

JURIS PLENUM

Doutrina - Jurisprudência

Destaque:

Decreto 9.685/2019 - Facilita a posse de arma de fogo

86

ISSN 1807-6017

Juris Plenum

Doutrina - Jurisprudência

Classificação Qualis Capes B1

Repositório autorizado/credenciado de jurisprudência

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (inscrição sob nº 036/05, em 20.10.2005).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA nº 55 (Portaria nº 5, de 28.11.2013, da Exma. Sra. Ministra Diretora da Revista do STJ, publicada no Diário da Justiça eletrônico de 29.11.2013).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (Portaria COJUD nº 4, de 08.08.2005, do Exmo. Sr. Des. Fed. Diretor da Revista do TRF da 1ª Região, publicada no Diário da Justiça de 12.08.2005, Seção 2, p. 2).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO nº 34 (Portaria nº 1, de 10.03.2008, do Exmo. Sr. Des. Fed. Diretor da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, publicada no Diário Eletrônico nº 64, de 25.03.2008).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO nº 13 (Despacho do Exmo. Sr. Des. Fed. Diretor da Revista do TRF da 5ª Região, publicado no Diário da Justiça de 05.09.2005, Seção 2, p. 612).

Juris Plenum

Ano XV - número 86 - Março de 2019

Editor

Flávio Augustin

Conselho Editorial

Accácio Cambi

Ada Pellegrini Grinover (*in memoriam*)

Álvaro Villaça Azevedo

Eduardo Arruda Alvim

Fábio da Silva Veiga

Fredie Didier Jr.

Hugo de Brito Machado

Humberto Theodoro Júnior

Ives Gandra da Silva Martins

J. Cretella Júnior (*in memoriam*)

Jorge Miranda

José Augusto Delgado

José Carlos Barbosa Moreira (*in memoriam*)

José Renato Nalini

Maria Berenice Dias

Romeu Felipe Bacellar Filho

Rui Stoco

Sacha Calmon Navarro Coêlho

Sérgio Augustin

Teori Albino Zavascki (*in memoriam*)

Teresa Arruda Alvim

Editora Plenum Ltda.

Av. Itália, 460 - 1º andar

CEP 95010-040 - Caxias do Sul/RS

plenum@plenum.com.br

www.plenum.com.br

© **JURIS PLENUM**

EDITORA PLENUM LTDA

Caxias do Sul - RS - Brasil

Publicação bimestral de doutrina e jurisprudência. Todos os direitos reservados à Editora Plenum Ltda. É vedada a reprodução parcial ou total sem citação da fonte.

Os conceitos emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

E-mail para remessa de artigos: plenum@plenum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

J95 Juris Plenum / Editora Plenum . Ano XV, n. 86 (mar./abr. 2019). -
Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2019.
192p. ; 23cm.

Bimestral
ISSN 1807-6017

1. Direito. 2. Ciências jurídicas. 3. Direito Civil.
I. Editora Plenum.

CDU: 340

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito	340
2. Ciências jurídicas	340
3. Direito Civil	347

Catalogação na fonte elaborada pelo Bibliotecário
Marcos Leandro Freitas Hübner – CRB 10/1253

Editoração eletrônica: Editora Plenum Ltda.

Tiragem: 5.000 exemplares

Distribuída em todo território nacional

Os acórdãos selecionados correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos tribunais

Serviço de atendimento ao cliente: 54-3733-7447

SUMÁRIO

DESTAQUE DECRETO 9.685/2019 - FACILITA A POSSE DE ARMA DE FOGO

Editorial7

Opinião legal

O decreto do Presidente Bolsonaro sobre posse de armas de fogo: algumas questões pontuais
EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE, FRANCISCO SANNINI NETO, JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR..... 13

ASSUNTOS DIVERSOS

Doutrina

O ativismo judicial na justiça eleitoral: análise de casos e mecanismos de legitimação democrática
CAROLINA MORAES MIGLIAVACCA, BRENDA DE QUADROS PEREIRA..... 19

Breves reflexões sobre multiculturalismo e Direito Penal
JOSÉ AUGUSTO NOGUEIRA SARMENTO..... 49

Da possível incidência do incidente de desconsideração da personalidade jurídica em execuções fiscais
LUCAS DE SOUZA LEHFELD, DANILO HENRIQUE NUNES, LETÍCIA DE OLIVEIRA CATANI FERREIRA..... 77

Considerações sobre dados extrajurídicos que podem influenciar os julgamentos tributários
RENATO LOPES BECHO..... 105

Estudo acerca da possibilidade de cumprimento da prisão civil do idoso em regime diverso do fechado: a prisão civil em confronto com a proteção integral à pessoa idosa
RICARDO GUEIROS BERNARDES DIAS, DIOGO ABINEDER FERREIRA NOLASCO PEREIRA, VALTER RODRIGUES DE ABREU JÚNIOR..... 123

A extinção do crédito tributário
SACHA CALMON NAVARRO COELHO 141

Acórdãos

STF - EDcl. no AgRg no Recurso Extraordinário nº 278.928/SP	177
STJ - Recurso Especial nº 1.759.143/DF.....	180
TRF4 - Apelação Cível nº 5014726-28.2018.4.04.7108/RS	185
NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS DOUTRINÁRIOS.....	191

EDITORIAL

Publicado em 15 de janeiro de 2019, o Decreto 9.685 altera o Decreto 5.123/2004, que regulamenta o Estatuto do Desarmamento. Não altera o estatuto, eis que este se trata de lei ordinária e alterações em leis ordinárias devem, necessariamente, passar pelo Congresso.

A alteração diz respeito somente à posse de armas de fogo. Em relação ao porte (transitar com a arma), não houve alterações. Em regra, o porte de arma de fogo é proibido para o cidadão em geral de acordo com o art. 6º do Estatuto do Desarmamento. Não cabe, aqui, especificar quais as exceções em relação ao porte, pois não há qualquer alteração pelo Decreto 9.685.

As alterações restringem-se à aquisição e à renovação do registro.

Os órgãos responsáveis pelo controle das armas de fogo são o SIGMA (Sistema de Gerenciamento Militar de Armas), que regula o armamento das Forças Armadas e também dos colecionadores, atiradores esportistas e caçadores; e o SINARM (Sistema Nacional de Armas), que controla as demais armas de fogo e está vinculado à Polícia Federal.

O cidadão que possuir ou mantiver sob sua guarda arma de fogo ou munição de uso permitido no interior da sua residência ou local de trabalho, sem o devido registro, poderá incidir no crime do art. 12 do Estatuto do Desarmamento. Mesmo que o registro da arma esteja regular, o detentor da posse da arma não pode portá-la em qualquer outro lugar que não seja o que consta no registro do SINARM. Em assim agindo, incidirá no delito previsto no art. 14 do Estatuto.

O que alterou

O registro de arma de fogo de uso permitido autoriza apenas a *posse* da arma. Esta deverá permanecer sempre no local registrado junto ao SINARM. O registro pode ser renovado sucessivas vezes desde que o interessado demonstre preencher novamente os requisitos legais.

A validade do registro era de 5 anos. Agora, passou a ser 10 anos (art. 16, § 2º). O novo prazo vale para quem já tinha arma regularizada antes do decreto (Decreto 9.685/2019, art. 2º).

A partir da promulgação do Decreto 9.685, os requerimentos para obtenção de uma arma de fogo serão deferidos tomando por base critérios mais objetivos no que tange à justificação da necessidade para aquisição da arma ou renovação do registro.

* Este Editorial não adota nenhuma posição política, apenas explicita as modificações realizadas na norma e mostra os argumentos utilizados por ambos os lados, pró e contra a facilitação do acesso a armas de fogo.

Antes, a autoridade policial poderia indeferir o requerimento sob a alegação de que o requerente não demonstrou a efetiva necessidade de possuir a arma.

O § 1º do art. 12 do Decreto 5.123/2004 foi alterado para acrescentar que haverá presunção de veracidade das alegações afirmadas na declaração de efetiva necessidade. Isso quer dizer que, não havendo circunstância a demonstrar que o requerente não preenche os requisitos legais, basta que declare a efetiva necessidade para que possa obter a arma ou a renovação do registro.

O Decreto 9.685/2019 também acrescentou os parágrafos 7º a 10 ao artigo 12. O § 7º enumera as hipóteses em que se considera presente a efetiva necessidade. São elas:

(i) agentes públicos (ativos e inativos) da área de segurança pública; integrantes das carreiras da Agência Brasileira de Inteligência; da administração penitenciária; do sistema socioeducativo; envolvidos no exercício de atividades de poder de polícia administrativa ou de correição em caráter permanente;

(ii) militares ativos e inativos;

(iii) residentes em área rural;

(iv) residentes em áreas urbanas com elevados índices de violência, assim consideradas aquelas localizadas em unidades federativas com índices anuais de mais de dez homicídios por cem mil habitantes, no ano de 2016, conforme os dados do Atlas da Violência 2018;

(v) titulares ou responsáveis legais de estabelecimentos comerciais ou industriais;

(vi) colecionadores, atiradores e caçadores, devidamente registrados no Comando do Exército.

O dispositivo arrola situações específicas nas quais a efetiva necessidade está devidamente demonstrada.

O § 8º definiu como quatro a quantidade de armas de fogo que cada cidadão pode possuir. Desde que comprovada a necessidade, o cidadão pode requerer o registro de mais do que quatro armas. O § 9º especifica as razões para o indeferimento do pedido ou para o cancelamento do registro.

O artigo 12 teve um inciso acrescido ao *caput*, prevendo medida de segurança que deve ser adotada por quem resida com criança, adolescente ou pessoa com deficiência mental. Nessas situações, a residência deve possuir cofre ou local seguro com tranca para armazenamento da arma.

O artigo 30 teve acrescido o § 4º dispondo que as entidades de tiro desportivo e as empresas de instrução de tiro poderão fornecer munição recarregada para uso exclusivo nas dependências da instituição em provas, cursos e treinamento, desde que obtida autorização específica e obedecidas as condições e requisitos estabelecidos em ato do Comando do Exército.

Essa é uma previsão relevante, considerando que durante certo período ocorreu o entendimento de que essas instituições somente poderiam fornecer munições para caçadores, colecionadores ou atiradores desportistas com registro no SIGMA do Exército Brasileiro,

restando aos proprietários de armas de fogo para defesa pessoal com registro no SINARM da Polícia Federal a autorização para aquisição de apenas 50 cartuchos por ano, número ínfimo para quem deve se manter sempre treinado.¹

O Decreto também apresenta algumas disposições específicas em relação aos integrantes da Agência Brasileira de Inteligência que adquiram armas de fogo.

Contrários ao decreto temem o aumento da violência e os que são favoráveis veem alterações tímidas

Os críticos ao decreto argumentam que o Brasil é o país com o maior número de mortes por arma de fogo no mundo, de acordo com dados da Pesquisa Global de Mortalidade por Armas de Fogo (Institute for Health Metrics and Evaluation. *Global mortality from firearms*, 1990 - 2016, 2018). Grupos mais vulneráveis já sofrem em seu cotidiano as consequências das desigualdades sociais, econômicas e culturais, situação que se agravará com a circulação de mais armas.

Especialistas em segurança pública do país e estudiosos que se opõem à facilitação do acesso às armas preveem o aumento da criminalidade. A mudança é o prenúncio de aumento da violência e dificuldade de atuação da polícia, pois a maior circulação de armas de fogo contribui para o aumento da violência letal no país. A presença de mais armas nas mãos da população em geral tornaria mais graves conflitos rotineiros que, normalmente, não resultam em mortes.

Do lado oposto, os que são favoráveis à facilitação do acesso às armas de fogo, consideram o decreto pertinente ou até tímido.

De um modo geral, os que são favoráveis ao alargamento do acesso às armas defendem que o decreto se adéqua ao que prevê o Estatuto do Desarmamento.

Há quem defenda que o decreto pouco avançou e poderia ter sido mais específico quanto ao comércio de armas e calibres e também nada mencionou sobre o porte de armas. O novo decreto não permite a qualquer cidadão comprar armas indiscriminadamente. Na prática, pouco mudará.

Sendo somente um decreto regulamentar, não poderia ir muito longe. Durante a assinatura, o presidente mencionou que outras medidas poderão ser feitas pelo Legislativo. Este seria o início de um processo maior.

Efetiva necessidade

Este dispositivo é um dos que mais geraram polêmica e entendimentos contraditórios na sua interpretação. Está no art. 12, § 1º, em que se presume verdadeira a alegação de efetiva necessidade de se ter uma arma.

¹ OLIVEIRA JÚNIOR, Ivan Pareta de. Armas de fogo: o que muda com o Decreto n. 9.685, de 15 de janeiro de 2019? Considerações legais e administrativas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5679, 18 jan. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71436>. Acesso em: 5 fev. 2019.

O Decreto 9.685/2019 fixou que a efetiva necessidade declarada para aquisição da arma presume-se verdadeira. Antes da alteração, este critério era verificado por um delegado da Polícia Federal.

Para alguns, esta passagem é inconstitucional, pois obriga a administração a renunciar de sua competência de decidir.² A definição de efetiva necessidade é de competência discricionária do Estado e este não pode renunciar a ela. É do Estado o dever de fiscalizar, verificar e regular, pois o interesse público é indisponível. Quando o Estado ignora o interesse público, ele viola a Constituição. O Estado outorgou ao cidadão uma fé pública que ele não deve ter, pois a arma pode vir a oferecer riscos à vida e à integridade física de terceiros.

A administração pública pode *limitar* sua competência discricionária. No caso específico deste decreto, isso ocorreria com a definição de quais seriam os critérios para a efetiva necessidade de se ter armas de fogo. Trata-se de uma questão de hierarquia de normas: as leis são superiores aos decretos; um decreto presidencial só pode regulamentar a lei. Então, todo decreto que modifique uma lei é ilegal. Por conclusão, se o conceito de efetiva necessidade está previsto em lei, seu alargamento por decreto é ilegal.

O decreto pretensamente regula o Estatuto do Desarmamento e o seu objetivo é oposto ao da lei: armar as pessoas. Todas as unidades da federação, sem exceção, têm índices de homicídio superiores a 10 por 100 mil habitantes, conforme o Atlas da Violência de 2018. Ou seja, o decreto libera geral, contrariando profundamente o espírito da lei. Uma norma infralegal não pode atentar contra o espírito da regra superior que ela regulamenta.³

Para os favoráveis à norma, o entendimento é de que o decreto preencheu uma lacuna, esclarecendo o que é a “efetiva necessidade” de ter uma arma de fogo em casa ou no trabalho (quando for o titular ou o responsável legal). O critério, agora, é objetivo. O interessado deve comprovar o que está na lei. Trata-se de regularização. Antes da promulgação da norma, o critério era subjetivo da autoridade policial, que entendia pela pertinência ou não da justificativa.

A presunção relativa de veracidade de declaração de particulares não é incomum⁴ e milita em favor do cidadão. Pode ser afastada, cabendo ao Estado comprovar a falsidade da afirmação dada pelo cidadão. O que não pode é presumir-se falsa a declaração.

O Decreto 5.123/2004 impôs ao interessado o ônus de demonstrar a efetiva necessidade para obter uma arma de fogo. Aceitar as razões do interessado como sendo necessárias era um critério discricionário da Polícia Federal.

² Presunção de “efetiva necessidade” de posse de arma viola Constituição. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/presuncao-efetiva-necessidade-posse-arma-violata-cf>. Acesso em: 7 fev. 2019.

³ Presunção de “efetiva necessidade”... cit.

⁴ Por exemplo, a declaração de hipossuficiência para a gratuidade da justiça.

Pelo Decreto 9.685/2019 não se presume a necessidade; presume-se apenas a veracidade dos fatos que justificam a necessidade. A falsidade das alegações não pode ser presumida. Se há desconfiança, esta deve ser motivada.

Regulação de armas de fogo em outros países⁵

Estados Unidos

Possui a maior taxa de armas por habitante. Pode-se adquirir uma arma com um vendedor privado ou em uma loja. Nesta última, é feita uma checagem de antecedentes criminais, o que, por óbvio, não ocorre com o vendedor privado. Em alguns Estados há algumas restrições a mais, mas, no geral, só ocasionam uma espera maior para a liberação da compra ou para fazer uma checagem mais aprofundada do histórico do comprador.

Japão

Ao contrário dos Estados Unidos, o Japão possui uma das mais rígidas leis para obtenção de armas. Obter a permissão para comprar uma arma passa por aulas de tiro, que também necessitam de autorização, avaliação psicológica e psiquiátrica, avaliação de histórico criminal e de relações pessoais, inclusive se a pessoa tem dívidas, testes escritos e práticos, entrevista com a polícia para explicar porque há a necessidade de uma arma e inspeção pela polícia do local aonde a arma será armazenada.

África do Sul

Obter uma arma legalmente é muito difícil. Antes da compra ser autorizada, é preciso passar por um processo que inclui checagem de histórico criminal e uso de drogas, entrevistas com familiares, aulas de tiro e inspeção do local aonde a arma será guardada.

Austrália

As leis são muito restritivas. A posse de armas é liberada apenas em alguns casos, como por exemplo, colecionadores, caçadores, fazendeiros em áreas isoladas. Para obter a licença, o processo inclui avaliação de antecedentes criminais, cursos de cuidado e manuseio e testes escrito e prático. Em alguns casos pode haver entrevista com familiares e vizinhos.

Alemanha

A licença é concedida para quem comprovar que corre risco, que é membro de clube de tiro ou que é colecionador. O processo inclui avaliação de antecedentes criminais, uso de drogas e saúde mental. Concedida a permissão, esta é revisada a cada 3 anos. Caso a arma seja mantida em casa, deve-se permitir inspeções não anunciadas da polícia.

⁵ *Jornal do Commercio*. Caderno Jornal da Lei, Porto Alegre, n. 3, ano 22, 22 jan. 2019, p. 2.

China

Para obter permissão para comprar armas é preciso uma justificativa e demonstrar que possui conhecimento sobre manuseio e uso seguro. É feita uma avaliação da saúde mental da pessoa e do histórico policial. Nas cidades é proibido ter armas em casa. Elas devem ser guardadas em depósitos.

Reino Unido

A posse de armas só é permitida para caçadores ou membros de clubes de tiro. O processo inclui checagem de antecedentes criminais e entrevista domiciliar com a polícia, que verifica o local aonde a arma será guardada.

México

Para obter a permissão do governo, é necessário ter emprego fixo e renda. Também precisa atestado comprovando que a pessoa não tem antecedentes criminais. Detalhe: há somente uma loja de armas no país, que fica na capital.

Rússia

Para caça, é preciso ter autorização, e para defesa pessoal é preciso justificar a necessidade da arma. O requerente passa por testes relativos ao manuseio, legislação e primeiros socorros, além de avaliação psicológica e de antecedentes criminais.

O DECRETO DO PRESIDENTE BOLSONARO SOBRE POSSE DE ARMAS DE FOGO: ALGUMAS QUESTÕES PONTUAIS

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE

Mestre em Direito Social. Pós-Graduado em Direito Penal e Criminologia. Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na Graduação e na Pós-Graduação do Unisal. Delegado de Polícia/SP. E-mail: cabette@uol.com.br.

FRANCISCO SANNINI NETO

Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor da Pós-Graduação do UNISAL. Professor do Damásio Educacional. Delegado de Polícia/SP.

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR

Delegado de Polícia/MT. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-Graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes em parceria com Universidade de Santa Catarina - UNISUL. Pós-Graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

INTRODUÇÃO

Em data de 15 de janeiro de 2019, o Presidente da República Jair Bolsonaro, cumprindo promessa de campanha e seguindo sua linha de pensamento a respeito do armamento civil, expediu o Decreto 9.685/19, ampliando as possibilidades de que o cidadão, com o devido preparo e sem envolvimento criminais, possa adquirir arma de fogo de uso permitido para manter em sua casa ou local de trabalho, desde que seja o proprietário ou responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

Neste texto não se incursionará na tormentosa polêmica sobre se a facilitação do acesso a armas pode ser ou não um fator de contenção da violência. Há posição de previsões catastrofistas de aumento de criminalidade, bem como há o posicionamento governamental em defesa desse abrandamento das exigências para que o cidadão, repita-se,

preparado e sem envolvimento criminais, tenha acesso legal a armas de fogo para defesa própria, da família e patrimônio. Inclusive, há manifestação de armamentistas no sentido de que o decreto é extremamente tímido e poderia ou mesmo deveria ser muito mais amplo.¹ Ademais, a própria justificação governamental corrente para o abrandamento de exigências para a posse de arma não é propriamente o intento de, com isso, reduzir os índices de criminalidade, mas tão somente propiciar ao cidadão o acesso à arma de fogo de uso permitido para que tenha, caso queira, instrumentos para sua autodefesa contra ataques criminosos, especialmente em sua residência e em locais de maior dificuldade de acesso.

Ainda sobre o tema da facilitação da posse de armas, é verdade que o Decreto 9.685/19 não altera tão substancialmente as regras. Não libera armas de uso restrito ao cidadão comum. Não permite a venda sem registro de armas de fogo, o que, aliás, somente poderia ser feito por lei propriamente dita que alterasse o Estatuto do Desarmamento. Não exige ninguém de comprovar capacidade e necessidade da posse da arma perante os órgãos responsáveis. Sequer o Decreto 9.685/19 põe fim à burocrática e desnecessária “renovação” do registro, porquanto apenas aumenta o prazo para 10 (dez) anos. Enfim, para aqueles que esperavam uma liberação total do armamento de fogo pelo governo Bolsonaro, ficam decepções se aguardavam ansiosos pelo momento oportuno para fazerem terríveis críticas, bem como, em similar medida de decepção, para aqueles que esperavam realmente uma liberação total ou muito mais ampla do que a que ocorreu.

PONTOS PRINCIPAIS DO DEBATE

O que efetivamente chama a atenção no Decreto 9.685/19, diz respeito a dois pontos principais:

a) eventual alegação de criação inconstitucional de conduta criminosa por via do Decreto 9.685/19 e não de lei, no que se refere ao disposto no artigo 12, § 10, do Decreto 5.123/04, com sua nova redação.

b) dúvida a respeito da ocorrência ou não de “abolitio criminis” com relação às pessoas que tenham armas de uso permitido regularizáveis, mas atualmente sem registro, por força do disposto no artigo 2º do Decreto 9.685/19.

Iniciando pelo item “a”, o que ocorre é que, de acordo com as alterações promovidas pelo artigo 1º do Decreto 9.685/19, passa o artigo 12, inciso VIII, do Decreto 5.123/04 a exigir que a pessoa que resida com criança, adolescente ou pessoa com deficiência mental, apresente declaração de que a sua residência possui cofre ou local seguro com tranca para armazenamento da arma de fogo e munições. Em seguimento, o § 10 do

¹ LOBEL, Fabrício, AMÂNCIO, Thiago. Pró-armas veem timidez em decreto de Bolsonaro; críticos preveem piora da violência. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/pro-armas-veem-timidez-em-decreto-de-bolsonaro-criticos-preveem-piora-da-violencia.shtml>. Acesso em: 15 jan. 2019. Para maior interação a respeito do debate e dos argumentos pró e contra o armamento civil, veja o leitor o livro de autoria dos subscritores Eduardo Luiz Santos Cabette e Francisco Sannini Neto: CABETTE, Eduardo, SANNINI, Francisco. *Tratado de legislação especial criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 27-36.

mesmo dispositivo do Decreto 5.123/04 passa, mediante alteração promovida pelo atual Decreto 9.685/19, a determinar que aquele que inobservar o disposto no inciso VIII do “caput”, acima mencionado, incidirá nas penas previstas no artigo 13 da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento).

Numa primeira visão e interpretação, de acordo com a letra do regulamento, parece que se está determinando, por meio de simples Decreto Presidencial, que se a pessoa fizer a declaração *falsa* de que tem cofre ou local adequado com tranca para guardar a arma e munição, essa conduta passaria a integrar o tipo penal do artigo 13 da Lei 10.826/03.

O artigo 13 do Estatuto do Desarmamento diz respeito à conduta omissiva ou negligente quanto às cautelas necessárias ao impedimento de que menores ou deficientes mentais se apoderem de arma de fogo que esteja na posse ou seja de propriedade do infrator. A pena prevista para esse tipo penal é de detenção de 1 a 2 anos e multa.

A impressão inicial, de acordo com uma interpretação literal do dispositivo, é a de que a declaração *falsa* e o posterior descobrimento dessa falsidade, independente de mais nada, geraria responsabilização criminal de acordo com o artigo 13 da Lei 10.826/03.

Ora, isso seria a criação indevida, violando o Princípio da Legalidade e usurpando função legislativa (violando, portanto, também a tripartição de poderes), de conduta criminosa que não era prevista no dispositivo até então - antes do Decreto em estudo. O simples fato de alegar ter um local adequado de guarda da arma ou munição não era até então previsto no tipo penal em comento. Passaria a sê-lo, nessa interpretação, por meio do novel Decreto 9.685/19 e não de lei. Nesse quadro, não resta a menor dúvida de que existiria uma flagrante inconstitucionalidade no Decreto Presidencial por infração ao Princípio da Legalidade (Reserva Legal) e ao Princípio da Tripartição dos Poderes. Contudo, parece que não é o dispositivo do Decreto 9.685/19 em si que padece de inconstitucionalidade, mas sim uma sua eventual interpretação rigidamente literal.

Em primeiro lugar é preciso atentar para o fato de que o Decreto Presidencial não prevê novo crime ou mesmo novas penas, mas tão somente faz referência ao artigo 13 da Lei 10.826/03, o qual já existe e é previsto em diploma legal e não regulamentar. Além disso, o entendimento de que a simples informação falsa já levaria à responsabilização criminal, não parece ser a melhor interpretação. O que se infere é que a pessoa deverá fazer a declaração de que tem esse local apropriado e, conseqüentemente, será a responsável, acaso não o tenha e a arma venha a ser acessada por menores ou deficientes mentais. Inclusive, para que haja o crime é necessário não somente a negligência, mas que realmente e concretamente um menor ou deficiente tenha acesso à arma.²

A mera negligência, assim como a informação falsa, sem que ocorra efetivo apossamento por menor ou deficiente mental, é fato criminalmente atípico, que poderá ter tão somente conseqüências administrativas, tais como a perda do direito de posse por falta de cumprimento de requisito regulamentar. Parece, inclusive, viável reconhecer que o texto do Decreto 9.685/19 tem por intento tão somente deixar claro o fato de que

² CABETTE; SANNINI, op. cit., p. 74-75.

a eventual posse de arma de fogo obtida mediante declaração falsa de que há um lugar seguro para sua guarda, irá, em caso de apossamento efetivo por menor ou deficiente, levar à responsabilização criminal respectiva do infrator de acordo com a lei já existente e aplicável à espécie. Portanto, o dispositivo nos parece mesmo dispensável, mas não necessariamente inconstitucional, a depender da sua devida interpretação e aplicação. Essa é a única interpretação viável constitucionalmente para o atual artigo 12, § 10, do Decreto 5.123/04.

Diga-se de passagem, que nem mesmo por eventual crime de Falsidade Ideológica (artigo 299, CP), poderá ser responsabilizado o requerente de posse de arma de fogo que fizer tal declaração inverídica. Ocorre que, segundo doutrina e jurisprudência dominantes, declarações que estão sujeitas à fiscalização de órgãos competentes não configuram falsidade ideológica.³ E, logicamente, tal declaração, em sua veracidade ou falsidade, poderá e deverá perfeitamente ser aferida pelo órgão com atribuição para tanto.

Partindo para o item “b” acima mencionado, pode haver alegação de que o artigo 2º do Decreto 9.685/19 teria operado “abolitio criminis” com relação a todos quantos tenham armas sem o devido registro regularizado. Isso porque tal dispositivo promove uma renovação automática por 10 anos dos registros de arma de fogo expedidos antes da publicação do referido regulamento. Dessa forma, se alguém tinha uma arma de fogo em sua casa com registro vencido, não mais estaria incidindo em crime do artigo 12 da Lei 10.826/03, eis que o documento foi renovado automaticamente.

Assim sendo, já surge, por exemplo, Aury Lopes Júnior, se manifestando pela ocorrência do fenômeno da “abolitio criminis” para os casos de eventuais processados ou investigados por posse ilegal de arma de fogo devido a estar o respectivo registro com prazo de validade vencido.⁴

Ora, se há alguém sendo processado ou respondendo a investigação criminal por suposta infração ao artigo 12 da Lei 10.826/03 apenas porque tinha uma arma registrada, mas tal registro havia expirado o prazo sem renovação, tal processo ou investigação é ilegal, devendo ser trancado por via de “Habeas Corpus”. E isso não por força de “abolitio criminis”, mas porque se trata de fato atípico, já reconhecido com bastante segurança pela doutrina e pela jurisprudência, havendo, inclusive posicionamento adotado pelo STJ, conforme várias decisões e, especialmente, de acordo com o Informativo nº 572 da aludida Corte da Cidadania.⁵

³ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 955. Vide também DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 863. V.g.: “Não existe falso ideológico em documento sujeito a verificação (TJSP, RT 779/548, HC 278.762-3/1, Bol. IBCCr 89/441, RJTJSP 170/297, RT 602/336; TRF da 3ª Região, JSTJ e TRF39/451; TJRS, mv - RJTJRS 165/78; TRF 1ª Região RT 792/722)

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *O Decreto de Bolsonaro sobre as armas*. Disponível em: www.instagram.com. Acesso em: 15 jan. 2019.

⁵ CABETTE; SANNINI, op. cit., p. 65-66.

O registro com prazo de validade vencido constitui ilícito meramente administrativo, não criminal, segundo a jurisprudência. É claro que se tem ciência de que tal posição jurisprudencial e doutrinária não tem efeito vinculante e que, como o próprio Lopes Júnior salienta, pode haver pessoas processadas indevidamente. No entanto, isso não nos parece ser o suficiente para reconhecer ocorrência de “abolitio criminis” por via regulamentar. O caminho, como já frisado, seria o trancamento por via de “Habeas Corpus” devido à *atipicidade*. Não pode existir, é um contrassenso, “abolitio criminis” de conduta reconhecida atípica!

Doutra banda, se alguém não tem o devido registro de arma, o Decreto 9.685/19 não abre prazo, como já se fez em outras ocasiões, para regularização de armas clandestinas. Apenas e tão somente promove a *renovação automática dos registros de arma já existentes que foram expedidos antes do Decreto*. Isto, pois, não se pode, por meio de ato infralegal, alterar um prazo estabelecido por lei, no caso, o Estatuto do Desarmamento.

A medida é justa, pois que pessoas que tiveram registros anteriores contariam com prazos menores que aquelas que agora comprarem e registrarem legalmente suas armas. Trata-se de um critério de justiça e isonomia no campo administrativo. Nada é dito a respeito de quem tem arma clandestina. Essas pessoas continuam normalmente respondendo pelo crime do artigo 12 da Lei 10.826/03 e, inclusive, não ganham novo prazo para regularização dessas armas. O Decreto Presidencial, como já dito, se refere estritamente aos registros de arma expedidos antes de sua publicação, o que pressupõe que se está tratando de armas regularmente registradas. Portanto, não há espaço para se falar em “abolitio criminis”. A situação difere bastante das reiteradas renovações legais do prazo para regularização de armas clandestinas quando da aprovação do Estatuto do Desarmamento. Naquelas ocasiões, havia realmente um prazo para regularização de armas sem registro, o que não ocorre com o Decreto 9.685/19, não sendo adequada a confusão entre aquelas antigas renovações de prazos para regularização de armas clandestinas e a atual renovação automática de registros já existentes.

CONCLUSÃO

Por fim, entendemos que o debate está aberto quanto à discussão da (in)constitucionalidade com a criação de conduta criminosa por via do Decreto 9.685/19 e não de lei, diante do novel artigo 12, § 10, do Decreto 5.123/04, com sua nova redação, não obstante nosso entendimento seja pela constitucionalidade a depender tão somente da interpretação e aplicação dada ao dispositivo regulamentar em conjunto com o artigo 13 da Lei 10.826/03. Ademais, entendemos que, de fato, não se operou a “abolitio criminis” com o novo Decreto em cartaz, a despeito da celeuma da sua ocorrência ou não com relação às pessoas que tenham armas de uso permitido regularizáveis quanto ao prazo do registro (mera renovação do registro já existente). Sem dúvida alguma, não houve “abolitio criminis” para armas clandestinas e não meramente com o prazo de validade do registro vencido.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABETTE, Eduardo; SANNINI, Francisco. *Tratado de legislação especial criminal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBEL, Fabrício; AMÂNCIO, Thiago. *Pró-armas veem timidez em decreto de Bolsonaro; críticos preveem piora da violência*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/01/pro-armas-veem-timidez-em-decreto-de-bolsonaro-criticos-preveem-piora-da-violencia.shtml>. Acesso em: 15 jan. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *O Decreto de Bolsonaro sobre as armas*. Disponível em: www.instagram.com. Acesso em: 15 jan. 2019.

