES, Marcus Lívio. *O valor da segurança jurídica e o princípio da anterioridade tributária*. In: SEMINÁRIO A REFORMA TRIBUTÁRIA, 1, 2004, Rio de Janeiro. Anais...Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, p. 30.

28 DEL VECCHIO, G. *Los principios generales del Derecho*, p. 73, (*apud* MÉNDEZ, Amélia González. Buena Fe y Derecho Tributário, Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 26).

não tem o estofo necessário capaz de transformá-lo em um novo princípio do Direito. Apenas a disseminação do conceito através do corpo da doutrina possuirá o condão de transformá-lo em princípio geral do Direito.

O segundo requisito a ser satisfeito para um conceito ser considerado princípio geral do Direito, é estar impregnado de valores sociais, isto é: conter em si convicções éticas e morais que estejam consolidadas na consciência coletiva. Observa-se aqui uma das características de um princípio geral do Direito: sua mutabilidade. Como a própria realidade social, as convicções também passam por mudanças em função da época histórica em que são formadas no consciente coletivo. Assim, o que hoje é um princípio, amanhã poderá deixar de sê-lo.

Outras duas particularidades dos princípios jurídicos são, em primeiro lugar: constituem verdadeiros princípios técnicos, resultantes da experiência jurídica, fruto da jurisprudência. Como segunda particularidade, GARCÍA DE ENTERRIA preleciona que um princípio jurídico se consolida quando, concomitantemente, em torno dele surge uma nova instituição jurídica²⁹. No caso específico da boa-fé, constata-se a ocorrência simultânea destas duas particularidades, o que permite classificá-la dentro da classe dos princípios jurídicos: Primeira, a boa-fé é, desde muito, um conceito técnico utilizado jurisprudencialmente na solução de casos concretos. Segunda, a instituição³⁰ que surge em torno da boa-fé é a do “homem médio”, cujo comportamento é descrito por SERGIO CAVALIERI FILHO:

A comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum [...]. Jamais poderá ser exigido do agente [...] um comportamento que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum, a que os romanos davam a designação prosaica de bonus pater familias, e que é, no fundo, o tipo de homem médio

29 GARCÍA DE ENTERRIA e FERNÁNDEZ. **Curso de Derecho Administrativo**, v. I, p. 67 a 73. (apud MÉNDEZ, Amélia González. **Buena Fe y Derecho Tributário**, Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 26-27)

30 Sobre o fato de a boa-fé ser considerada uma instituição tem-se na lição de Miguel Reale: “...as normas da mesma natureza, em virtude de uma comunhão de fins, articulam-se em modelos que se denominam *institutos*, [...] Os institutos representam, por conseguinte, estruturas normativas complexas, mas homogêneas, formadas pela subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores [...] Quando um instituto jurídico corresponde, de maneira mais acentuada, a uma estrutura social que não oferece apenas uma configuração jurídica, mas se põe também como realidade distinta, de maneira ética, biológica, econômica etc [...] costuma-se empregar a palavra *instituição*. A não ser por esse prisma de maior *objetivação social*, envolvendo uma “infraestrutura” associativa, não vemos como distinguir um instituto de uma instituição.” REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 190-191.

*ou normal que as leis têm em vista ao fixarem os direitos e deveres das pessoas em sociedade.*³¹

Uma outra questão essencial sobre os princípios jurídicos refere-se a sua vigência. Um princípio jurídico é considerado vigente se efetivamente for constatada sua utilização pelos operadores do Direito e ao mesmo tempo, sua aceitação pela sociedade.

Interessante, também, é a discussão sobre quais são as semelhanças e as diferenças entre princípios gerais e normas ou regras jurídicas. A boa-fé, por exemplo, ao ser considerada como princípio geral apresentará a mesma força imperativa e prescritiva de uma norma jurídica. Aliás, este é um ponto sem divergência doutrinária: ambos, os princípios e normas, possuem a mesma força imperativa e/ou prescritiva.

Em recente obra, NAGIB SLAIBI FILHO delineou uma sequência de ideias importantes para que se possa verificar as diferenças entre princípios gerais e normas ou regras jurídicas. Afirma o autor que o dispositivo ou texto é o significado que expressa o comando, de onde o mesmo é extraído. Já a norma é a regra de conduta que se extrai do dispositivo, como nos dispositivos *não matarás, ou não fume*, mas a norma não se restringe ao dispositivo, este é a expressão gráfica, o significante; àquela o significado, o comando que se extrai do dispositivo.³²

Após este esclarecimento, o referido autor classifica as normas em princípios e regras, de acordo com o grau de generalidade, aqueles com alto grau de generalidade, e as regras com grau relativamente menor³³.

Neste sentido, verifica-se que nas normas jurídicas são encontradas as circunstâncias do fato que as correlacionam com situações concretas, restritas a uma gama limitada de ocorrências. Os princípios jurídicos, ao contrário, por serem mais genéricos ou abstratos, apresentam menos obstáculos para sua aplicação, ao possibilitar sua aplicação de forma mais simplificada pelos operadores do Direito e dentro de uma gama muito mais ampla de situações ou de suposições de fatos. É o que se constata com o princípio geral da boa-fé: sua aplicação vai desde o Direito Privado até o Direito Público, das obrigações às questões trabalhistas, às consumeristas, às fiscais, às tributárias, dentre outras.

31 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 39.

32 SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 59-60.

33 *Ibidem*, p. 61.

As funções de um princípio geral do Direito como atesta DE CASTRO, derivam do fato de o princípio conter valores originados de sua condição de fonte do Direito. São suas funções: fundamentadora, interpretativa e integradora³⁴. A primeira delas tem por objetivo atuar como embasamento de uma posição jurídica por parte dos operadores do Direito. A segunda função refere-se ao efeito hermenêutico de um princípio: auxilia na interpretação legal ou na avaliação do fato concreto. A última função, integradora, utiliza-se sempre que a lei contiver obscuridade ou que o ordenamento apresente lacunas ou omissões.

O art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil confirma a função integradora dos princípios gerais do Direito, utilizados pelo magistrado: constatada lacuna ou omissão normativa, os princípios fornecem os critérios para se encontrar a solução jurídica para um caso concreto.

Outra função diversa dos princípios gerais do Direito, não menos importante que as precedentes, é a de atuar como fiel da balança, ao se aferir a justiça de uma decisão. Qualquer ato jurídico que confronte um princípio pode ser objeto de recurso, geralmente favorável à parte que alega afronta ao princípio geral do Direito. Como os princípios estão imbuídos da legitimidade dos valores que representam e por apresentarem força de império, parte da doutrina tem se perguntado se cabe aos princípios a função corretora das normas jurídica ordinária. Em outras palavras, a pergunta é se é possível aplicarem-se os princípios *praeter legem* ou *contra legem*, ou se o juiz deve se limitar a aplicar o raciocínio lógico da subsunção do fato ao juízo hipotético?

Focando na discussão dos princípios gerais do Direito, especificamente, na do princípio da boa-fé, a questão proposta inicialmente será a determinação dos valores sociais que o fundamentam. Como resposta, uma grande variedade de valores é apontada pelos doutrinadores: a manutenção da palavra dada, a confiança, a lealdade, a consciência de atuar honestamente ou sem desejo de prejudicar terceiros, dentre outros. O que comprova, no decorrer dos séculos, a significação da *fides* romana como delimitador da boa-fé. Sua presença é uma constante em todos os ordenamentos jurídicos modernos.

Efetivamente, o que varia é a maior ou menor penetração do princípio da boa-fé nos vários ramos do Direito. Apesar de reconhecido como

34 DE CASTRO, F. **Derecho Civil de Españã**. Parte General. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 464-465 (apud MÉNDEZ, Amélia González. **Buena Fe y Derecho Tributário**, Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 29).

tal, o princípio da boa-fé logrou maior efetividade em determinados ramos que em outros, por exemplo, largamente aceito no ramo do Direito Privado, como no Direito Civil em Obrigações, encontra menor acolhida no Direito Público, por exemplo no Direito Tributário e Fiscal. A proposta desta pesquisa monográfica consiste em analisar a aplicabilidade do princípio da boa-fé no Direito Tributário tem sido algumas vezes tratada com surpresa e reservas, apesar de se constatar a sua presença na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

A reserva e a surpresa demonstradas por alguns são frutos da desconfiança da utilização de cláusulas gerais na solução de problemas concretos, devido ao seu caráter indeterminado. Muitos acreditam que tal indeterminação pode implicar colisão com o princípio da segurança jurídica, valor maior a se preservar dentro de um ordenamento jurídico. E é justamente aqui que se pretende apresentar a inovação, ou expressando de maneira mais direta: trabalhar na sistematização do princípio da boa-fé dentro do Direito Tributário. Se, como afirmam outros, o perigo está no uso de princípios gerais do Direito sem uma expressa delimitação de seu campo de atuação, então, por que não sistematizar a utilização jurisprudencial constatada do princípio da boa-fé, consolidando o princípio em modelos jurisdicionais aplicáveis a casos concretos futuros?

É de salientar que a segurança jurídica demonstrada pela tipicidade, pelo positivismo kelsiano deve ser revista, já que o Direito não evolui com o positivismo estático e, sim, com a abertura para novos valores.