**O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA ELEITORAL:
ANÁLISE DE CASOS E MECANISMOS
DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA***

**THE JUDICIAL ACTIVISM IN ELECTORAL
JUSTICE: CASE ANALYZE AND MECHANISMS
OF DEMOCRATIC LEGITIMACY**

CAROLINA MORAES MIGLIAVACCA

Mestre em Direito Processual Civil. Advogada. Professora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Metodista - IPA.
E-mail: carolmmigliavacca@gmail.com

BRENDA DE QUADROS PEREIRA

Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Metodista - IPA. E-mail: brenda.qp.bq@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução - 1. A Justiça Eleitoral brasileira: 1.1. A origem e a estrutura do Poder Judiciário eleitoral; 1.2. As funções típicas e atípicas da Justiça Eleitoral - 2. O ativismo judicial: 2.1. O desenvolvimento do fenômeno ativismo judicial; 2.2. O ativismo judicial no Brasil - 3. O ativismo judicial na Justiça Eleitoral brasileira: 3.1. A experiência judicial ativista na Justiça Eleitoral; 3.2. O ativismo judicial na Justiça Eleitoral como função normativa; 3.3. Os mecanismos de legitimação democrática da função normativa da Justiça Eleitoral - Considerações finais - Referências.

RESUMO: O presente artigo científico estuda o fenômeno do ativismo judicial na Justiça Eleitoral brasileira, explanando a origem, a estrutura e as funções dessa Justiça especializada e o desenvolvimento da atuação ativista judicial, bem como suas concepções

* Data de recebimento do artigo: 08.01.2019.
Datas de pareceres de aprovação: 22.01.2019 e 28.01.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 04.02.2019.

negativas e positivas, conforme doutrina nacional. Aborda as críticas à conduta ativista e, em contraponto, os argumentos que fundamentam sua aplicação, visando promover a democracia participativa e fortalecer a República. Por meio de estudos de casos, demonstra-se que as vicissitudes da Justiça Eleitoral brasileira justificam a atitude proativa dos magistrados. Assim, esse comportamento recebe especial contorno normativo. Ao final, insere-se a proposta dos mecanismos de legitimação democrática, a fim de garantir transparência e pluralidade ao fenômeno.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Eleitoral; ativismo judicial; Constituição Federal; democracia; função normativa; mecanismos de legitimação democrática.

ABSTRACT: This article studies the phenomenon of judicial activism in the Brazilian Electoral Justice, explaining the origin, structure and functions of this specialized Justice and the development of judicial activist activity, as well as its negative and positive conceptions, according to national doctrine. Criticisms of activist conduct and, in counterpoint, the arguments that support its application, with a view to promoting participatory democracy and strengthening the republic. Through case studies demonstrates the many variations of the Brazilian Electoral Justice justify the proactive attitude of the judges. Thus, this behavior receives a special normative outline. At the end, it inserts the proposal of the mechanisms of democratic legitimation, in order to guarantee transparency and plurality to the phenomenon.

KEYWORDS: Electoral Justice; judicial activism; Constitution; democracy; normative function; mechanisms of democratic legitimation.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a estudar a importância do ativismo judicial na Justiça Eleitoral, para tanto, inicialmente, apresenta a origem e estrutura dessa Justiça especializada no Brasil, tendo em vista os processos políticos que circundaram seu desenvolvimento. Além disso, demonstrar-se-ão as funções típicas e atípicas do Poder Judiciário eleitoral, que instrumentalizam a promoção da democracia participativa e representativa.

Para mais, a partir da exposição do desenvolvimento, da organização e das funções da Justiça Eleitoral, será incorporado um olhar crítico sobre as bases desse ramo, a fim de exteriorizar suas vicissitudes e debilidades, que clamam por um olhar atento e preocupado do operador do direito e da sociedade em si, haja vista o tratamento negligente despendido pelo Poder Legislativo.

Nesse passo, considerando que é imprescindível à função típica julgadora a utilização de técnicas de interpretação, propõe-se estabelecer que a intensificação da criatividade do Judiciário está relacionada com a outorga de maior liberdade de atuação a esse Poder, que, por via de consequência, introduziu o fenômeno da judicialização e, em seguida, o ativismo judicial.

Ambos os fenômenos guardam relação com a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo no que tange a suas funções. Assim, diante desse quadro, pretendem suprir as negligências estatais a fim de promover direitos fundamentais. À vista disso, serão

estabelecidas distinções entre a judicialização e o ativismo, objetivando compreender a extensão do fenômeno ativista.

A partir de então, presta-se uma análise do ativismo judicial e do risco de lesão à separação de poderes, construindo um caminho capaz de conciliar as duas teorias. Afora isso, serão concebidos os limites ao ativismo judicial e suas concepções negativas e positivas, segundo a doutrina brasileira.

Ato contínuo, tratar-se-á das omissões legislativas em matéria eleitoral, concluindo que há, de fato, atuação ativista do Judiciário que visa sanar lacunas. Nessa oportunidade, será discorrido sobre os diversos tipos de decisões ativistas, sendo constatado que há observância à democracia, tanto em atos representativos quanto contramajoritários, quando a atuação se dá seguindo os preceitos constitucionais.

Em relação à Justiça Eleitoral, far-se-á análise de certos casos, julgados pelo Tribunal Superior Eleitoral e o Supremo Tribunal Federal, para demonstrar ao leitor a presença e necessária intervenção judicial na atividade legislativa típica. Em seguimento, o escopo proposto é de esclarecer a transição do poder regulamentar para normativo, como também as críticas e os atributos dessa transformação, trazendo a prevalência dos direitos fundamentais, da cidadania e da república.

Finalmente, com o intento que garantir segurança jurídica, participação popular e pluralismo para as decisões ativistas, serão sugeridos mecanismos de legitimação democrática, como o instituto do *amicus curiae* e das audiências públicas. Esses instrumentos propiciarão a atuação da sociedade aberta e reconhecerão a força dos fatores reais de poder, estando na figura do cidadão o papel de maior destaque.

1. A JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

A Justiça Eleitoral brasileira está organizada nos moldes do artigo 118 e seguintes da Constituição Federal de 1988 e, atualmente, compõe a estrutura do Poder Judiciário, atuando como instituição permanente e em funcionamento continuado.¹

Esse ramo especializado cuida das relações jurídicas atinentes ao Direito Eleitoral, tutelando e promovendo a mais ampla democracia participativa e representativa, fundamento da República brasileira, de acordo com o artigo 1º, V, da Constituição Federal de 1988, e cláusula pétrea, pelo artigo 60, § 4º, II, do mesmo diploma. Nessa senda, englobam os fundamentos da Justiça Eleitoral os conceitos de soberania, democracia, participação popular, voto, sufrágio, mandato e representação.²

Não obstante, interessa destacar que a estrutura e as funções da Justiça Eleitoral contemporânea são o resultado de um processo de evolução da política nacional, cujo estudo, que se apresenta a seguir, será de suma importância para compreender seus avanços e debilidades.

¹ RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1990. p. 107.

² ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 19-20.

1.1. A origem e a estrutura do Poder Judiciário eleitoral

A Justiça Eleitoral, como atribuição do Poder Judiciário, no Brasil, foi criada pelo Código Eleitoral de 1932 e ratificada pela Constituição Federal de 1934, sendo a ela atribuído o serviço de promover a democracia representativa e participativa.³ Todavia, as atividades eleitoralistas, com vistas às eleições de membros do Legislativo, tiveram início logo após a declaração de independência do Brasil, notadamente com o Decreto de 26 de março de 1824.⁴

Durante quase um século, as funções eleitorais eram atribuições do Poder Legislativo. Com isso, o sistema eleitoral enfrentava diversas fraudes e violências que anulavam a vontade popular, dentre elas o voto de cabresto e a degola.⁵ Nesse quadro, a insegurança na área eleitoral, conjugada com a instabilidade política da época, enfraquecia o Estado e desmotivava os estudos sobre a matéria, o que impedia seu desenvolvimento científico.⁶

Até então, a legislação eleitoral era formada por decretos e leis, que progressivamente alteravam o sistema de realização do pleito e a capacidade para exercício do sufrágio. A primeira codificação eleitoralista nasce somente em 1932, como resultado das reivindicações da revolução constitucionalista de São Paulo, instituindo o voto direto, obrigatório e secreto, além de entregar ao Poder Judiciário a incumbência de organizar o processo eleitoral, a fim de afastar as irregularidades praticadas, criando a Justiça Eleitoral, conforme anteriormente referido.⁷

Ato contínuo, editou-se o Código Eleitoral de 1935, que concedeu o direito de exercício do sufrágio às mulheres e regulamentou as atribuições do Ministério Público na Justiça Eleitoral. No entanto, com o golpe de Estado instaurado por Getúlio Vargas, conhecido por Estado Novo, a Justiça Eleitoral e os direitos democráticos alcançados foram extintos pela Constituição Federal de 1937.⁸ Com a redemocratização do país, em 1945, publicou-se a Lei Constitucional n. 9, que recriou a Justiça Eleitoral, seguida pelo Decreto-Lei n. 7.586, que regulava o alistamento eleitoral e as eleições, e pelo Código Eleitoral de 1950.⁹

³ CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 45.

⁴ JOBIM, Nelson et al. *Legislação eleitoral no Brasil: do século XVI a nossos dias*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Biblioteca, 1996. p. 43.

⁵ Degola era a atribuição que a Comissão de Verificação do Poder Legislativo possuía para barrar a posse de um candidato eleito por entender que durante o pleito houve algum erro. Geralmente, utilizavam para barrar a diplomação de um candidato que não atendia as vontades do grupo político dominante da época. (VOTAÇÃO na república velha tinha fraude sofisticada. *Estadão*, São Paulo, 30 out. 2010. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,votacao-na-republica-velha-tinha-fraude-sofisticada-imp-,632063>. Acesso em: 02 set. 2018).

⁶ CASTRO, op. cit., p. 36.

⁷ ITAGIBA, Ivanir Nogueira. O direito eleitoral na atualidade. In: MEDEIROS, Renata Leite Motta Paes (Coord.). *Estudos eleitorais*, v. 12, n. 2, p. 137-150 maio/ago. 2017. p. 144.

⁸ FICO, Carlos. *História do Brasil contemporâneo: da morte de Vargas aos dias atuais*. São Paulo: Contexto, 2015. p. 14.

⁹ ITAGIBA, cit., p. 144-145.

O diploma eleitoralista de 1950 perdeu vigência com a entrada em vigor do Código Eleitoral de 1965, que regulamenta as relações eleitorais e partidárias até o presente. Cumpre ressaltar que o referido diploma infraconstitucional, por ser concebido no início do regime militar, carrega “a marca do autoritarismo, às vezes com regras incompatíveis com o Estado Democrático de Direito hoje vivido entre nós”,¹⁰ adverte Castro.

Além disso, em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha nascido para iluminar o país com a adoção do regime político democrático, reservou a uma lei complementar futura as disposições sobre a organização e a competência dos tribunais, dos juízes e das juntas eleitorais, nos termos do seu artigo 121, sem maiores cuidados com a estrutura da Justiça Eleitoral. Assim, enquanto não editada a referida lei, o Código Eleitoral de 1965 foi recepcionado como lei complementar nas normas que tratam sobre organização e competências e como lei ordinária nas demais.¹¹

Dessa forma, a Justiça Eleitoral estrutura-se, atualmente, pelo Tribunal Superior Eleitoral, composto de sete ministros, no mínimo, que tem jurisdição nacional sob a matéria eleitoral, sendo submetido apenas ao Supremo Tribunal Federal, nas questões constitucionais, e pelos Tribunais Regionais Eleitorais, distribuídos nos Estados-membros, formados, em cada Estado, por um pleno de sete desembargadores. Ainda, possui Juízes Eleitorais, que atuam na jurisdição de zonas eleitorais. Finalmente, as Juntas Eleitorais, que são constituídas pelos Juízes Eleitorais e dois ou quatro cidadãos da comunidade local, compõem a estrutura desta Justiça especializada.¹²

Compete ressaltar que a Justiça Eleitoral não possui estrutura própria, isto é, os ministros do seu órgão superior são oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de dois advogados escolhidos em lista sêxtupla; os desembargadores e juízes de primeiro grau, no mesmo sentido, advêm dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais, bem como há dois advogados indicados.¹³ Ademais, interessa esclarecer que inexistente vitaliciedade aos magistrados, pois estão sujeitos a peculiar forma de recrutamento com base na periodicidade e na alternância.¹⁴ Afora isso, o Ministério Público Eleitoral existe somente como uma atribuição do Ministério Público da União.¹⁵

Diante da ausência de estrutura autônoma e de imposição constitucional que determine a edição da lei complementar sob as bases da democracia, a organização e as

¹⁰ CASTRO, op. cit., p. 34.

¹¹ TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Código Eleitoral anotado e legislação complementar*. [S.l.]: [s.n.], [s.d.]. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4-737-de-15-de-julho-de-1965#5-tit3-cap4>. Acesso em: 02 set. 2018.

¹² MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral*: de acordo com a Constituição Federal, LC 64/90, Leis 9.096/95, 9.504/97, 11.300/06, EC 52/06 e Resoluções do TSE. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 47.

¹³ ZILIO, op. cit., p. 43-45.

¹⁴ RIBEIRO, op. cit., p. 108.

¹⁵ ZILIO, op. cit., p. 54.

funções da Justiça Eleitoral ficam à mercê das regulamentações do Código Eleitoral de 1965 e das poucas normas ordinárias editadas após a nova ordem constitucional, notadamente, a Lei das Eleições (Lei n. 9.504/1997) e a Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995). Ocorre que os mencionados regramentos são insuficientes para compreender os institutos do Direito Eleitoral, inviabilizando a efetivação da mais ampla, transparente e participativa democracia.¹⁶

Outrossim, deve se mencionar que a Justiça Eleitoral integra o Poder Judiciário federal, conforme dispõe o artigo 92, V, da Constituição Federal de 1988. A matriz federal concretiza-se pela necessária edição de normas uniformes, cuja aplicabilidade deve atingir todo território nacional, tendo em vista que esse ramo especial resguarda a democracia e o Estado Democrático de Direito, o que ultrapassa interesses meramente estaduais.¹⁷

Sendo assim, observe-se que, embora enfrente problemas estruturais, muitos oriundos de seu conturbado desenvolvimento histórico, a Justiça Eleitoral possui a nobre e fundamental finalidade de promover a participação popular, desenvolvendo a democracia e efetivando o Estado Democrático de Direito. Portanto, a atuação nesse ramo especializado deve se basear com muito mais afinco nas suas finalidades democráticas do que na estrutura essencialmente legislativa vigente.

1.2. As funções típicas e atípicas da Justiça Eleitoral

Os Poderes da União exercem funções típicas, que são as suas competências preponderantes atribuídas constitucionalmente, e atípicas, que compreendem as atividades principais dos demais.¹⁸ A Justiça Eleitoral, por pertencer ao Poder Judiciário, exerce tipicamente a função jurisdicional, e, de modo atípico, a atividade legiferante, quando edita normas para seu pessoal, por exemplo, como também a executiva, nos casos de administrar suas questões internas.

Contudo, a Justiça Eleitoral possui outras funções, igualmente preponderantes, que objetivam viabilizar a busca pela efetivação de seus fins maiores, quais sejam, resguarda da democracia e promoção do Estado Democrático de Direito, visando a superar, em certa medida, a inexistência de estrutura própria e de legislação adequada à realidade política atual. Desse modo, além da função jurisdicional, exerce função administrativa, consultiva e regulamentar,¹⁹ as quais merecem breves comentários.

¹⁶ MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação dos poderes. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 2, n. 2, p. 13871-13884, 2013. p. 13874. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013_12_13871_13884.pdf. Acesso em: 25 set. 2018.

¹⁷ SOBRAL, Daniel Santos Rocha. A Justiça Eleitoral e a magistratura federal. In: MACHADO, José Amílcar (Coord.). *Jornada de Direito Eleitoral das Escolas de Magistratura Federal*, Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ESMAF, v. 20, p. 73-88, jun. 2013. p. 75.

¹⁸ ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 209.

¹⁹ ZILIO, op. cit., p. 49.

Envolve a atividade julgadora da Justiça Eleitoral a resolução de conflitos na esfera especializada, por meio do processamento e julgamento de ações eleitorais cíveis e criminais,²⁰ também denominadas de processo eleitoral *stricto sensu*.²¹ Trata-se, em outras palavras, da típica atuação jurisdicional que objetiva dirimir conflitos de interesse.

Por outro lado, a função administrativa da Justiça Eleitoral impõe uma atuação diferenciada em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, visto que o administrador não pode ser inerte, já que compete a ele a administração do sistema eleitoral, ou seja, de todos os procedimentos que envolvem o alistamento eleitoral e a organização do pleito até a diplomação.²²

Outra particularidade do Poder Judiciário eleitoral é a função consultiva prevista nos artigos 23, XII, e 30, VIII, do Código Eleitoral. Essa atribuição é conferida ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais, e pode ser solicitada por autoridade pública ou partido político. Cumpre frisar que a consulta não pode versar sobre caso concreto, uma vez que ocasionaria a antecipação da resolução do conflito. Não obstante, esse instrumento torna-se necessário e interessante por auxiliar candidatos e partidos políticos a evitarem práticas que contrariem o entendimento da Justiça Eleitoral.²³

Já a atividade regulamentar, segundo Zilio, é substanciada no poder regulamentador inerente a todo e qualquer órgão judicial.²⁴ Castro, por sua vez, defende que a referida atribuição se singulariza na Justiça Eleitoral ao compreender a possibilidade do Tribunal Superior Eleitoral editar instruções necessárias para normatizar o sistema e o processo eleitoral, nos termos do artigo 23, IX, do Código Eleitoral e do artigo 105 da Lei n. 9.504/97.²⁵

Sobre o poder regulamentador na Justiça Eleitoral, Macedo vai mais longe ao reconhecer a utilização dessa função para além de simples instruções e organizações internas, passando, efetivamente, a criar direitos, tendo em vista casos de inércia legislativa. Acrescentou, ainda, que o refúgio e solução para os vácuos legislativos tem sido a atuação do Poder Judiciário, dado que, para a referida autora, “espaço não ocupado, é espaço que se ocupa!”²⁶

Ante o exposto, depreende-se que a Justiça Eleitoral possui um leque significativo de funções típicas e atípicas, que propiciam a busca pelo cumprimento de suas finalidades democráticas. Assim, é possível conceber que essas funções, por atuarem de forma teleológica, podem se libertar das limitações legislativas e servirem como instrumento imediato para minimizar as debilidades da Justiça Eleitoral.

²⁰ SOBRAL, cit., p. 75.

²¹ ZILIO, op. cit., p. 289.

²² CASTRO, op. cit., p. 47-48.

²³ CASTRO, op. cit., p. 61.

²⁴ ZILIO, op. cit., p. 49.

²⁵ CASTRO, op. cit., p. 62.

²⁶ MACEDO, cit., p. 13874.

2. O ATIVISMO JUDICIAL

Para Schapp, o juiz parte seu trabalho do caso que lhe foi exposto, procurando, logo após, a determinação legal que seja aplicável,²⁷ no campo da sua função típica julgadora. A incidência da norma correta depende da utilização de técnicas de interpretação, que possuem critérios capazes de promover a mais correta aplicação da lei no caso em questão.²⁸

O ativismo judicial nasce justamente da atividade interpretativa dos juízes, quando ultrapassam os limites da lei, ou, até mesmo, inovam o ordenamento jurídico, frente a casos de inadequação ou omissão legislativa. Impende ressaltar, todavia, que o desenvolvimento dessa conduta proativa não se opera de forma tão simples, uma vez que compreende a ampliação da atuação do Poder Judiciário e o risco de lesão à separação de poderes.²⁹

Assim, pretende-se, nas páginas a seguir, discorrer acerca do desenvolvimento do ativismo judicial e demonstrar de que forma o comportamento proativo se configura no Brasil, apresentando suas faces negativas e positivas, com base na doutrina nacional.

2.1. O desenvolvimento do fenômeno ativismo judicial

A interpretação é essencial para o exercício da típica função julgadora do Poder Judiciário e, pelos ensinamentos de Eros Grau, possui caráter constitutivo, não meramente declaratório, pois a aplicação da lei opera a inserção do direito na realidade.³⁰ Afora isso, ao julgador também é atribuído certo grau de criatividade na sua interpretação, para viabilizar a busca pela resolução de ambiguidades e incertezas que até as leis mais claras podem conter.³¹

A intensificação da criatividade da função jurisdicional representa a declínio do formalismo jurídico, que reconhecia o juiz apenas como um reproduzidor da ordem legal, ou seja, a boca da lei.³² Esse movimento aflorou, notadamente, após a Segunda Guerra Mundial, com a promoção de direitos pelas declarações universais e a consolidação do Estado constitucional de direito em prejuízo ao modelo do Estado legislativo de direito até então vigente.³³

²⁷ SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Tradução Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1985. p. 81.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9.

²⁹ CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. 2/3, n. 2/3, p. 135-144, 2001-2002. p. 137-138. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25512>. Acesso em: 13 out. 2018.

³⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20.

³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. p. 21.

³² CAPPELLETTI, op. cit., p. 31.

³³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010. p. 07-08.

Em decorrência, ao intérprete-julgador foi conferida maior liberdade de atuação, para fins de cumprir os preceitos constitucionais. Com essa abertura, há o desenvolvimento de interpretações construtivistas, falando-se, inclusive, da criação de um direito judicial.³⁴ Nesse passo, relevantes questões sociais e políticas são levadas para apreciação do Poder Judiciário, implementando em diversos países o que a doutrina denomina de judicialização.³⁵ ³⁶ O Poder Judiciário passa, então, a efetivar direitos que cabiam ao Legislativo prever e efetivar esses direitos no plano social, suprimindo as faltas de serviço da Administração Pública.³⁷

O fenômeno ativista demonstra suas primeiras faces justamente nesse período de ascensão institucional do Judiciário. Inicialmente, na Suprema Corte americana, possuía natureza conservadora, no sentido de garantir adequação com os costumes da época.³⁸ Contudo, logo passou a ser o mecanismo capaz de instigar uma participação mais intensa do Judiciário, com o fito de promover a concretização das finalidades constitucionais e intervir na atuação dos outros dois Poderes, sem necessariamente pressupor confronto, mas apenas ocupando espaços vazios.³⁹ Independentemente da natureza, para Branco, o ativismo é utilizado para apontar um exercício arrojado da jurisdição, fora do usual, sobretudo no que tange às opções morais e políticas dos magistrados.⁴⁰

O berço do ativismo judicial, portanto, é o direito norte-americano, cujo sistema de *common law* atribui especial importância à jurisprudência dos tribunais. O termo *judicial activism* nasce de um artigo escrito por Arthur Schlesinger Jr., jurista norte-americano, em 1947, que caracterizou o fenômeno ativista como um contraponto à teoria da autocontenção judicial.⁴¹ Nesse trabalho, o referido autor estabelece uma relação entre os membros da Suprema Corte e suas decisões, rotulando-as como ativistas, ou passivistas.⁴²

³⁴ CITTADINO, cit., p. 135.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 410.

³⁶ Alguns autores, como Santos, concebem o fenômeno como a judicialização da política, pois ocorreria sempre que os órgãos jurisdicionais, atuando na sua função típica, afetam as condições da ação política. (SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 17). Porém, a fim de facilitar a compreensão, adotar-se-á apenas o termo “judicialização”, nomenclatura única utilizada por Barroso. (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Syn)Thesis, Rio de Janeiro: Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1. p. 23-32, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 out. 2018).

³⁷ LIMA, Sídia Maria Porto. *O ativismo judicial e o judiciário eleitoral: um estudo da atividade legislativa do Tribunal Superior Eleitoral*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2011. p. 23.

³⁸ BARROSO. *Judicialização...*, cit., p. 26.

³⁹ BARROSO. *Constituição...*, cit., p. 11.

⁴⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidivo: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 392.

⁴¹ Autocontenção judicial é a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes. O Brasil abandonou a predominância dessa teoria com a promulgação da Constituição Federal de 1988. (BARROSO. *Judicialização...*, cit., p. 26.).

⁴² BRANCO, cit., p. 389.

Somente para fins de curiosidade, cumpre relatar que, durante anos, a teoria constitucional norte-americana esteve segmentada entre liberais, ou progressistas, favoráveis ao *judicial review* e ao ativismo judicial, e conservadores, defensores da autocontenção judicial. Atualmente, no entanto, predomina o pensamento progressista, que observa o constitucionalismo democrático.⁴³

Em prosseguimento, nota-se, em consonância ao já apresentado, que os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial convivem. Conquanto, embora próximos, a judicialização e o ativismo judicial são distintos, uma vez que o primeiro, de acordo Barroso, é um fato que decorre da adoção do regime de governo democrático, do processo de constitucionalização e do sistema de controle de constitucionalidade. Já o segundo é uma escolha sobre o modo proativo de interpretar a Constituição, expandindo e efetivando seus preceitos.⁴⁴ Em outras palavras, a judicialização está relacionada com o modelo constitucional vigente, enquanto o ativismo é um comportamento judicial que extrapola os limites da função julgadora, sob a justificação da necessária efetivação dos postulados constitucionais.

Impende esclarecer que tanto a judicialização quanto o ativismo são reflexos do destaque que o Poder Judiciário recebeu nos últimos anos. Observa-se que essa ampliação de atuação judicial, em certa medida, pode, de fato, representar um enfraquecimento do sistema de separação de poderes proposto por Montesquieu e adotado por diversos países.⁴⁵

Nos termos da teoria pura da tripartição de poderes, concerne ao Legislativo editar leis, corrigi-las ou ab-roga-las, ao Executivo fazer paz ou guerra (inclui-se atribuições de Chefe de Estado e Governo no caso do Brasil) e ao Judiciário punir crimes, ou julgar demandas dos particulares. Trata-se de um esquema de distribuição de competências que busca equilibrar as funções do Estado e afastar a tirania.⁴⁶

Diante disso, a judicialização e o ativismo judicial são, em verdade, inconcebíveis com uma distribuição de competência rígida, pois necessitam da abertura da atuação do Judiciário para existirem e demonstrarem sua relevância política na efetivação de direitos fundamentais.⁴⁷ Por conseguinte, o que se mostra cabível é uma separação de poderes menos rigorosa, que, em que pese preserve a estrutura tripartite, permite um controle entre os Poderes, mantendo a independência e garantindo a harmonia entre as funções.⁴⁸ Para além, Facchini indica que uma adequada concepção da doutrina de separação de poderes impõe ao Judiciário uma responsabilidade positiva de desempenhar sua função de forma eficiente.⁴⁹

⁴³ BARROSO. *Curso...*, op. cit., p. 416.

⁴⁴ BARROSO. *Judicialização...*, cit., p. 25.

⁴⁵ LIMA, op. cit., p. 30.

⁴⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. *O espírito das leis*. 7. ed. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 166-167.

⁴⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no contexto do poder: uma abordagem de direito comparado. *Revista Ajuris*, v. 37, n. 118, jun. 2010. p. 6. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/8569>. Acesso em: 16 out. 2018.

⁴⁸ LIMA, op. cit., p. 28.

⁴⁹ FACCHINI NETO, cit., p. 9.

Com efeito, cabe repensar a teoria da separação de poderes sob a perspectiva do Estado de Direito, haja vista que o rígido conceito puro de Montesquieu era compatível tão somente com a experiência absolutista, inexistente na conjuntura nacional atual. Assim, o dogma da separação de poderes, assumindo forma de sistema de freios e contrapesos, deve atender às exigências da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e se adaptar ao moderno Estado constitucional vigente, comprometido com o alargamento da cidadania e a realização dos direitos fundamentais.⁵⁰

Pelo discorrido, percebe-se que o desenvolvimento do fenômeno ativista na função jurisdicional é o resultado da ampliação do Poder Judiciário. Não obstante guarde semelhanças com a judicialização, o ativismo judicial mantém sua singularidade por ser uma escolha do interprete julgador, que com um comportamento proativo busca expandir os preceitos constitucionais. Realmente, essa atuação mais livre representa um risco à teoria pura da separação de poderes e, por tal razão, requer uma revisão do instituto montesquiano para fins de manter a independência entre os Poderes, mas também promover a harmonia.

2.2. O ativismo judicial no Brasil

O Brasil importou as bases conceituais do ativismo judicial, que compreendem o fenômeno, segundo Barroso, como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”.⁵¹ Ainda, consoante o referido autor, o ativismo manifesta-se, notadamente, na aplicação direta da Constituição nos casos de omissão legislativa, na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador e na imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público.⁵²

Todavia, impõe destacar que a conduta ativista não é absolutamente livre, pois deve se respaldar nas diretrizes constitucionais, conforme ensina Camargo:

Não se trata, pois, de uma interpretação completamente livre do magistrado ao julgar o caso concreto, valendo-se de fontes desconhecidas ou com o escopo de fixar uma posição pessoal. Pelo contrário, consiste em uma postura menos severa e rígida em aplicar o direito positivo, pois se baseia principalmente na força normativa dos princípios constitucionais e da ponderação, a despeito de uma aplicação meramente consubstanciada na subsunção. (CAMARGO, 2016, p. 240).⁵³

A necessidade de impor limites para a atuação judiciária já era debatida desde o desenvolvimento da concepção que reconhece certo grau de criatividade na interpretação

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009. p. 92-93.

⁵¹ BARROSO. *Judicialização...*, cit., p. 25.

⁵² *Ibidem*, p. 26.

⁵³ CAMARGO, G. Z. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.*, Umuarama: UNIPAR, v. 19, n. 2. jul./dez. 2016. p. 240.

dos juízes. Aliás, para Cappelletti, há virtudes passivas no processo judicial, limites que fazem juiz ser juiz, tribunal ser tribunal. São elas: imparcialidade no julgamento, imparcialidade e independência no andamento processual e o princípio *nemo iudex sine actore*, isto é, atitude passiva no que tange à iniciativa de ajuizamento. Desse modo, a criatividade interpretativa se dirige aos aspectos materiais do direito, sendo resguardada a ausência de criatividade no plano processual.⁵⁴

No que toca o ativismo judicial, a doutrina brasileira fragmenta-se entre juristas que concebem o fenômeno de forma negativa e apoiadores do movimento, com uma visão positiva. Dentre os críticos, destaca-se a concepção de Lenio Streck, cujo teor transcreve-se:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. (STRECK, 2016, p. 724).⁵⁵

Streck afirma que as decisões ativistas estão impregnadas com tamanha discricionariedade que resulta prejudicada a resposta previamente positivada na Constituição, o que promove insegurança jurídica e lesa a democracia e os direitos fundamentais assegurados.⁵⁶ Em sentido próximo, Martins, declara que o ativismo judicial “está trazendo muito maior insegurança do que certeza no Direito e na vida dos Direitos”.⁵⁷

Souza Neto e Daniel, por sua vez, apresentam rol de parâmetros que buscam calibrar a presunção de constitucionalidade dos atos e o grau de ativismo a ser empregado, pontuando que se trata de lista meramente exemplificativa. Resumidamente, indicam que deve ser observado o grau de legitimidade democrática do ato normativo, a proteção das minorias estigmatizadas que não são alcançadas no processo político majoritário, a relevância do direito fundamental em jogo, como também é necessária a adoção de postura de autocontenção judicial para o caso de ausência de tecnicidade sobre determinadas áreas.⁵⁸ Concerne, por certo, em tentativa de introduzir uma ideia de ativismo judicial mais cauteloso e dependente do Poder Legislativo.

Sob outra perspectiva, os defensores do ativismo judicial reconhecem sua importância para fins de concretização de direitos fundamentais não regulamentados no âmbito infraconstitucional pelo Legislativo, ou negligenciados pelo Poder Público. Consoante Branco, não se pode atribuir conotação ativista pejorativa à atuação do Judiciário se:

⁵⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 76-79.

⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 17, n. 3, 2016. p. 724.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 730.

⁵⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 18, n. 1, 2011. p. 34.

⁵⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Juris*, v. 6, n. 02, 2013. p. 149-175.

[...] interfira em alguma medida na execução de políticas públicas, se em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões supre omissões dos poderes políticos que ofendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes é levado a ir além da mera função de legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia representativa. (BRANCO, 2011, p. 398).⁵⁹

Além disso, Barbosa ensina que não há desvio de finalidade do Judiciário pelo ativismo, haja vista que os juízes que agem de acordo com esse fenômeno estão apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.⁶⁰ Afora isso, a existência de um Poder Legislativo que atua predominantemente conforme as vontades pessoais dos parlamentares,⁶¹ faz com que atos e decisões que buscam concretizar direitos fundamentais da sociedade sejam recebidos de forma positiva.

Por fim, merece destaque o posicionamento de Barroso, o qual pretende elucidar que “o ativismo legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional”.⁶² No decorrer de sua teoria, o referido autor aponta críticas ao ativismo judicial e à crescente judicialização, sendo elas: risco para a legitimidade democrática, indevida politização da justiça e observância aos limites da capacidade institucional do Judiciário.