A partir do momento em que se busca um novo valor e o aplica, como o princípio da boa-fé objetiva em Direito Tributário, momentaneamente, a segurança jurídica ficará instável, mas se estabilizará com a consolidação do princípio que envolve o novo valor.

Desta maneira, a tipicidade é afastada ocorrendo uma espécie de relativização, em vez da Lei, aplicar-se-á princípio, como forma de se fazer efetivamente justiça.

A resistência apresentada por alguns em aceitar a aplicação do princípio da boa-fé no Direito Tributário não persiste ao argumento de que uma das funções a ser desempenhada pelos princípios gerais é a de informadora do ordenamento jurídico, tanto no processo de sua construção, como no de sua aplicação. Nestas circunstâncias, o princípio da boa-fé é capaz de oferecer critérios para resolver questões primárias do Direito Tributário que teriam solução diversa se ausente o princípio da boa-fé como

informador. Como exemplo, cita-se o “perdimento de bens importados irregularmente”. Um consumidor de boa-fé que tenha adquirido tais bens em empresas comerciais regularmente estabelecidas mantém o direito de conservá-los, graças ao princípio da boa-fé atuando na sua função de informadora do ordenamento jurídico. Neste sentido, considere-se a seguinte posição doutrinária:

Los principios jurídicos son los únicos que pueden ofrecer criterios para resolver las cuestiones primarias del Derecho. Determinan: el ámbito de lo jurídico y de lo extrajurídico; cuáles son las fuentes jurídicas, su rango respectivo y los requisitos que han de tener las normas derivadas de cada una; el método de interpretación de las normas, el modo de completarlas, etc³⁵.

Em outras palavras, a utilização dos princípios fundamentais do Direito se mostra imprescindível sempre que as normas positivadas forem insuficientes para dotar o Direito de sentido capaz de explicar o que é justo, como instrumentalidade necessária ao apaziguamento dos conflitos sociais. É justamente nestes momentos que os princípios adquirem a força de império e de prescrição similar a das normas e regras do Direito e, também, papel integrador utilizado pelo magistrado ao julgar e decidir, quando na ausência de fundamentos legais explicitamente estabelecidos.

Além das funções fundamentadora, interpretativa e integradora, Teresa Negreiros trouxe outra função para o princípio da boa-fé, a de limitar o exercício discricionário dos direitos que, no Direito Tributário, também, deve ser limitado este exercício, para evitar arbitrariedades, principalmente em fiscalizações tributárias. Afirma a autora:

[...] o princípio da boa-fé é visto por alguns autores como uma influência do Direito Público sobre o Direito Privado. Em certos sistemas jurídicos, à falta de desenvolvimento doutrinário da teoria do abuso de Direito, a boa-fé passa a servir como uma ponte para a transposição das restrições formuladas no campo do Direito Administrativo, relativas ao controle da dis-

35 DE CASTRO, F. **Derecho Civil de España**. Parte General. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 474 (*apud* MÉNDEZ, Amélia González. **Buena Fe y Derecho Tributário**. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 33-34). “Os princípios jurídicos são os únicos que podem oferecer critérios para resolver as questões primárias do Direito. Determinam: o alcance do que é jurídico e do que é extrajurídico; quais são as fontes jurídicas, e sua abrangência e os requisitos que as normas derivadas de cada uma das fontes devem satisfazer; o método de interpretação das normas, e o forma de completá-las, etc.” (Tradução própria)

*criconariedade dos atos praticados pelo poder público, para o campo do Direito contratual privado*³⁶.

4.2 Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua conexão com o Princípio da Boa-fé Objetiva

O resultado de pesquisas empreendidas na busca da aplicação do princípio da boa-fé em Direito Tributário indicou que a “modelagem da boa-fé objetiva no Direito Público” apresenta característica essencialmente jurisprudencial.

A escassez de posições doutrinárias e a ausência de referências legais específicas sobre o tema comprovam, na prática, a abordagem da boa-fé restrita aos pretórios. A constatação merece, ao menos uma reflexão: Como uma cultura jurídica tradicionalmente apegada ao legalismo, como a brasileira, é capaz de se abrir em decisões judiciais, muitas vezes, *contra legem* em situações de presença da boa-fé objetiva nos litígios de Direito Tributário?

Na busca de razões que indiquem a resposta, uma primeira aproximação é encontrada nos princípios gerais do Direito, através do recurso de se efetuar um recorte teórico preliminar envolvendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário.

A produção doutrinal brasileira se faz desenvolvida na abordagem destes princípios. Vários estudos tratam do assunto no campo constitucional. No entanto, seu exame no ramo do Direito Tributário se fazia carente até ser suprido pelo trabalho de RICARDO AZIZ CRETTON³⁷.

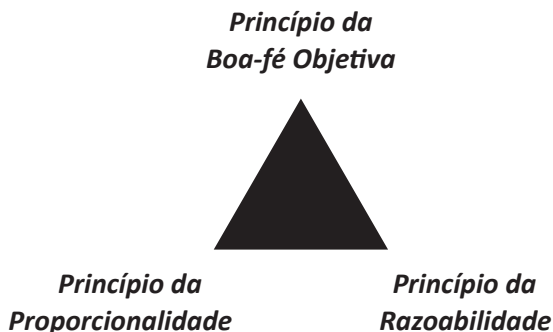
A partir do trabalho do referido autor sobre a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade encontram-se os elementos capazes de validar a aplicação do princípio da boa-fé nas decisões judiciais. Neste artigo, usa-se a ideia de uma pirâmide de princípios na representação da estrutura de sustentação da boa-fé.

A partir deste recorte teórico, a boa-fé faz parte de uma pirâmide, cuja base é constituída pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Tais princípios sustentam-na no vértice, conforme ilustrado na figura abaixo.

36 BEATSON, Jack, e FRIEDMAN, Daniel (coord.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 263-88 (*apud* NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 142).

37 CRETTON, Ricardo Aziz. *Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

O Princípio da Boa-fé Objetiva e sua base de sustentação



O princípio da boa-fé objetiva encontra sustentação para sua aplicabilidade em decisões judiciais em outros dois princípios gerais do Direito: O princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Estes dois princípios sustentadores, interpretando extensivamente, formam a base de uma pirâmide que sustenta no seu vértice o princípio da boa-fé.

Formando a base da pirâmide, encontra-se o princípio da razoabilidade. Este princípio liga-se à ideia do justo, afirma o referido autor. O razoável é considerado justo na conceituação popular. A ideia de algo razoável, de algo justo, implica estar em perfeita conformidade com princípios aceitos pelo senso comum e com juízos de valor geralmente aceitos. No campo tributário o senso comum entende que há justiça quando a razoabilidade está presente: considera-se justo pagar impostos e até mesmo multas razoáveis...³⁸

Seria razoável, entretanto, o confisco de um bem por irregularidade no pagamento dos impostos incidentes sobre ele? E se tal confisco ocorrer quando o bem estiver na posse de um homem de boa-fé, cujo erro foi o de confiar na idoneidade do estabelecimento comercial que lhe vendeu o bem gravado de irregularidades tributárias? E a paralisação de um parcelamento de crédito tributário porque o contribuinte deixou de efetuar somente o pagamento de uma parcela? Estes exemplos mostram que a boa-fé como princípio sustenta-se na base da razoabilidade: é injusto, é irrazoável, no senso comum, confiscar uma merca-

38 Ob. cit. p. 15-18.

doria importada adquirida em estabelecimento comercial regularmente estabelecido; bem como deixar o ente da Federação de continuar a conceder o parcelamento tributário diante do inadimplemento de apenas uma parcela. E é nesta trilha que a jurisprudência pátria vem seguindo ao desconfigurar “o uso simplicista de precários indícios e precipitadas suposições como meios absolutos de prova ou instrumentos de inversão do *onus probandi*”.³⁹ O STJ tem estabelecido precedentes ao “comportamento fiscal simplista e redutor”, afirma o autor. E na linha do exemplo apresentado, tem-se a seguinte decisão:

Tributário. Importação. Apreensão de mercadoria estrangeira adquirida no mercado interno. Pena de perdimento. Terceiro de boa-fé. Precedentes. A aquisição, no mercado interno, de mercadoria importada, mediante nota fiscal emitida por firma regularmente estabelecida para integrar o ativo imobilizado da empresa gera a presunção de boa-fé do adquirente, cabendo ao Fisco a prova em contrário. Recurso conhecido e provido. (RESP nº 0015073-DF, 2ª T., Rel. Min. Peçanha Martins, decisão de 27/4/94, DJ fr 15/8/94, p. 20.320).

O que o STJ decidiu foi considerar que a aplicação da boa-fé, no caso concreto, foi sustentada pela razoabilidade. Esta inter-relação de princípios acabou predominando legitimamente, no entendimento do excelso pretório, sobre o comportamento legal do fisco que, na adjetivação de RICARDO AZIZ CRETTON, não passou de uma ação simplista e redutora...

O segundo princípio constituinte da base da pirâmide é o princípio da proporcionalidade, ou da proibição do excesso. Na lição do citado autor⁴⁰, encontram-se os elementos que não devem faltar na sua configuração:

*Compõe-se o princípio da proporcionalidade de três máximas, elementos ou subprincípios: (1) idoneidade, pertinência, aptidão ou adequação (**Geeignetheit**) do meio empregado para atingir determinado fim de interesse público; (2) exigibilidade ou necessidade (**Erforderlichkeit**) da medida, que não deve ultrapassar os limites indispensáveis à conservação do*

³⁹ Ibidem. p. 143-145.

⁴⁰ Ibidem. p. 58.

fim que se almeja (postulado do meio mais benigno); e (2) proporcionalidade stricto sensu (Verhältnismässigkeit), devendo a escolha do meio ou dos meios, no caso específico, considerar o conjunto dos interesses em pauta (postulado da ponderação).

Realmente, a aplicação da lei deve guardar proporcionalidade com o fim a se atingir. A escolha dos meios para se atingir um fim deve considerar o conjunto de interesses em pauta. Assim, como multar um contribuinte que, de boa-fé, recolheu erroneamente um tipo de imposto quando o devido era outro? A multa seria um meio desproporcional para alcançar o fim almejado: recompor as finanças do Tesouro Público. Uma penalidade estaria sendo arbitrada de forma desproporcional: uma vez presente a boa-fé presume-se ausência de dolo e em consequência o simples recolhimento do *quantum* faltante será suficiente para atingir o objetivo da Lei Tributária: na presença de determinado tipo de fato aplica-se um imposto específico.

A fundamentação constitucional do princípio da proporcionalidade foi destacada pelo autor Paulo Bonavides⁴¹, que dedicou um capítulo de sua obra, **Curso de Direito Constitucional**, para tratar sobre o tema:

"A aplicação do princípio se insere, do mesmo passo, particularizado em figura de norma, nos seguintes lugares do texto constitucional brasileiro:

- Incisos V, X, e XXV do art. 5º sobre direitos e deveres individuais e coletivos; incisos IV, V e XXI do art. 7º sobre direitos sociais; § 3º do art. 36 sobre intervenção da união nos Estados e no Distrito Federal; inciso IX do art. 37 sobre disposições gerais pertinentes à administração pública, § 4º, bem como alíneas *c* e *d* do inciso III do art. 40 sobre aposentadoria do servidor público; inciso V do art. 40 sobre competência exclusiva do Congresso Nacional; inciso VIII do art. 71 da Seção que dispõe sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária; parágrafo único do art. 84 relativo à competência privativa do Presidente da República; incisos II e IX do art. 129 sobre funções constitucionais do Ministério Público; *caput* do art. 170 sobre princípios gerais da atividade econô-

41 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 434-435.

mica; *caput* e §§ 3º, 4º e 5º do art. 173 sobre exploração da atividade econômica pelo Estado; § 1º do art. 174 e inciso IV do art. 175 sobre prestação de serviços públicos."

Após esta menção expressa de dispositivos constitucionais o referido autor afirma que o princípio da proporcionalidade deve ser reconhecido de forma implícita na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de Direito. Assim, não se pode negar a sua existência no nosso ordenamento jurídico.

Concluindo o recorte teórico, o princípio da boa-fé encontra sustentação palpável quando cominado com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A existência de uma possível interação entre estes três princípios, no caso concreto, levará a se concluir sobre a predominância da boa-fé, mesmo em situações *contra legem*. A força dos princípios, com seu amplo campo de cobertura, sem dúvida alguma, se mostrará superior ao estreito campo de subsunção de uma norma específica.

5. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

O princípio da boa-fé, conforme descrito no item anterior, está presente no âmbito processual do Direito. Conforme ensina AMELIA GONZÁLEZ MÉNDEZ, a passagem da *fides* que se exige em certas relações jurídicas para a *fides bona* dos romanos ocorre sempre que for necessário satisfazer os interesses da parte que tiver prejuízos pela falta de lealdade da outra parte ⁴².

Neste sentido, o princípio da boa-fé é invocado para reparar direitos lesados, tanto na esfera administrativa, quanto na esfera judicial.

O princípio da boa-fé a ser aplicado nas relações jurídicas de Direito Tributário será o da boa-fé objetiva:

Non será a boa-fé subjetiva a ser aplicada como princípio jurídico para análise das relações jurídicas tributárias, porque estas são ex lege, decorrem da lei, não podendo o contribuinte ou responsável se excusar de pagar algum tributo alegando como defesa o desconhecimento da lei.

42 Cf. MÉNDEZ, Amelia González. *Buena Fe y Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 53.

A boa-fé subjetiva é um estado; a objetiva ou boa-fé como regra de conduta é um dever – dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte⁴³.

Quando o contribuinte preenche os requisitos estabelecidos na Lei do Parcelamento tributário, não lhe pode ser vedado tal benefício, e mesmo que apesar de deixar de cumprir seu dever de pagar em dia todas as parcelas, caso não o faça, deverá ter oportunidade para justificar, já que diante do caso concreto, a ausência de pagamento ou pagamento em atraso das parcelas, pode decorrer de fato alheio à vontade do sujeito passivo, devendo ser ponderado pelo sujeito ativo, para poder chegar a conclusão de permanência ou não do parcelamento.

Com muito maior força, no entanto, o princípio da boa-fé é respeitado no decorrer do processo judicial, passando-se a exigir das partes respeito aos valores derivados do princípio da boa-fé. Por exemplo, as provas obtidas direta, ou indiretamente, por meio da violação dos direitos ou liberdades fundamentais são nulas.

A exigência da necessidade da observância do princípio da boa-fé, durante o processo, pode ser mais bem fundamentada com base no entendimento pretoriano do STS (Superior Tribunal) espanhol, de 8 de julho de 1981, na Ar. 3053: o juiz, como árbitro de um conflito de interesses, situação em que lealmente pugnam operadores do Direito e da justiça, deverá vigiar para impedir que, ao abrigo de tecnicismos e habilidades das partes, os direitos em disputa, ao serem reconhecidos e declarados, sejam divididos injustamente.

Neste entendimento, percebe-se a necessidade de o magistrado não se deixar impressionar por artimanhas fundadas em técnicas que permitam ao litigante de má-fé obter de sua decisão mais do que seria justo esperar do litígio em causa. Assim, o papel de relevância do princípio da boa-fé é o de manter a equidade dos interesses em disputa.

Devido às particularidades do Direito Público e das relações que disciplinam o interesse jurídico tutelado, pode parecer que a utilização da boa-fé na composição de conflitos apresenta maior dificuldade que a de seu uso no Direito Privado. Tal impressão não procede: a Administração

43 MELLO, Elizabete Rosa de. **O princípio da boa-fé no direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 32.

Pública, ao atender os interesses gerais, com maior vigor ainda deverá observar a exigência de atuar com boa-fé, o que também deve se estender à sua relação com o administrado, e reciprocamente deste para com a Administração. Tanto os interesses públicos quanto os interesses privados, por princípio, não deverão conflitar com a presença da boa-fé das partes. Desta forma, considera-se particularmente factível invocar-se este princípio na tutela de direitos.

Analisando-se a jurisprudência contenciosa-fiscal dos tribunais brasileiros, observa-se que o princípio da boa-fé é invocado em diversas categorias de casos concretos: em relação ao exercício de direitos potestativos discricionários, de direitos potestativos expropriatórios, e no que concerne ao cumprimento de obrigações relativas a atos fiscais e tributários. Assim, face à constatação prática, conclui-se que o princípio da boa-fé encontrou campo de atuação dentro do Direito Tributário.

Entende-se que o princípio da boa-fé possui caráter de *ius commune* dentro do ordenamento jurídico brasileiro ao ficar estabelecido, no Código Civil/2002, a necessidade da boa-fé estar presente na interpretação dos negócios jurídicos, novidade sem correspondência no anterior Código Civil de 1916⁴⁴. Desta forma, com este *status* de princípio geral de Direito que lhe assegura efeito em todo o corpo do ordenamento jurídico, torna-se igualmente mandatário que tanto o legislador tributário o considere na elaboração das leis, como o magistrado quando prolata suas decisões e a Administração Pública no exercício de suas atividades administrativas.

Em consequência, baseando-se no artigo 108, inciso I e § 1º, do CTN⁴⁵ (Código Tributário Nacional) seria até possível utilizar analogia⁴⁶ para a aplicação do artigo 113, primeira parte, do Código Civil, em Direito Tributário, caso a interpretação não resultasse na exigência de um tributo não previsto em Lei.

44 Art.113 do Código Civil Brasileiro (Lei 10.406, de 10.01.2002): “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

45 Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente na ordem indicada: I – a analogia. [...] § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

46 TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118: “Pela analogia aplica-se ao caso emergente, para o qual não existe previsão legal, a norma estabelecida para hipótese semelhante – *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*”. Entende-se não ser necessária a aplicação da analogia para a aplicação do princípio da boa-fé em Direito Tributário já que foi no item 1.3.1 desta pesquisa monográfica consagrado como princípio geral de direito. Todavia, marcamos a sua possibilidade por ser mais uma opção aos que tenham opinião divergente desta, e queiram um embasamento legal, ou seja, aos positivistas convictos.