Tais objeções, contudo, são assentadas pelo próprio jurista quando afirma a legitimidade democrática das decisões pelo fundamento normativo, ou seja, pelo reconhecimento do poder político atribuído ao Judiciário pela Constituição, justificado na sua atuação técnica e imparcial, e pelo fundamento filosófico, que estabelece uma relação entre constitucionalismo e democracia que garante o equilíbrio entre a efetivação de direitos fundamentais e a vontade popular. Ademais, afasta o risco de politização da justiça quando o julgador atua em favor da democracia. E, finalmente, como solução aos limites da capacidade institucional do Judiciário, aponta que as decisões devem ser tomadas pelo órgão mais habilitado, cabendo ao Poder Judiciário exercer sua autolimitação espontânea.⁶³

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tende a adotar conduta proativa em diversas matérias, como no caso da expansão da vedação ao nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, concretizada pela expedição da Súmula Vinculante n. 13, buscando

⁵⁹ BRANCO, cit., p. 398.

⁶⁰ BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da reserva do possível. In: ANDRADE, Fernando Gomes de (Org.). *Estudos de direito constitucional*. Recife: Edupe, 2011. p. 151.

⁶¹ NETTO, Delfim. O oportunismo do Congresso. *Carta Capital*. [S.l.]. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/revista/961/o-oportunismo-do-congresso>. Acesso em: 29 maio 2018.

⁶² BARROSO. *Constituição...*, cit., p. 11.

⁶³ BARROSO. *Judicialização...*, cit., p. 27-30.

promover os princípios da moralidade e impessoalidade administrativa.⁶⁴ Alude-se, outrossim, como exemplo, a mudança de entendimento que o remédio constitucional Mandado de Injunção sofreu em 2007, pelo MI 670/ES, cuja adoção de uma concepção concretista⁶⁵ possibilitou que, além de declarar a mora legislativa e fixar prazo para a edição da norma omissa, o Supremo Tribunal Federal aplicasse norma em analogia para suprir temporariamente a omissão. Com base nesse novo entendimento, a Corte, considerando a inércia legislativa, vincula regramento de hipótese similar ao caso concreto, garantindo o exercício do direito fundamental em questão e promovendo uma concepção positiva do ativismo.⁶⁶

Em suma, em que pese parte da doutrina nacional aponte a existência do ativismo negativo, que é risco à democracia e à separação de poderes, deve se conceber o fenômeno de forma positiva quando objetiva concretizar as diretrizes constitucionais, que o limitam e legitimam. Para mais, o ativismo judicial poderá suprir omissões e adaptar o direito frente a novas exigências sociais.⁶⁷ Destarte, quando atua em favor da democracia e respeita os limites constitucionais, o ativismo apresenta-se como um mecanismo de promoção de direitos fundamentais.

3. O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA ELEITORAL BRASILEIRA

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, I e XIII, atribui ao Poder Legislativo a competência para legislar, com exclusividade, sobre matéria eleitoral e cidadania. Todavia, consoante visto anteriormente no presente trabalho, o Direito Eleitoral sofre pela ausência de normativa em diversos institutos, resultado da negligência do Poder Legislativo.⁶⁸

Assim, diante da inexistência de normas adequadas aos ideais democráticos contemporâneos, o Poder Judiciário eleitoral, extrapolando sua função jurisdicional, supre as omissões legislativas, configurando a prática de ativismo judicial nessa Justiça especializada.⁶⁹

Desta feita, será verificado, cautelosamente, se essa atividade judiciária ativa poderá apresentar risco à democracia nacional. Após, analisar-se-á o fenômeno ativista no Tribunal Superior Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal em matéria eleitoral.

Ao final, o estudo demonstrará os contornos normativos que o ativismo judicial ganha na área eleitoral devido às peculiaridades de sua aplicação. Nessa trilha, impõe-se a reflexão sobre os mecanismos capazes de garantir legitimidade para a função normativa da Justiça Eleitoral, o que se realizará nas próximas páginas.

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 19, n. 1, 2012. p. 115.

⁶⁵ A técnica hermenêutica concretista foi desenvolvida por Konrad Hesse e parte da premissa de que a interpretação da Constituição deve considerar tanto texto constitucional quanto a realidade em que será aplicada a norma. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991. p. 22-23.).

⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 130.

⁶⁷ RAMOS, Elival Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112.

⁶⁸ MACEDO, cit., p. 13872-13873.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 13872-13873.

3.1. A experiência judicial ativista na justiça eleitoral

Haverá ativismo judicial quando juízes, no exercício de sua função típica, extrapolam os limites da lei positivada suprimindo omissões ou inovando o ordenamento jurídico. O objetivo desse fenômeno, para Barroso, é promover direitos fundamentais negligenciados pelos outros Poderes,⁷⁰ atribuindo ao Judiciário, no exercício de suas funções, caráter representativo dos anseios sociais.⁷¹

Além disso, sob o argumento da efetivação de direitos, não raro, os órgãos judiciários proferem decisões contramajoritárias também, que são julgamentos que declaram a inconstitucionalidade de leis (decisões majoritárias tomadas pelo Congresso em representação, em tese, da vontade popular) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela decisão da maioria absoluta dos cidadãos).⁷²

A atuação judicial ativa, seja no exercício do papel representativo ou contramajoritário, de acordo com a crítica, implicaria na construção da *juristo*-cracia, em substituição à *demo*-cracia.⁷³ Ou seja, a democracia, que se pauta na representação da vontade popular, estaria em risco ante o ativismo judicial, pois esse se baseia na vontade jurisdicional.

Porém, com o devido respeito a esse posicionamento, calha ressaltar que a Constituição Federal de 1988, ao prever a teoria da separação de poderes no artigo 2º, compreendida como o sistema de freios e contrapesos, conferiu a todos os Poderes alternativas de convergência com os demais, para fins de suprir as necessidades estatais e sociais e promover a harmonia. Em linhas claras, ao atuar suprimindo omissões, o Poder Judiciário atende um anseio popular não observado pela negligência do Poder Legislativo.⁷⁴

Outrossim, tão somente para afirmar que não há nenhuma lesão à democracia, cabe mencionar que o posicionamento decorrente de decisão judicial ativista poderá ser superado pela edição de norma posterior pelo Poder Legislativo.⁷⁵ Trata-se, em verdade, nesse caso, da observância da democracia representativa tradicional, pelo sistema jurídico brasileiro, diante da atuação legislativa típica.⁷⁶

No que se refere às decisões contramajoritárias, há de se considerar que os interesses minoritários também compõem a democracia, portanto, uma vez observados, a reforçam, não denegam. Para mais, ao reconhecer que a democracia não se resume ao princípio majoritário, Barroso propõe “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que

⁷⁰ BARROSO. Constituição..., cit., p. 11.

⁷¹ BARROSO. *Curso...*, op. cit., p. 447.

⁷² *Ibidem*, p. 446-447.

⁷³ STRECK, cit., p. 722.

⁷⁴ MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático. *Direitos fundamentais e democracia II*. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 265.

⁷⁵ MACEDO; SOARES, cit., p. 266.

⁷⁶ LIMA, Rodrigo Britto Pereira. Reforma política e criação do direito pelo Tribunal Superior Eleitoral. In: MACHADO, José Amílcar (Coord.). *Jornada de Direito Eleitoral das Escolas de Magistratura Federal*, Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ESMAF, v. 20, p. 190-201, 2013. p. 192.

contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos”.⁷⁷ Assim, busca-se a concretização da soberania popular, que é de titularidade exclusiva do povo em sua universalidade, não dos meros interesses pessoais dos representantes da maioria.⁷⁸ Nesse passo, merece destaque o parecer de Ribeiro, cujo teor cumpre transcrever:

E o êxito da missão da Justiça Eleitoral se amplia e ganha maiores lastros históricos quanto mais se dispuser a sair da inércia, tendo que entrar em campo, por seus próprios impulsos, se outros faltarem, para evitar o envelhecimento da disputa eleitoral, cumprindo assumir posição preventiva e mais espontânea, não deixando conspurcar a vontade do eleitorado, pelas formas ardilosas, sofisticadas e também mais ousadas, aumentando, assim, o desafio que lhe assiste enfrentar, com o ânimo combativo e dignificante desempenho. (RIBEIRO, 1990, p. 133).⁷⁹

Sendo assim, quando o magistrado atua extrapolando suas funções, mas visando promover os preceitos constitucionais, em favor da soberania popular, objetiva o fortalecimento da república e o progresso da democracia. Com base nessa fundamentação que a atuação dos tribunais superiores nacionais motiva suas decisões ativistas,⁸⁰ inclusive em matéria eleitoral,⁸¹ o que será observado na análise de exemplos que seguem.

De acordo com Zilio, coligação é uma união formal, de caráter transitório, de partidos políticos, para fins de promoção de campanha, tanto para eleições majoritárias quanto proporcionais.⁸² A verticalização das coligações é um conceito que busca promover certa coerência nos arranjos políticos, pois não permite que as reuniões se formem por meros interesses regionais, buscando uma nacionalização das compatibilizações de ideologias partidárias. Após o processo de redemocratização do país, o instituto foi previsto na Lei n. 8.713/1993 como uma faculdade dos partidos políticos, que deveriam observar a vedação para coligações diferentes na mesma circunscrição, isto é, no mesmo Estado.⁸³

Ato contínuo, foi editada a Lei n. 9.504/1997, que, apesar de trazer diversos avanços ao Direito Eleitoral, autorizou a formação de diferentes coligações nas eleições proporcionais, desde que pertencentes à mesma coligação do pleito majoritário ou incluísse partido político que não possuía candidatura a cargo do Executivo. Ocorre que, em 2002, o Tribunal Superior Eleitoral recebeu consulta questionando sobre a possibilidade de coligações

⁷⁷ BARROSO. Judicialização..., cit., p. 28.

⁷⁸ ZILIO, Rodrigo López. Limites e vedações da pré-campanha eleitoral conforme a Lei 13.165/15. *Conjur*, [S.l.], 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-08/rodrigo-zilio-limites-vedacoes-pre-campanha-eleitoral>. Acesso em: 24 out. 2018.

⁷⁹ RIBEIRO, op. cit., p. 133.

⁸⁰ BARROSO. Judicialização..., cit., p. 28.

⁸¹ LIMA, Rodrigo Britto Pereira, cit., p. 197.

⁸² ZILIO. *Direito eleitoral*, op. cit., p. 111.

⁸³ MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200006&script=sci_arttext&lng=ES. Acesso em: 25 out. 2018.

distintas para disputa da Presidência e do cargo de Governador. Por meio do exercício de sua função consultiva e de forma ativista, a Corte Eleitoral respondeu o questionamento pela edição da Resolução n. 20.993/2002, dispondo que deveria existir simetria entre o pleito majoritário federal e estadual, em respeito ao requisito da circunscrição, previsto no artigo 6º da Lei n. 9.504/1997, e ao caráter nacional dos partidos políticos, conforme direciona o artigo 17, I, da Constituição Federal de 1988. Tal entendimento, embora, em certa medida, restringisse a autonomia partidária, fortalecia a república pelo respeito à nacionalidade das agremiações.⁸⁴

A valer, os partidos políticos não possuíam interesse na manutenção dessa orientação, tendo em vista que inviabilizava o jogo partidário e prejudicava a regionalização necessária às reeleições. Dessa forma, por iniciativa do Senado Federal, foi protocolada a Proposta de Emenda à Constituição n. 04/02, que visava alterar o texto do § 1º do artigo 17 para incluir a coligação no rol de questões atinentes à autonomia partidária e desvinculá-la das candidaturas federais, estaduais e municipais, contrariando a consulta realizada. A referida proposta obteve aprovação na Câmara dos Deputados apenas em 2006, quando se aproximou o novo pleito eleitoral, recebendo o número de ordem 52. Conquanto, sua aplicação somente foi possível em 2010, em consideração ao princípio da anualidade da eleitoral.⁸⁵ Segundo Macedo e Soares, a Emenda Constitucional n. 52/02 apresenta regime que concebe “coligações inconsistentes e contraditórias”.⁸⁶

Em 2017, pela Emenda Constitucional n. 97, que somente entrará em vigor em 2020, houve a vedação para coligações proporcionais, sendo liberadas as majoritárias, sem obrigatoriedade de vinculação ao pleito federal, estadual e municipal, o que fez persistir a inconsistência encontrada no sistema. Sem embargo do comportamento congressista ter atribuído novos traços às coligações, no referido caso é possível perceber a conduta ativista do Judiciário eleitoral com vistas à promoção das bases republicanas, protagonizando o caráter nacional dos partidos políticos.⁸⁷

Elenca-se, como segunda exemplificação, o caso da inelegibilidade reflexa do artigo 14, § 7º, da Constituição Federal de 1988, hipótese que inviabiliza novas candidaturas de cônjuge ou companheiro e de parentes consanguíneos ou afins, até segundo grau ou por adoção, dos Chefes do Poder Executivo, em todos os níveis.⁸⁸ Em 2004, por decisão ativista, o Tribunal Superior Eleitoral estendeu a inelegibilidade reflexa aos casais homossexuais, no RESPE 24.564/PA, com relatoria do Ministro Gilmar Mendes, quando a união homoafetiva sequer era reconhecida na comunidade jurídica.⁸⁹

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ MACEDO; SOARES, cit., p. 291.

⁸⁷ MARCHETTI; CORTEZ, cit.

⁸⁸ ZILIO. *Direito eleitoral*, op. cit., p. 199.

⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. Justiça não se curva à omissão do legislador. *Conjur*, [S.I.], 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mar-06/justica-nao-curva-omissao-legislador-faz-justica>. Acesso em: 29 maio 2018.

Outro relevante caso de atitude ativista do Tribunal Superior Eleitoral foram as manifestações acerca do instituto da fidelidade partidária, despontadas a partir de 2007, com a chancela do Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 pouco regulamentou as questões que envolvem a perda do mandato eletivo, além do rol do seu artigo 55. Frente a isso, o Tribunal Superior Eleitoral foi consultado, oportunidade que editou a Resolução n. 22.526/2007 em resposta. Por esse ato, estabeleceu que os partidos políticos tivessem o direito de preservar a vaga do parlamentar infiel e indicou hipóteses de justa causa que autorizavam a troca de legenda, sem perda do mandato.⁹⁰

Com base na Resolução n. 22.526/2007, foram impetrados mandados de segurança (MS 26.602/DF, MS 26.603/DF e MS 26.604/DF) buscando a perda dos mandatos dos parlamentares enquadrados como infiéis. Apesar de não ser a ação específica, o Supremo Tribunal Federal, de forma representativa, em controle difuso, analisou a constitucionalidade da referida resolução, reconhecendo as orientações do Tribunal Superior Eleitoral como constitucionais e afirmando que preservariam a legitimidade do processo eleitoral, pois respeitavam a vontade do eleitor e fortaleciam as agremiações partidárias.⁹¹

Como se não bastasse, a Corte recomendou a aplicação, em analogia, dos artigos 3º a 7º da Lei Complementar n. 64/1990 para o processo de infidelidade partidária e modulou os efeitos da decisão de forma pretérita, estabelecendo como marco a publicação da Resolução n. 22.526/2007, cujo conteúdo, atualmente, está transcrito na Resolução n. 22.610/2007.⁹² Destarte, nota-se que, além de criar os requisitos para caracterização da fidelidade partidária, o Judiciário indicou o procedimento cabível para futuras demandas que envolvessem o instituto.

A título de experiência ativista contramajoritária atualizada, relaciona-se o ED-RESPE n. 139-25/RS, de 2016, que apontou a virada de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral quanto ao registro de candidatura *sub judice*, para fins de impor novos limites aos atos de campanha dos candidatos que obtiveram o registro indeferido pela Corte Eleitoral, ainda que seja possível manejar recursos, afastando a incidência da válvula de escape do artigo 16-A da Lei n. 9.504/1997. Esse posicionamento serviu de precedente para impedir, de imediato, que o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, após o indeferimento de seu registro de candidatura pelo Tribunal Superior Eleitoral, prosseguisse campanha para o pleito majoritário de 2018.⁹³

O principal fundamento do comportamento ativista dos magistrados em matéria eleitoral é a omissão legislativa no que toca a estrutura da Justiça Eleitoral e os institutos

⁹⁰ SOUSA, Anne Calland Serra de. Fidelidade partidária sob a perspectiva do ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, Daniel Carvalho et al. *Temas de Direito Eleitoral*: coletâneas de artigos. Teresina: Quimera, 2013. p. 35.

⁹¹ Idem, p. 39-40.

⁹² Idem, p. 55.

⁹³ TSE indefere pedido de registro de candidatura de Lula à Presidência da República. *Tribunal Superior Eleitoral*, [S.l.], 01 set. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica>. Acesso em: 05 nov. 2018.

que compõem esse ramo especializado. Para Zilio, a razão crucial dessa inércia decorre da utilização de uma lógica de autopreservação pelo legislador eleitoral, que não busca tratar de forma mais adequada matérias que reflitam diretamente na formação da democracia representativa.⁹⁴

Em tal grau que o Poder Legislativo apenas definiu os requisitos para obtenção da quitação eleitoral, pela edição da Lei n. 12.034/2009, após decisão ativista do Tribunal Superior Eleitoral que atribuíra conceito ampliativo às multas eleitorais para expedição da quitação eleitoral somente com o adimplemento de todas as multas incidentes, nos termos da Resolução n. 21.823/2004.⁹⁵ Da mesma forma ocorreu com as coligações partidárias, que apenas ganharam destaque no palco do Legislativo quando o Judiciário impôs limites para sua formação.⁹⁶

3.2. O ativismo judicial na justiça eleitoral como função normativa

Consoante ao já discorrido, o ativismo judicial funda-se, notadamente, da necessária suplementação de vácuos legislativos, seja pela complementação de regulamentação dos institutos, ou pela criação de direitos. No mesmo sentido é a produção jurisdicional ativa da Justiça Eleitoral. No entanto, impende destacar que as decisões ativistas desse ramo especializado são formadas por diversos meios jurídicos de resposta e, por suas peculiaridades, tomam contornos normativos.⁹⁷

As decisões judiciais ativistas são, geralmente, constituídas em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, e, igualmente, podem se formular no exercício das funções consultivas, no caso específico do Direito Eleitoral, e regulamentadora, típica atividade dos órgãos judiciais. Na Justiça Eleitoral, a função consultiva está prevista no artigo 23, XII, e 30, VIII, do Código Eleitoral, e o poder regulamentador é substanciado no artigo 23, IX, do Código Eleitoral e no artigo 105 da Lei n. 9.504/1997.⁹⁸

A função consultiva, peculiaridade eleitoral, objetiva esclarecer o posicionamento dos tribunais às autoridades públicas e aos partidos políticos, por meio da edição de resoluções, pois não se trata de decisão judicial para merecer acórdão.⁹⁹ Outrossim, Zilio observa que:

A resposta à consulta não tem natureza normativa, ou seja, não vincula o Tribunal, o consulente ou a terceiros; no mesmo norte, não tem conteúdo decisório. Apenas serve como orientação, em tese, sobre determinada matéria eleitoral, não significando que no julgamento de um caso concreto, quando observado o devido

⁹⁴ ZILIO. Limites e vedações..., cit.

⁹⁵ MACEDO; SOARES, cit., p. 289.

⁹⁶ MARCHETTI; CORTEZ, cit.

⁹⁷ MACEDO, cit., p. 13875.

⁹⁸ CASTRO, op. cit., p. 61-62.

⁹⁹ CASTRO, op. cit., p. 61.

processo legal e o contraditório, o órgão consultante observará as diretrizes expostas na consulta. (ZILIO, 2016, p. 50-51).¹⁰⁰

Muito embora para as consultas não se guarde caráter vinculativo, importa observar que as decisões que as aplicam, dependendo do grau e da repercussão, poderão conferir vinculação obrigatória à matéria objeto do questionamento. Em via oposta está a função regulamentadora, uma vez que é atribuída às resoluções decorrentes de seu exercício força de lei ordinária, de acordo com posicionamento do Tribunal Superior Eleitoral na oportunidade do RESPE 1.943/RS.¹⁰¹

Ademais, em conformidade com o disposto no artigo 61 da Lei n. 9.096/1995, compete à Justiça Eleitoral expedir instruções quanto ao processo eleitoral por intermédio do poder regulamentador. Sob outras palavras, o Poder Judiciário eleitoral poderá regulamentar questões abaixo da lei, em especificação, mantendo-se sempre vinculado à lei.¹⁰²

Nada obstante, a legislação eleitoral, em diversas situações, é insuficiente para prever parâmetros necessários para expedição de simples normas de instrução. Isso porque ocorre, por parte do Poder Legislativo, prevalência do exercício legiferante em causa própria, até mesmo pela manutenção de um comportamento omissivo pertinente aos interesses políticos partidários.¹⁰³

Diante desse quadro, sob o aparato da imparcialidade e apartidarismo da Justiça Eleitoral, o poder regulamentador, com suporte nos comportamentos ativistas dos magistrados, adentra na esfera típica de produção legislativa e transcende para o caráter de poder normatizador.¹⁰⁴ Esse agir normativo distingue-se da mera regulamentação, haja vista que sua contribuição não presta para estabelecer elementos para o cumprimento da lei, mas sim para fazer a lei, em sentido material. Assim, a função normativa, constituída pelo ativismo judicial, torna-se remédio imediato para as omissões legislativas em matéria eleitoral.¹⁰⁵

Em reflexão ao poder normatizador da Justiça Eleitoral, Macedo e Soares mencionam que é possível desenvolver críticas a essa transformação, como o reconhecimento que o processo de edição de resolução normativa é distinto da produção legislativa, que a competência legislativa sobre matéria eleitoral é exclusiva da União e, por fim, que o Tribunal Superior Eleitoral já controla a legislação pela atuação judiciária.

Porém, logo após, os autores apresentam contrapontos a tais dilemas, afirmando que as resoluções formuladas sob o exercício do poder normativo são objetos de controle de constitucionalidade, o que assegura sua regularidade com o ordenamento jurídico e, especialmente, com os preceitos constitucionais. Além disso, declaram que o exercício do poder normativo pelo Judiciário eleitoral garante democracia, igualdade e pluralidade,

¹⁰⁰ ZILIO. *Direito eleitoral*, op. cit., p. 50-51.

¹⁰¹ CASTRO, op. cit., p. 62.

¹⁰² MACEDO, cit., p. 13876.

¹⁰³ MACEDO, cit., p. 13873-13875.

¹⁰⁴ MACEDO, cit., p. 13875.

¹⁰⁵ MACEDO; SOARES, cit., p. 279.

corrompidas pela inércia do Poder Legislativo.¹⁰⁶ Em seguida, apontam que o poder normativo na Justiça Eleitoral desempenha dupla funcionalidade, basta ver que aprimora o Direito Eleitoral e estimula a atuação legislativa típica. Nas palavras de Macedo e Soares:

A alternativa possível - dentro da separação de poderes, e não em ofensa a ela - é reconhecer o poder normativo da Justiça Eleitoral como contrapeso ao domínio do poder legislativo sobre as normas eleitorais: uma forma de aprimorar o sistema naquilo que a instância legislativa não tem condições de fazer; e instar o legislador ao movimento, nas situações em que a inércia é benéfica a seus agentes. (MACEDO; SOARES, 2014, p. 283).¹⁰⁷

À vista disso, a função normativa que o ativismo judicial propicia à Justiça Eleitoral busca, em verdade, minimizar os impactos negativos que a negligência do Poder Legislativo enseja no regime democrático e na forma republicana de Estado.¹⁰⁸ Ademais, ao passo que o Judiciário eleitoral exerce a função normativa agindo como terceiro desinteressado, promove igualdade, democracia e viabiliza o resgate da representatividade, visto que, quanto maior é o controle sob os atos do sujeito passivo (políticos e agremiações), mais primazia se atribui à liberdade de escolha do eleitor.¹⁰⁹

3.3. Os mecanismos de legitimação democrática da função normativa da justiça eleitoral

A essencialidade do ativismo judicial na Justiça Eleitoral ampara a transição da função regulamentar para normativa.¹¹⁰ Todavia, em que pese o reconhecimento do ativismo positivo nessa área especializada por todo já exposto, é concebível pensar em instrumentos capazes de garantir legitimidade democrática à função normativa eleitoral, afastando eventual incerteza jurídica e instrumentalizando a mais ampla democracia representativa e participativa.

Uma das razões para o incremento de mecanismos de legitimação no processo eleitoral decorre da atuação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, que reconhece as forças pluralistas da sociedade, porquanto representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição. Häberle, em sua teoria pluralista, afirma que uma Constituição se estrutura não apenas no Estado em sentido estrito, mas também na esfera pública; portanto, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos, deve-se, em realidade, integrá-las ativamente como sujeitos.¹¹¹

¹⁰⁶ MACEDO; SOARES, cit., p. 282.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 283.

¹⁰⁸ MACEDO; SOARES, cit., p. 285.

¹⁰⁹ MACEDO; SOARES, cit., p. 285.

¹¹⁰ MACEDO, cit., p. 13876.

¹¹¹ HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. p. 33.

Ainda, o autor supracitado defende que a hermenêutica constitucional não se limita aos intérpretes corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado. Häberle destaca que o povo é também um elemento pluralista para a interpretação legitimadora do processo constitucional, atuando como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. Ademais, afirma que a “competência objetiva para interpretação constitucional é um direito da cidadania [...]”.¹¹²

Em reflexão à sociedade aberta, Mendes et al. apontam que, se vivemos num Estado Democrático, a leitura da Constituição deve ser realizada em voz alta e à luz do dia, em consagração ao processo público e republicano, em um diálogo pluralista, ou seja, com diversos atores sociais.¹¹³ Inclusive, impende trazer à baila que a Constituição Federal de 1988 apresenta o pluralismo como fundamento da República, nos termos do seu artigo 1º, V.

Nessa senda, adequa-se também à necessidade de legitimação democrática da força normativa judicial o processo de judicialização das questões dos fatores reais do poder. Esses fatores são força ativa e eficaz que funda todas as leis e instituições jurídicas e, diante disso, carecem do fortalecimento de sua representatividade, sob pena de a Constituição se transformar em simples folha de papel.¹¹⁴

Isso posto, os mecanismos a serem adotados buscam outorgar maior legitimidade para o Poder Judiciário exercer função normativa, pois asseguram participação social, transparência e efetividade dos direitos fundamentais às decisões judiciais.¹¹⁵ A partir disso, indica-se, a título de exemplo, como meios de legitimação a serem utilizados na função normativa da Justiça Eleitoral a figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, que se prestarão a uma análise mais cuidadosa nas próximas linhas.

O *amicus curiae*, previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil, está relacionado ao terceiro que intervém no processo para fornecer subsídios a fim de aprimorar a qualidade da decisão, de forma espontânea ou por provocação do órgão jurisdicional.¹¹⁶ Segundo Cunha, a participação dessa figura no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate e viabiliza maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional.¹¹⁷

Na Justiça Eleitoral, contudo, a Resolução n. 23.478/2016, por seu artigo 5º, veda a utilização desse mecanismo no processo eleitoral, pois sua intervenção tem o potencial de retardar o julgamento do feito, o que prejudica a celeridade processual, caro princípio

¹¹² Ibidem, p. 37.

¹¹³ MENDES et al., op. cit., p. 142.

¹¹⁴ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. p. 17.

¹¹⁵ WELSCH, Gisele Mazzone. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 185.

¹¹⁶ DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2015. p. 522.

¹¹⁷ CUNHA JR., Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade: a intervenção do particular, do colegitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004. p. 165.

eleitoral.¹¹⁸ Assimilar a imprescindibilidade de celeridade no rito processual eleitoral é necessário, haja vista que muitas classes processuais dependem dos prazos de campanha eleitoral, como exemplo, das convenções, dos registros de candidatura, da diplomação etc.¹¹⁹ Ocorre que, em contrapartida, há a República e a imperiosa missão de promover a mais ampla e legítima democracia.

Nesse sentido, Welsch ensina que a participação do *amicus curiae* atribui tecnicidade, segurança jurídica e justiça às decisões, em razão de consistir em elemento otimizador da legitimidade democrática dos atos judiciais, dado que aproxima o Poder Judiciário da sociedade.¹²⁰ Do mesmo modo, Reis pondera que o instituto poderá ser um instrumento de valiosa colaboração, em virtude de possuir relevância social pela pertinência da atuação de algumas entidades visando a melhorar a qualidade das decisões da Justiça Eleitoral. Assim, conclui que o mecanismo do *amicus curiae* é plenamente compatível com o processo eleitoral, diante de sua finalidade social, cabendo à Corte Eleitoral modificar seu posicionamento.¹²¹

Já as audiências públicas, previstas no artigo 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/1999, constituem procedimento que viabiliza a manifestação de terceiros com experiência na matéria, em processos de controle concentrado, para fins de prestar esclarecimento e contribuir para a fundamentação da decisão. Trata-se de mecanismo que, de forma similar ao anterior, garante o espaço democrático em demandas complexas, promovendo maior participação popular no processo.¹²²

Cabe, com efeito, a utilização dos postulados normativos aplicativos da razoabilidade e da proporcionalidade para selecionar o método democrático mais compatível com a demanda e o objetivo ativista buscado pelo julgador. A título de esclarecimento, para Ávila, razoabilidade pode ser utilizada de três formas, quais sejam: como equidade, que requer uma harmonização da norma geral com o caso individual; como congruência, que estabelece uma relação entre a regra e as condições fáticas; e como equivalência, que exige uma relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.¹²³ O postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, por sua vez, depende do estabelecimento de uma relação de meio e fim, após a verificação das normas em colisão. Estabelecidos o meio e o fim, deve-se passar por três fases, sendo estas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.¹²⁴

¹¹⁸ REIS, Márlon et al. *Processo eleitoral e o novo CPC: aplicação imediata*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 66-67.

¹¹⁹ ZILIO. *Direito eleitoral*, op. cit., p. 33.

¹²⁰ WELSCH, op. cit., p. 177.

¹²¹ REIS et al., op. cit., p. 67-68.

¹²² WELSCH, op. cit., p. 151-152.

¹²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 139.

¹²⁴ ÁVILA, op. cit., p. 160.

Enfim, ressalta-se que mecanismos de legitimação democrática são meios que buscam a ampliação da participação popular, do debate e da tecnicidade das decisões judiciais, para fins de promover a democracia, segurança jurídica e a decisão mais adequada à realidade social.¹²⁵ A decisão judicial adequada e motivada, que é construída com o intento de promover direitos fundamentais e cidadania, reconhecendo a importância dos atores sociais, é legítima e democraticamente controlada.¹²⁶

Nessa sorte, as decisões judiciais ativistas, mas pluralizadas pela participação popular, poderão servir de subsídio para processos posteriores similares, estabelecendo-se como precedente judicial, que projeta efeitos jurídicos ao futuro condicionando os indivíduos.¹²⁷ A objetividade da aplicação dos precedentes judiciais possui o condão, em melhor viés, de devolver celeridade ao processo eleitoral, uma vez que estabelece certa previsibilidade do conteúdo decisório e reduz eventuais tautologias ou ambiguidades.¹²⁸ Clarificando, se em um primeiro momento a celeridade é mitigada na Justiça Eleitoral pelos procedimentos dos mecanismos de legitimação, posteriormente, por outro lado, quando da formulação de decisão adequada, motivada e democrática, restabelece o ritmo processual pela possibilidade de subsunção dos processos similares no precedente.

Perante o narrado, conclui-se que a força normativa da Justiça Eleitoral, substanciada no ativismo judicial, é legítima quando objetiva concretizar direitos fundamentais, e se torna democrática quando amplia a participação dos atores sociais na formulação da motivação das decisões. Assim, o ativismo judicial na Justiça Eleitoral deve ser concebido como um remédio imediato para as negligências do Poder Legislativo. No entanto, juízes e tribunais de postura ativista não podem atuar de forma autônoma, cumprindo observar preceitos e procedimentos constitucionais para garantir segurança jurídica, transparência e democracia participativa e representativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia brasileira é consagrada pela Constituição Federal de 1988 e possui como órgão indispensável para seu exercício a Justiça Eleitoral. A atuação dessa Justiça especializada busca efetivar a democracia representativa e participativa, instigando o fortalecimento da República.

Seus atos estão relacionados com o resguardo da regularidade do pleito eleitoral; como vivenciado em 2018, quando ajuizada ação junto ao Tribunal Superior Eleitoral para investigar a campanha do então candidato Jair Bolsonaro sobre supostas doações de serviços de empresas que compartilhavam *fake news* com a intenção de prejudicar seu oponente, em tese conturbando a opinião do eleitorado. Caso evidenciada essa prática, à

¹²⁵ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006. p. 198.

¹²⁶ WELSCH, op. cit., p. 151.

¹²⁷ WELSCH, op. cit., p. 35.

¹²⁸ REIS et al., op. cit., p. 173.