A fundamentação legal da presença do princípio da boa-fé no Direito Tributário está na interpretação conjunta dos artigos 109 e 110 do CTN⁴⁷, como afirmado por Aliomar Baleeiro “o conteúdo genérico do artigo 109 está desdobrado no artigo 110”⁴⁸. Assim, tem-se que os princípios gerais do Direito Privado podem ser utilizados para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários (artigo 109)”, e muito menos nos estabelecidas por normas constitucionais federais ou estaduais ou por Leis Orgânicas para definir ou limitar competências tributárias (artigo 110)⁴⁹. Há duas possibilidades: primeira, o instituto de Direito Privado pode ser importado pelo Direito Tributário com a mesma definição que lhe atribuí o Direito Privado, como a compra e venda de bens imóveis continua a ser a mesma compra e venda, sem mudar para doação; segunda, somente quando a Lei Tributária quiser é que poderá, de modo expresse, modificar os institutos de Direito Privado.

Alerta Luciano Amaro⁵⁰ com a seguinte indagação [...] qual o efeito *tributário* decorrente da realização, por exemplo, de uma compra e venda imobiliária? Dispõe o art. 109, em sua parte final, que os efeitos tributários não deverão ser pesquisados com o emprego de “princípios gerais de direito privado”, porque estes ora visam à proteção de uma das partes no negócio jurídico, ora fazendo atuar certa presunção, ora indicando critério de interpretação, ora cominando pena de nulidade ou ensejando anulabilidade.

Todavia, não serão todos os princípios de Direito Privado que serão afastados do Direito Tributário, principalmente o da boa-fé, já que não tem nenhum impedimento constitucional e nem legal para a sua utilização no Direito Tributário, não deve ser rotulado como pertencente somente ao ramo do Direito Privado.

47 Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

48 BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 685.

49 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 86: “Admitir que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por qualquer norma da Constituição é admitir que a lei modifique a Constituição. É certo que a lei pode, e deve, reduzir a vaguidade das normas da Constituição, mas, em face da supremacia constitucional, não pode modificar o significado destas”. “[...]Se a Constituição fala de *mercadoria* ao definir a competência dos Estados para instituir e cobrar o ICMS, o conceito de mercadoria há de ser o existente no Direito Comercial. Admitir-se que o legislador pudesse modificá-lo seria permitir ao legislador alterar a própria Constituição Federal, modificando as competências tributárias ali definidas”.

50 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 209.

Como bem afirmou Hugo de Brito Machado⁵¹, ao tratar da interpretação do artigo 109 do CTN, a questão cinge-se na autonomia do Direito Tributário. Ressalta-se haver duas correntes doutrinárias a respeito: os que sustentam a plena autonomia e consideram que os conceitos de Direito Privado não se prestam para o Direito Tributário, em cujo âmbito adquirem significação própria, inteiramente desvinculada de suas origens. E os que defendem a unicidade do Direito alegam que os conceitos de Direito Privado têm plena valia no campo do Direito Tributário, como no de qualquer ramo da Ciência Jurídica.

Insta dizer que em Direito Tributário não se pode filiar a uma corrente específica em virtude das peculiaridades de suas relações jurídicas, dependerá sempre do verdadeiro sentido da Lei ao ser aplicada em específico caso concreto. Não deve o legislador tributário criar conceitos preexistentes por todo o ordenamento jurídico, já internalizado pelos aplicadores do Direito como, por exemplo, sucessão *causa mortis*, doação, compra e venda, locação e muito menos boa-fé, somente porque será aplicado numa relação jurídica tributária. Perquirir a real aplicação do princípio da boa-fé objetiva em Direito Tributário, em determinado problema⁵² é que irá ser o ponto de partida inicial para sua solução.

Por último, ao se constatar a aceitação da presunção da boa-fé objetiva dentro da *práxis* jurisprudencial e com a evidência de sua aplicabilidade nas questões envolvendo obrigações, incluindo as de natureza fiscal, conclui-se que o princípio fincou definitivamente sua presença no Direito Tributário Nacional, submetendo tanto a Administração quanto os administrados aos efeitos de sua potestade.

6. CONCLUSÕES

A obrigação como processo pode ser analisada no Direito Tributário por meio de fases que deverão ser estudadas individualmente, como fez o autor Clóvis Veríssimo de Couto e Silva quando estudou a obrigação como processo no Direito Civil.

⁵¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 85.

⁵² Problema, segundo nossos célebres romanos, era conceituado como uma questão em aberto que envolve mais de uma solução. E o ponto de partida para esta solução pode ser tomado a partir de um instituto ou princípio de Direito Privado, caso seja viável, quem irá analisar isso, será o aplicador do Direito, especialmente o magistrado, quem tem o poder de decidir, de resolver o caso concreto ajuizado por meio de uma demanda.

Em todas as fases da obrigação como processo no Direito Tributário, deve sempre ser respeitado o princípio do devido processo legal administrativo.

Os gráficos trazidos neste artigo para tratar das fases da obrigação como processo no Direito Tributário, e da aplicação do princípio da boa-fé objetiva são somente a título de sugestão, de forma a tornar a abordagem do tema mais didática.

O princípio da boa-fé que deve ser aplicado no Direito Tributário é o da boa-fé objetiva, da conduta socialmente recomendada, e não o princípio da boa-fé subjetiva, do homem que ignora a lei, porque no nosso ordenamento jurídico é vedada a alegação de desconhecimento da lei para alegar o seu descumprimento.

O princípio da boa-fé objetiva espalha suas raízes por todo o corpo do Direito. Em alguns ramos, mais profundamente, em outros mais superficialmente. No Direito Tributário, a presença do princípio da boa-fé objetiva é muitas vezes limitada e se resume em proteger terceiros envolvidos em relações tributárias entre contribuinte e Estado e, algumas vezes, entre o próprio contribuinte e o Estado, o que deveria ser utilizado como regra e não como exceção. ❖

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- Código Civil Alemão. Traduzido por Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1960.
- Código Civil Português. Portugal: Coimbra: Almedina, 1999.
- Code Civil, *rédigée avec le concours* de Gilles Goubeaux e Philippe Bihr. 91. ed. Paris: Dalloz, 1992.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo de. **A obrigação como processo**. 4. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- CRETTON, Ricardo Aziz. **Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua aplicação no direito tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- GOMES, Marcus Lívio. **O valor da segurança jurídica e o princípio da anterioridade tributária**. In SEMINÁRIO A REFORMA TRIBUTÁRIA, 1, 2004, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MELLO, Elizabete Rosa de. **O princípio da boa-fé no direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- MÉNDEZ, Amelia González. **Buena fe y derecho tributario**. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. I.
- NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**, trad. port. de Fernando Couto. Porto: Resjurídica, 1991.

Planejamento Tributário: Uma visão geral

Flavio Mattos

Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). LL.M em Direito pelo Ibmec-Rio. Advogado no Rio de Janeiro.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a definição constante do Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, planejamento é o “trabalho de preparação para qualquer empreendimento, segundo roteiro e métodos determinados”.

Planejar, portanto, denota a atividade destinada a alcançar um objetivo específico. No campo tributário, o planejamento caracteriza-se por ser uma programação do contribuinte visando à redução da carga fiscal.

Ninguém é obrigado a pagar maior tributo do que o devido. O contribuinte possui, assim, liberdade para programar seus negócios e atividades de modo a ser impactado por menor carga fiscal.

Todavia, o exercício desse direito encontra limites, tendo em vista que o contribuinte deve pautar seu comportamento de forma a não abusar do planejamento destinado a gerar menor impacto fiscal. Isso porque, num Estado Democrático de Direito, o Estado necessita de recursos para entregar as prestações sociais que lhe são atribuídas, o que pressupõe uma distribuição justa dos encargos e prestações pecuniárias a cargo dos contribuintes.

Uma característica marcante da chamada sociedade pós-moderna, ou sociedade de risco, é que a desoneração tributária de determinado grupo necessariamente terá o efeito de transferir o ônus para outro grupo, às vezes com menor capacidade contributiva, que acaba sendo injustamente impactado pelo encargo fiscal. É o fenômeno da ambivalência, muito bem captado por Ricardo Lodi Ribeiro.¹

¹ LODI RIBEIRO, Ricardo. **A Segurança Jurídica do Contribuinte (Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima)**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008, p. 54: “Por outro lado, como o peso dos tributos tem uma imensa significação no preço dos bens e serviços oferecidos na economia, o afastamento do pagamento de uma exação em relação a um integrante de determinado setor econômico, seja por meio de planejamento fiscal, de decisão judicial, ou da simples sonegação, terá como consequência a redução significativa do seu preço em detrimento dos

Assim, num Estado Democrático de Direito, o abuso no planejamento tributário certamente cria situações de injustiça, posto que fomenta o desequilíbrio à distribuição dos encargos de financiamento do Estado.

2. ESTADO FISCAL - DEVER DE PAGAR TRIBUTOS E O DIREITO AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

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”².

O Estado, para cumprir suas tarefas de promoção dos interesses públicos, necessita naturalmente de recursos e esses 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 este 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 a uma sociedade civilizada.

Assim é que boa parte dos Estados modernos civilizados se organizam em regime de Estado Fiscal, no sentido de que suas necessidades sejam 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: de um lado, o Estado Não Fiscal, marcado pela geração de receitas oriundas (i) da exploração do seu próprio patrimônio (Estados absolutistas); (ii) da exploração de atividades econômicas (estados socialistas); ou (iii) da exploração de

seus concorrentes, que certamente perderão parcelas significativas de mercado ou até mesmo desaparecerão. Essas situações bastante corriqueiras em nossa realidade mostram que o interesse de um contribuinte passa a ser distinto do interesse do outro, cabendo ao Estado arrecadar de todos eles, pela forma definida em lei, o que prespõe uma representação de consenso entre os mais variados segmentos sociais e econômicos. (...) Na verdade, a lei fiscal apresenta uma natural ambivalência encontrada nos efeitos colaterais que uma medida positiva para determinados contribuintes representará ao direito de outros”. (Grifado).

2 CASALTA NABAIS, José. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra, Almedina, 1998, p. 185.

matérias-primas (petróleo, ouro etc.); e de outro lado, o Estado Tributário, marcado não pelo assentamento em tributos unilaterais, mas sim, nos 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 de uma tributação que seja 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 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”.³

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.

A pressuposta separação do Estado Fiscal entre Estado e Economia objetiva a 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 atuação inerentemente mais generalizada ao contrário da Economia que, orientada para a geração de lucros, acaba por se pautar e se organizar em sistema mais objetivo e em constante busca por produtividade.

³ O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Págs. 194/195.

Entretanto, a própria racionalidade (ou eficiência) do sistema econômico é limitada, já que não considera outros objetivos que não a própria geração de dinheiro. É fundamental, pois, a atuação do Estado para que outros interesses sejam tutelados, inclusive o controle e a correção do sistema econômico, de maneira que este não ponha em risco outros interesses (meio ambiente, direitos dos trabalhadores etc.).

Todavia, é de ressaltar que 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, que implica seu suporte: primeiro, no princípio da autorresponsabilidade ou primazia da satisfação privada das necessidades econômicas, ancoradas no respeito pelo Estado Fiscal dos direitos e liberdades de natureza econômica (propriedade, liberdade profissional e de trabalho etc.); e segundo, em uma base democrática mínima sobre a determinação do poder do Estado.

Esse princípio da livre disponibilidade econômica dos indivíduos apoia-se em dois subprincípios: o de livre planejamento pelos contribuintes e o da participação democrática na formação da vontade da comunidade política do Estado.

No primeiro, reconhece-se ao contribuinte o direito de planejar a sua vida econômica de maneira a obter economia com o pagamento de impostos, desde que não cometa fraude à lei impositiva ou abusos na configuração jurídica do fato tributário da qual resultem situações de evasão fiscal.

Em relação ao segundo, cujo objetivo é o de 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 o 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 dos indivíduos na promoção dos projetos privados e da atuação estatal na satisfação das necessidades coletivas.

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”.⁴

O que caracteriza o Estado Fiscal é a sua sustentação em empréstimos autorizados e garantidos pelo Legislativo e especialmente nos impostos 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 o crescimento do comércio, da indústria e dos serviços. Todavia, por ser o preço a ser pago a 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.

O Estado Democrático Fiscal surge com a 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 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 diversos ideais do Iluminismo.⁵

4 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. II. Rio de Janeiro, Renovar: 2005.

5 A Ideia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal.

Segundo o mesmo autor, 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”.⁶

Esse modelo de Estado 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, principalmente na disputa pelos mercados consumidores. Esta concorrência deu origem a 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 Torres⁷, “o 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”.

⁶ Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V. I, p. 522.

⁷ Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. V. I, p. 532.

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 para uma 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.

O Estado Fiscal enfrentou sua segunda crise com o advento das crises do petróleo da década de 1970, que colocaram em xeque o Estado do bem-estar social (e conseqüentemente do Estado Social Fiscal), em virtude do insuportável endividamento público, da recessão econômica e dos 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 delimitada, porém, pela garantia de proteção aos direitos fundamentais, sem perder de vista 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 como princípio de subsidiariedade e substitui a simbiose entre Estado e Sociedade presente no Estado Intervencionista”.⁸

O Estado Democrático Fiscal não se caracteriza por ser unicamente um Estado de Impostos. É, antes, um Estado de Taxas e Contribuições sensivelmente aberto à tributação ambiental.

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 de custo-benefício, fica mais fácil atribuir o pagamento da despesa pública àquele 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.

⁸ *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. I, p. 547.

3. PLANEJAMENTO FISCAL, ELISÃO, EVASÃO E ABUSO FISCAL

Em razão de a imposição tributária representar diminuição no patrimônio do contribuinte, é natural a tendência de o contribuinte buscar alternativas para escapar do ônus fiscal ou, ao menos, tentar reduzir o respectivo impacto em seus negócios e atividades.

É certo, porém, que essa busca pela alternativa menos onerosa encontra limites. Todavia, não é tarefa fácil encontrar os limites aceitáveis dessa redução do ônus fiscal.

De um lado encontra-se a evasão, caracterizada pela total ilicitude do comportamento manifestado pelo contribuinte e que constitui, geralmente, comportamentos tipificados pela legislação penal. De outro lado, a elisão, que corresponde a comportamento plenamente lícito de economia fiscal. Em uma área cinzenta entre os dois extremos encontra-se a elisão ilícita ou abusiva.

Na evasão, o contribuinte procura esconder ou retardar a ocorrência do fato gerador, geralmente confundindo-se esta situação com outras situações de sonegação, simulação e fraude contra a lei. Na elisão, o comportamento do contribuinte é orientado pela ausência da prática do fato gerador, por meio da prática de expedientes legítimos. A elisão abusiva surge exatamente na distorção do uso desses elementos lícitos por parte do contribuinte.

A doutrina clássica procura diferenciar a evasão da elisão pelo momento de ocorrência do fato gerador. Nessa linha, o expediente será lícito se praticado antes da ocorrência do fato gerador e ilícito, se praticado após esse marco; sendo expoente dessa linha de pensamento Roberto Sampaio Doria, como observa Ricardo Lodi Ribeiro.⁹

Entretanto, esse critério de diferenciação pelo aspecto temporal do fato gerador não é suficiente para identificar as situações limites, a zona cinzenta como acima apontado, e que geralmente configura as hipóteses de abuso no uso das ferramentas de um planejamento lícito.

Pois é fato que a questão da elisão fiscal também pode ser analisada pelas visões teóricas em torno da interpretação do direito tributário.

Nesse sentido, sob o prisma formalista, consectário de um positivismo conceptualista, fundado numa ampla autonomia da vontade, o planejamento tributário encontra poucos limites, sendo suficiente estar ancorado em instrumentos jurídicos válidos.

9 LODI RIBEIRO, Ricardo. "Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos Depois da LC nº 104/01". In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, p. 89.

Ao revés, sob o ângulo do positivismo sociológico, amparado pela interpretação econômica, defende-se a ilicitude de qualquer modalidade de planejamento, o que representaria um abuso da forma jurídica escolhida pelo contribuinte, diante da tentativa de mascarar a verdadeira essência do ato praticado.

Já sob o prisma do pós-positivismo, o planejamento é aceito como forma legítima de economia do imposto, desde que não exista abuso de direito, pois somente a elisão abusiva é que torna o planejamento ilegal.

Assim é que, a partir dos últimos anos, surgiu no exterior e no Brasil, a necessidade de busca de instrumentos destinados a combater o uso do planejamento fiscal abusivo, por meio da criação de mecanismos propícios à interpretação aberta a valores, à adoção de cláusulas antielisivas e pela flexibilização do sigilo bancário.¹⁰

Nesse sentido, a elisão fiscal abusiva é combatida pelo uso da interpretação jurídica, com os influxos da abertura de valores da justiça e igualdade - denotados pelos princípios da capacidade contributiva e da isonomia - e também por meio da instituição, pelo legislador, de presunções e ficções, além de cláusulas antielisivas, gerais e específicas, na legislação tributária.

Há autores que preferem se referir à elisão abusiva pelo termo elusão, do italiano *ellusione*, diante da necessidade de demarcar a existência de uma figura entre a elisão e a evasão. Embora a distinção tenha o mérito de criar uma separação clara entre as hipóteses, o fato é que o uso do termo elusão não encontra muita receptividade entre os autores nacionais e, também, pela jurisprudência do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais).

Uma importante forma de combate à elisão abusiva é a instituição, pelo legislador, das denominadas cláusulas gerais antielisivas, que constituem regras destinadas a reprimir o abuso de direito em todas as suas variações, como o abuso de formas jurídicas, fraude à lei, o vício na intenção negocial, o abuso da personalidade jurídica etc.

O abuso de direito caracteriza-se pelo exercício de um direito subjetivo previsto na norma que, a partir de uma ruptura intencional do agente, acaba por extrapolar os fins éticos, sociais e legais dispostos pelo legislador, violando, por conseguinte, direitos de terceiros.

10 TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

No campo tributário, o abuso de direito seria caracterizado pelo uso de negócios jurídicos formalmente lícitos, com neutralização, porém, de seus respectivos efeitos naturais, com o único propósito de geração de economia tributária.