Justiça Eleitoral caberia condenar o candidato do Partido Social Liberal por abuso de poder econômico e uso indevido dos meios de comunicação, tornando-o inelegível.

Em que pese a essencialidade de suas atribuições, a Justiça Eleitoral padece com as omissões legislativas quanto sua organização e institutos, geralmente, justificadas pelos interesses tendenciosos políticos dos membros do Poder Legislativo. Diante desse quadro, o ativismo judicial apresenta-se como mecanismo capaz de suprir lacunas e efetivar direitos democráticos dos cidadãos.

Todavia, o fenômeno ativista judicial, concebido como movimento que sana omissões legislativas, cria direitos e promove outros negligenciados pelo Executivo, é duramente criticado, diante do risco que, em tese, apresenta à democracia, à segurança jurídica e à separação de poderes.

Impende ressaltar que o ativismo judicial, de fato, não importa uma conduta absolutamente livre dos magistrados, uma vez que é indispensável a observância aos preceitos constitucionais para resguardo do Estado Democrático de Direito. Sob outras linhas, quando o julgador atua efetivando direitos fundamentais, está legitimamente promovendo a democracia. Inclusive, a vinculação ao texto constitucional que assegurará segurança jurídica ao fenômeno.

No que toca à separação de poderes, impõe-se uma necessária revisão do instituto montesquiano para fins de compreender uma divisão de funções que resguarde a independência entre os Poderes, e impulse a harmonia. Assim, o ativismo judicial não lesará as funções das demais forças estatais, mas sim, por outro lado, provocará a atuação efetiva e em conformidade com a Constituição, base da sociedade.

Nessa senda, minimizados os riscos que o ativismo judicial poderia implicar e atribuindo-lhe faces positivas, pode-se compreender que na Justiça Eleitoral, diante do abandono legislativo, esse comportamento tomará importante posição para o fortalecimento da república e efetivação da cidadania. Não se pretende, contudo, esvaziar o ativismo judicial de suas críticas, mas sim conceber que na Justiça Eleitoral, por suas peculiaridades, o fenômeno assume papel necessário e positivo. Aliás, os contornos normativos que o poder regulamentador recebe caracterizam a relevância da atuação ativista nesse ramo especializado.

Cumprido ressaltar que o comportamento ativo do Poder Judiciário eleitoral é o meio imediato para sanar as omissões complacentes do Legislativo e que, quando promovem os direitos fundamentais e a cidadania, fortalecem a república. Nessa situação, os mecanismos de legitimação democrática apresentam-se como mais um meio para garantir segurança jurídica e participação popular ao fenômeno.

A utilização dos mecanismos de legitimação democrática, como *amicus curiae* e audiências públicas, direciona ao cidadão, principal ator da democracia, o papel de contribuir para a formação do direito. Além disso, promove-se transparência ao processo judicial eleitoral, o que pode, em melhor aspecto, instigar a responsabilidade e o interesse eleitoral do cidadão, uma vez que aproxima o Estado da sociedade.

Há vedação para a utilização de certos mecanismos no processo judicial eleitoral, pois importariam na mitigação da celeridade do feito. No entanto, sopesando com os ganhos de ampliação da participação popular, da democracia e da transparência, certa morosidade no rito processual se torna infimamente prejudicial. De mais a mais, decisões adequadas, motivadas e pluralistas formam precedentes judiciais, que uniformizam posicionamentos e dinamizam o julgamento de casos similares, o que retoma agilidade à marcha processual.

Em linhas claras e objetivas: cabe à Justiça Eleitoral adotar todos os meios possíveis que, de alguma forma, possam viabilizar o exercício amplo da democracia. Com isso, é fundamental colocar o eleitor no ponto central dos holofotes, para fins de legitimar e democratizar o processo eleitoral *lato sensu*, intencionalmente negligenciado pelo Legislativo nacional.

Diante do exposto, conclui-se que o fenômeno ativista na Justiça Eleitoral assume relevante encargo com vistas à promoção dos fins constitucionais democráticos participativos da república. Contudo, importa esclarecer que o ativismo judicial é um instrumento imediato, que merece ser dispensado ao passo que o Poder Legislativo nacional entenda por atuar segundo a vontade popular, abandonando meros interesses políticos pessoais. Infelizmente, essa utópica situação dependerá de reforma política e cultural, por ora, inviável na atual conjuntura política nacional.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: a falácia da reserva do possível. In: ANDRADE, Fernando Gomes de (Org.). *Estudos de direito constitucional*. Recife: Edupe, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 12, n. 96, p. 05-43, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *(Syn)Thesis*, Rio de Janeiro: Centro de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 14 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Supremo Tribunal Federal, direitos fundamentais e casos difíceis. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 19, n. 1, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 387-401.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 de maio de 1990.

BRASIL. Lei n. 12.039, de 1º de outubro de 2009. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º de outubro de 2009.

BRASIL. Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 de setembro de 1995.

BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 de setembro de 1997.

BRASIL. Lei n. 8.713, de 30 de setembro de 1993. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 de setembro de 1993.

BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. *Diário Oficial da União*, Brasília, 15 de julho de 1965.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 de março de 2015.

BRASIL. Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n. 20.993, de 26 de fevereiro de 2002. *Diário da Justiça*. Poder Judiciário, Brasília, DF, 11 abr. 2002, seção 1, p. 115-118.

BRASIL. Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n. 22.610, de 25 de outubro de 2007. *Diário da Justiça*. Poder Judiciário, Brasília, DF, 27 mar. 2008, seção 1, p. 11.

BRASIL. Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n. 22.526, de 27 de março de 2007. *Diário da Justiça*. Poder Judiciário, Brasília, DF, 08 maio 2007.

BRASIL. Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n. 23.478, de 10 de maio de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*. Poder Judiciário, Brasília, DF, 15 jun. 2016.

BRASIL. Resolução do Tribunal Superior Eleitoral n. 21.823, de 15 de junho de 2004. *Diário da Justiça*. Poder Judiciário, Brasília, DF, 05 jul. 2004, seção 1, p. 03.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n. 670-ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo. Impetrado: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, 30 de outubro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 206, out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.602-DF. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 16 de outubro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 197, out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.603-DF. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de dezembro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 241, dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.604-DF. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 02 de outubro de 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 187, out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 13. *Diário da Justiça Eletrônico*. Poder Judiciário, Brasília, DF, 29 ago. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Embargos de Declaração no Recurso Especial Eleitoral n. 139-25-RS*. Embargante: Ministério Público Eleitoral. Assistente do embargante: Altenir Rodrigues da Silva. Embargado: Lindomar Elias. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. Brasília, 28 de novembro de 2016. Publicado em sessão, 28 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral n. 24.564-PA. Recorrentes: Dilermando Júnior Fernandes Lhamas, Izaías José Silva Oliveira Neto e Luiz Alfredo Amin Fernandes. Recorrida: Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 01 de outubro de 2004. *Revista de jurisprudência do TSE*, v. 17, t. 1. p. 234.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral n. 1.943-RS*. Relator: Ministro Pedro Paulo Pena E Costa. Brasília, 01 de janeiro de 1970. Publicado em sessão, 10 jul. 1952.

CAMARGO, G. Z. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc.*, Umarama: UNIPAR, v. 19, n. 2, jul./dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.

CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. 4. ed. rev., e atual. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. 2/3, n. 2/3, p. 135-144, 2001-2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25512>. Acesso em: 13 out. 2018.

CUNHA, JR., Dirley da. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade: a intervenção do particular, do colegitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Justiça não se curva à omissão do legislador. *Conjur*, [S.l.], 2010. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mar-06/justica-nao-curva-omissao-legislador-faz-justica>. Acesso em: 29 maio 2018.

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2015.

FACCHINI NETO, Eugênio. O judiciário no contexto do poder: uma abordagem de direito comparado. *Revista Ajuris*, v. 37, n. 118, jun. 2010. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmliui/handle/123456789/8569>. Acesso em: 16 out. 2018.

FICO, Carlos. *História do Brasil contemporâneo: da morte de Vargas aos dias atuais*. São Paulo: Contexto, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

ITAGIBA, Ivanir Nogueira. O direito eleitoral na atualidade. In: MEDEIROS, Renata Leite Motta Paes (Coord.). *Estudos Eleitorais*, v. 12, n. 2, p. 137-150, maio/ago. 2017.

JOBIM, Nelson et al. *Legislação eleitoral no Brasil: do século XVI a nossos dias*. Brasília: Senado Federal; Subsecretaria de Biblioteca, 1996.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LIMA, Rodrigo Britto Pereira. Reforma política e criação do direito pelo Tribunal Superior Eleitoral. In: MACHADO, José Amílcar (Coord.). *Jornada de Direito Eleitoral das Escolas de Magistratura Federal*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ESMF, v. 20, jun. 2013. p. 190-201.

MACEDO, Elaine Harzheim. A função normativa da Justiça Eleitoral brasileira no quadro da separação dos poderes. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, p. 13871-13884, 2013. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/12/2013_12_13871_13884.pdf. Acesso em: 25 set. 2018.

MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação dos poderes: um paradigma democrático. In: *Direitos fundamentais e democracia II*. Florianópolis: Conpedi, 2014. p. 265-293.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200006&script=sci_arttext&tlng=ES. Acesso em: 25 out. 2018.

LIMA, Sídia Maria Porto. *O ativismo judicial e o judiciário eleitoral: um estudo da atividade legislativa do Tribunal Superior Eleitoral*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 18, n. 1, 2011.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo Estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009.

MICHELS, Vera Maria Nunes. *Direito eleitoral: de acordo com a Constituição Federal, LC 64/90, Leis 9.096/95, 9.504/97, 11.300/06, EC 52/06 e Resoluções do TSE*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Baron de. *O espírito das leis*. 7. ed. Tradução Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2000.

NETTO, Delfim. O oportunismo do Congresso. *Carta Capital*. [S. l.]. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/revista/961/o-oportunismo-do-congresso>. Acesso em: 29 maio 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

RAMOS, Elival Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REIS, Márlon et al. *Processo eleitoral e o novo CPC: aplicação imediata*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1990.

ROSA, Antonio José Miguel Feu. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais da metodologia jurídica*. Tradução Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1985.

SOBRAL, Daniel Santos Rocha. A Justiça Eleitoral e a magistratura federal. In: MACHADO, José Amílcar (Coord.). *Jornada de Direito Eleitoral das Escolas de Magistratura Federal*. Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ESMAF, v. 20, jun. 2013. p. 73-88.

SOUSA, Anne Calland Serra de. Fidelidade partidária sob a perspectiva do ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal. In: OLIVEIRA, Daniel Carvalho et al. *Temas de direito eleitoral: coletâneas de artigos*. Teresina: Químera, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. *Revista Quaestio Iuris*, v. 6, n. 02, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 17, n. 3, 2016.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. *Código Eleitoral anotado e legislação complementar*. [S.l.]: [s.n.], [s.d.]. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965#5-tit3-cap4>. Acesso em: 02 set. 2018.

TSE indefere pedido de registro de candidatura de Lula à Presidência da República. *Tribunal Superior Eleitoral*, [S.l.], 01 set. 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica>. Acesso em: 05 nov. 2018.

VOTAÇÃO na República Velha tinha fraude sofisticada. *Estadão*, São Paulo, 30 out. 2010. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,votacao-na-republica-velha-tinha-fraude-sofisticada-imp-,632063>. Acesso em: 02 set. 2018.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do poder judiciário no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito eleitoral*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

ZILIO, Rodrigo López. Limites e vedações da pré-campanha eleitoral conforme a Lei 13.165/15. *Conjur*, [S.l.], 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-08/rodrigo-zilio-limites-vedacoes-pre-campanha-eleitoral>. Acesso em: 24 out. 2018.

BREVES REFLEXÕES SOBRE MULTICULTURALISMO E DIREITO PENAL *

BRIEF THOUGHTS ON MULTICULTURALISM AND CRIMINAL LAW

JOSÉ AUGUSTO NOGUEIRA SARMENTO

Doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará - UFPA. E-mail: augusto_sarmento@uol.com.br.

SUMÁRIO: Introdução - I. Linhas delineadoras do multiculturalismo e sua relação com o direito penal moderno - II. Modelos de interpretação legal do multiculturalismo e de direito penal em sociedades multiculturais e globalizadas, em sede das quais emergem delitos culturalmente motivados: breves reflexões - Conclusões - Referências.

RESUMO: Este artigo trata do multiculturalismo e da globalização e seus impactos nas sociedades atuais e a relação com o direito penal.

PALAVRAS-CHAVE: multiculturalismo; direito penal; globalização.

ABSTRACT: This paper deals with multiculturalism and globalization and their impact on current societies and the relationship with the criminal law.

KEYWORDS: multiculturalism; criminal law; globalization.

* Data de recebimento do artigo: 13.01.2019.
Datas de pareceres de aprovação: 25.01.2019 e 04.02.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 08.02.2019.

INTRODUÇÃO

Os temas do multiculturalismo e globalização constituem-se dois fenômenos¹ extremamente complexos nas sociedades atuais. Em decorrência de tais, é possível afirmar que o mundo atual tem vivido grandes modificações; concepções antigas, antes aparentemente definitivas, têm sido questionadas e reformuladas, muitas vezes no sentido diametralmente oposto.² Com efeito, importa considerar-se, assim, que, embora a

¹ Não se desconhece e muito menos se tem a pretensão de discorrer sobre tais temas como se constituíssem um objeto e/ou acepção única, o que demandaria cada um, outros trabalhos monográficos. Além disso, entende-se que muitas são as formas de percebê-los e apresentá-los. Tanto assim, que Boaventura Santos adverte que “nos debates acerca da globalização há forte tendência para reduzi-la às suas dimensões econômicas. Sem duvidar da importância de tal dimensão, pensa-se que é necessário dar igual atenção às dimensões social, política e cultural” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 27). Höffe, também se referindo à globalização, ressalta de modo enfático que “a mais recente indicação de filosofia política passa pelo nome de globalização. Obviamente, o termo está carregado de emoções contraditórias - parte esperança, medo - e é utilizada de forma imprecisa e inflacionista que é melhor evitar” (HÖFFE, Otfried. *Democracy in an age of globalisation*. Translated by Dirk Haubrich with Michael Ludwig Dordrecht: Springer. 2007. p. 1). Quanto ao multiculturalismo, por sua vez, importa destacar as palavras de Víctor Caro “Trata-se, portanto, da questão do multiculturalismo, termo polivalente cujo significado e conotação dependem facilmente do contexto em que seja utilizado; e apesar de que, os significados que circulam na literatura podem enquadrar-se em qualquer uma das seguintes grandes áreas semânticas: a) O multiculturalismo como fato, que denota uma situação de convivência entre grupos étnicos com distintas culturas em um mesmo território. Evita confusão com todas as outras utilizações da preferência pelos termos diversidade cultural, o pluralismo cultural, do multiculturalismo ou multiculturalismo; b) o multiculturalismo como ideologia, que defende, a partir do reconhecimento e avaliação positiva da diversidade cultural, a adequação mais ou menos profunda das estruturas e instituições políticas e judiciárias a tal situação de fato; c) O multiculturalismo como disciplina, que consiste em um conjunto de métodos e paradigmas pertencentes a diversas ciências sociais para o estudo da natureza e os efeitos da diversidade cultural nas sociedades humanas” (MACÍAS CARO, Víctor Manuel. *Introducción a la edición española. ¿Hay que castigar a las “otras” culturas? Una respuesta desde Italia*. in: MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 18). Ver também: KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 19; BARRY, Brian M. *Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism*. Cambridge: Polity Press, 2001. p. 305; FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 12-13. (E-book); HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Tradução Adellaine La Guardia Resende e outros. Organização de Liv Sovik. Belo Horizonte: Editora da UFMG; Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003. p. 51. Assim, para os fins deste trabalho, desde logo, adverte-se que o enfoque investigativo acerca de tais fenômenos concentrará esforço delimitado ao viés cultural, nomeadamente, acerca do plano da diversidade cultural e a relação desta com o direito penal.

² Quanto a isto, válida e justificadora da temática deste trabalho as lições de José Eduardo Faria no sentido de que “o pensamento jurídico parece estar enfrentando, nos dias de hoje, um drama não muito diferente. A origem desse drama entreabre o campo temático deste trabalho. Até recentemente, o cenário social, político, econômico e cultural era identificado com os Estados-nação com seu poder para realizar objetivos e implementar políticas públicas por meio de decisões e ações livres, autônomas e soberanas, sendo o contexto internacional um desdobramento natural dessas realidades primárias” (FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 14).

globalização³ já se desenvolva há milênios no mundo,⁴ tem sido incrementada nas últimas décadas, com projeções na vida social, econômica, política e jurídica.

O impacto da globalização tem efeito imediato na intensidade dos movimentos populacionais, o que tem tornado as sociedades mais “pluriculturais”.⁵ A “pluriculturalidade” acaba por fomentar uma troca de informações de toda ordem dentro de uma mesma comunidade.

Tanto assim, que de modo imanente a tais fenômenos, o fluxo migratório pode ser percebido como realidade na medida em que:

Todos os anos, mais de cinco milhões de pessoas atravessam fronteiras internacionais para ir viver num país desenvolvido e o número de pessoas que se desloca para uma nação em desenvolvimento, ou dentro dos limites do seu país, é muito maior, embora seja difícil apurar estimativas precisas.⁶

E é justamente, em razão destas alterações da sociedade, cada dia mais multifacetada, que se questiona se o direito penal está apto para enfrentar essa mudança e oferecer respostas capazes de corresponder um patamar de justiça satisfatório, nomeadamente, buscando se entender de que modo o direito penal deve ser aplicado em casos de conflitos de cunho ou base cultural ocorrido entre cidadãos integrantes de uma sociedade multicultural, ou seja, “em tal estado de coisas, a questão que se coloca é saber se o direito

³ Os franceses utilizam a expressão “mundialização”, enquanto os americanos optam por falar em “globalização”, o certo é que ambas as expressões são sinônimas e, em sede deste texto, são empregadas indistinta e alternadamente.

⁴ Segundo Roberto Campos, a primeira globalização vivenciada pela humanidade foi a do Império Romano, encerrada graças à feudalização política e comercial. Posteriormente, a época dos grandes descobrimentos nos séculos XIV e XV, com o incremento do comércio internacional, apesar das interrupções causadas pelas batalhas religiosas. A terceira grande globalização ocorreu no século XIX, após Napoleão, com o reinado do liberalismo. A Quarta globalização iniciou-se após a 2ª Guerra Mundial e o fim da Guerra Fria entre EUA e URSS marcou a sua sedimentação (CAMPOS, Roberto de Oliveira. *A quarta globalização*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/5/11/brasil/3.html>. Acesso em: 30 jul. 2013).

⁵ “*La pluriculturalidad de las sociedades*” é uma expressão utilizada por Víctor Manuel Macías Caro, na introdução à edição espanhola da já citada obra de Maglie, p. 18.

⁶ As origens ou motivos de tal decisão são variadas sendo possível apontar, dentre outras, exemplificativamente, mas nunca exaustivamente, decisões políticas, oportunidades de trabalho ou estudo, conflitos armados ou guerras civis. As abordagens convencionais à migração tendem a sofrer de compartimentalização. E mais: “É comum traçar-se distinções entre os migrantes cujas deslocações são classificadas como forçadas ou voluntárias, internas ou internacionais, temporárias ou permanentes, ou econômicas ou não econômicas. As categorias originalmente destinadas a estabelecer distinções legais com o propósito de gerir a entrada e o tratamento dos migrantes podem acabar por desempenhar um papel dominante no pensamento conceptual e político”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2009: ultrapassar barreiras: mobilidade e desenvolvimento humanos*. p. 9-12. Disponível em: http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf. Acesso em: 30 ago. 2013.

penal poderá proceder, para se tratar os crimes em que se expressa a criminalidade dos imigrantes, com a sutileza que é própria da teoria das normas e do delito”.⁷

Desde logo, importa considerar que esse ideal de justiça não pode ser alcançado no seu tradicional tempo longo.⁸ A noção de tempo foi alterada. As mudanças ocorridas com a globalização e com o progresso da tecnologia e dos meios de comunicação são inevitáveis. E cada dia mais velozes. Essa velocidade não permite plasmar o futuro. O futuro é tão próximo e urgente que perde a sua característica de futuridade para se tornar o presente. O tempo é breve, presente e urge. O tempo da sociedade atual “vive na singularidade perversa do efêmero”.⁹

Para além disso, o paradigma do direito penal, desde o antigo regime, sempre foi o de ter fronteiras limitadas no espaço. Antes, era exercido dentro do feudo, depois, do Estado-Nação. Hoje tem que conviver com o espaço mundial, sem fronteiras.¹⁰

O direito penal tem que ser desenvolvido em um tempo acelerado e sem fronteiras para fazer frente às necessidades humanas e globalizadas, em sede das quais o multiculturalismo constitui-se como realidade patente. Mas, e quando o direito penal tem que ser desenvolvido com fronteiras culturais, num mesmo território?

A redução do tempo fomenta a diminuição das garantias dos cidadãos.¹¹ Afinal, o tempo tem que ser breve, e quanto mais obstáculos e procedimentos existir, mais ele se prolonga.

Ao mesmo tempo em que se reconhece, num dado espaço, o mix cultural intensificado pela globalização, objetivam-se soluções urgentes e, nessa ânsia, justificam-se soluções homogêneas para uma sociedade multifacetada e fragmentada.¹²

Esse é o ponto sobre o qual se justifica a reflexão central deste breve ensaio: Será possível considerar, na aplicação da lei, a diferença cultural do transgressor? Que modelo(s) de interpretação legal, ou ainda, mais pormenorizadamente, de direito penal, mostra-se identificável (quer pela doutrina e/ou pela jurisprudência) de modo mais sensível à questão multicultural?

Bem, objetivando lançar respostas, senão concretas e acabadas, ao menos viabilizadoras ou capazes de estruturar algumas reflexões que possam servir de ponto de partida, eis no que se constitui o desiderato deste trabalho.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *La expansión del derecho penal*. 3. ed. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de FF, 2011. p. 117, nota 273.

⁸ Expressão utilizada por José Faria da Costa. Esclarece o referido autor que o “tempo longo” a que se refere não é o tempo longo como sinônimo de retardado, demorado, atrasado, mas sim o tempo longo como o “necessário para uma justiça justa” (COSTA, José Faria da. *Direito penal e globalização*. Coimbra, 2010. p. 15).

⁹ COSTA, op. cit., p. 07.

¹⁰ Cf. COSTA, op. cit. p. 16-18.

¹¹ “É claro que esse nosso modelo pode ser muito, mas muito mais ágil e célere. E a fórmula todos conhecem. Basta diminuir drasticamente as garantias do suspeito, do arguido, do acusado e do condenado para que tudo seja mais breve” (Cf. COSTA, op. cit., p. 14).

¹² Neste sentido, COSTA, op. cit., p. 55-56.

Para tanto, no primeiro capítulo se desenvolve de modo mais detalhado os contornos do multiculturalismo e sua relação com o direito penal, em especial, evidenciando a posição do debate entre o liberalismo e o comunitarismo que exsurge como forma de resolução de tais conflitos e, ainda, neste ponto específico do trabalho, se desenvolve buscar apontar, desde que existente(s), situações (exemplificativas) identificáveis no âmbito dos sistemas penais lusófonos acerca de implicações do multiculturalismo.

Em seguida, no segundo e derradeiro capítulo, busca-se expor as possíveis vertentes ou concepções penais de interpretação penal multicultural, bem como, a partir dos *cases* porventura identificados e sucintamente descritos, metodologicamente se passa a utilizar dos contornos fáticos de tais justamente no escopo de ilustrar e viabilizar breves reflexões de tais fenômenos no âmbito do(s) sistema(s) penais e algumas de suas implicações.

I. LINHAS DELINEADORAS DO MULTICULTURALISMO E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO PENAL MODERNO

Como referido em linhas acima, o termo ou expressão multiculturalismo sequer permite uma interpretação uníssona.¹³ Assim, aos fins e contornos deste trabalho, importa considerar, igualmente ao articulado por Raul Carnevali citando Kymlicka,¹⁴ que:

¹³ Segundo Lindgren, o termo multiculturalismo, juntamente com a expressão “direito a diferença” (que não integra qualquer declaração de direitos humanos, mas, ainda assim, é amplamente aceita como designação de um direito incontestado), “tem semântica flexível, de conotação positiva, acaba por ser adaptável aos objetivos de quem os utiliza”, ainda assim, de modo simplificado, é possível evidenciar as várias vertentes em duas grandes correntes: “integracionista, simbolizada no republicanismo secular francês, e a diferencialista, predominante nos movimentos sociais do mundo anglo-saxão. O integracionismo atual não se confunde com o velho ‘assimilacionismo’ esmagador das diferenças. Idealmente, propõe-se promover a aceitação de todos os aportes, minoritários, para construir com eles um todo social maior, acima das ‘comunidades subnacionais’. Do outro lado, a vertente diferencialista, praticada na Inglaterra desde a época da expansão colonial e atualizada dentro do país pelos governos conservadores e trabalhistas, dá realce ao modelo do mosaico cultural’ em que as comunidades convivem lado a lado, sem misturas. Essa vertente ganhou preeminência mais recente primeiramente no Canadá, tornando-se ‘hegemônica’ depois, quando encampada pela Academia e movimentos sociais nos Estados Unidos após a superação da metáfora do *melting pot*, sempre aplicado exclusivamente à fusão dos diferentes contingentes europeus” (ALVES, Lindgren. *Viagens no multiculturalismo: o comitê para eliminação da discriminação racial das Nações Unidas e seu funcionamento*. Brasília: FUNAG (Fundação Alexandre de Gusmão), 2010. p. 28. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/00464.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2013). Importante destacar, ainda em sentido de igual referência ao “*melting pot*” americano, a lição de Maglie ao ressaltar que “o debate teórico sobre o multiculturalismo está a ganhar força no final do século passado em Estados Unidos: tendo-se mantido em nível de metáfora a aspiração do *melting pot* e, em seguida, decorreu para o modelo *salad bowl*, em que os ingredientes culturais foram misturados em vários sem fundir-se, cada um conservando a própria e distinta especificidade cultural e étnica” (MAGLIE, op. cit., p. 48).

¹⁴ Importa salientar, de acordo com estudo desenvolvido pelo eminente pesquisador da universidade de Stanford na área de direito e sociedade, Jordi Panareda, que segundo Avruch (2000), autor de referência no estudo das relações entre cultura e conflito, muitos dos trabalhos existentes sobre resolução de conflitos se fundamentam em concepções de culturas inadequadas. Avruch e Black (1991) resumem esses conceitos problemáticos em seis enunciados recorrentes: “a cultura é uma coisa”, “a cultura é homogênea”, “a cultura se

A referência ao multiculturalismo aponta principalmente a presença, dentro de um determinado contexto espacial, de diversas culturas associadas principalmente à nação, ou seja, a concorrência de elementos cognitivos comuns enquanto representação do mundo exterior, na moral, na religião, no direito, nas relações sociais e ligadas por uma língua.¹⁵

Ou seja, a par outras acepções possíveis, delinea-se como multiculturalismo essa perspectiva de considerar o pluralismo cultural inserto num Estado de Direito.

Como uma espécie de moldura ilustrativa de magnitude dessa realidade¹⁶ de sociedade pluricultural, Samuel Huntington assinala que:

No final da década de 80, o mundo comunista desmoronou e o sistema internacional da guerra fria virou história passada. No mundo pós-Guerra Fria, as distinções mais importantes entre os povos não são ideológicas, políticas ou econômicas. Elas são culturais. Os povos e as nações estão tentando responder à pergunta mais elementar que os seres humanos podem encarar: quem somos nós? E estão respondendo a essa pergunta da maneira pela qual tradicionalmente a responderam - fazendo referência às coisas que mais lhe importam. As pessoas se definem em termos de antepassados, religião, idioma, história, valores, costumes e instituições. Elas se identificam com grupos culturais: tribos, grupos étnicos, comunidades religiosas, nações e, em nível mais amplo, civilizações.

E o direito penal não ficou alheio a essa realidade, tanto assim, que Alessandro Bernardi¹⁷ teoriza que esse ramo se mostra mais sensível em seu propósito de reconhecer os critérios axiológicos predominantes numa sociedade.

encontra distribuída uniformemente entre os membros de um mesmo grupo"; "um indivíduo possui somente uma cultura"; "a cultura é costume" e "a cultura é atemporal". Com efeito, de acordo com referidos autores citados por Jordi, tais concepções seriam limitadoras ou mostram-se ensejadoras de problemas que podem ser percebidos em trabalhos procedentes de distintas disciplinas. Nesse contexto, ressaltam que a obra do badalado autor Kymlicka (2001) evidencia-se criticável justamente pelo fato de se fundar em uma "defasada concepção funcionalista de cultura" (PANAREDA, Jordi Agustí. *Embaralhando cultura, identidade e conflito mediadores interculturais na gestão da imigração*. FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.). In: *Cultura e identidade em tempo de transformações*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 66).

¹⁵ CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno. *Polít. Crim.*, n. 3, 2007. p. 6. A6. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl>. Acesso em: 30 abr. 2013.

¹⁶ HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. São Paulo: Objetiva, 1997. p. 20. Em sentido que denota igual contexto, Kymlicka aponta que "estimativas recentes evidenciam que o mundo conta com 184 Estados independentes e nestes mais de seiscentas línguas vivas de grupos e cinco mil grupos étnicos. É possível afirmar que em muito poucos países os cidadãos partilham a mesma língua, ou pertencem ao mesmo grupo" (KYMLICKA, op. cit., p. 01).

¹⁷ E mais: "[...] o direito (e, especialmente, o direito penal) é, portanto, chamado a dar as respostas, quer dando soluções ou expondo, na medida do possível. É claro que, em virtude de que foi difícil equilibrar as exigências

Essa novel realidade, decorrente da ruptura de fronteiras, acabou por ensejar reflexo direto na relação do Estado com os indivíduos que nele habitam, incluindo cidadãos e estrangeiros,¹⁸ de modo que, em sede desse mundo multicultural,¹⁹ não raro, exsurgiram condutas penalmente significantes para os sistemas criminais (conforme se demonstrará mais detidamente adiante), especialmente por afetar integridade física, liberdade sexual, honra e até mesmo vida humana ou animal, uma vez que, atualmente, subsiste a hipótese de que um dado fato seja passível de ser considerado crime para determinada ordem jurídica e, culturalmente, não apenas seja acolhido (logo, sob nenhuma condição interpretável como delito) e aceito, mas também até mesmo vinculador de comportamento, reação ou reflexo de um determinado círculo ou meio social a que o agente, por exemplo, geralmente imigrante, refugiado, indígena (desde que apresente como traço comum o fato de pertencer a uma cultura minoritária) esteve inserto ou integrado ou dele ainda faça parte.

competitivas, no âmbito do qual ostensiva tutela dos particularismos que, paradoxalmente chamada de coexistir com a tutela de instâncias universais, e, até mesmo, com as formas de tutela de identidade cultural adequada para fazer às vezes de 'pendente' de unidade nacional, as soluções normativas acolhidas uma e outra vez não pode ser outra coisa que os momentos de síntese, ou mais verossimilmente de compromisso com diferentes requisitos. Momentos de síntese/compromisso fortemente influenciada pelo objetivo principal de privilegiado uma vez em quando, ser coerente com a defesa da diferença, na afirmação da igualdade, ou da manutenção da unidade identidade" (BERNARDI, Alessandro. *El derecho penal entre la globalización y el multiculturalismo*. Traducido por Carmen Portaceli Sevillano. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 8, 2002. p. 27-28).

- ¹⁸ Considere-se, de acordo com relato de Seyla, que "Enquanto o crescimento de estrangeiros subiu até 1,1 por cento da população na Alemanha em 1950, em 1992-93 este número subiu para 8,6 por cento, de acordo com as estatísticas fornecidas pelo Conselho da Europa. Durante o mesmo período, a população estrangeira da França passou de 4,2 por cento para 6,6 por cento, da Bélgica, de 4,1 por cento para 9,1 por cento, em 1994, a população estrangeira da Bélgica estava nos 10,7 por cento, dos Países Baixos, de 1,0 por cento para 5,1 por cento; e de Luxemburgo de 9,8 por cento para 29,1 por cento (em 1994 esse valor era de 34 por cento). No seu conjunto, a população estrangeira da Europa aumentou de 1,3 por cento em 1950 para 4,9 por cento em 1992-93" (BENHABIB, Seyla. *Claims of culture: equality and diversity in the global era*. Princeton: University Press, 2002. p. 155).
- ¹⁹ Como forma de buscar uma exposição articulada que não deixe de apresentar, desde que existentes, os primas de contrapontos críticos acerca do tema em comento, desde logo, impõe-se ressaltar as lições de Eduardo Biacchi no sentido de que "ao comentar a questão do multiculturalismo, importante destacar que o nacionalismo é sua antítese, por se traduzir em uma 'reação típica de sentimentos de nacionalidade ameaçada, e nada ameaça mais a identidade nacional do que o processo de globalização'. Os processos integracionistas, como é o caso da União Europeia, trazem consigo uma outra questão, muito mais grave do que o conceito, ultrapassado, de unidade nacional, uma reação ao próprio multiculturalismo, visto que os nacionais dos Estados passam a segregar outros povos e outras culturas e reavivam valores ultranacionais, muitas vezes, extremamente radicais, como é o neonazismo. [...] Surge, disso, o conceito de cidadania multicultural. A cidadania multicultural vai além das fronteiras do Estado-nação e busca atribuir um rol de direitos e de garantias aos cidadãos, ocupantes de um espaço supranacional, como é o caso da União Europeia. Essa cidadania busca, por meio de ações afirmativas, proteger e reconhecer os direitos das minorias, como, por exemplo, as religiosas e as linguísticas, de forma a preservar os seus valores e sua livre manifestação. Tem como fundamento, é claro, a observância de premissas básicas, como é o caso da democracia e dos direitos fundamentais" (GOMES, Eduardo Biacchi. *União Europeia e multiculturalismo: o diálogo entre a democracia e os direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 97).