Segundo Ricardo Lodi Ribeiro, os seguintes requisitos devem estar presentes, cumulativamente, para caracterização da elisão abusiva:¹¹

- prática de um ato jurídico, ou um conjunto deles, cuja forma escolhida não se adequa à finalidade da norma que o ampara, ou à vontade e aos efeitos dos atos praticados esperados pelo contribuinte;
- intenção, única ou preponderante de eliminar ou reduzir o montante de tributo devido;
- identidade ou semelhança de efeitos econômicos entre os atos praticados e o fato gerador do tributo;
- proteção, ainda que sob o aspecto formal, do ordenamento jurídico à forma escolhida pelo contribuinte para elidir o tributo;
- forma que represente uma economia fiscal em relação ao ato previsto em lei como hipótese de incidência tributária.

Há uma corrente significativa que não aceita a aplicação da teoria do abuso de direito civil ao direito tributário, pois “o abuso de direito depende sempre de uma específica relação jurídica, na qual o sujeito tenha direito e dele abuse, e não dever de realizar uma dada prestação, como no caso do direito tributário”.¹²

Embora tecnicamente não seja possível abusar do dever de cumprir uma relação tributária, o fato é que as teorias modernas do abuso de direito o encaram como ilícito atípico, inclusive defendendo que a ruptura do código deontológico configura-se pelo desrespeito a princípios jurídicos, como seria a hipótese de abuso de direito por violação ao princípio da capacidade contributiva.

4. JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS, DOS INTERESSES E DOS VALORES

As concepções ideológicas sobre a licitude e a ilicitude do planejamento fiscal são intimamente relacionadas com as escolas de interpreta-

11 "Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos Depois da LC nº 104/01". In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, p. 92.

12 TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito Tributário e Direito Privado. Autonomia privada, simulação, elusão tributária*. São Paulo, 2003, Revista dos Tribunais, p. 361.

ção do direito: jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores.

A jurisprudência dos conceitos parte da premissa de uma concepção lógico-racionalista, aprisionando o direito pelo culto a conceitos jurídicos superiores. A consequência é que, segundo essa escola de pensamento, qualquer valoração para compreensão das regras jurídicas é descabida, bastando a aplicação de uma moldura a um conceito superior.

Essa escola de pensamento defende, no campo tributário, as teses de prevalência: (i) do direito civil sobre o tributário, (ii) de autonomia da vontade e caráter absoluto da propriedade, (iii) da legalidade estrita, (iv) da superioridade do legislador e (v) da ausência de força valorativa do princípio da capacidade contributiva.

Nesse sentido, a jurisprudência dos conceitos pode ser apreendida como uma doutrina formalista, de modo que a interpretação/aplicação do direito seria mera subsunção de conceitos inferiores a conceitos superiores.

A jurisprudência dos conceitos foi o ambiente propício para o florescimento da teoria da tipicidade fechada da tributação, focada em defender a interpretação do Direito Tributário, segundo conceitos do Direito Civil culminando em licitude ampla de planejamentos tributários, que seriam inválidos somente se praticados em afronta aos institutos do Direito Civil, como seria o caso das hipóteses de simulação.

Mesmo a jurisprudência do CARF ainda é presa a essas amarras de submissão do Direito Tributário ao Direito Civil, quando ainda julga planejamentos sob a ótica de conceitos do Direito Civil procurando, porém, distorcer seus respectivos efeitos.

Exemplo dessa posição pode ser visto, claramente, no julgamento do recurso nº 19515.001895/2007-11, pelo CARF¹³. Nesse julgamento, o Conselho negou eficácia ao planejamento tributário sob o argumento de uso de mecanismo simulatório para, na sequência, deixar de aplicar a

13 “Planejamento tributário. Negócio jurídico indireto. A simulação existe quando a vontade declarada no negócio jurídico não se coaduna com a realidade do negócio firmado. Para se identificar a natureza do negócio praticado pelo contribuinte, deve ser identificada qual é a sua causalidade, ainda que esta causalidade seja verificada na sucessão de vários negócios intermediários sem causa, na estruturação das chamadas *step transactions*. Assim, negócio jurídico sem causa não pode ser caracterizado como negócio jurídico indireto. O fato gerador decorre da identificação da realidade e dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos, e não de vontades formalmente declaradas pelas partes contratantes ou pelos contribuintes. Simulação. A subscrição de novas ações de uma sociedade anônima, com sua integralização em dinheiro e registro de ágio, para subsequente retirada da sócia originária, com resgate das ações para guarda e posterior cancelamento caracteriza simulação de venda de participação societária. Planejamento tributário. Multa. No planejamento tributário, quando identificada a convicção do contribuinte de estar agindo segundo o permissivo legal, sem ocultação da prática e da intenção final dos seus negócios, não há como ser reconhecido o dolo necessário à qualificação da multa, elemento este constante do caput dos arts. 71 a 73 da Lei 4.502/64”.

multa qualificada por entender que, uma vez constatada a convicção do contribuinte, de estar agindo de acordo com a norma, sem ocultação da prática e da intenção do negócio, não é possível reconhecer o dolo necessário à qualificação da multa, em clara contradição entre o reconhecimento da simulação e seus respectivos efeitos.

Observa-se, na realidade, que o Conselho aplicou a teoria do abuso de direito utilizando-se de um instituto de direito civil como argumento, tendo de fazer enorme esforço de justificação, para negar a aplicação de seus consequentes efeitos normativos.¹⁴

Assim pensando, Marco Aurélio Greco critica esse culto aos conceitos de Direito Civil como se eles pudessem capturar toda a essência da realidade a que pretendem disciplinar, o que é de fato impossível.¹⁵

A jurisprudência dos interesses parte de premissa totalmente diversa daquela preconizada pela jurisprudência dos conceitos. Segundo os adeptos da jurisprudência dos interesses, a interpretação jurídica deve romper com o direito positivo, amparando-se unicamente pela noção do interesse em jogo, já que a norma jurídica não consegue captar toda a essência da realidade social.

A jurisprudência dos interesses defende (i) a autonomia do Direito Tributário em relação ao Direito Civil; (ii) a possibilidade de analogia; (iii) a juridicidade do princípio da capacidade contributiva buscada diretamente dos fatos sociais; (iv) a intervenção sobre a propriedade e (v) a função criadora do direito pelo juiz.

Consequência dessa escola é que todo planejamento tributário é ilegal, em razão de prevalecer a realidade econômica em detrimento dos conceitos previstos na legislação.

A jurisprudência dos valores, como reflexo do pós-positivismo surgido após a Segunda Guerra Mundial, caracterizada pela reaproximação entre moral e direito, traduz-se numa interpretação que não se limita ao direito positivo, mas que também nele não se exaure, na medida que impõe a ponderação de valores extrajurídicos.

14 Código Civil, Art. 167. “É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma”.

15 GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo, Dialética, 2008. P. 69: “Como ‘representação’, o conceito assemelha-se a um mapa cartográfico e, por isso, não apresenta todas as qualidades e elementos que que o objeto possui. Assim como não se exige que o mapa indique todas as características tal como existem, também não se pode pretender que o conceito indique a realidade em sua plenitude. Aliás, um mapa geográfico que retratasse com exatidão a realidade só poderia ser do tamanho da própria realidade com todos os seus pormenores; e para ter um mapa desse tamanho e com essa exatidão ninguém precisaria do mapa, bastaria olhar a realidade!”

A jurisprudência dos valores pode ser considerada fruto do neo-constitucionalismo, que, segundo Miguel Carbonell, é fenômeno que “*pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del Siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a soportar un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos. Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 e la colombiana de 1991*”.¹⁶

Luís Roberto Barroso identifica o fenômeno por três marcos fundamentais: histórico, teórico e filosófico¹⁷. A jurisprudência dos valores decorreria do marco filosófico, tendo em vista que a aproximação entre Direito e Filosofia gerou uma nova hermenêutica de aplicação do direito constitucional, qual seja o reconhecimento de força normativa aos princípios jurídicos.

Essa escola de pensamento procura conciliar as premissas das duas escolas, na medida em que não chega a romper com os padrões da escola formalista, buscando suporte no texto da lei, mas que também leva em consideração a proposta axiológica formulada pela jurisprudência dos interesses e seu embasamento em elementos extrajurídicos.

16 CARBONELL, Miguel. "Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición". In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Márcio. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo, 2009, Saraiva.

17 BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, Tomo IV. Rio de Janeiro, 2009, Renovar. "O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. (...) A reconstituição da Europa, imediatamente após a 2ª Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. (...) O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. (...) No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre Direito e Filosofia. (...) No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional".

A jurisprudência dos valores preconiza o equilíbrio entre princípios de Direito Civil e Tributário, além de buscar a ponderação entre os princípios da capacidade contributiva e da legalidade, sempre levando em conta o equilíbrio e a pluralidade de intérpretes.

O mérito da jurisprudência dos valores e seu modelo conciliatório de legalidade, segurança e justiça funda-se no combate à elisão abusiva por meio da interpretação do uso de cláusulas antielisivas destinadas a reprimir o abuso de direito.

5. INTERPRETAÇÃO E PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

A interpretação no Direito Tributário não difere da interpretação aplicada à teoria geral do Direito. Nesse sentido, boa parte da doutrina tem defendido a aplicação da pluralidade metodológica ao Direito Tributário, como é o caso de Ricardo Lodi Ribeiro, citando Ricardo Lobo Torres: “O que se observa é a pluralidade e a equivalência, sendo os métodos aplicados de acordo com o caso e com os valores ínsitos na norma: ora se recorre ao método sistemático, ora ao teleológico, ora ao histórico, até porque não são contraditórios, mas se complementam e intercomunicam”.¹⁸

A partir do método teleológico de interpretação, calcado na busca pelos fins e objetivos da norma, é possível valorar e interpretar a ciência tributária segundo o aspecto econômico de sua orientação, o que passa a orientar tanto as disposições tributárias propriamente ditas quanto os conceitos de direito privado, pelo legislador, no campo tributário.

Da consideração econômica do fato tributário, é possível, portanto, buscar a finalidade da norma tributária, sem que com isso ocorra rompimento com o sentido técnico do conceito empregado pelo legislador. Assim é que, sem ruptura do sentido literal e linguístico do conceito, essa busca pela finalidade da norma visará ao sentido mais adequado à capacidade contributiva do contribuinte.¹⁹

Assim, tendo como ponto de partida o sentido literal possível, deverá o intérprete escolher a interpretação que mais se ajuste aos princípios de isonomia e de capacidade contributiva, salvo se a própria norma não permitir que esses princípios prevaleçam diante da opção do legislador de prestigiar, naquela hipótese específica, a prevalência do princípio da segurança jurídica.²⁰

18 LODI RIBEIRO, Ricardo. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 116.

19 *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária...* cit., p. 118.

20 *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária...* cit., p. 119.

E, citando Ricardo Lodi Ribeiro, “justamente dos princípios da igualdade, da capacidade contributiva e da generalidade, utilizados como parâmetros da interpretação da lei fiscal, vai derivar, segundo Perez Ayala, o princípio da luta contra a evasão fiscal. Em consequência, o aplicador, dentro do sentido literal possível, irá optar pelo resultado hermenêutico que não permita ao contribuinte evadir-se da obrigação de pagar o tributo previsto em lei”.²¹

Dessa maneira, se ao legislador não é possível modificar a essência dos atos praticados pelo contribuinte, este, por outro lado, não pode distorcer os efeitos tributários oriundos da prática do ato, por meio da escolha de formatos jurídicos descasados de seu propósito negocial, configurando, portanto, a centralidade da elisão fiscal.

Importante, pois, é demarcar a diferença entre critérios de consideração econômica do fato gerador e de interpretação econômica do fato gerador. Nesta, despreza-se completamente o marco legislativo para buscar a solução interpretativa em fatos econômicos extrajurídicos, enquanto que naquela, o critério teleológico extraído do sentido literal da norma permite a busca de conteúdo econômico que satisfaça a valoração exigida pelo princípio da capacidade contributiva.

Ricardo Lodi Ribeiro, citando solução proposta por Beisse, a partir da metodologia de Larenz, sugere como os três princípios de interpretação dos conceitos de direito tributário podem ser aplicados:²²

"a) Conceitos econômicos de direito tributário criados pelo legislador tributário, ou por ele convertidos para os seus objetivos, devem ser interpretados segundo o critério econômico. É exemplo desta modalidade, em nossa legislação pátria, a expressão renda e proventos de qualquer natureza, que não é encontrada no direito civil, sendo inteiramente delineada pelo legislador tributário, na Constituição Federal, no CTN e na legislação ordinária.

b) Conceitos de direito civil devem ser interpretados, dentro do sentido literal possível, economicamente, quando o objeti-

²¹ *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária...* cit., p. 119.

²² *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária...* cit., p. 121.

vo da lei tributária impõe, de forma objetivamente justificada, um desvio do conteúdo do conceito de direito privado, em nome do princípio da igualdade, que poderia ser violado por meio de uma interpretação civilística da expressão legal. Serve mais uma vez como exemplo a expressão empregadores, contida no artigo 195 da Constituição Federal, para definir os contribuintes das contribuições da seguridade social, que não tem a concepção do direito do trabalho, abarcando empresas que não mantêm empregados próprios.

c) Conceitos de direito civil devem ser interpretados de acordo com a definição contida na legislação civil quando, conforme o sentido e objetivo da lei tributária, se tem certeza de que o legislador cogitou exatamente do conceito de direito privado. Da mesma forma, quando o sentido literal possível da norma tributária não confere outra possibilidade senão aquela oferecida pela lei civil. A definição do fato gerador do ITR constitui exemplo bem ilustrativo desta categoria jurídica. De fato, do próprio texto da lei, se extrai que será tributada a propriedade imóvel por natureza, conforme definida na lei civil”.

Em um Estado Democrático de Direito, prestigiador de uma ordem principiológica, não existe justificativa para defender planejamentos tributários voltados para teses formalistas de submissão do Direito Tributário ao Direito Civil, já que a interpretação teleológica recomenda que os fatos tributários sejam interpretados segundo o sentido econômico contido nas normas tributárias, sempre em consonância com os valores do princípio da capacidade contributiva.

6. O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 116 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - CTN

A lei tributária não deve ser dirigida para negar efeitos ou criar obstáculos às soluções preconizadas nos negócios jurídicos celebrados pelas partes, como escolhas aptas e eficientes para os respectivos propósitos negociais. Por outro lado, o Fisco também deve estar aparelhado para impedir que negócios jurídicos montados unicamente por razões de economia fiscal frustrem a legítima arrecadação.

É que num Estado Democrático de Direito, como visto, certas prestações materiais precisam ser levadas a cabo pelo Estado e, para isso, as contribuições tributárias precisam ser levadas aos cofres públicos de acordo com os princípios da isonomia e da capacidade contributiva. A inobservância da verdadeira capacidade contributiva pode levar a situações de grave injustiça.

De modo a evitar que tal ocorra, o uso de uma cláusula geral antielisiva busca legitimar o Estado com aparatos necessários para combater comportamentos tendentes a desvirtuar os fins da lei tributária, por meio do abuso no manuseio de instrumentos jurídicos.

Assim é que o legislador brasileiro, seguindo a trilha de alguns países, implementou a norma geral antielisiva por meio de edição da Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu o parágrafo único ao artigo 116, do Código Tributário Nacional, com o seguinte teor:

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verificarem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se da situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos do direito aplicável.

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos na lei tributária”.

A propósito, considerando que o combate ao abuso de direito se faz por meio da interpretação jurídica, a rigor a cláusula antielisiva genérica seria desnecessária, na medida em que os valores inerentes à aplicação do princípio da capacidade contributiva já seriam, por si sós, suficientes

para permitir a desconsideração de atos e negócios jurídicos promovidos por contribuintes com fim único de burla da lei tributária.

Não se nega, ademais, que o uso de uma cláusula antielisiva genérica tenha o mérito de corroer a tese de aplicação irrestrita do princípio da tipicidade tributária, ante o fato de que autoriza, expressamente, a administração fazendária a desconsiderar negócios jurídicos que estejam em flagrante distorção com os fins legais.

Outra vantagem da Lei Complementar nº 104/2001 é a abertura permitida para procedimentos consoantes com o devido processo legal, em que a Fazenda, não concordando com o planejamento promovido pelo contribuinte, abre-lhe a oportunidade de adequar seu comportamento às normas sem qualquer penalização, em claro reconhecimento de que não se trata de hipótese de evasão.

A Lei Complementar nº 104/2001, inspirada na legislação francesa, combate o abuso de direito em todas as suas variações, tais como a fraude à lei, o abuso de forma, o abuso na intenção negocial e o abuso de personalidade jurídica.

A fraude à lei se configura pelo contorno da lei proibitiva ou imperativa por meio do uso de um mecanismo ou interpretação tendente a enquadrar o comportamento do contribuinte numa norma de cobertura. Segundo Ricardo Lodi Ribeiro os requisitos para caracterização da fraude à lei são: “os atos devem ser realizados ao amparo do texto de uma norma; os atos realizados ao amparo do texto de uma norma devem perseguir um resultado proibido pelo ordenamento ou contrário a ele (no caso do direito tributário, não há contrariedade ao ordenamento, mas a consequência de pagar o tributo); os atos executados em fraude à lei não devem impedir a devida aplicação da norma que se tentou ocultar”.²³

Famoso caso julgado pelo antigo TFR, objeto da apelação cível 115.478-RS, pode ser ilustrado como exemplo de fraude à lei. O contribuinte reduziu seu encargo fiscal procurando desviar-se da apuração do imposto de renda com base no lucro real por meio da criação de oito sociedades destinadas a enquadramento no lucro presumido, em clara afronta ao espírito da legislação tributária.²⁴

²³ **Justiça, Interpretação e Elisão Tributária...** cit., p. 150.

²⁴ **EMENTA:** Ação anulatória de débito fiscal. Imposto de Renda. Lucro presumido. Omissão de receita. Legitimidade da atuação do fisco, em face dos elementos constantes dos autos. Constituídas foram, no mesmo dia, de uma só vez, pelas mesmas pessoas físicas, sócias da autora, 8 sociedades com o objetivo de explorar comercialmente, no atacado e no varejo, calçados e outros produtos manufaturados em plástico, no mercado interno e internacional.