Enfim, o multiculturalismo constitui-se, na atualidade, como uma realidade patente, quiçá incontrolável, tal qual a globalização,²⁰ e enseja conflitos penais marcados por uma diversidade cultural cujas origens de tais advêm.

Segundo lição de Juan Carlos Olivé,²¹ num ambiente desse de diversidade cultural, além de se dever partir de uma premissa aplicável a toda e qualquer situação no sentido de que “nenhuma cultura é portadora de verdade absoluta”, urge observar ainda que o princípio da tolerância e o diálogo hão de ser guilhões indispensáveis para que se desenvolvam convivências pacíficas entre os mais diversos grupos sociais e culturais, na medida em que não se pode deixar de reconhecer o viés positivo desse grande fluxo migratório, quer pelo prisma de quem oferece trabalho como também de quem acaba por recebê-lo, razões pelas quais, diante da inviabilidade de se poder pensar numa “cultura única”, ou seja, tendo por premissa que na Europa (como em outros continentes), atualmente, essa mundividência de diversas religiões, etnias, civilizações mostra-se inexorável, o principal ponto de encontro, ou seja, uma espécie de fundamento intercultural deveria recair na condição de reconhecimento da dignidade humana, “independentemente da sua pertença étnico-religiosa”.

O fato é que, embora não se desconsidere tal perspectiva, ainda assim, quando se retoma o foco deste ensaio, que consiste em discutir como é possível considerar, na aplicação da lei, a diferença cultural do transgressor, inclusive perscrutando que tipos de modelos jurídicos penais se evidenciam como existentes, desde logo, evidenciam-se pelo menos duas grandes correntes da filosofia contemporânea voltadas às resoluções de tais espécies de conflitos: o liberalismo e o comunitarismo.

Todavia, antes de apresentá-las ou desenvolvê-las, conforme igualmente assinalara Raul Carnevali,²² tem-se por indispensável delimitar o que se entende por direito cultural e,

²⁰ Segundo Mário Monte “É certo que o direito penal é convocado a responder a vários desafios novos: responder aos perigos e aos danos, quase imprevisíveis e não inteiramente subsumíveis às coordenadas do tempo e do espaço; responder às exigências de globalização e de integração supranacional, reforçadas com cada vez maior quebra de barreiras jurídicas na livre circulação de pessoas e bens [...]” (MONTE, Mário Ferreira. Prefácio In: *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 22).

²¹ Ainda segundo referido autor, é possível “afirmar que em princípio quem se desloca tem de se adaptar ao país de acolhimento, incluindo renúncia parcial aos seus costumes e tradições. Porém, a integração não supõe que devem ser assumidos todos os valores dominantes do local de destino” (FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Diversidad cultural y sistema penal*. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 13, jul./dez. 2009. p. 26. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/70?show=full>. Acesso em: 30 ago. 2013).

²² Referido autor destaca a importância de desenvolver de modo prévio a qualquer debate entre liberalistas e comunitaristas, os contornos do que entende por direito cultural, o que considera essencial a discussão da temática “quando se fala em direitos culturais se expressa um interesse em proteger as diferenças, é dizer, dispor de tratamentos particulares conforme o titular pertença a uma determinada cultura. O que podem ser individuais ou coletivos. [...] podem ser negativos ou positivos” (CARNEVALI, cit., p. 10-11).

além disto, acrescenta-se, também, ante a igual importância à necessidade de apontar uma noção ou conceito de cultura aplicável ao âmbito particular desse debate do direito penal, eis que, embora seja possível afirmar que, em maior ou menor sedimentação, ditos fatores culturais culminam por influenciar as ações dos indivíduos, avulta como inconteste que em tais sociedades multiculturais essa tônica se evidencia de forma muito intensa e presente.

Pata tanto, mesmo longe de qualquer pretensão de exaurir o trabalho hercúleo que se constitui em tentar definir cultura,²³ ainda assim, emerge dos fins e contornos deste trabalho, ao menos, tentar melhor desenvolvê-la, mesmo que em linhas gerais, especialmente, ao relacioná-la ao campo do direito penal, pois, como ressalta Manuel Moreira,²⁴ os conceitos e nomenclaturas da antropologia social “nos códigos de procedimentos penais e também nos próprios documentos internacionais adotados pelos Estados nos obrigam a explorar seus significados”. Ademais, adverte o autor que “no âmbito do direito, durante muito tempo restou considerado uma espécie de profanação introduzir métodos, categorias ou resultados alcançados em outras disciplinas”, e a importância de definir a cultura decorre “como categoria operativa dentro do direito que deverá restabelecer um marco que defina fluidez legal necessária para garantir os direitos dos grupos minoritários, os povos originários e toda forma de alteridade resgatada a um plano de igualdade”.²⁵

Assim, a vista do exposto, sem desconhecer que tal noção (cultura)²⁶ fora continuamente redefinida de várias perspectivas epistemológicas, na sequência de vários paradigmas, em um período de pouco mais de um século, vez que consoante lição de Giordano Cristian,²⁷ é possível destacar, por exemplo, o evolucionismo, difusionismo, funcionalismo, estruturalismo culturalismo, acolhendo-se, para os fins deste, a percepção de Augusto Silva Dias na medida em que inter-relaciona direito e antropologia (e que se mostra mais consentâneo como “forma de vida” ou “sistema de valor”) ao teorizar que “as culturas, por sua vez, são sistemas de significado, partilhados pelos membros de um grupo e transmitidos através de gerações, que coordenam o comportamento, contribuem para a formação da identidade pessoal e asseguram a coesão coletiva”.²⁸

²³ De acordo com lição de Cristina Maglie “existem mais de cem definições de cultura” (MAGLIE, op. cit., p. 56).

²⁴ MOREIRA JESÚS, Manuel Alberto. *El concepto de cultura en el derecho*. p. 474. Disponível em: <http://revistaselectronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/4870>. Acesso em: 05 jul. 2013.

²⁵ Op. cit. p. 480.

²⁶ Em sentido muito próximo de Augusto Silva Dias, evidencia-se Taylor citado por Cristina Maglie, para quem é possível apontar cultura como sendo “o conjunto complexo que inclui o conhecimento, as crenças, a arte, a moral, o direito, os costumes e qualquer outra capacidade e costume adquirida pelo homem como membro de uma sociedade” (MAGLIE, op. cit., p. 57).

²⁷ GIODARNO, Christian. *Las nociones de cultura y derecho en antropología*. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_02.pdf. Acesso em: 08 set. 2013.

²⁸ DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). *Emoções e crime: filosofia, ciência, arte e direito penal*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 61.

Deste modo, uma vez tendo sido delimitado o sentido e alcance da expressão cultura enquanto elemento-chave indispensável à compreensão dos problemas afetos a questão da diversidade cultural, assim como da proteção de minorias no desenrolar do debate²⁹ entre liberais e comunitaristas, desde logo, importa dizer que os liberais (dentre outros, por Kymlicka)³⁰ sustentam que ao Estado cumpre o papel de assegurar de modo efetivo a garantia de todos os direitos fundamentais seguindo uma posição que se mostre neutra frente a toda essa perspectiva das mais diversas expressões ou manifestações culturais ou étnicas, ou seja, centra-se num ideal de que subsistem liberdade e igualdade cujas exteriorizações ou percepções não admitem laivos de discriminação por qualquer prisma, ou seja, por raça, cor, credo, religião, ou qualquer outro modo de identidade.

Os comunitaristas³¹ (ao menos no que diz respeito à relação direta com a necessidade

²⁹ Acerca do debate liberal-comunitário, Taylor assinala que “ouvimos falar com frequência da diferença entre liberais e comunitários na teoria social, em particular na teoria da justiça. É certo que parece ter iniciado um debate entre dois ‘partidos’, com pessoas como John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Nagel e T. M. Scanlon, de um lado (partido L), e Michel Sandel, Alasdair MacIntyre e Michel Walzer, do outro (partido C). Há diferenças genuínas, mas creio que há também grande quantidade de propósitos entrelaçados e confusão pura e simples nesse debate. Isso ocorre porque duas questões sobremodo distintas uma da outra tendem a ser abordadas em conjunto. Podemos denominá-las, respectivamente, questões ontológicas e questões de defesa. As questões ontológicas referem-se ao que vocês reconhecem como fatores que invocariam a fim de explicar a vida social. Ou, dito de maneira formal, concerne aos termos em que vocês aceitam como últimos na ordem da explicação. O grande debate nessa área, que a essa altura já vem se travando há mais de três séculos, separa ‘atomistas’ e ‘holistas’. Costuma-se chamar atomistas de individualistas metodológicos [...] As questões de defesa referem-se à posição moral ou à política que se adota” (TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 197).

³⁰ Em tradução livre: “A legitimidade de impor princípios liberais sobre iliberal grupos nacionais depende de uma série de fatores. A questão de como duas culturas, ou dois países, deverão resolver as divergências de princípio fundamental é tão complicada que exigiria um livro da sua própria. O meu projeto para este livro é principalmente para descobrir o que o liberalismo, princípios fundamentais. A maioria dos teóricos liberais contemporâneos tem argumentado que os cidadãos de uma sociedade liberal, motivado pelos princípios liberais de justiça, não se coadunaria significado político à sua identidade cultural” (KYMICKA, op. cit., p. 152).

³¹ Embora se associe no presente ensaio Taylor como um expoente ou representante comunitarista, importa ressaltar ao debate que tal percepção nem de longe se mostra pacífica e indene de discussões, uma vez que Walzer, na obra organizada pelo próprio Taylor, ressalta que “A questão coloca-se em relação aos dois tipos de liberalismo que Taylor descreve e que eu redescobrirei, abreviando o seu valor. O primeiro tipo de liberalismo (‘Liberalismo 1’) está comprometido, na maneira mais forte possível, com os direitos individuais e, quase como uma dedução disto, com um estado rigorosamente neutral, isto é, um estado sem projectos culturais ou religiosos ou sem qualquer tipo de objectivos colectivos além da liberdade pessoal e da segurança física, bem-estar e segurança dos seus cidadãos. O segundo tipo de liberalismo (‘Liberalismo 2’) permite um estado comprometido com a sobrevivência e o florescimento de uma determinada nação, cultura ou religião, ou com um grupo (limitado) de nações, culturas e religiões - desde que os direitos básicos dos cidadãos que têm diferentes compromissos ou que não têm nenhuns estejam protegidos. Taylor prefere o segundo destes tais liberais, embora não defenda extensamente esta preferência no seu ensaio. É importante notar que o Liberalismo 2 é permissivo, não determinado: Taylor escreve que os liberais do segundo tipo ‘estão dispostos a pesar a importância de certas formas de tratamento uniforme (de acordo com uma forte teoria dos direitos) contra a importância da sobrevivência cultural, e optam às vezes a favor do último’. Isto significa obviamente que os liberais do segundo tipo irão optar às vezes a favor do liberalismo do primeiro tipo. O Liberalismo 2 é optativo, e uma das opções é o Liberalismo 1” (TAYLOR, Charles (Org.). *Multiculturalismo: examinando a política do reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. p. 117-118).

de proteção e reconhecimento como iguais de grupos minoritários),³² por sua vez, capitaneados, dentre outros, por Taylor,³³ acabam por aceitar de modo público o reconhecimento de práticas, bem como, de valores culturais, nomeadamente, de grupos minoritários, vez que se entende a questão do reconhecimento não somente como oportunidade de se defenderem (sobrevivência cultural admissível como elemento legítimo), mas, sobretudo, de que se “reconheçam o valor igual das diferentes culturas: que as deixemos não só sobreviver, mas também admitamos o seu mérito”, daí porque sustenta o autor que “o liberalismo não pode, nem deve, pretender uma neutralidade cultural completa. O liberalismo também é um credo de luta”,³⁴ eis que “tudo isto conduz-nos à questão do multiculturalismo, como é hoje frequentemente discutido e que tem muito a ver com a imposição de algumas culturas sobre outras da pressuposta superioridade que desencadeia essa imposição”.³⁵

Acerca desse contexto, ainda que em apertada síntese ante aos fins e contornos deste ensaio, sem descurar da busca por um desenvolvimento crítico ao debate até então delineado linhas acima, importa-se destacar, ainda, o contributo de base sociológica desenvolvido por Andrés Piqueras,³⁶ que acaba por evidenciar prisma no sentido de que:

³² Segundo teorização do referido autor “A tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento incorrecto dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas ser realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam refletirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos. O não reconhecimento ou o reconhecimento incorrecto podem afectar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo a pessoa a uma maneira de ser falsa, distorcida, que a restringe. Assim, algumas feministas afirmaram que, nas sociedades patriarcais, as *mulheres* eram induzidas a adoptar uma opinião depreciativa delas próprias. Interiorizavam uma imagem da sua inferioridade, de tal maneira que, quando determinados obstáculos reais a sua prosperidade desapareciam, elas chegavam a demonstrar uma incapacidade de aproveitarem as novas oportunidades. E, além disso, estavam condenadas a sofrer pela sua debilidade autoestima. Também surgiram argumentos semelhantes em relação aos *negros*: que a sociedade branca projectou durante gerações uma imagem de inferioridade da raça negra, imagem essa que alguns dos seus membros acabaram por adoptar. Nesta perspectiva, a sua autodepreciação toma-se um dos instrumentos mais poderosos da sua própria opressão. A primeira coisa que deveriam fazer era expiarem essa identidade imposta e destrutiva. Recentemente, afirmou-se o mesmo sobre os indígenas e os povos colonizados, em geral. Pensa-se que desde 1492 os europeus têm vindo a projectar desses povos uma imagem de seres um tanto inferiores, ‘incivilizados’, e que, através da conquista e da força, conseguiram impô-la aos povos colonizados. E, para ilustrar o desprezo destruidor em relação aos indígenas do Novo Mundo, elegeu-se a personagem de Caliban” (TAYLOR. *Multiculturalismo...*, op. cit., p. 46, grifos nossos).

³³ TAYLOR. *Multiculturalismo...*, op. cit., p. 80 e ss.

³⁴ TAYLOR. *Multiculturalismo...*, op. cit., p. 83.

³⁵ TAYLOR. *Multiculturalismo...*, op. cit., p. 84.

³⁶ PIQUERAS, André. Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista: um novo olhar sobre os conceitos de cultura e identidade. In: FERNÁNDEZ; SCHWARTZ, op. cit., p. 28. O mesmo autor aduz também que “somente os iguais podem dialogar, isto é, inter-reconhecer-se em suas diferenças. Desiguais, diferentemente, quando muito podem estar obrigados a conviver (o que se chama de multiculturalidade), vendo como suas desigualdades são solidificadas, com frequência, mediante a culturização das mesmas, colocando a coisificação da cultura como algo dado de uma vez e para sempre. Poderão fazer-se, enquanto isto, campanhas infinitas sobre a ‘igualdade’, o ‘respeito’ ou a ‘interculturalidade’, mas, sem a efetiva transformação das condições materiais de desigualdade, serão simplesmente, na melhor das hipóteses, pura retórica bem-intencionada” (p. 38).

O multiculturalismo converte, portanto, a desigualdade em diferença, enquanto se confronta com a hierarquia, estabelecida entre essa multidão de “diferenças” no interior de cada sociedade, não se opondo à subsunção de todas elas a forma capitalista de organização social. Propõe, diversamente, ocultar desigualdades e hierarquia sob o manto da tolerância.

Nesse viés, referido autor, desenvolvendo breves notas sobre a interculturalidade, teoriza que emerge dentro e pelo próprio segmento dominante, em qualquer formação social, a atribuição do que se entende por modo adequado de fazer as coisas, ou seja, uma espécie de cultura adequada ou matriz, daí que apenas os agentes que porventura se encontrem em referido “*status quo*” dominante acabam por se dar o luxo de exercitar a tolerância, eis que, aqueles detentores de inferior poder de transação culminam por exercer em troca mera expectativa de tolerância dos outros para consigo.

E é justamente nesse contexto, ou seja, imerso na realidade desses intrigantes fenômenos da globalização e do multiculturalismo, que o direito penal “mais do que outros setores do sistema jurídico, apresenta a característica de ser uma lei local”,³⁷ portanto, meio que circunscrito a um determinado espaço ou região, e mais, tendo por tarefa principal (de acordo com lições de Roxin) operar “prevenção dos riscos para o indivíduo e para a sociedade”.³⁸ Daí que exsurge como ponto de reflexão se tal perspectiva atende, por exemplo, um interpretar comportamental de indivíduos que, dependendo de variáveis níveis de assimilação e provenientes de culturas alienígenas, considerem, ou não, determinadas condutas há muito por si interiorizadas como crime.

Além disso, uma vez não se materializando dita prevenção geral, outro viés de suma importância (porém, justificador de outro trabalho na medida em que em muito extrapolaria os limites deste ensaio, muito embora se pretenda não deixar de concomitantemente referi-lo ou analisá-lo quando possível e viável, mesmo que *en passant* “em formato de notas”), em razão de consequencial ligação com o tema em desenvolvimento, além de constituir-se em importante pilar no estudo sobre sistemas criminais, advém da indagação de como desenvolver apuração de responsabilidade segundo um critério de culpabilidade³⁹ (conforme o(s) modelo(s) de direito penal existente(s) em tal cenário de diversidade cultural) que se mostre, a um só tempo, equânime e assegurador do exercício de liberdade de expressão cultural, sem incorrer em conceitos preestabelecidos ou julgamentos xenofóbicos assentados na noção quase sempre prospectiva de periculosidade,

³⁷ BASILE, Fabio. Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili). In: *Stato, Chiese e pluralismo confessionale - Rivista telematica*, ottobre 2007. p. 348. Disponível em: <http://riviste.unimi.it/index.php/statoechiese/article/view/954>. Acesso em: 30 abr. 2013.

³⁸ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 45.

³⁹ Teoriza Roxin que a “culpabilidade não se explica como algo fundamentado em premissas religiosas, éticas ou de cariz filosófico, mas que é entendida do ponto de vista estritamente jurídica, como um ‘comportamento injusto apesar da acessibilidade normativa do autor’ ” (ROXIN, op. cit., p. 47).

cujos fins preventivos encontram fundamentos, insista-se, por se tratar de uma das principais tarefas do direito penal.

Bem, como forma de exemplificar os perfis de tais conflitos advindos dessa realidade que, por sinal, não ocorre somente em sede europeia, ou melhor, de acordo com Maglie, se evidencia os Estados Unidos da América como um “observatório privilegiado para o estudo dos delitos culturalmente motivados”,⁴⁰ uma vez que as sucessivas ondas migratórias culminaram por ter criado uma espécie de sociedade das minorias”,⁴¹ daí ser possível apontar, a título meramente exemplificativo, alguns dos relatos abaixo (eis que forçoso reconhecer a inviabilidade de exaurimento⁴² dos mais diversos casos em sede dos quais sistemas de justiça criminais de diversos países recorreram ou simplesmente se viram influenciados pelo multiculturalismo), antes de se perscrutar como passo final

⁴⁰ Aos fins deste ensaio, cujo objetivo não permite maior aprofundamento de discussão, exceto a delimitação de conceito(s) de delito(s) culturalmente motivado(s) sob pena de perda do foco metodológico inicialmente proposto e consistente em examinar o papel do direito penal enquanto ciência sintonizada com os problemas decorrentes desses novos conflitos culturais originados a partir da globalização e do multiculturalismo, importa registrar que dita expressão “delito culturalmente motivado” foi cunhada por Jeroen Van Broeck, o qual, inclusive é apontado por Cristina de Maglie como de definição ou conceito análogo à noção por si desenvolvida e consiste num “comportamento realizado por um sujeito pertencente a um grupo étnico minoritário que é considerado delito pelas normas de um sistema de cultura dominante. E esse mesmo comportamento na cultura do grupo a que pertence o autor é, ao contrário, perdoado, aceito como normal ou aprovado, ou ainda, imposto em determinadas situações”. Ademais, importantíssimo ressaltar também que, de um lado, a doutrina da Europa tem desenvolvido os estudos sobre o tema a partir de um enfoque de investigação da estrutura do delito como sendo culturalmente motivado e, por outro, em sede da *Common Law*, nomeadamente, dos Estados Unidos da América, os estudos têm se concentrado num aspecto eminentemente prático de como deve ser regulamentada tal modalidade de defesa. (MAGLIE, op. cit., p. 68-69. Cfr. BROECK, Jeroen Van. *Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences)*. p. 31. Disponível em: <http://jthomasniu.org/class/781/Assigs/vanbroeck-cultdef.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2013.

⁴¹ MAGLIE, op. cit., p. 107.

⁴² Tanto assim que, atualmente, inúmeros são os estudos e sistematizações de apresentações ou agrupamentos de tal tema como, por exemplo, de Fabio Basile, que evidencia como espécies de casos mais incidentes apreciados na Europa, precisamente, na jurisprudência italiana, os seguintes contextos: a) delitos de violência em família exemplificada por delitos de maus tratos e sequestros de pessoas em detrimento de familiares, ou ainda, sequestros de mulheres jovens, em desfavor de quem é imposto um matrimônio combinado ou previamente estabelecido e, por fim, de familiares que se rebelam contra normas e código ético de conduta de uma família de origem; b) delitos de defesa da honra que culminam em vingança de sangue ou assassinatos em defesa da honra pessoal e sexual; c) delitos de redução a escravidão ou servidão; d) delitos contra a liberdade sexual, notadamente, perpetrados contra meninas menores de idade, ou ainda, contra mulheres maiores de idade; e) mutilações genitais e tatuagens ornamentais impostas em alguns rituais de sacrifício; f) delitos em matéria de estupefacientes; g) incumprimento de obrigação escolar; h) terrorismo internacional; i) outros delitos cometidos por imigrante em situação de erro que constitui a infração ou erro sobre a lei que prevê o fato como um crime. (Cfr. BASILE, Fabio. *Premesse per uno studio sui rapporti tra diritto penale e società culturale: uno sguardo alla giurisprudenza europea sui c.d. reati culturalmente motivati*. In: *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano: Nuova Serie, ano 51, n. 1, p. 149-212, gen./mar. 2008). Indispensável, também, o já citado trabalho mais recente do mesmo autor. E ainda: DE LA FUENTE, Oscar Pérez. *Delitos culturalmente motivados: diversidad cultural, derecho e inmigración*. In: *European Journal Of Legal Studies*, v. 5, Issue 1, spring/summer, 2012. p. 64. Disponível em: http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/15761/1/delitos_EJLS_perez_2012.pdf. Acesso em: 30 abr. 2013.

deste tópico, se igual fenômeno também se mostra presente e é identificável em sede das realidades penais brasileira e portuguesa.⁴³

Nesse contexto, segundo relatos de Flobets,⁴⁴ é possível apontar, por exemplo, que:

Em, 1983, a corte de cassação Francesa⁴⁵ apreciou o caso de Danièle Richer, que havia mutilado o clitóris e os pequenos lábios (o termo excisão, de acordo com insigne autora, sequer é utilizado pela corte) de sua filha. Em 20 de agosto de 1983, o Tribunal emitiu sua decisão no sentido de o acto apontado como incriminado constituía uma mutilação nos termos da acepção do artigo 312, nº 3, do Código Penal francês;

Um pai de origem turca, residente na Holanda, houvera obrigado sua filha de 16 anos a se casar com um primo distante e polígamo. O casamento fora contratado em função de um anterior acordo assinado entre os dois homens. O consentimento livre e esclarecido do jovem não foi levado em conta. O pagamento do dote foi estipulado em um registro;

Na Holanda, de igual modo, “um jovem turco matou a sua meia-irmã, devido ao fato desta, segundo o autor do homicídio, ter prejudicado a honra da família por meio de seu comportamento”.

A vista disso, são destacáveis as reflexões de Basile⁴⁶ no sentido de constatar que em tais “decisões judiciais sobre casos em que o autor do crime alega ter agido motivado por fator cultural” tem-se quase sempre “que as vítimas são membros” mais “fracos” (filhos, esposas) da família imigrada, enquanto o autor do crime é de um estado “forte” da família (os pais com seus filhos; maridos contra suas esposas), ainda profundamente vinculado à concepção patriarcal e autoritária da família, presente na sua cultura de origem.

⁴³ Para identificação de outros casos que não necessariamente de ordem criminal, como por exemplo, vestes ou trajes. (Cfr. RENTEL, Alison Dundes. *The cultural defense*. Oxford, 2004. p. 139. Ainda nesse mesmo sentido, pode-se destacar a questão do casamento de ciganos na ordem jurídica espanhola cujo “problema de como articular justiça e cultura vai muito além do domínio penal” (FOBLETS, Marie-Claire; RENTEL, Alison Dundes. *Multicultural jurisprudence: comparative perspective in cultural defense*. Oxford; Portland Oregon: Oñati International Series in Law and Society, 2009. p. 108-111. (Versão digital).

⁴⁴ Cfr. FOBLETS, Marie-Claire. Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincente: reflexiones sobre la contribución de la antropología del derecho a un debate contemporáneo. *Derecho Penal Y Pluralidad Cultural - Anuario Del Derecho Penal*, 2006. p. 304-305.

⁴⁵ Segundo lição de Antônio López “é a suprema instância jurisdiccional, competente para julgar os recursos de cassação e revisão. Não há inconveniente em traduzir este órgão por Tribunal de Cassação, cujas funções equivalem às do Tribunal Supremo Espanhol”. Sobre o assunto ver: PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología*. Granada: Editorial Comares, 2011. p. 13. E ainda, mais especificamente para fins de conhecer as reformas, não somente na Europa como também na América, vide: DEU ARMENTA, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América¿ Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marciel Pons, 2012, pp. 167/231.

⁴⁶ BASILE. *Società... cit.*, p. 358.

Enfim, os exemplos se multiplicam e, de fato, quando se volta à órbita da sociedade norte-americana, merecem destaque, ao menos, dois casos de bastante repercussão no âmbito desse debate multicultural que inclusive, coincidentemente, emanam a partir do prisma da cultura asiática,⁴⁷ a saber: *People v. Fumiko Kimura* e *State v. Kargar*, 679 A. 2d 81 (me. 1996), cujos desfechos, embora objeto de interpretações laboradas em sistemas criminais diferentes⁴⁸ dos diversos modelos europeu⁴⁹ (e também brasileiro),⁵⁰ ainda assim, não desnaturam a constatação da tamanha relatividade de ordem hermenêutica penal cujas variações, ora esbarraram em normas processuais, que sequer permitiram o alcance da exata compreensão dos comportamentos, ora ensejam um decreto condenatório moderado ou mais flexível conforme melhor se pormenoriza adiante.

Em 29 de janeiro de 1985, Fumiko Kimura, qualificada como cidadã americana que, à época dos fatos, contava com 32 anos de idade e tinha imigrado para residir nos Estados Unidos, embora tendo nascido e vivido por muito tempo no Japão, se lançou ao mar do Oceano Pacífico em praia da Santa Mônica, Estado da Califórnia, levando consigo seus dois filhos menores de idade, de 4 anos e 6 meses, os quais se afogaram e morreram em decorrência da conduta perpetrada que ainda teve por desfecho o fato de Kimura ter sobrevivido, mesmo após ter tentado o suicídio quase que concomitantemente à morte das crianças e cujo resultado somente não alcançou devido ao fato de ter sido socorrida tempestivamente, o que lhe acarretou uma acusação de duplo homicídio, cuja possível responsabilização em abstrato poderia ensejar inclusive condenação à prisão perpétua.

Nesse cenário fático e processual resumidamente descrito, a defesa técnica de Kimura desenvolveu como tese defensiva a arguição de uma espécie de semi-imputabilidade,⁵¹ cujo contexto buscou explicar todo seu comportamento, inclusive de natureza suicida em razão de seu sentimento de completa perda de autoestima, além de fracasso como pessoa e concepção de que a vida de seus filhos nada mais se consubstanciava que não extensões de si própria. Ou seja, sua defesa foi sustentada na

⁴⁷ O que enseja de certo modo maior riqueza ao debate ante ao fato de representar uma parcela de visão oriental de distintas culturas, como, nos exemplos concretos, a japonesa e afegã.

⁴⁸ Considere-se, assim, na medida em que “De fato, nos EUA há pelo menos 52 sistemas de Justiça Criminal, a saber: os 50 Estados-Membros, o da União e do Distrito de Columbia, Logo, há também 52 fontes diferentes fontes de estabelecimento de procedimentos penais. E ainda: Sistema Penal estadunidense apresenta inúmeras diferenças em relação a outros sistemas. Uma delas consiste no fato de que a Constituição não cria, para a União, um monopólio de criação de tipos penais. Daí que também os Estados membros podem criar tipos penais incriminadores, o que fazem em profusão. O Direito penal dos EUA é predominantemente estadual”. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 35 e 82.

⁴⁹ Sobre o assunto ver: PEÑARANDA LÓPEZ, op. cit.

⁵⁰ Desde então, sempre considerado em qualquer exame ou reflexão porventura investigada ou desenvolvida por razões de afeto, além de formação deste autor.

⁵¹ *Temporary insanity*, prevista no Código Penal da Califórnia.

crença de que seu comportamento decorreria da forma, modo e valores como fora criada segundo a cultura japonesa,⁵² a qual, inclusive, explicaria e até mesmo justificaria suas ações, na medida em que tais somente teriam sido desencadeadas pelo fato de ter se descoberto vítima de traição de seu marido. Kimura foi condenada a um ano de prisão e a cinco anos de *probation*, com a obrigação de tratamento psiquiátrico.⁵³

Em *State v. Kargar*,⁵⁴ os fatos transcorreram em 25 de junho de 1993, e dão conta que Mohammad Kargar, de origem afegã, então refugiado nos Estados Unidos (desde 1990), precisamente no Estado do Maine, acabou acusado de abuso sexual (uma espécie de estupro mediante emprego de força bruta),⁵⁵ tendo por vítima seu filho, que, à época

⁵² Maglie destaca que “de acordo com o costume japonês, Kimura havia tentado cometer o chamado ‘*oyako-shinju*’ um suicídio paterno-filial, um acto que, apesar de ser punido no Japão, não é um modo raro de resolver determinadas situações intoleráveis. A petição (defesa) solicita que seja aplicado o moderno direito japonês, que trata o ‘*oyako-shinju*’ como um homicídio privilegiado, apenado de modo mais leve [...]” (MAGLIE, op. cit., p. 113).

⁵³ DIAS, cit., p. 57-59. De acordo com o insigne autor “O que torna a acção de Kimura ética e socialmente compreensível é não só a vulnerabilidade ou fragilidade humana reflectida na sua tragédia mas também a preocupação e o afecto aos filhos que, apesar de tudo, está patente no recurso ao *oyako-shinju*. Um recurso que a narrativa cultural mitifica como viagem conjunta ao ‘interior do coração’, em busca de uma outra vida. Apesar de ilícita à luz da ideia, moral e juridicamente sustentada, de autonomia da pessoa, a acção desvela ainda um sentido humano. Traço que permite considerar aqui a motivação cultural como atenuante da culpa ou como desculpano, nos termos referidos supra. Uma solução que, a meu ver, colhe fundamento no Direito Penal da culpa e na abertura à diferença requerida pela ética intercultural na apreciação da responsabilidade jurídico-penal do forasteiro. E que não é contraditada - diga-se - por eventuais exigências de prevenção geral integradora, pois não só a sobrevivência da mãe constituirá para ela a mais severa das penas, como a atenuação da culpa ou a exculpação não afectam aqui a confiança geral na futura vigência incólume dos bens jurídicos. Concluo que a motivação cultural não conduz automática ou necessariamente a uma solução de atenuação da culpa ou de exculpação do agente que age por ela determinado. Tudo depende da atendibilidade ética da regra cultural em que a motivação radica e do peso do código cultural nas emoções vividas pelo agente. Peso esse que depende sobremaneira - importa não o esquecer - do nível de integração do agente na sociedade de destino, ou seja, do esforço realizado pelo agente nesse sentido e, uma vez que a integração é um processo bidireccional, das oportunidades de integração que aquela sociedade efectivamente lhe concedeu. Seja como for - não é demais sublinhar este aspecto - o ‘desde onde’ (Cortina) a apreciação destes elementos é realizada não dispensa a penetração do diálogo de culpa pelo diálogo intercultural” (p. 79-80).