O abuso de forma é figura bem próxima à figura da fraude à lei e consiste basicamente na escolha abusiva de uma forma de direito privado com único objetivo de geração de uma economia fiscal. Ainda segundo as lições de Ricardo Lodi Ribeiro, “a realização do arrendamento mercantil antes da Lei nº 6.099/74 e da inclusão do item nº 52 da lista de serviços do ISS, fixada pela LC nº 56/87, constituía um exemplo de utilização de um contrato atípico que poderia mascarar a realização de uma compra e venda a prazo, quando o preço do bem fosse quase que inteiramente diluído nas prestações, restando uma parcela insignificante para que o arrendatário exercesse sua opção de compra, ao final do contrato”.²⁵

No Brasil tem-se observado que muitas vezes a sociedade é usada como escudo para práticas de atos destinados a prejudicar terceiros e a Fazenda, no caso da legislação tributária. O uso inadequado e abusivo dos tipos societários, especialmente das sociedades limitadas, tem agravado esse quadro. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é o antídoto que o legislador vislumbrou para combater o abuso exacerbado da personalidade jurídica, embora ainda exista uma certa resistência da jurisprudência em aplicar o instituto em sua plenitude, quando amparada numa interpretação restrita dos direitos dos contribuintes.

O vício na intenção negocial, de inspiração na jurisprudência dos países da *common law*, visa a atestar a legitimidade do comportamento do contribuinte por meio do teste do propósito negocial. Caso o único objetivo do contribuinte tenha sido a economia fiscal, o abuso de direito fica caracterizado.

No julgamento do já apontado processo 19515.001895/2007-11, o CARF reconheceu a validade do método como ferramenta de combate à elisão fiscal abusiva.²⁶

Tais sociedades, em decorrência de suas características e pequeno porte, estavam enquadradas no regime tributário de apuração e resultados com base no lucro presumido, quando sua fornecedora única, a autora, pagava o tributo de conformidade com o lucro real”. AC 115.478, Tel. Min. Américo Luz, j. 18.02.1987.

25 Justiça, Interpretação e Elisão Tributária... cit., p. 152.

26 É o que se extrai de trecho do voto do Conselheiro Antonio Bezerra Neto: “Elemento importante de interpretação do fato para a formação da convicção do julgador no sentido de desconsiderar o negócio jurídico com fins meramente de economia fiscal. A esse respeito, faço minhas as palavras do nobre relator que soube muito bem ilustrar a falta do propósito negocial, trilhando caminho mais complexo”. CARF, Processo 19515.001895/2007-11.

A palavra “dissimulação” usada no texto normativo abarca todas essas modalidades, não assistindo razão, nesse ponto, àqueles que veem, na norma em questão, a regulamentação da simulação relativa.²⁷

Uma enorme crítica que se faz ao texto da Lei Complementar nº 104/2001 é que ele violaria o princípio da tipicidade tributária, mas tal argumento não encontra respaldo no texto da Constituição, pois na realidade, como anota Ricardo Lodi Ribeiro²⁸, a proposta da cláusula antielisiva geral é de exatamente permitir ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da justiça, ambos reconhecidos pela Carta Magna.

Nesse sentido, tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 2.446/99 com o propósito de ver afastada do ordenamento o Parágrafo Único do artigo 116 do Código Tributário Nacional por violação ao princípio da tipicidade tributária.

O único mérito da propositura dessa Adin e das teses que apregoam a violação da Constituição, é o clima de incerteza gerado na vacilante jurisprudência do CARF, que acaba equiparando claras situações de limites de planejamentos lícitos com hipóteses de evasão, aplicando institutos de Direito Civil e até mesmo efetuando representações para fins penais.

Diferentemente do que defende Marco Aurélio Greco²⁹, não entendemos que a norma do Parágrafo Único do artigo 116 do CTN configurando-se como norma de eficácia limitada, dependa da regulação para ter validade. Na realidade, o que faz parecer a leitura da norma, pela *intentio* do legislador, é que a consequência da desconsideração dos atos levados a cabo pelo contribuinte deva ser objeto de escrutínio definido em procedimento administrativo, em clara sintonia com o devido processo legal.

27 “Uma parte da doutrina (*) tem entendido que esse parágrafo único consubstancia norma apenas anti-simulação. Esclarece que dissimular a ocorrência do fato gerador ou a natureza dos seus elementos constitutivos significa celebrar dois atos jurídicos distintos: um aparente, geralmente não tributável ou menos tributado, e outro real, geralmente tributável ou mais tributado. O ato jurídico meramente aparente, declarado, porém não querido, visa dissimular, ocultar do fisco o real ato jurídico desejado, porém não declarado. (*) Xavier, Alberto. **Tipicidade e tributação**; Oliveira, Ricardo Mariz de. **Elisão Fiscal ante a Lei Complementar 104**. In: Rocha, Valdir de Oliveira. YAMASHITA, Douglas. **Elisão e Evasão de Tributos. Planejamento Tributário: Limites à Luz do Abuso de Direito e da Fraude à Lei**. São Paulo, 2005, Lex Editora, p. 143.

28 “Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos Depois da LC nº 104/01”. In *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159, p. 92.

29 “Ou seja, na medida em que o CTN, neste parágrafo único do artigo 116, prevê a necessidade de uma lei ordinária para disciplinar os procedimentos de aplicação do dispositivo, está determinando que a competência em questão não pode ser exercida de modo e sob forma livremente escolhidos pela Administração Tributária. A desconsideração só poderá ocorrer nos termos que vierem a ser previstos em lei, como corolário da garantia individual do devido processo legal”. GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo, 2008, Dialética, p. 479.

Entretanto, deve-se ter em mente que o reconhecimento do ato em si é tema de materialidade da ocorrência do fato gerador e, portanto, seu reconhecimento depende da ponderação dos valores constitucionais e da aplicação das regras de interpretação da legislação.

7. CONCLUSÃO

O Estado Democrático de Direito concilia o direito de planejamento dos contribuintes com as necessidades de arrecadação do Estado, numa verdadeira ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da capacidade contributiva.

Como forma de evitar abusos na interpretação das normas tributária e evitar distorções na aplicação dos princípios, o legislador, seguindo a tradição de outros países, procurou combater a elisão abusiva por meio da introdução da cláusula antielisão genérica, que, no entanto, encontrou forte resistência por parte de uma doutrina formalista que insiste em negar validade a tal comando normativo, forte no argumento de violação de um pretensio princípio da tipicidade fechada, o que conduziu a jurisprudência do CARF a capitular as hipóteses de abuso em institutos como o da simulação, em clara distorção de seus efeitos e até mesmo contribuindo para o clima de insegurança, na medida em que hipóteses que a rigor seriam casos de mera desconsideração descambaram para representações penais.

O procedimento trazido pela MP 66/02, não convertida em lei, tinha o claro propósito de separar as hipóteses de evasão, elisão abusiva e elisão lícita e, sua não conversão, aliada ao ajuizamento de uma Adin pendente de julgamento pelo STF há 10 anos, contribuiu bastante para agravamento do quadro de incertezas e inseguranças.

À vista das considerações expostas, entendemos que seria recomendável que o STF, por meio de declaração de validade da introdução da cláusula geral antielisiva no Direito Brasileiro, eliminasse os graus de incerteza oriundos de uma doutrina extremamente positivista e de uma jurisprudência altamente cautelosa do CARF. A partir daí, seria competência do legislador criar o procedimento previsto no Parágrafo Único do artigo 116, do CTN, prestigiando, assim, os valores constitucionais da segurança do contribuinte e da capacidade contributiva. ❖

BIBLIOGRAFIA:

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**. São Paulo, 1999, Editora Forense.

YAMASHITA, Douglas. **Elisão e Evasão de Tributos. Planejamento Tributário: Limites à Luz do Abuso de Direito e da Fraude à Lei**. São Paulo, 2005, Lex Editora.

CASALTA NABAIS, José. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra, Almedina, 1998.

LODI RIBEIRO, Ricardo. **A Segurança Jurídica do Contribuinte (Legalidade, Não-surpresa e Proteção à Confiança Legítima)**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2008.

_____. "Planejamento Fiscal: Panorama Sete Anos Depois da LC nº 104/01". *In Revista Dialética de Direito Tributário* nº 159.

_____. **Justiça, Interpretação e Elisão Tributária**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V. II. Rio de Janeiro, Renovar: 2005.

_____. **A Ideia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro. Renovar, 1997.

_____. **Planejamento Tributário. Elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro, 2012, Campus Jurídico.

_____. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. São Paulo, Dialética, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, Tomo IV. Rio de Janeiro, 2009, Renovar.

CARBONELL, Miguel. "Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición". *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro e PUGLIESI, Márcio. **20 Anos da Constituição Brasileira**. São Paulo, 2009, Saraiva.

XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo, 2002, Dialética.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa, 1997, Fundação Calouste Gulbenkian.

SALDANHA SANCHES, J.L. **Os limites do planeamento fiscal. Substância e forma no direito fiscal português, comunitário e internacional**. Coimbra, 2006, Coimbra Editora.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário e Direito Privado. Autonomia privada, simulação, elusão tributária**. São Paulo, 2003, Revista dos Tribunais.

A APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço emerjpublicacoes@tjrj.jus.br;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman** – 12
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – 10
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

² *Idem*, 2001, p. 19.

³ RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.