⁵⁴ Cfr. *State v. Kargar*, 679A.2d 81 (Me. 1996), Supremo Tribunal Judicial de Maine. Disponível em: http://www.maine.gov/search?q=allinurl%3A+STATE+v.+KARGAR+%22STATE+v.+KARGAR%2C+679+A.2d+81+%28Me.+1996%29%22&btnG=Google+Search&entqr=0&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xml_no_dtd&client=test_collection&ud=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&proxystylesheet=test_collection. Acesso em: dez. 2012.

⁵⁵ Tradução livre segundo é possível constatar da legislação penal do Estado Americano de Maine, precisamente, do disposto adiante transcrito do original e integralmente constante do art. 17-A M.R.S.A. § 253(1)(B) (Supp. 1995) provides, in pertinent part: 1. A person is guilty of gross sexual assault if that person engages in a sexual act with another person and: B. The other person, not the actor’s spouse, has not in fact attained the age of 14 years, ou seja, num exercício de aproximação comparativa, a partir de um prisma que resida em saber se, em uma interpretação cultural diversa do fato - um beijo no pênis do filho, ou, em qualquer outra parte do corpo, que para cultura afegã denota sinal de amor e carinho do pai em relação à criança, possa ser compreendido como crime de estupro mediante emprego de força bruta, o que,

dos fatos, contava com apenas 18 meses de idade, e cujo contexto se desenrolou após uma vizinha ter visto Kargar beijando o pênis da criança.

A testemunha relatou o fato a sua mãe, com quem reside. E esta, em razão de já ter visto uma fotografia de Kargar num álbum de família em igual contexto, em oportunidade em que esteve visitando-o, decidiu denunciá-lo às autoridades policiais locais. Em seguida, Peter Wentworth, sargento lotado no departamento de polícia de Portland, devidamente acompanhado por outros dois agentes, dois assistentes sociais de departamento de serviços humanos e um intérprete, legalmente já munidos de um mandado de busca e apreensão, se fizeram presente no apartamento de Kargar e localizaram a fotografia. Na ocasião, Kargar admitiu que, de fato, era ele na foto, bem como que houvera beijado o pênis de seu filho, contudo, desde o primeiro momento, também esclareceu aos policiais (e, desde então, passou a sustentar em todas as fases subsequentes) que beijar o pênis de um filho jovem era aceito como prática comum em sua cultura, circunstância que não evitou que fosse levado para a delegacia e preso.

Por ocasião do julgamento de Kargar, sua defesa técnica, após dispensa de júri, em sede de *minimis statute*, ouviu várias testemunhas (também emigrantes) familiarizadas com as práticas e costumes afegãos, cujos testemunhos consistiram em esclarecer que beijar o pênis de um filho em tenra idade não somente era comum em seu país de origem como também consubstanciava um ato demonstrador de amor do pai para com o filho, inclusive tendo aduzido que mesmo quando há introdução do órgão genital por completo da criança na boca de um adulto, ainda assim, não existe qualquer sentimento sexual envolvido, mesmo porque, segundo relato das testemunhas, pelos termos da lei islâmica, qualquer atividade sexual entre um adulto e uma criança resulta em pena de morte para o adulto.

A defesa técnica de Kargar também apresentou declarações do Professor Ludwig Adamec da Universidade do Arizona, do centro para estudos do Oriente, e de Saifur Halimi, um religioso professor e diretor do serviço de informação de Mujahideen afegãos de Nova York, ambos no sentido de afirmar e esclarecer que a conduta perpetrada por Kargar era normal e considerada expressão de amor no Afeganistão. O desfecho do caso foi o seguinte: embora condenado em primeiro grau, o acusado foi absolvido em sede de apelação.⁵⁶

de acordo com o disposto no Código Penal Português, em seu art. 171º, consubstanciaria o tipo de abuso sexual de crianças, e ainda, em sede do Código Penal brasileiro, ante ao teor do art. 217-A, o equivalente ao tipo de estupro de vulnerável, respectivamente, assim redigidos: a) “art. 171º 1. Quem praticar acto sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa, é punido com pena de prisão de um a oito anos. 2 - Se o acto sexual de relevo consistir em cópula, coito anal, coito oral ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objectos, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos”, e b) “art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos”.

⁵⁶ MAGLIE, op. cit., p. 118-120.

Por derradeiro, ao se perscrutar a identificação de iguais conflitos com viés envolvendo os aspectos de diversidade cultural e sistema penal em sede lusófona, Mário Monte assevera que é possível evidenciar que Portugal:

Adota uma posição neutra, do ponto de vista cultural, de não se intrometer nas decisões culturais das pessoas, porém intervém quando se tratam de proteção de direitos fundamentais, independentemente de sexo, raça, religião etc. Segue-se que não há crimes com motivações culturais que, quando cometidos, têm exatamente o mesmo tratamento que aqueles que possuem tais motivos. O que significa simplesmente que comportamentos como a excisão do clitóris, maus-tratos ou abusos familiares, bigamia etc., independentemente das motivações subjacentes, dentro dos limites estabelecidos em lei, são crimes. E é assim porque o Estado não renuncia ao seu *ius puniendi* quando se trata de defesa dos direitos fundamentais.⁵⁷

Assim, emergem da cultura lusófona, por exemplo, segundo lição de Augusto Silva Dias,⁵⁸ que, em Guiné-Bissau, ocorre o ritual do fanado consistente na extirpação do clitóris de crianças recém-nascidas integrantes de culturas africanas, cujas razões decorrem de fatores rituais, “não estando isentos de conotações mitológicas”, além de excisão não se constituir como ação ou execução avulsa, “antes se insere e funciona como um ritual de passagem ou de agregação à comunidade” e, também, como uma espécie de “celeiro multicultural”, consubstanciado a partir das etnias Mancanha, Manjaco e Pepel (que, de acordo com insigne autor, “possuem um dialecto semelhante e uma religião animista, que marca as suas representações colectivas e influencia grande número de práticas e de rituais dos seus membros”). Exsurge, ainda, o ritual do infanticídio, em sede do qual, ditas comunidades, por conceberem que um menino que tem uma deformidade física extraordinária ou um comportamento estranho pode ser um espírito maligno, identificado um “Ucó” (para Silva Dias, justifica-se o emprego do termo porque “ucó”, e não “pessoa”, não porque pense que a definição do que é ou não pessoa humana esteja dependente de representações de indivíduos ou de grupos e seja insusceptível de uma determinação

⁵⁷ MONTE, Mário Ferreira. Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono: prueba de una solución de restauración para el problema de los delitos motivados culturalmente. In: CORNACCHIA, Luigi; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coord.). *Multiculturalismo y derecho penal*. 1. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2012. p. 122.

⁵⁸ Após percuciente exame desse contexto fático referido autor arremata de modo singular “Faz sentido punir o ritual do fanado? A resposta é claramente negativa. Não é o ritual em si mas um acto do ritual, mais concretamente, a excisão, que pode cair na alçada do Direito Penal. E faz sentido punir a excisão? A resposta não é agora tão linear. Se a pergunta se refere à permanência da excisão no tipo incriminador de ofensas corporais graves, ela não pode deixar de ser afirmativa. Mas já se com a pergunta se pretende saber se a excisão representa, em regra, uma ofensa corporal concretamente punível, a resposta será tendencialmente negativa”. DIAS, Augusto Silva. Faz sentido punir o ritual do “fanado”? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, 2006. p. 1 e ss.

ética e jurídica universal, mas porque entende ser esta a forma correta de pôr a questão do ponto de vista da apreciação da responsabilidade criminal) do qual a família tem que se livrar por representar fonte de perigo.⁵⁹

Além desses, merece destaque a:

Poligamia, muito comum em quase todos os países africanos de língua portuguesa (Braun, 6), e, às vezes, em geral, o abuso de maus-tratos familiares e o trabalho infantil, tolerado por respeito ao pai de família, realidade, no entanto, que não é estranha aos países lusófonos.⁶⁰

Em sede da realidade brasileira, o estudo desenvolvido por Renato Jorge destaca que as influências do multiculturalismo também podem ser percebidas, na medida em que, de certo modo, apesar de ter sido colonizado por Portugal e, ao exemplo do que sucedeu nos Estados Unidos da América, vários imigrantes advieram de outros países europeus, asiáticos e africanos. Isso sem falar dos indígenas que pré-habitavam, acabando por formar uma sociedade heterogênea. Contudo, mesmo o Brasil ostentando uma base de culturas regionais amplamente diversas (ainda que muitas destas sejam diluídas), não exsurge uma “sensível preocupação com o tema do multiculturalismo”, mas, ainda assim, é possível verificar alguns casos de presença multicultural no sistema penal brasileiro que perpassam, dentre outros exemplos, como emblemáticos aos fins de referenciar “a questão indígena; a Lei de Armas brasileira de 1997 e o caso dos atiradores (bacamartes) do nordeste brasileiro; a farra do boi e os maus-tratos de animais; o santo daime e as leis de drogas”.⁶¹

Enfim, a relação entre multiculturalismo e direito penal, quando estudada a partir da perspectiva da diversidade cultural, consubstancia um debate aberto. Tal substrato é consentâneo com a concepção de que o direito também é um produto cultural de criação humana, daí que não se pode ou se justifica se surpreender pelos exemplos identificados nos mais diferentes continentes e sistemas penais modernos.

⁵⁹ A conduta ou comportamento cultural consiste no fato de “o agente ou agentes que colocam o ‘ucó’, ou o ser sob suspeita, junto da água do rio ou do mar, tendo em vista, respectivamente, afastá-lo da família ou obter a prova decisiva, realizam objectivamente o tipo de ilícito do homicídio (art. 107 do CP) na forma tentada ou consumada, consoante o processo causal se quedar no perigo concreto para a vida ou desembocar no resultado morte. Sendo o homicídio um crime de ‘forma livre’, no tipo cabe perfeitamente a exposição ao perigo daquele modo praticada” DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, 1996. p. 209 e ss.

⁶⁰ MONTE. Multiculturalismo... cit., p. 118.

⁶¹ SILVEIRA, Renato Jorge de Melo. Multiculturalism and criminal law: the Brazilian case. In: *Revue Internationale de Droit Penale - Multiculturalisme, Droits de L’homme, Droit Pénal International*, année 82, nouvelle série, p. 511-519, 3^o/4^o trimestres, 2011.

II. MODELOS DE INTERPRETAÇÃO LEGAL DO MULTICULTURALISMO E DE DIREITO PENAL EM SOCIEDADES MULTICULTURAIS E GLOBALIZADAS, EM SEDE DAS QUAIS EMERGEM DELITOS CULTURALMENTE MOTIVADOS: BREVES REFLEXÕES

Nos termos do escólio de Renato Jorge, a noção de efetiva aplicação de tais percepções de todo esse pluralismo cultural inserto em um Estado de Direito sequer constitui-se numa ideia substancialmente nova, eis que Max Ernst, nos idos do século XX, já estudava a problematização de “normas de direito e normas de cultura” tendo evidenciado que o conjunto de bens jurídicos consubstanciava imposições de normas de cultura.⁶²

Ademais, segundo o autor,⁶³ é possível identificar diferentes linhas de abordagem e destacar dois modelos de interpretação legal do multiculturalismo, a saber, um modelo francês, caracterizado por ser mostrar antagônico a uma leitura (interpretação) penal multicultural, e um inglês, que se evidenciaria mais receptivo à diversidade cultural, inclusive garantindo que não haja criminalização de determinados fatos típicos tendo por motivações questões de fundo cultural.

Além disso, tem-se, ainda, que, ao se buscar identificar a(s) concepções penais tendo por observação especificamente os contornos conceituais evidenciados sobre o conceito de delitos culturalmente motivados, importa considerar que, em meio a tantas realidades distintas, fruto não somente da própria dialética da diversidade em si, como também do fato de existirem diversos sistemas jurídicos criminais, outro não poderia ser o resultado senão o da multiplicidade de modelos de direito penal neste campo também.

Daí que, nesse contexto, Maglie⁶⁴ desenvolve e estrutura tais modelos em três grandes vertentes das quais a *assimilação* caracteriza-se como sendo completamente insensível à diversidade cultural e pode se dividir, ainda: primeiro, num modelo que identifica por assimilação-igualitária, cujo alicerce é explicável pelo fato de desenvolver uma interpretação formal do princípio de igualdade (o que seria correspondente ao modelo francês); e segundo, um subtipo identificável como sendo de assimilação-discriminatória,

⁶² Nesse sentido, para referido autor referenciado por Renato, “as normas podem ser definidas como regras, mostrando-se como instruções para a conduta humana. Essas regras podem ser definidas como um imperativo abstrato para a conduta humana. No entanto, das normas jurídicas devem claramente se distinguir as normas culturais. Estas poderiam ser consideradas como a denominação genérica para a totalidade daqueles mandatos, além de proibições, direcionadas ao indivíduo como exigências religiosas, morais, convencionais, de trânsito ou para exercício de atividade de profissão. Assim, a dicotomia proposta importa que, para a efetividade de uma lei, deveria o indivíduo conhecer as normas de cultura, e as jurídicas, necessariamente, devem coincidir com as de cultura. Daí a importância das chamadas normas de civilidade, segundo as quais um fato deve ser considerado antijurídico somente quando contrastar com as concessões éticas, sociais e políticas dominantes. Quando uma conduta, ainda que tipicamente prevista, venha a se adequar às normas de civilidade, não deveria ser tida como antijurídica” (SILVEIRA, cit., p. 509).

⁶³ SILVEIRA, cit., p. 510.

⁶⁴ MAGLIE, op. cit., p. 69.

cuja tônica centra-se na falta de adequação à cultura dominante que pode gerar reação hiperpunitiva, o que seria correspondente ao adotado pelo legislador italiano, “apesar da indicação mais sensível da jurisprudência italiana”.⁶⁵ Ainda assim, foi introduzido no Código Penal Italiano o art. 583, atinente à mutilação genital feminina, uma espécie hipercriminalizadora “que pune mais do que se puniria utilizando o tipo penal de lesões constante dos arts. 582 e 583” do já citado código.

Além do primeiro e suas variações, o segundo modelo, denominado por Maglie como sendo multicultural débil, busca reconhecer os delitos culturalmente motivados, sem, contudo, abandonar os princípios fundamentais do direito penal, de modo que, em sede deste, “a solução sistemático-sancionatória aberta à diferença étnico-cultural se busca a partir das categorias penais tradicionais mediante uma reinterpretação para que acolham as novas situações produzidas pelos conflitos culturais”.⁶⁶ Por derradeiro, o terceiro modelo, como sendo multicultural forte, eis que consiste no mais aberto e tolerante a outras culturas, nem mesmo colocando o problema de integração cultural, daí que a autora inclusive alude esse à origem anglo-saxônica no que diz respeito à *cultural defense*.⁶⁷

Acerca mais especificamente da mundialização,⁶⁸ de acordo com Borja Jiménez:

Podem-se observar conceitos penais que vêm com a ideologia da globalização, como o funcionalismo, o direito penal do inimigo ou o direito penal simbólico, que emergiu de referido pensamento, e que se afasta, em parte, do fundamento do sistema penal baseado na condição humana. Mas também se comprova que os modelos interculturais ou de internacionalização do direito penal, que são baseadas em um entendimento comum dos direitos humanos, se veem favorecidos pelos processos de mundialização econômica.⁶⁹

Com efeito, à vista de todo exposto, empresta-se de Teresa Deu Armenta⁷⁰ a escorreita afirmação no sentido de que “não existem regimes normativos, nem sistemas processuais ortodoxos, e menos ainda modelos perfeitos”. Daí que em qualquer das opções acima destacadas, por meio das quais se busque melhor interpretar ou aplicar o direito penal, frente aos fenômenos do multiculturalismo (e também, de modo conexo, da globalização, ao menos no que diz respeito aos aspectos culturais e de interesses, incluindo garantias processuais dos grupos minoritários até então desenvolvidos), sempre

⁶⁵ MAGLIE, op. cit., p. 70.

⁶⁶ MAGLIE, op. cit., p. 70.

⁶⁷ Ver nota 37.

⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 22-24.

⁶⁹ BORJA JIMENEZ, Emiliano. El fundamento intercultural del derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 62, Fasc/Mes 1, 2009. p. 286.

⁷⁰ DEU ARMENTA, op. cit., p. 232.

surgirão tensões entre princípios,⁷¹ dentre outros, por exemplo, de modo mais latente, entre a legalidade e a igualdade.

Os casos Kimura e Kargar anteriormente descritos muito bem espelham tal assertiva, na medida em que a colisão dos valores imanentes da cultura, observada à luz do que estabelecem as normas penais vigentes, dão conta que, desde que acolhido integralmente o viés do *background* cultural dos autores, ter-se-ia por denotar como sendo aquele superior e prevalente à própria lei penal, ou melhor, valendo-se de novo empréstimo, desta feita das palavras de Claes e Vrielink, “o princípio da legalidade entra em conflito para tratar o réu, como se a lei fosse como ele pensava que fosse”.⁷² Sucede que o cariz do referido princípio, conforme aduz Maglie citando Sams, “exige justamente o contrário no sentido que se preserve com força ‘a determinação das leis’, que não devem ser desgastada pelo ‘reconhecimento da opinião ou interesse de terceiros’”,⁷³ isso sem nem mesmo se considerar o aspecto que envolve a flexibilização do axioma presente na grande maioria dos sistemas criminais atuais constantes da regra que *ignorantia legis non excusat*.

A igualdade, por sua vez, conforme ensina Maglie, decorreria da “violação dos direitos de defesa e proteção dos demais imputados, que não poderiam fazer valer a cultura de seu grupo, mas que de resto estariam nas mesmas condições dos imputados culturais que sem embargo sequer poderiam invocá-las”.⁷⁴ Ocorre que tal princípio se mostra ponto ultrasensível não somente quanto aos sujeitos ativos, eis que, igualmente, ocorreria violação frente às pessoas ofendidas por uma interpretação que porventura considerasse o rótulo de delito culturalmente motivado, na medida em as vítimas de tal viés interpretativo de fato(s) que possa(m) ser interpretado(s) como delito culturalmente

⁷¹ Acerca do tema, Borja Jiménez leciona: “com efeito, ao se tentar definir em matéria de princípios os comuns, você vai apreciar as dificuldades através das diferenças existentes entre os sistemas legalistas da Europa continental ou a prevalência do precedente jurídico do direito *common law* dos sistemas anglo-saxão. Também nesse mesmo âmbito aparecerão os obstáculos para a hora de encontrar-se a função do direito penal como um protetor de bens jurídicos (concepção majoritária da tradição continental) ou regida pelo *harm principle* (tradição anglo-saxônica). A estrutura do crime se altera, em grande parte da Europa continental onde há consenso ao se entender que vêm constituída pelas características de tipicidade da ação humana, antijuridicidade e culpabilidade, enquanto que, na França, se define em torno dos elementos legal, material e moral ou, na Inglaterra, nos componentes do *actus reus* e *mens rea*. No entanto, se baseia em aspectos menos técnico-dogmático e mais filosóficos ou constitucionais, na medida em que se aprofundando em aspectos menos técnicos-dogmáticos e mais filosóficos ou constitucionais, aparecem os fundamentos mais gerais, tais como a dignidade da pessoa humana” (BORJA JIMENEZ, cit., p. 301).

⁷² Referidos autores ainda arrematam dizendo que “em vez de apontarem as restrições que o princípio da legalidade representa na ação estatal. A exigência de interpretação estrita das leis penais, por exemplo, (que é geralmente considerado como um derivativo ou corolário do princípio da legalidade) pode servir como base para uma prova cultural que permite perdoar quando é (possivelmente) relevante para negar ou diminuir a legalmente exigida *mens rea*” (que pode ser traduzida como o equivalente ao dolo segundo o estudo da estrutura do delito tanto de acordo com o direito penal português quanto brasileiro). (FOBLETS; RENTEL, op. cit., p. 306).

⁷³ MAGLIE, op. cit., p. 161.

⁷⁴ MAGLIE, op. cit., p. 162.

motivado acabaria(m) por receber por parte do sistema criminal menor proteção em termos de respeito, se comparadas com as vítimas de outros delitos, além de que ocorreria ainda uma forte discriminação, isso sem se contar como uma “segunda vez vitimizada” enquanto ofendida pelo viés interpretativo de crime cultural.⁷⁵

Denota-se, portanto, inclusive certo paradoxo⁷⁶ de se buscar interpretar o multiculturalismo como forma de implementar ou materializar ao máximo um tratamento igualitário entre grupos minoritários, ou seja, caso a dose se mostre excessiva, é forçoso reconhecer uma perspectiva, no mínimo, de possível violação principiológica pelo viés formal da igualdade.

Eis que, lembrando Basile,⁷⁷ quase sempre “as vítimas são membros” mais “fracos” (filhos, esposas) da família imigrada, portanto, como efetivar as lições de Roxin relativas à principal tarefa do direito penal como consistente em “prevenção dos riscos para o indivíduo e para a sociedade” se, ao reconhecer-se, por exemplo, não punibilidade aos agentes responsáveis por extirpar o clitóris de uma criança recém-nascida, tal qual descrito nos exemplos ocorridos na França e em Guiné Bissau, e ainda, de outras condutas, como o estupro ou outros atos de violência física e sexuais em desfavor de mulheres e crianças, sem que haja responsabilização criminal, tendo em conta multicitada vinculação à concepção patriarcal e autoritária da família, presente em muitas culturas de origem de autores de tais fatos, incluindo no espaço lusófono, segundo destacado por Mário Monte.⁷⁸

Com efeito, ao se considerar a diferença cultural do transgressor e a efetiva aplicação da lei penal, bem como a prevenção de ocorrências de crimes passíveis de interpretação como culturalmente motivados, urge que se tenha por premissa, um (ou mais) fundamento(s) que, desde logo, entende-se, sem prejuízos de críticas, poder ser expressão deste(s), ao menos: o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, conforme sustenta Borges Jiménez, “para tanto, o fundamento (ou base) de todo sistema penal se consubstancia na imagem e ideia de ser humano, sujeito, indivíduo ou pessoa que é comum a todas as tradições, cultura ou civilização”.⁷⁹

Portanto, sem a pretensão de uma fórmula perfeita e acabada, o que demandaria, no mínimo, o desenvolvimento de uma tese, aduz-se que em qualquer que seja o modelo

⁷⁵ Ibidem

⁷⁶ Neste sentido, conforme Ayelet Shachar citado por Seyla, ver “o paradoxo da vulnerabilidade multiculturais” (2000, p. 386). “Bem-intencionada acomodações políticas por parte do estado, com o objetivo de nivelar o campo de jogo entre as comunidades minoritárias e a sociedade em geral” (BENHABIB, op. cit., p. 104).

⁷⁷ Vide nota 42.

⁷⁸ Vide nota 56.

⁷⁹ BORJA JIMENEZ, cit., p. 302. O autor propõe como fundamento intercultural do direito penal que deva tutelar todo o sistema penal uma espécie de catálogo mínimo inviolável que, por meio de outra argumentação, tinha sido alcançado a compreender e que “dito catálogo se circunscreveria nas garantias fundamentais do direito a vida, a integridade física e moral, na proibição da escravidão e de tortura, e no respeito à legalidade dos delitos e das penas e também nas regras básicas do processo” (BORJA JIMENEZ, cit., p. 311).

porventura objeto de escolha ou até mesmo de fusão de escolhas, numa tentativa de alcançar equidade, o direito penal jamais poderá se afastar ou deixar de ter por premissa, primeiro, o princípio da culpa, o qual, inclusive, consubstanciando marco que jamais pode se deixar retroceder e, segundo, que mesmo tendo que atuar no plano de prevenção geral, entende-se que o intérprete, mesmo frente a todas essas realidades (globalização e multiculturalismo), ao buscar investigar possível responsabilidade criminal do agente, sob nenhuma condição pode deixar, tal qual preconizado por Fernanda Palma,⁸⁰ de testar tudo quanto possa constituir em obstáculo para tal responsabilidade, sendo certo que a justiça melhor desenvolvida sempre variará em conformidade com os contextos fáticos de cada caso concreto, de cujo bom senso e individualização da justiça nenhum intérprete deverá se afastar, principalmente em tempos de globalização, que, ao mesmo tempo em que universaliza, fragmenta, pois o homem globalizado cada vez mais se mostra egoísta e não está preocupado com o seu próximo, o que distânciava qualquer pretensão de se promover justiça enquanto pacificação social. Ou seja, sem o efetivo reconhecimento do outro.⁸¹

CONCLUSÕES

Em face de todo o articulado nas linhas acima, incluindo as notas apontadas, é forçoso constatar que as interpretações de ordem legal, nomeadamente, penal do multiculturalismo podem ser diversas e bastante variadas. Embora não seja possível apresentar conclusões outras que não de cunho provisório, desde logo, sem prejuízo de críticas, sustenta-se que a não opção intencional de um modelo ou concepção de direito penal dentre os descritos, isso, para variar dentre tais, conforme um ou outro melhor se afigure mais adequado a cada contexto fático de caso concreto, pode significar um instrumento hermenêutico importante na consecução da justiça penal.

Isso porque, como tais fenômenos consubstanciam uma realidade presente e irreversível, tem-se que o papel do penalista, mesmo abrindo mão de uma sólida base dogmática, não deve ser a de mero cultor de letra de lei, mas de intérprete, no sentido de buscar o aperfeiçoamento das relações humanas, tanto individuais como coletivas, repensando em particular a (re)definição com toda clareza, de modo diuturno, que sendo o direito penal *ultima ratio*, em toda e qualquer análise que seja feita, jamais pode afastar-se da preocupação com o ser humano. Enfim, urge se buscar interpretações que de tais fenômenos se sirva o homem e não o inverso. E o jurista é aquele capaz de definir os limites e controlar as consequências. Esse é o grande desafio a ser perseguido quando da aplicação legal do multiculturalismo no campo penal.

⁸⁰ PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

⁸¹ *Ex vi* nota 2, assim lançada no original: "In other terms, it regards to the acknowledgement of the other", de Otfried Höffe citado por SILVEIRA, cit., p. 508.

É do interesse de uma forte democracia que o efetivo manejo ou emprego do fenômeno do multiculturalismo no campo da justiça penal não se desenvolva afastado do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento (ou base) de todo sistema penal pretensamente moderno. “Quando Hannah Arendt escreveu que ‘o direito a ter direitos’ era uma reivindicação fundamental, bem como um problema político difícil”⁸² ([1951] 1979, p. 226), esse parece ser também a grande sina de qualquer leitura que se pretenda desenvolver de concepção de direito penal quanto ao uso do multiculturalismo, eis que, o que se deve considerar, conforme argutamente exposto na lição de Augusto Silva Dias, de que o labor da ciência jurídica não é neutro em termos de fundamentação. Os seus enunciados partem de uma compreensão acerca dos princípios e dos fins do Direito e visam construir soluções coerentes com essa compreensão. Há compreensões do ordenamento jurídico de matriz liberal, mas também de cariz marxista, comunitarista, etc., uma diversidade de concepções que, se alimenta soluções práticas muitas vezes divergentes, não impede que uma delas se afigure normativamente mais coerente e geradora de consequências mais justas e aceitáveis. Mas, seja como for, parece límpido que os métodos da ciência jurídica, designadamente as ponderações subjacentes à concordância prática ou à busca de regras de prevalência em caso de conflito de direitos e interesses, contribuem para corroborar ou afastar as concepções filosóficas que se confrontam no debate interno do multiculturalismo.⁸³

REFERÊNCIAS

ALVES, Lindgren. *Viagens no multiculturalismo: o comitê para eliminação da discriminação racial das Nações Unidas e seu funcionamento*. Brasília: FUNAG (Fundação Alexandre de Gusmão), 2010. Disponível em: <http://www.funag.gov.br/biblioteca/dmdocuments/00464.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2013.

BARRY, Brian M. *Culture and equality: an egalitarian critique of multiculturalism*. Cambridge: Polity Press, 2001.

BASILE, Fabio. Società multiculturali, immigrazione e reati culturalmente motivati (comprese le mutilazioni genitali femminili). In: *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale - Rivista telematica*, outubro 2007. Disponível em: <http://riviste.unimi.it/index.php/statoechiese/article/view/954>. Acesso em: 30 abr. 2013.

BENHABIB, Seyla. *Claims of culture: equality and diversity in the global era*. Princeton University Press, 2002.

BERNARDI, Alessandro. El derecho penal entre la globalización y el multiculturalismo. Traducido por Carmen Portaceli Sevillano. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n. 8, p. 13-37, 2002.

⁸² BENHABIB, op. cit., p. 176.

⁸³ DIAS, Augusto Silva. O multiculturalismo como ponto de encontro entre direito, filosofia e ciências. Artigo não publicado, cedido pelo autor aos alunos da disciplina Direito Penal “B” do Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Ciências Jurídico-Criminais, período 2012/2013.

BORJA JIMENEZ, Emiliano. El fundamento intercultural del derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 62, Fasc/Mes 1, p. 283-311, 2009.

BROECK, Jeroen Van. *Cultural defense and culturally motivated crimes (cultural offences)*. Disponível em: <http://jthomasniu.org/class/781/Assigs/vanbroeckcultdef.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2013.

CARNEVALI, Raúl. El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno. *Polít. Crim.*, n. 3, 2007. A6. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl>. Acesso em: 30 abr. 2013.

CAMPOS, Roberto de Oliveira. *A quarta globalização*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/5/11/brasil/3.html>. Acesso em: 30 jul. 2013.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. (E-book).

DE LA FUENTE, Oscar Pérez. Delitos culturalmente motivados: diversidad cultural, derecho e inmigración. In: *European Journal Of Legal Studies*, v. 5, issue 1, spring/summer 2012. Disponível em: http://earchivo.uc3m.es/bitstream/10016/15761/1/delitos_EJLS_perez_2012.pdf. Acesso em: 30 abr. 2013.

DEU ARMENTA, Teresa. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América¿ Un camino de ida y vuelta?* Madrid: Marciel Pons, 2012.

DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coord.). *Emoções e crime*: filosofia, ciência, arte e direito penal. Coimbra: Almedina, 2013.

DIAS, Augusto Silva. Faz sentido punir o ritual do “fanado”? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, p. 187-238, 2006.

DIAS, Augusto Silva. Problemas do direito penal numa sociedade multicultural: o chamado infanticídio ritual na Guiné-Bissau. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, 1996.

DIAS, Augusto Silva. *O multiculturalismo como ponto de encontro entre direito, filosofia e ciências*. Artigo não publicado, cedido pelo autor aos discentes da disciplina Direito Penal “B” do Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Ciências Jurídico-Criminais, período 2012/2013.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Diversidad cultural y sistema penal. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 13, p. 25-40, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/handle/123456789/70?show=full>. Acesso em: 30 ago. 2013.

FOBLETS, Marie-Claire. Los delitos culturales: de la repercusión de los conflictos de cultura sobre el comportamiento delincuente: reflexiones sobre la contribución de la antropología del derecho a un debate contemporáneo. *Derecho Penal y Pluralidad Cultural - Anuario del Derecho Penal*, 2006.

FOBLETS, Marie-Claire; RENTEL, Alison Dundes. *Multicultural jurisprudence: comparative perspective in cultural defense*. Oxford; Portland Oregon: Oñati International Series in Law and Society, 2009. (Versão digital).

GOMES, Eduardo Biacchi. *União Europeia e multiculturalismo: o diálogo entre a democracia e os direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.

GIODARNO, Christian. *Las nociones de cultura y derecho en antropología*. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2012_02.pdf. Acesso em: 08 set. 2013.

HUNTINGTON, Samuel. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. São Paulo: Objetiva, 1997.

HALL, Stuart. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Tradução Adellaine La Guardia Resende e outros. Organização de Liv Sovik. Belo Horizonte: Editora da UFMG/Brasília; Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HÖFFE, Otfried. *Democracy in an age of globalisation*. Translated by Dirk Haubrich with Michael Ludwig Dordrecht. Springer.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

MAGLIE, Cristina de. *Los delitos culturalmente motivados: ideologías y modelos penales*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MONTE, Mário Ferreira. Multiculturalismo y derecho penal en el espacio lusófono: prueba de una solución de restauración para el problema de los delitos motivados culturalmente. In: CORNACCHIA, Luigi; SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo (Coord.). *Multiculturalismo y derecho penal*. 1. ed. Navarra: Thomson Reuters, 2012.

MOREIRA JESÚS, Manuel Alberto. *El concepto de cultura en el derecho*. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/4870>. Acesso em: 05 jul. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Relatório de Desenvolvimento Humano 2009: ultrapassar barreiras: mobilidade e desenvolvimento humanos*. Disponível em: http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf. Acesso em: 30 ago. 2013.

PALMA, Maria Fernanda *O princípio da desculpa em direito penal*. Coimbra: Almedina, 2005.

PEÑARANDA LÓPEZ, Antonio. *El proceso penal en España, Francia, Inglaterra y Estados Unidos: descripción y terminología*. Granada: Editorial Comares, 2011.

PANAREDA, Jordi Agustí. Embaralhando cultura, identidade e conflito mediadores interculturais na gestão da imigração. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Cultura e identidade em tempo de transformações*. Curitiba: Juruá, 2011.

PIQUERAS, André. Alguns pontos importantes sobre multiculturalidade e interculturalidade na mundialização capitalista: um novo olhar sobre os conceitos de cultura e identidade. In: FERNÁNDEZ, Albert Noguera; SCHWARTZ, Germano (Org.). *Cultura e identidade em tempo de transformações*. Curitiba: Juruá, 2011.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2006.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

RENTEL, Alison Dundes. *The cultural defense*. Oxford, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *La expansión del derecho penal*. 3. ed. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B de FF, 2011.

SILVEIRA, Renato Jorge de Melo. Multiculturalism and criminal law: the Brazilian case. In: *Revue Internationale De Droit Penale - Multiculturalisme, Droits de L'homme, Droit Pénal International*, Année 82, nouvelle serie, 3º/4º trimestres 2011.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

DA POSSÍVEL INCIDÊNCIA DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM EXECUÇÕES FISCAIS*

THE POSSIBLE INCIDENCE OF DISREGARD OF LEGAL ENTITY IN TAX ENFORCEMENT PROCEEDINGS

LUCAS DE SOUZA LEHFELD

Professor Pós-Doutor Orientador do Programa de Mestrado em Direitos
Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp.
Advogado. E-mail: lehfedrp@gmail.com.

DANILO HENRIQUE NUNES

Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de
Ribeirão Preto - Unaerp. Advogado. Professor Universitário.
E-mail: dhnunes@hotmail.com.

LETÍCIA DE OLIVEIRA CATANI FERREIRA

Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade
de Ribeirão Preto - Unaerp. Advogada. Professora
Universitária. E-mail: leticiacatani@yahoo.com.br.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Pessoa jurídica: conceito e definição: 1.1. Do “nascimento” da pessoa jurídica; 1.2. Dos direitos fundamentais da pessoa jurídica; 1.3. A pessoa jurídica como titular da posse e propriedade - 2. Do princípio da propriedade - 3. Desconsideração da personalidade jurídica: início e definição: 3.1. Teorias da desconsideração; 3.2. Teoria maior; 3.3. Teoria menor; 3.4. Desconsideração inversa; 3.5. De ação própria ao incidente processual - 4. A desconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais: 4.1. Conceito de execução fiscal; 4.2. A LEF como lei especial e a aplicação subsidiária do CPC; 4.3. Da aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções fiscais; 4.4. Da impossibilidade de aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções fiscais - Considerações finais - Referências.

* Data de recebimento do artigo: 16.01.2019.

Datas de pareceres de aprovação: 22.01.2019 e 01.02.2019.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 08.02.2019.

RESUMO: O surgimento da pessoa jurídica de direito privado como forma de atingir interesses em comum possibilitou o exercício da atividade comercial de forma autônoma e independente em relação aos sócios. Todavia, como sempre existiu na humanidade, inúmeras são as sociedades incapazes de cumprir com sua obrigação contratual em face de seus credores, seja pela real ausência de fundo financeiro da própria sociedade, seja por atitudes ilícitas e de má-fé exercidas pelos responsáveis das sociedades. Assim, visando ao cumprimento obrigacional e atingimento do mais justo resultado que se pode alcançar, o legislador criou a modalidade da desconsideração da personalidade jurídica, instituto pelo qual possibilita o atingimento do patrimônio do sócio após comprovada a atitude ilícita exercida pela sociedade. O presente trabalho é feito a partir do método hipotético-dedutivo e de grande alicerce teórico. Destaca-se que, ao instaurar o incidente da desconsideração prevista no CPC/15, são garantidos às partes os direitos constitucionais, principalmente da ampla defesa e contraditório. Porém, em matéria tributária, este instituto é raramente utilizado, isto é, neste ramo, o patrimônio do sócio é atingido de forma desacertada, visto que tal medida fere princípios constitucionais, impossibilitando que a parte exerça seu direito de defesa antes mesmo do atingimento de seus bens.

PALAVRAS-CHAVE: pessoa jurídica; desconsideração da personalidade jurídica; incidente processual; patrimônio do sócio; execução fiscal.

ABSTRACT: The emergence of the legal entity of private law as a way to achieve common interests, made possible the commercial activity in an autonomous and independent manner in relation to the partners. However, as it has always existed in mankind, there are countless companies that are unable to fulfill their contractual obligation vis-à-vis their creditors, either because of the company's lack of financial background or because of illicit and bad faith actions by corporate officers. Thus, in order to comply with the obligation and attain the most equitable result that can be achieved, the legislator created the modality of disregarding the legal personality, an institute by which it allows the acquisition of the patrimony of the partner after proven the illicit attitude exercised by society. The present work is made from the hypothetical-deductive method and from a big theoretical framework. It should be noted that in establishing the incident of disregard foreseen in CPC / 15, the parties are guaranteed the constitutional rights, mainly of ample defense and contradictory. However, in tax matters, this institute is rarely used, that is to say, in this branch, the patrimony of the partner is reached in a wrong way, since that measure violates constitutional principles, making it impossible for the party to exercise its right of defense before even reaching your assets.

KEYWORDS: legal entity; disregard of legal entity; infringement proceedings; shareholders' equity; tax enforcement.

INTRODUÇÃO

As empresas, sociedades empresárias e as pessoas naturais movimentam a economia nacional realizando diversas modalidades de atividade financeira, seja pela compra

e venda dos mais variados produtos, seja pela prestação de serviços. Tais empresas, estando no polo ativo ou passivo na relação contratual, são dirigidas por administradores e, na maior parte das vezes, possuidoras de autonomia patrimonial.

Todavia, a habilidade de encontrar frestas que possibilitam a realização de atos escusos é inerente à população brasileira. Assim, não é incomum encontrar pessoas naturais (sócios) que se utilizam da separação patrimonial de suas empresas para usufruir da prática de tais atitudes, muitas vezes com o intuito de burlar o sistema tributário, bem como pela tentativa de se esquivar do pagamento de seus credores, ocasionando assim diversos prejuízos a terceiros. Diante da constante ocorrência destas práticas ilícitas de proveito particular e prejuízo aos interessados é que surgiu entendimento jurisprudencial no sentido de ser possível a confusão patrimonial entre sócio e empresa visando à adimplência do contratado.

Segundo a maioria dos doutrinadores, confusão patrimonial pode ser entendida da seguinte forma:

[...] confusão entre o patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica. Essa situação decorre da não separação do patrimônio do sócio e da pessoa jurídica por conveniência da entidade moral. Neste caso, o sócio responde com seu patrimônio para evitar prejuízos aos credores, ressalvada a impenhorabilidade do bem de família e os limites do patrimônio da família. (NERY JÚNIOR, 2008, p. 249).

Esta modalidade, conhecida por “desconsideração da personalidade jurídica”, somente foi positivada na legislação brasileira, como incidente processual, após a reforma do Código Civil, isto é, até o ano de 2002, a confusão patrimonial era instaurada de acordo com entendimento jurisprudencial, e não com embasamento legal contido na legislação, desde que, por óbvio, bem fundamentado e comprovada a ilicitude do devedor.

Assim determina o art. 50 do Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Essa motivação de positivar tal instituto proveio da necessidade de o judiciário encontrar soluções efetivamente significativas com respostas previamente definidas e assistidas de eficiência, assim, marcando o perfil do Poder Judiciário pela morosidade processual. Nesta toada, visando à celeridade processual e enfim satisfação do direito, define a Analista Judiciária do Superior Tribunal de Justiça, Waleska Bertolini Mussalem:

Na vida econômica, os conflitos não podem ser eternizados, sob pena de absoluta inutilidade da prestação jurisdicional. Do mesmo

modo, o emaranhado de leis causa facilidades para manobras de toda a ordem e cria dificuldades àqueles que cumprem com suas obrigações. Mais grave, ainda, dá ensanchas ao inadimplente de escapar ileso, deixando um vácuo na relação econômica, pela utilização de meios capazes de enredar o sistema de direito positivo. (MUSSALEM, 2004, p. 183).

Assim, tornou-se imprescindível o regulamento de tal possibilidade garantidora de princípios e direitos, além de ser de tamanha importância como espécie de “punição” ao devedor de má-fé comprovadamente. Desta feita, o Código de Processo Civil trouxe em sua atual reforma de 2015 os procedimentos que deverão seguir os incidentes de desconsideração da personalidade jurídica, que partem do artigo 133 e vão até o artigo 137. O que se percebe hoje é que há uma crescente tendência no sentido de coibir atos fraudulentos, de modo a prestigiar os interesses dos credores em detrimento dos interesses dos devedores, principalmente quando se constata a ocorrência de atos ilícitos por parte destes.

Deste modo, os tribunais vêm se utilizando cada vez mais dessa teoria da desconsideração nas mais variadas hipóteses. Todavia, o que se observa, além desta ferramenta muito útil à satisfação do crédito do credor, é que também vem sendo aplicada de forma incoerente e ferindo princípios fundamentais da parte que sofre com a desconsideração, conforme será visto posteriormente.

1. PESSOA JURÍDICA: CONCEITO E DEFINIÇÃO

O homem é um ser social, isto é, sua natureza é de conviver em sociedade, e não isoladamente. Assim, naturalmente, o homem se associa a outros visando atingir suas necessidades e, conseqüentemente, resulta na cooperação entre pessoas. Nesta toada, ao se verificar a existência desses grupos sociais, o direito passou a discipliná-lo com o intuito de participar da vida jurídica como pessoas de direito, assim como ocorre com as pessoas naturais, criando para estes grupos personalidade própria. A constatação de que indivíduos se unem com o objetivo de atingirem necessidades próprias ou por mera conveniência, e que são impossíveis de se fazer de forma individual, é a razão de se elaborar o instituto da pessoa jurídica com personalidade própria. Nesse contexto, surge a necessidade de serem os grupos personalizados a fim de que procedam com uma unidade, realizando atos comerciais de forma individual e autônoma. Deste modo, o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves define:

A pessoa jurídica é, portanto, proveniente desse fenômeno histórico e social. Consiste num conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns. Pode-se afirmar, pois, que pessoas jurídicas são entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações. A sua principal característica é a de que atuam na vida jurídica com personalidade

diversa da dos indivíduos que as compõem (CC, art. 50, *a contrario sensu*, e art. 1.024). (GONÇALVES, 2012).

Existem duas teorias no tocante à pessoa jurídica. A primeira é a teoria negativista, que defende que não é possível a associação de grupos de pessoas com personalidade individual formando uma nova pessoa, a pessoa jurídica. Já a segunda é a teoria afirmativa, sendo caracterizada por defender ser possível a existência de um grupo de indivíduos que forma uma unidade autorizada e reconhecida pelo Estado. Esta segunda teoria é subdividida em duas ramificações: teorias da ficção e teorias da realidade.

As ideias defendidas pelos ficcionistas são divididas em duas espécies: teoria da ficção legal e teoria da ficção doutrinária. Segundo a teoria da ficção legal, desenvolvida por Savigny, a lei constitui artificialmente uma pessoa jurídica, um ser fictício, entende-se que somente a pessoa natural pode ser titular de direitos subjetivos e sujeitos em relações jurídicas. Assim, para esta teoria, a pessoa jurídica não passa de um mero conceito, destinado tão somente a atribuir direitos específicos a grupos de pessoas naturais, construindo-se assim uma abstração considerada pelo ordenamento jurídico. Já a teoria da ficção doutrinária dita que a pessoa jurídica não tem existência real, mas somente intelectual, isto é, na inteligência dos juristas, sendo a pessoa jurídica uma mera ficção criada pela doutrina.

Todavia, importante ressaltar que as teorias da ficção não são aceitas. Sua principal crítica é que ambas não explicam a existência do Estado como pessoa jurídica. “Dizer-se que o Estado é uma ficção legal ou doutrinária é o mesmo que dizer que o direito, que dele emana, também o é. Tudo quanto se encontra na esfera jurídica seria, portanto, uma ficção, inclusive a própria teoria da pessoa jurídica”, conforme dita Carlos Roberto Gonçalves.

A segunda modalidade de ramificação é a teoria da realidade e esta também se subdivide em três modalidades. A primeira modalidade é a “teoria da realidade objetiva ou orgânica”. Para esta, a pessoa jurídica é uma realidade sociológica, um ser com vida própria. A vontade é capaz de criar um organismo, que possui vida própria, autônoma em relação aos seus membros, tornando-se sujeito de direito real e verdadeiro. Nesta teoria, a crítica é que ela não esclarece como os grupos sociais, dos quais não possuem vida própria e personalidade, podem adquiri-la e se tornarem sujeitos de direitos e obrigações.

A segunda modalidade é a “teoria da realidade jurídica”. Esta se assemelha com a objetiva por sua ênfase ao aspecto sociológico. Neste caso, as pessoas jurídicas são aquelas denominadas como organizações sociais cujo destino é para efetivar um serviço ou ofício, sendo assim, personificadas. Utiliza-se como ponto de partida a análise de relações sociais e não da vontade do homem, concluindo-se que os grupos organizados são criados para a realização de uma ideia útil na sociedade, motivo pelo qual os grupos sociais são dotados de ordem e organizações próprias. Esta teoria recebe as mesmas críticas da anterior. Não é capaz de dizer sobre as sociedades que se organizam sem a finalidade de preencher um ofício ou pela prestação de um serviço.

Por fim, a terceira hipótese é a “teoria da realidade técnica”. O entendimento que se tem desta teoria é que a personificação de grupos sociais é feita por ordem técnica,

sendo esta a forma que o direito concede a fim de reconhecer a existência de grupos de indivíduos unidos com objetivos determinados. Nesta hipótese, a personalidade jurídica é atributo dado pelo Estado para entidades específicas que necessitam dessa característica. Esse “benefício” não é conquistado de forma arbitrária, mas sim se verifica a situação determinada, já concretizada e observando requisitos próprios. Esta teoria é a que predomina no direito brasileiro, pois é a que melhor explica o fenômeno pelo qual certos grupos de pessoas, com finalidades comuns, podem ter personalidade própria, sendo criada de forma autônoma e independente com a personalidade de cada um de seus membros, ofertando, assim, uma garantia e segurança jurídica e patrimonial.

1.1. Do “nascimento” da pessoa jurídica

Uma coisa é certa, apesar de existirem diversas teorias que classificam as pessoas jurídicas, conforme exposto anteriormente, elas estão previstas no ordenamento jurídico e para sua constituição, devem cumprir com requisitos específicos. Sua formação consiste na pluralidade de pessoas ou bens, com objetivo em comum, elementos de ordem material, além da necessidade de um ato constitutivo registrado em órgão competente, sendo este elemento formal da formação.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 211 e 212), para se constituir uma pessoa jurídica devem-se preencher quatro requisitos, quais sejam: a) vontade do homem, isto é, interesse de criar uma entidade com interesses específicos. Este requisito se concretiza com o ato de sua constituição, sendo obrigatória tal manifestação por escrito. Para tanto, são necessárias pelo menos duas pessoas cujos interesses se convergem; b) criação de um ato constitutivo. Este pode se dar por meio de estatuto, nos casos em que se busca instituir uma associação (não possui fins lucrativos), contrato social, nos casos de sociedades simples ou empresárias, e, por fim, escritura pública ou testamento, nos casos de fundação; c) o devido registro do contrato social ou estatuto no órgão competente e d) observância de objeto lícito. Esta etapa é necessária, pois, a partir daqui, surge a pessoa jurídica de direito privado, assim como diz o art. 45 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Vale ressaltar que se considera “sociedade de fato” ou “sociedade não personificada”. Alguns doutrinadores consideram este momento anterior ao registro como nascituro, isto é, já foi concebido, porém só irá adquirir personalidade se nascer com vida (registro do ato constitutivo). É com o registro que se declaram as diversas responsabilidades da pessoa jurídica, como a denominação, os fins, o modo como será a administração, entre outros pontos dispostos no art. 46 do CC. O objetivo que se buscará deve ser lícito. Além

de lícito, o objeto deve ainda ser determinado e possível, de modo que, não o sendo, dará causa à extinção da pessoa jurídica, conforme art. 69 do Código Civil.

Desta forma, é possível dizer que a pessoa jurídica realmente passa a existir legalmente após o registro do contrato social ou estatuto. O contrato social é o documento pelo qual os sócios definem as regras da pessoa jurídica, ou seja, é por meio do contrato social que se verifica a identificação dos sócios; o nome empresarial; o objeto social da pessoa jurídica; a localização da sede; a duração da sociedade (prazo determinado ou indeterminado); o capital social da pessoa jurídica; a responsabilidade de cada sócio; a administração; a distribuição dos resultados, etc. Este documento tem também caráter de declaração de vontade, ou seja, pelo contrato social que se entende expressamente que o(s) sócio(s) tem o desejo de dar início a uma pessoa jurídica de direito privado.

O artigo 44 do Código Civil traz as pessoas jurídicas de direito privado, quais sejam:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

O registro do contrato social da sociedade empresaria é realizado na Junta Comercial de cada Estado (em São Paulo, por exemplo, é na JUCESP). Das demais pessoas jurídicas, o registro dos estatutos e os atos constitutivos são realizados no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme dispõe o art. 1.150 do CC e art. 114 da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), respectivamente:

Art. 1.150. O empresário e a sociedade empresária vinculam-se ao Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais, e a sociedade simples ao Registro Civil das Pessoas Jurídicas, o qual deverá obedecer às normas fixadas para aquele registro, se a sociedade simples adotar um dos tipos de sociedade empresária.

Art. 114. No Registro Civil de Pessoas Jurídicas serão inscritos:

I - Os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública;

II - As sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, salvo as anônimas.

III - Os atos constitutivos e os estatutos dos partidos políticos.

No momento do registro, a pessoa jurídica criada adquire personalidade. Conforme dito anteriormente, considera-se o “nascimento com vida”. Além da proteção patrimonial que se estabelece com o registro, o registro garante à pessoa jurídica a proteção de diversos

direitos, como a boa reputação, o direito de ser proprietária, nome, sua existência, contratar, dentre outros. São os diretores das pessoas jurídicas que têm a responsabilidade de garantir o cumprimento dos direitos e deveres desta, uma vez que tais poderes lhes são atribuídos na descrição contida no ato constitutivo, assim como dispõe o art. 47 do CC: “Art. 47. Obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo”.

É o que se apresenta pertinente ao tema.

1.2. Dos direitos fundamentais da pessoa jurídica

De acordo com entendimento já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, a pessoa jurídica, assim como a pessoa natural, possui direitos e garantias fundamentais que determinam a Constituição Federal de 1988. Sobre o assunto, Gilmar Mendes, Inocêncio Martires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco definem:

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas. Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 349-350).

De acordo com os juristas, a possibilidade de a pessoa jurídica ser detentora de direitos fundamentais é garantida constitucionalmente, sem distinção das pessoas naturais. Evidentemente, é de extrema importância ressaltar que as pessoas jurídicas são detentoras de direitos e garantias somente com relação a sua real atividade. Sobre o tema, o jurista Fernando Castelo Branco sustenta:

Alexandre de Moraes, ao tratar dos destinatários da proteção dos direitos fundamentais, assevera que as pessoas jurídicas são beneficiárias dos direitos e garantias individuais, pois se reconhece as associações o direito à existência, o que de nada adiantaria se fosse possível excluí-las de todos os seus demais direitos. Dessa forma, os direitos enumerados e garantidos pela Constituição são de pessoas físicas e jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e aos remédios constitucionais. (BRANCO, 2001, p. 186).

Todavia, ainda que seja inquestionável o fato de a pessoa jurídica ser detentora de direitos e garantias, surge um ponto bastante controverso no mundo jurídico ao se falar sobre indenização por danos morais a estes entes. Em regra, para demonstrar o dano moral, devem estar presentes o ato; o dano; o nexo de causalidade entre o ato e o dano; e

o dolo ou culpa do agente causador. Ao se falar de dano moral, o bem jurídico corrompido é ocasionado com a lesão a direitos da personalidade.

O Superior Tribunal de Justiça entende que é necessária a comprovação dos fatos para a condenação por danos morais, mesmo que sejam utilizadas regras e presunções em caso de configuração do dano. A Ministra do STJ, Nancy Andrighi, em certo caso em que era relatora (Recurso Especial nº 1.637.629), explicou que nos casos em que envolvem pessoas jurídicas, não é possível a constatação implícita do dano, diferentemente do que ocorre com as pessoas naturais. No caso em análise, uma empresa foi condenada em primeiro grau ao pagamento de danos morais por alegar ter sofrido prejuízo quando houve alteração contratual de forma unilateral pela outra parte. Em apelação interposta, o Tribunal de Justiça de Pernambuco negou provimento ao recurso e manteve a sentença no tocante aos danos morais. Porém, a Relatora Nancy explicou em seu voto:

Por outro lado, no que se refere aos danos morais, uma consideração importante deve ser feita: diante da impossibilidade de sua configuração *in re ipsa*, percebe-se nos autos a completa ausência de comprovação ou sequer de indicação de dano extrapatrimonial à recorrida, conforme as diretrizes que foram apontadas acima. Revolvendo os autos, não é possível verificar qualquer indicativo de que a recorrida haveria sofrido outros tipos de danos além daqueles de natureza patrimonial. É inegável que, ao exigir pagamento antecipado para a disponibilização de seus produtos, a recorrente impôs pesado ônus comercial sobre a recorrida, mas isso constitui um ato que - para além da esfera patrimonial - é incapaz de gerar dano moral, isto é, de natureza exclusivamente extrapatrimonial. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Recurso Especial. Relação Comercial. Recurso Especial nº 1.637.629 da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 2016).

Desta forma, é possível a caracterização de danos morais em pessoas jurídicas, desde que os fatos sejam comprovados. Segue abaixo a ementa do referido Recurso:

Civil e processual civil. Recurso especial. Relação comercial. Alteração unilateral de contrato. Danos materiais. Necessidade de reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Danos morais. Pessoa jurídica. Ausentes. - Ação ajuizada em 19.02.2010. Recurso especial interposto em 18.04.2013 e distribuído a este gabinete em 26.08.2016. - O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. - Para a pessoa jurídica, o dano moral não se configura *in re ipsa*, por se tratar de fenômeno distinto daquele relacionado à pessoa natural. - É, contudo, possível a utilização de presunções e regras de experiência no julgamento. - Na hipótese dos autos, a alteração unilateral de contrato de fornecimento de baterias de automóveis pela recorrente impôs pesado ônus sobre as atividades comerciais da recorrida. Contudo, tal ato é incapaz de gerar danos

morais (exclusivamente extrapatrimoniais) para além daqueles de natureza material. - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Recurso Especial. Relação Comercial. Recurso Especial nº 1.637.629 da 3ª Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 2016).

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

1.3. A pessoa jurídica como titular da posse e propriedade

Conforme explanado anteriormente, a pessoa jurídica se equipara, em quase todos os direitos e garantias, às pessoas naturais, motivo pelo qual é inquestionável que essas pessoas têm o direito à posse e propriedade de bens. A propriedade é o primeiro e mais importante direito real, o qual atribui ao titular a plena capacidade de uso e disposição do que lhe pertence. A propriedade compreende quatro poderes essenciais, quais sejam, o poder de uso, gozo ou fruição, disposição e reivindicação. Ela se define como direito matriz, pois dela se originam todos os demais direitos reais por meio do desmembramento. Nesta toada, a posse aparece inteiramente vinculada à figura da propriedade, enquanto expressão do exercício desse direito real. Nesse sentido, o proprietário era possuidor e o possuidor era proprietário, estabelecendo-se uma relação necessária entre as duas figuras.

Com o surgimento dos direitos reais sobre coisa alheia, a posse se separa da propriedade para acompanhar esses novos direitos, porém ainda é mero conteúdo e reflexo de uma figura mais importante. Essa evolução conduz a uma absoluta autonomia da posse enquanto categoria jurídica, agora protegida não mais em função de um direito real, mas enquanto mera situação de fato, a chamada “posse cura” em que se considera a posse pela posse. Assim, o direito de posse é garantido e exercido pela pessoa jurídica diariamente decorrente do exercício do direito de propriedade. O artigo 1.205 do Código Civil define que é possível a aquisição da posse por meio de representante da pessoa (seja jurídica ou natural) ou mesmo por ela própria.

Importante salientar que o direito à posse é exercido pela pessoa jurídica por intermédio de seus representantes, os quais executam as decisões proferidas, na maior parte das vezes, por intermédio da coletividade de pessoas, ou seja, por meio de reuniões. De acordo com Paulo Lôbo, tais decisões se definem como sendo a vontade da pessoa jurídica:

O titular de órgão da pessoa jurídica (gerente, administrador, dirigente e gestor) não é detentor. No exercício de suas atribuições, seus atos não seus, mas da própria pessoa jurídica, que é a possuidora. Os órgãos não representam, mas sim apresentam a pessoa jurídica. (LÔBO, 2015, p. 56).

Portanto, a pessoa jurídica realiza suas ações por meio de seus representantes.

2. DO PRINCÍPIO DA PROPRIEDADE

Conforme explanado anteriormente, as pessoas jurídicas são criadas por grupos de indivíduos que se reúnem com objetivos em comum, com a finalidade de realizar negócios jurídicos e, assim, movimentam a economia. Nessa esfera, o ordenamento jurídico garante às pessoas jurídicas o princípio da autonomia patrimonial, isto é, permite que as sociedades empresárias realizem negócios jurídicos autônomos em relação a seus membros. Vale ressaltar que o ordenamento não especifica artigos que versem sobre este princípio. Os principais artigos que tratam a respeito deste tema são os art. 46, V e art. 1.052 do Código Civil de 2002, que assim dispõem, respectivamente:

Art. 46. O registro declarará:

[...]

V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

Conforme dita o texto legal presente no art. 46 do Código Civil, com o registro do ato constitutivo da sociedade empresária é que se cria a autonomia patrimonial, uma vez que está, assim, inscrita de forma regular, o que implica deter bens patrimoniais distintos daqueles que pertencem aos seus sócios. Desta forma, a confusão patrimonial faz parte de uma concepção objetiva da teoria do *disregard doctrine*, apresentada pelo doutrinador Comparato e que é objeto de reflexão da pesquisa. Nesse sentido, e de acordo com Couto Silva, pode-se entender que:

Baseia-se na separação patrimonial, destacando os fundamentos da desconsideração conforme negócios *interna corporis* (desvio de poder e fraude à lei) ou *externa corporis* da pessoa jurídica (confusão patrimonial entre titular do controle e sociedade comparada). O desvio de finalidade, por sua vez, “ocorre quando os sócios ou administradores utilizam a sociedade para fins diversos daqueles almejados pelo legislador, isto é, fora do objeto societário” (SILVA, 2000. p. 47-48).

O ordenamento jurídico brasileiro buscou garantir segurança aos sócios. Essa espécie de “proteção” se verifica justamente pelo princípio em tela, isso porque se não for caso de atitude contrária à lei como ocorrência de fraudes, desvio de finalidades, entre outras atitudes ilícitas, não será possível atingir o patrimônio dos sócios pelo simples fato de inadimplemento da sociedade empresária proveniente de uma relação negocial, o que viabiliza a atividade empresarial.

Como visto, a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres na ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os

quais não tem vínculo, ou seja, sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas naturais que a integram. Em regra, os seus componentes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário adotado.

A regra é de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica serem executados. (TARTUCE, 2011, p. 134).

De acordo com o doutrinador Flávio Tartuce, o princípio da autonomia patrimonial visa a proteger a pessoa física que irá dar início às atividades empresariais, porque, caso haja qualquer risco de não prosperar, ela não correrá o risco de perder ainda seu patrimônio pessoal não investido na pessoa jurídica.

Dessa forma, o ordenamento jurídico em vigor estabelece a total separação patrimonial entre sócio e pessoa jurídica, como forma de segurança ao próprio sócio, pessoa natural que visa dar início a uma associação, sociedade, fundação, organização religiosa, partido político ou empresa de responsabilidade limitada, conforme artigo 46 do CC. Somente com o instituto da desconsideração da personalidade jurídica que poderá, excepcionalmente, relativizar esse princípio e atingir o patrimônio do sócio.

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: INÍCIO E DEFINIÇÃO

Como já mencionado anteriormente, a modalidade da desconsideração da personalidade jurídica é uma possibilidade que foi recentemente aceita e positivada em lei. Segundo Maria Helena Diniz, fazendo parte da doutrina predominante, a primeira “aparição” desta teoria está descrita no artigo 2º, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas. Todavia, evidentemente, não traz um texto direto e dificulta a vinculação deste artigo à teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Desta forma dispunha o referido artigo, antes de sua revogação pela atualização da CLT:

Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. (REVOGADO).

Como dito anteriormente, trata-se de um breve comentário a respeito da teoria, não adentrando com clareza no tema, mas ainda assim é a primeira manifestação legal sobre. Por se tratar de um tema que cresce constantemente, pois o número de pessoas

jurídicas aumenta a todo momento, professores e juristas se aprofundaram no assunto e o grande marco doutrinário surgiu com o texto do Professor Rubens Requião, apresentando seu trabalho na Revista dos Tribunais, intitulado: “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”. Assim, surgiu o primeiro debate acerca da expressão denominada por “desconsideração da personalidade jurídica”, que surgiu com o doutrinador Rubens Requião, tendo como base a “*disregard of legal entity*”, teoria desenvolvida nos Estados Unidos. Assim descreve seu trabalho:

A doutrina desenvolvida pelos tribunais norte-americanos, da qual parte o Prof. Rolf Serick para compará-la com a moderna jurisprudência dos tribunais alemães, visa impedir a fraude ou abuso através o uso da personalidade jurídica, e é conhecida pela designação “*disregard of legal entity*” ou também pela “*lifting the corporate veil*”. Com permissão dos mais versados no idioma inglês, acreditamos que não pecaríamos se traduzíssemos as expressões referidas como “desconsideração da personalidade jurídica”, ou ainda, como “desestimação da personalidade jurídica”, correspondente à versão espanhola que lhe deu o Prof. Polo Diez, ou seja “*desestimación de la personalidad jurídica*”. (REQUIÃO, 1969, p. 13).

O tema tornou-se alvo de diversas discussões e aprofundamentos teóricos, visto que se trata de importante meio de solução judicial, uma vez que esta modalidade permite de fato que credores de uma relação processual finalmente vejam seu direito alcançado. Todavia, a teoria da desconsideração detém uma ameaça às pessoas jurídicas, isto é, deve ser feita uma análise justa e imparcial sobre o caso concreto, ou seja, deve existir cautela na execução da teoria, de modo que nem todo prejuízo causado pela pessoa jurídica é caso de aplicação da desconsideração da personalidade, buscando atingir patrimônio dos sócios.

Nesta mesma linha dispõe o ilustre jurista Marçal Justen Filho:

Não por um “defeito” na estrutura da sociedade e, sim, por um defeito quanto à sua utilização. Só pode ser assim, porque a justificativa para a desconsideração reside justamente em ocorrer um descompasso entre a função abstratamente prevista para a pessoa jurídica e a função que ela concretamente realiza. (FILHO, 1987, p. 135).

Portanto, se utiliza da desconsideração em casos de ações não condizentes com a função da pessoa jurídica.

3.1. Teorias da desconsideração

Conforme explanado anteriormente, o fenômeno da desconsideração da personalidade jurídica se caracteriza por ser o mecanismo processual em que se beneficia o credor de uma relação, aplicado quando estão presentes entraves à reparação de seu crédito, motivando o “rompimento da linha” que separa os bens da pessoa jurídica e a do sócio, pessoa natural, entraves ocasionados pelo desvio de finalidade.

Nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o desvio de finalidade se define pelos seguintes termos:

Constatação da efetiva desenvoltura com que a pessoa jurídica produz a circulação de serviços ou de mercadorias por atividade lícita, cumprindo ou não o seu papel social, nos termos dos traços de sua personalidade jurídica. Se a pessoa jurídica se põe a praticar atos ilícitos ou incompatíveis com sua atividade autorizada, bem como se com sua atividade favorece o enriquecimento de seus sócios e sua derrocada administrativa e econômica, dá-se ocasião de o sistema de direito desconsiderar sua personalidade e alcançar o patrimônio das pessoas que se ocultam por detrás de sua existência jurídica. (NERY JÚNIOR, NERY, 2008, p. 249).

Pelo fato de uma sociedade possuir personalidade e pela hipótese desta personalidade poder ser desconsiderada, quer seja pelo desvio de finalidade, quer seja pela confusão patrimonial, a doutrina brasileira dividiu tal modalidade em duas subteorias, quais sejam, teoria maior e teoria menor.

3.2. Teoria maior

A teoria maior é aquela adotada pelo artigo 50 do Código Civil de 2002, sendo a teoria considerada como regra geral da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. Ela consiste em possuir alguns requisitos específicos estabelecidos legalmente e, por esse motivo, é considerada como uma teoria de maior consistência e que dispõe de maior segurança aos sócios. Nesta teoria fica autorizada a ignorância ao atendimento da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, uma vez que busca reprimir fraudes e abusos praticados por meio delas. Para ser aplicada, não basta apenas demonstrar a insolvência para com o cumprimento da obrigação pela pessoa jurídica, isto é, o credor deve, além disso, demonstrar a ocorrência de desvio de finalidade ou a confusão patrimonial entre seus bens e de seus sócios. Desta forma, a desconsideração é uma exceção e que é aplicada com muito cuidado pelos Tribunais. Isso se dá pelo fato de que proferir o pedido de que se desconsidere a personalidade jurídica pela mera insolvência de um devedor lesiona conceitos e princípios-base que norteiam o direito empresarial, que visa a garantir a separação total dos bens das pessoas jurídicas e de seus respectivos sócios.

Foram estas as palavras utilizadas pela e. Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrighi, a respeito da utilização da teoria maior, proferidas em seu voto no Recurso Especial nº 279273/SP, no qual era Relatora.

A teoria maior não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade, ou a demonstração de confusão patrimonial [...].

É de suma importância destacar que ocorrida a desconsideração, este incidente não extingue a pessoa jurídica, mas estendem-se os efeitos de certas obrigações para seus sócios, motivo pelo qual gera uma suspensão da autonomia da pessoa jurídica com finalidade específica.

3.3. Teoria menor

A outra subteoria dentro da desconsideração da personalidade jurídica é a teoria menor. Esta vem exposta no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28, parágrafo 5º. Nesta teoria, entende-se que para desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade devedora, diferentemente da teoria anterior, basta a comprovação da insolvência da pessoa jurídica, isto é, deve-se provar tão somente a impossibilidade de realização do pagamento das obrigações contraídas, sem que haja a necessidade da comprovação do desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Portanto, a falta de bens ou direitos na sociedade que sirvam aos credores é o suficiente para atribuir ao sócio a obrigação da sociedade. Esta teoria é considerada pela doutrina como menos elaborada, justamente pelo fato de que a desconsideração pode ocorrer em quaisquer hipóteses em que necessitar a execução do patrimônio do sócio.

A este respeito, a Ministra do Superior Tribunal de justiça, Nancy Andrighi, disse em seu voto no Recurso Especial nº 279273/SP, em que era Relatora:

O risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

O ilustre doutrinador Fábio Ulhôa Coelho trata a respeito desta teoria:

Ela reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente às sociedades empresárias. O seu pressuposto é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta. De acordo com a teoria menor da desconsideração, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigações daquela. A formulação menor não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso na forma. Por outro lado, é-lhe todo irrelevante a natureza negocial do direito creditício oponível a sociedade. Equivale, em outros termos, a simples eliminação do princípio da separação entre a pessoa jurídica e seus integrantes. Se a formulação maior pode ser considerada um aprimoramento da pessoa jurídica, a menor deve ser vista como o questionamento de sua pertinência, enquanto instituto jurídico. (COELHO, 2003, p. 46).

Assim defende a ilustre ministra do STJ, pois neste momento busca-se o protecionismo ao consumidor cujo objetivo será sempre reparar qualquer dano que seja causado à parte mais vulnerável de uma relação consumerista. Um excelente e emblemático exemplo de aplicação deste entendimento foi com o caso da explosão do Osasco Plaza Shopping, ocasionado pelo vazamento de gás, ocorrido em 11 de junho de 1996. Neste caso, evidentemente não houve intenção dos sócios em causar danos às pessoas que estavam ali, todavia, o escoamento do gás deu causa a 40 mortes e por volta de 400 feridos e, assim, as vítimas e famílias detinham o direito de indenização pelos danos morais e materiais. Por se tratar de um acidente que trouxe elevado valor de prejuízo, somente o patrimônio da sociedade não seria capaz de cobrir as indenizações, motivo pelo qual se utilizou da teoria menor para a aplicação da desconsideração da personalidade com o intuito de atingir o patrimônio dos sócios.

Em suma, a teoria menor será aplicada nos casos que necessitam de uma atenção mais focada pelo Estado, como nos casos de direitos de consumidores, empregados, meio ambiente, entre outros.

3.4. Desconsideração inversa

Como visto anteriormente, a prática da desconsideração da personalidade jurídica de uma sociedade é muito comum. Todavia, é de suma importância destacar que o inverso também pode ocorrer, ou seja, é possível que ocorra uma “invasão” ao patrimônio da sociedade em razão da existência de dívidas provenientes do sócio, sendo aceita a desconsideração da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la pelas obrigações assumidas por seus sócios. É o que definiu a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto no Recurso Especial 948.117/MS, pelas seguintes palavras:

A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores.

Ainda, no mesmo processo, a Ministra tratou sobre o tema à luz do artigo 50 do Código Civil, pelos seguintes dizeres:

Sob a ótica de uma interpretação teleológica, legítima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria “*disregard doctrine*”, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da “*disregard doctrine*” contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios.

Desta forma, o Enunciado nº 283 do CJF/STJ prevê o cabimento da desconsideração da personalidade jurídica nomeada como “inversa” com o objetivo de alcançar patrimônios da sociedade, uma vez que os sócios se valeram da pessoa jurídica para omitir ou desviar bens pessoais, prejudicando terceiros. Se for constatado que houve transferência do patrimônio pessoal do sócio para a pessoa jurídica, com o intuito de esvaziar seu patrimônio pessoal e omiti-los para com terceiros, será possível a declaração desta modalidade de desconsideração, sendo este um instrumento muito eficaz no combate a atitudes fraudulentas. Esta espécie é mais utilizada em assuntos de direitos de família, nos qual o alienante, com a intenção de fraudar sua obrigação de prestar alimentos, realiza a transferência de seus bens para a pessoa jurídica em que é sócio. Outra prática muito comum nesse ramo do direito é no momento em que será feita divisão de bens de um casal que irá se divorciar. Sobre isso, o doutrinador Fábio Ulhoa diz:

Se um dos cônjuges ou companheiros, ao adquirir bens de maior valor, registra-os em nome de pessoa jurídica sob seu controle, eles não integram, sob o ponto de vista formal, a massa a partilhar. Ao se desconsiderar a autonomia patrimonial, será possível responsabilizar a pessoa jurídica pelo devido ao ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio, associado ou instituidor. (COELHO, 2005, p. 45).

Cumprido esclarecer que a desconsideração inversa foi positivada recentemente no ordenamento jurídico brasileiro com a reforma do Código de Processo Civil em 2015, ou seja, antes desse marco, esta modalidade era concebida pelos tribunais apenas por entendimento doutrinário e jurisprudencial. Assim dispõe o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo que trata sobre o tema:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

[...]

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

3.5. De ação própria ao incidente processual

Antes da Lei 13.105 de 2015 (Novo Código de Processo Civil), a doutrina entendia como necessária a utilização de ação autônoma para que os sócios respondessem pela responsabilidade contraída pela pessoa jurídica da qual faziam parte.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, em seu trabalho *Curso de Direito Comercial*, volume II, seria necessária a instauração de ação judicial autônoma iniciada pelo credor da pessoa jurídica em oposição aos sócios da empresa, uma vez que o magistrado não poderia deferir a desconsideração da personalidade jurídica senão por este caminho. Todavia, existiam juristas que sustentavam ideia contrária à anterior, como por exemplo, Cristiano Chaves de Faria. Este dizia ser possível a desconsideração da personalidade jurídica por meio de incidente processual no meio da ação de execução, possibilitando a confusão patrimonial

e estendendo a responsabilidade aos sócios. Neste caminho, apesar do entendimento majoritário de que havia necessidade de ação própria para o feito, ainda antes da atualização do Código de Processo Civil em 2015, já existia jurisprudência que autorizava o pedido de desconconsideração sem a utilização de nova demanda processual autônoma, conforme o seguinte trecho enunciado em 2013:

O juiz pode determinar, de forma incidental, na execução singular ou coletiva, a desconconsideração da personalidade jurídica de sociedade. De fato, segundo a jurisprudência do STJ, preenchidos os requisitos legais, não se exige, para a adoção da medida, a propositura de ação autônoma. Precedentes citados: REsp 1.096.604-DF, Quarta Turma, DJe 16.10.2012; e REsp 920.602-DF, Terceira Turma, DJe 23.06.2008 (STJ, REsp 1.326.201/RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 07.05.2013).

Assim, o NCPC buscou acabar com quaisquer dúvidas a este respeito, trazendo consigo capítulo específico sobre desconconsideração, presente no “Capítulo IV: Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica” do “Título III: Da intervenção de terceiros”. Desse modo, pacificou-se o tema e determinou-se como desnecessária a elaboração de ação cognitiva autônoma para buscar a desconconsideração da personalidade jurídica.

Tais são os artigos presentes neste capítulo:

Art. 133. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Analisando os artigos acima, é evidente e inquestionável a desnecessidade que o Código garante sobre tratar a desconconsideração da personalidade em processo distinto ao principal. Conforme consta no art. 134, *caput* e seus parágrafos, será deferido o pedido de desconconsideração em incidente processual dentro da ação principal. Vale ressaltar que, antes do advento da atualização do Código de Processo Civil ocorrida em 2015, conforme dito anteriormente, a doutrina era predominante no sentido de entender por necessária a ação autônoma para a desconconsideração. Todavia, mesmo doutrinariamente sendo este o entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já havia se expressado no sentido de ser possível tal feito desde que preenchido os pressupostos.

Assim se expressou a Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial 1.326.201-RJ, em seu voto:

De acordo com o entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, a desconconsideração da personalidade jurídica, embora constitua medida de caráter excepcional, é admitida quando ficar caracterizado desvio de finalidade, confusão patrimonial - hipótese dos autos - ou dissolução irregular da sociedade. É o que evidenciam os seguintes precedentes: AgRg no Ag 668.190/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 16.09.2011, e REsp 907.915/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 27.06.2011. É igualmente certo que, verificados os pressupostos necessários à desconconsideração da personalidade jurídica (uso abusivo da personificação societária para fraudar a lei ou prejudicar terceiros), poderá o juiz, incidentalmente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que os atos expropriatórios alcancem bens de terceiros (pessoas físicas ou jurídicas).

Vale dizer, a adoção de tal medida prescinde da propositura de ação autônoma com essa finalidade: “a superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada *a posteriori*” (REsp 1.096.604/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.10.2012). Em sentido idêntico: REsp 920.602/DF, minha relatoria, Terceira Turma, DJe 23.06.2008.

Portanto, o assunto já era pacificado perante o Superior Tribunal de Justiça, ainda que houvesse divergência doutrinária sobre o tema.

4. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NAS EXECUÇÕES FISCAIS

4.1. Conceito de execução fiscal

A execução fiscal é um procedimento especial utilizado para que a Fazenda Pública cobre um crédito inadimplido pelo contribuinte. Esta modalidade de ação possui legislação própria - Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80). Por se tratar de um procedimento de execução, é possível denominar como uma subespécie de execução de quantia certa, motivo pelo qual se utilizam as mesmas bases estruturais definidas pelo Código de Processo Civil. Esta possibilidade de cobrança de uma dívida pela Fazenda Pública é devidamente legítima e possui previsão legal na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV; bem como no Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, *caput* e ainda na própria Lei de Execuções Fiscais, em seu artigo 1º. O direito de cobrar por meio de tutela jurisdicional executiva surge a partir do momento em que um crédito tributário não é voluntariamente quitado pelo contribuinte ou obrigado, motivando a iniciativa da Fazenda Pública.

A execução iniciada pela Fazenda se baseia na existência de crédito tributário não pago, o que provoca sua inscrição em dívida ativa. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, se busca neste procedimento especial tão somente o pagamento forçado do crédito já inscrito em dívida ativa. A dívida ativa se dá por meio da inscrição, sendo este um ato realizado pela Administração pública. Cumpre ressaltar que somente ocorrerá a inscrição quando houver um crédito vencido e não quitado, sendo feita uma análise pelo órgão competente ao individualizá-lo, sendo que esta etapa é conhecida por “lançamento”. É no lançamento em que a obrigação de pagar um débito tributário após a ocorrência de um fato gerador se torna líquida. Importante frisar que até aqui ainda não envolveu questão processual, mas somente administrativa.

É a partir da inscrição em dívida ativa que a Fazenda pode ajuizar a execução fiscal e buscar o adimplemento por parte do contribuinte ou obrigado. Postulada a demanda judicial, o então “executado” poderá manifestar-se por meio de embargos à execução ou embargos de terceiros.

4.2. A LEF como lei especial e a aplicação subsidiária do CPC

A Lei de Execução Fiscal, como mencionado, é a responsável por ditar as regras que devem ser seguidas nas execuções judiciais de dívida ativa dos entes federados (União, Estados, DF e Municípios), e ainda as autarquias que regem pela lei. Trata-se, portanto, de lei especial que leciona sobre as execuções fiscais. Importante destacar que pelo princípio da especialidade, a norma especial afasta a norma geral dependendo da matéria em conflito, isto é, quando se tratar de aspecto processual mais genérico, trata-se

da norma geral. Por outro lado, ao se delimitar em assuntos mais específicos e detalhados, aplicar-se-á lei especial.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz define que:

Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também seja previsto na geral. (DINIZ, 2009. p. 40).

É de extrema importância destacar que na ocorrência de conflitos entre as normas em questão, sua solução será baseada em princípios norteadores do direito, cuja intenção não é retirar a eficiência de uma das normas, mas sim a aplicação de uma em detrimento da outra, tão somente. Neste sentido defende a doutrinadora Aurora Tomazini de Carvalho:

Os princípios utilizados na solução de conflitos entre normas (i.e. *lex superior derogat legi inferior, lex posterior derogat legi priori, lex specialis derogat legi generali*), nada mais são do que regras que regulam a aplicação de outras regras (normas de estrutura). Não têm eles o condão de retirar a eficácia, vigência e validade de umas das normas conflitantes, apenas estabelecem critérios para que o agente competente estruture suas significações em relações de coordenação e subordinação (no plano S4) e, assim, aplique uma norma em detrimento da outra. (CARVALHO, 2009).

O conceito acima se mostra evidenciado quando, apesar de se tratar de lei especial, ela (LEF) apresenta lacunas que devem ser preenchidas utilizando-se outra lei, que, no presente caso, é o CPC, assim como dispõe o artigo 1º da LEF, *in verbis*:

Art. 1º A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Um excelente exemplo desta aplicação subsidiária do CPC (norma geral) sobre as execuções fiscais é demonstrado no aspecto da competência, isto é, ainda que a LEF seja mais específica, o assunto de competência fica a cargo do CPC, em seu artigo 46, § 5º, o qual determina que “a execução fiscal será proposta no foro de domicílio do réu, no de sua residência ou no do lugar onde for encontrado”. Ou seja, o CPC tem forte presença nas execuções fiscais, visto que é aplicado em pontos específicos que a própria LEF não trouxe em seu texto.

Vale ressaltar que a intenção do legislador, ao determinar que o CPC fosse aplicado subsidiariamente, foi de garantir que o processo siga o rito processual correto, cumprindo com as formalidades exigidas e, principalmente, que estejam presentes princípios

fundamentais, como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório, previstos também no novo CPC. Portanto, em casos de falta de previsão legal na LEF, utilizar-se-á o Código de Processo Civil.

4.3. Da aplicação do incidente da desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções fiscais

Como dito anteriormente, o novo Código de Processo Civil trouxe diversas alterações, dentre elas a inserção em capítulo específico sobre a desconconsideração da personalidade jurídica como incidente processual. Deste modo, o incidente em questão é o que mais gerou controvérsias, tanto doutrinária quanto jurisprudencial no âmbito das execuções fiscais.

A desconconsideração da personalidade jurídica será possível diante de situações que ferem textos legais, ocasionados por desvio de finalidade ou abusos, de acordo com a definição trazida pelo CPC de 2015.

Muitos doutrinadores entendem como possível a aplicação de referido incidente no âmbito das execuções fiscais, por diversos argumentos. Nesse sentido, a advogada Betina Grupenmacher dispõe em seu texto:

Embora haja expressa referência no texto normativo à “ausência de norma” regulatória, o legislador não se referiu apenas à aplicação supletiva do NCPC aos processos administrativos, no preciso sentido de colmatação de lacunas, mas autorizou também a sua aplicação subsidiária, o que, conquanto antinômico com a alusão à “ausência de norma” - já que nessa hipótese a aplicação seria apenas supletiva -, guarda coerência com a intenção do legislador de atribuir ao NCPC a condição de veículo introdutor de uma nova Teoria Geral do Processo.

[...]

Aplicam-se à execução fiscal subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil. Assim como o disposto no artigo 795 do novo CPC, também o artigo 4º, § 3º, da citada Lei de Execuções Fiscais, prevê que bens do sócio responsável só responderão pelo débito se os da empresa não forem suficientes para tanto. (GRUPENMACHER, 2016, p. 18).

Assim, a advogada discorre no sentido de ser a favor da possibilidade de ocorrência do incidente, seguindo as normas do CPC/15, entendendo ser possível buscar a desconconsideração da personalidade jurídica, de modo facultativo ao devedor em demonstrar após a dilação probatória, a indevida pretensão do credor. Desta forma relata em sua outra obra:

[...] tal fundamento não afasta a aplicação do IDPJ às execuções fiscais, pois, na prática, exequentes adotam o referido artigo 135 do CTN como fundamento dos pedidos de redirecionamento. Porém, o embasamento utilizado seja equivocado, pois quase sempre o

redirecionamento opera-se quando inexistem bens da empresa para satisfazer o débito, é o que se passa pragmaticamente, razão pela qual, em tudo e por tudo, o IDPJ aplicar-se-á às execuções fiscais. É indiscutível. (GRUPENMACHER, 2015).

Ato contínuo, cumpre salientar o posicionamento de Moreira e McNaughton:

É importante frisar que em âmbito federal existe regramento específico para o processo tributário por meio da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80), aplicável também aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Nesse caso, a execução judicial para a cobrança da dívida ativa desses entes será regida por essa Lei e, de forma auxiliar, pelo Código de Processo Civil. (MOREIRA; MCNAUGHTON, 2017).

Como mencionado, trata-se de um tema ainda controverso. Deste modo, diversos são os entendimentos dos tribunais, sendo a favor e contra a aplicação do incidente. Segue abaixo acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, o qual entende pela aplicação do incidente:

Processual civil. Agravo de instrumento. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Execução fiscal. Aplicabilidade. Recurso desprovido. 1. Pretende a reforma da decisão monocrática que indeferiu o pedido de redirecionamento da execução, nos termos do artigo 135 do CTN, ao fundamento de que se aplica, na hipótese, o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica trazido pelo Novo CPC nos artigos 133 a 137. 2. Resta claro que a mera dissolução irregular da empresa não seria suficiente a ensejar o redirecionamento pretendido, pois não restou demonstrado que a agravante tenha empreendido os devidos esforços para localizar os bens do executado. 3. Por outro lado, há que ser adotada em sede de execução fiscal o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no Novo CPC, pois se trata de um significativo avanço na garantia do contraditório e da ampla defesa do contribuinte, sendo descabido o argumento de que a regência da execução fiscal por lei específica inviabilizaria a adoção do referido instituto. Ademais, caso fosse esse o entendimento, o próprio redirecionamento não poderia ser adotado, tendo em vista a ausência de previsibilidade na Lei 6.830/80. 4. Agravo de instrumento desprovido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processual Civil. Agravo de Instrumento. Execução Fiscal. AG 0011217-86.2016.4.02.0000 da 6ª Turma Especializada. Relator: JFC Alcides Martins Ribeiro Filho. 10 de março de 2017).

O acórdão supra evidentemente inclina-se à aplicação do incidente como forma de garantir, principalmente, os princípios da segurança jurídica e ampla defesa ao sócio da pessoa jurídica. O Relator do caso, Dr. Alcides Martins Ribeiro Filho, indeferiu o

redirecionamento da execução para o sócio da empresa agravada, visto que não foram exauridos os esforços por parte da agravante e a dissolução irregular não é causa para tanto. Assim, agiu de forma imparcial e garantiu os direitos de defesa para a agravada.

Em resumo, os argumentos trazidos com o fim de se aplicar o incidente nas execuções fiscais de acordo com Philip Gunther (2018), principalmente, são: a) o incidente da desconconsideração é aplicado também na execução de título executivo extrajudicial, e como a Certidão de dívida ativa é o objeto da execução fiscal, sendo um título executivo extrajudicial, conclui-se que pode ser aplicado, também, às execuções fiscais; b) o incidente garante a presença e aplicação dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, principalmente, presentes no texto constitucional do art. 5º, LV e art. 7º do NCP; c) conforme dispõe o art. 795, § 4º, do CPC, “é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código” em se tratando sobre desconconsideração da personalidade; d) ao contrário do que se argumenta, a abertura do incidente não obsta a eficiência da execução fiscal, isto é, o sócio citado no incidente não pode se desfazer de seu patrimônio, conforme dispõe o art. 137 do CPC, uma vez que a alienação de tais bens é ineficaz.

4.4. Da impossibilidade de aplicação do incidente da desconconsideração da personalidade jurídica no âmbito das execuções fiscais

Em sentido oposto, diversos são os juristas que entendem pela não aplicação do incidente em pauta. É de grande importância destacar que a maior parte dos tribunais entende pela impossibilidade de aplicar tal modalidade. Neste diapasão, a escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados elaborou, dentre os diversos enunciados, um posicionamento específico sobre o Enunciado nº 53, *in verbis*:

"53) O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015."

Desse modo, o ENFAM entende pela não utilização de tal instituto jurídico. Ainda nesse sentido, existe a reiterada aplicação da Súmula 435 do STJ, a qual entende pela possibilidade de redirecionamento da execução para os sócios com a dissolução irregular da empresa, como se mostra a seguir:

Súmula 435 - Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Porém, é de extrema importância ressaltar que a súmula supracitada foi elaborada em momento anterior à reforma do CPC de 2015, isto é, antes de existir norma de processo que vincula toda jurisdição civil, a qual define o caminho a ser seguido em certos casos (desconconsideração da personalidade).

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região do Rio de Janeiro proferiu a seguinte decisão, contrária à aplicação:

Processo civil. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Multa administrativa. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. Inaplicabilidade. 1. A decisão, em execução fiscal de multa administrativa, determinou a instauração de Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica, arts. 133/137 do CPC/2015. 2. Inaplicável o Código Tributário Nacional à execução fiscal de multas administrativas, regidas pela Lei nº 6.830/1980. A desconconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal de dívidas não tributárias tem apoio no art. 50 do CC/2002, a despeito da dificuldade na sua aplicação, à ausência de normativa acerca da ritualística a ser observada. 3. O CPC/2015, arts. 133 a 137, prevê a instauração de incidente autônomo, cabível em todas as fases do processo, que assegura contraditório prévio aos sócios antes da desconconsideração, mas não pode ser utilizado indiscriminadamente, e sua instauração é incompatível com o rito das execuções fiscais, à luz do art. 1º da Lei nº 6.830/80, “eis que possibilitaria a suspensão do processo de execução e a dilação probatória sem a prévia garantia do juízo” (TRF4, AG 5039923- 37.2016.4.04.0000, 3ª Turma, Rel. Fernando Quadros da Silva, julg. 08.11.2016). 4. O pedido da agravante para a inclusão do sócio no polo passivo da execução fiscal, com o consequente redirecionamento da dívida, desde já, não pode ser provido nos termos em que formulado, pena de supressão de instância. 5. Agravo de Instrumento parcialmente provido para determinar a apreciação do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, prescindindo-se da instauração do incidente, arts. 133 e segs. CPC/2015. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processual Civil. Agravo de Instrumento. Execução fiscal. Agravo de Instrumento nº 0010312-81.2016.4.02.0000. 6ª Turma Especializada. Relator: Nizete Lobato Carm. 12 de dezembro de 2016).

Em resumo, os argumentos desfavoráveis à aplicação da desconconsideração da personalidade, de acordo com Philip Gunther (2018), são: a) não há previsão expressa determinando sua aplicação; b) o artigo 135 do CTN define a responsabilidade dos sócios, de modo que há redirecionamento da execução a eles, sem a necessidade de instauração do incidente; c) a Súmula 435 do STJ é utilizada como forte justificativa, tendo em vista a presunção da dissolução irregular da sociedade; d) o incidente da desconconsideração não pode suspender a exigibilidade do crédito tributário, assim, não ocorrerá a prescrição tributária. Hipótese em que somente lei complementar pode ditar regras sobre suspensão da prescrição tributária, de acordo com o art. 146, III, da CF/88.

Em conformidade com a não aplicação, existe um consenso também no sentido de que caso o CPC seja aplicado de forma ilimitada nos casos tributários, possivelmente irá desajustar a autonomia do CTN, uma vez que o Código de Processo Civil deve ser aplicado tão somente como subsidiário ou supletivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou tratar sobre um importante meio de resolução processual, qual seja o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, cuja enorme importância se mostra evidente pelo fato de o novo Código de Processo Civil ter trazido em sua reforma capítulo específico sobre o tema.

Como se pôde verificar, a descon sideração da personalidade jurídica, em todas suas modalidades, é um mecanismo processual de extrema relevância, uma vez que o instituto garante ao credor de uma relação contratual que seu crédito seja buscado de diversas formas, até mesmo com a confusão patrimonial entre a sociedade e o sócio devedores. Vale ressaltar que sua aplicação não é sinônimo de atingimento do direito, isto é, não quer dizer que o crédito em questão será devidamente quitado, porém é por meio deste instituto que se irá buscar o direito. Cumpre acentuar que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica deve ser aplicado somente em casos de real necessidade, isto é, evidentemente trata-se de medida extrema, abrupta, visto que seu cumprimento marca o afastamento de princípios da propriedade e da autonomia patrimonial, principalmente. Desse modo, com o intuito de que somente seja determinado em casos específicos, o legislador criou requisitos que devem ser preenchidos antes de se determinar a instauração do incidente, tais como desvio de finalidade, confusão patrimonial entre sócio e sociedade. Antes da ocorrência do incidente, devem estar presentes tais pressupostos.

Em relação às execuções fiscais, a doutrina não possui um entendimento pacificado sobre o instituto, porém a corrente que está crescendo é de que não é cabível a aplicação do incidente por alguns motivos, principalmente pelo argumento de que o CTN define que o redirecionamento da execução para os sócios prescinde de instauração do incidente e, ainda, pela existência da Súmula 435 do STJ, presumindo a dissolução irregular da sociedade. Porém, apesar de serem fortes argumentos, a não instauração do incidente da descon sideração se traduz como medida parcial e autoritária em relação ao Estado contra o particular. A Constituição Federal determina que são assegurados, dentre outros, os princípios da ampla defesa e do contraditório. Ainda, em conformidade com a CF, o Código de Processo Civil trouxe à baila o capítulo deste instituto, visando assim garantir o cumprimento dos princípios constitucionais mencionados acima. Outrossim, o próprio CTN define, em seu artigo 1º, que será aplicado o CPC de forma subsidiária nos assuntos pertinentes a tal aplicação. Veja-se que o atingimento do patrimônio do sócio é caso de utilização das regras do CPC, pois se encaixa perfeitamente na definição trazida em seu texto legal.

Ainda, o atingimento do patrimônio do sócio nas execuções fiscais é uma medida totalmente parcial quando não se utiliza do incidente, uma vez que seus bens são atingidos antes mesmo que ele possa exercer seu direito de resposta, evidenciando, assim, o cerceamento de defesa. Outro ponto importante a se destacar é que existem doutrinadores que defendem a não aplicação do incidente da descon sideração da personalidade jurídica pelo fato de que, caso ocorra tal incidente processual, a execução irá prorrogar por um enorme tempo, indo contra o princípio da celeridade processual. Ora, como é possível se

falar em celeridade processual sendo que o particular possui prazos legais para exercer seu direito de manifestação e o órgão público, seja parte do processo (Procuradoria) ou julgador não possuem prazos para manifestação/decisão? O argumento trazido por essa corrente não condiz com a realidade, visto que são órgãos públicos que não cumprem com o princípio da celeridade processual. E, como se não bastasse, tal argumento nos mostra que o importante é solucionar um problema de forma rápida, ainda que não seja feito de forma justa para ambas as partes.

A intenção do processo é resolver a discussão que gerou a demanda judicial, porém cumprindo com o devido processo legal, garantindo o tratamento igual entre as partes, conforme dita o art. 5º da CF, que traz o princípio da isonomia processual à baila.

Por fim, diversos são os argumentos contra e a favor da aplicação de referido incidente previsto no CPC/15, todavia, como pudemos observar, a corrente que mais se aproxima de um julgamento justo e que segue os princípios constitucionais é aquela a favor da aplicação do incidente, vez que, dessa forma, o polo passivo da ação de execução (contribuinte) não sofrerá com qualquer forma de abuso de poder ou cerceamento de defesa, podendo debater todos os pontos levantados pela Fazenda Pública sem que antes seja atingido seu patrimônio pessoal.

REFERÊNCIAS

- BRANCO, Fernando Castelo. *A pessoa jurídica no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da descon sideração jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo. Saraiva, v. 2, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 5. ed. São Paulo. Saraiva, v. II, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003.
- CORT, Daniel Dala. *Pessoa jurídica, autonomia patrimonial, abusos, desvios e fraudes*. 2014. Disponível em: <https://dc.jusbrasil.com.br/artigos/181894959/pessoa-juridica-autonomia-patrimonial-abusos-desvios-e-fraudes>. Acesso em: 25 out. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DONIZETTI, Elpidio. *Incidente de descon sideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137, novo CPC)*. Disponível em: <https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/349556828/incidente-de-descon sideracao-da-personalidade-juridica-arts-133-a-137-novo-cpc>. Acesso em: 23 out. 2018.
- FARIA, Cristiano Chaves de. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005.
- FERNANDES, Anderson Antonio. *A descon sideração da personalidade jurídica e o novo Código Civil*. 2003. Disponível em: <http://migalhas.com.br/dePeso/16,M11308,21048-A+descon sideracao+da+personalidade+juridica+e+o+novo+Codigo+Civil>. Acesso em: 25 out. 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. A aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no novo Código de Processo Civil aos processos judiciais e administrativos em matéria tributária. 2016.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. *As execuções fiscais e o novo CPC*. 2015.

GUNTHER, Phillip. *A aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas execuções fiscais no âmbito do estado de São Paulo*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/a-aplicacao-do-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-nas-execucoes-fiscais-no-ambito-do-estado-de-sao-paulo>. Acesso em: 25 out. 2018.

ISDEBSKY, Eric. *Os aspectos processuais da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil*. 2015. Disponível em: https://ericisd.jusbrasil.com.br/artigos/205432626/os-aspectos-processuais-da-teoria-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-novo-codigo-de-processo-civil?ref=topic_feed. Acesso em: 26 out. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1987.

LÔBO, Paulo. *Direito civil das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Marllon Antony Silva. *Execução fiscal e a perspectiva da lei 13.105/15 (Novo CPC/15): em especial, uma análise quanto à aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica*. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180410-05.pdf>. Acesso em: 26 out. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2010.

MOREIRA, Maristela Justen; MCNAUGHTON, Charles William. O novo código de processo civil, princípios e mediação em âmbito tributário. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 9, 2017.

MUSSALEM, Waleska Bertolini. Aspectos materiais da desconconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ.*, Brasília, ano 12, v. 23, p. 183-206, jan./dez. 2004. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24761-24763-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Tyanne Martins de. *O processamento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*. fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64256/o-processamento-do-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-novo-cpc>. Acesso em: 23 out. 2018.

REQUIÃO, Rubens. *RT 410/12*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

SILVA, Alexandre Couto. *Desconconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 780, p. 47-58, 2000.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, v. único, 2011.

VARELLA, Silvia Bittencourt. As antinomias aparentes no direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3384, 6 out. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22752/as-antinomias-aparentes-no-direito>. Acesso em: 23 out. 2018.

CONSIDERAÇÕES SOBRE DADOS EXTRAJURÍDICOS QUE PODEM INFLUENCIAR OS JULGAMENTOS TRIBUTÁRIOS*

CONSIDERATIONS OF EXTRA-LAW DATA THAT MAY BE INFLUENCING TAX JUDGMENTS

RENATO LOPES BECHO

Mestre. Doutor. Professor de Direito Tributário na PUC/SP. Livre-Docente em Direito Tributário pela USP. Pesquisador visitante (Pós-Doutorado) no *King's College*, Londres. Juiz Federal/SP. E-mail: rlobecho@trf3.jus.br.

“De quando em quando se diz que,
se um homem negligencia a aplicação de seus direitos,
ele não pode reclamar se, após um tempo,
o direito seguir seu exemplo”.¹

SUMÁRIO: Introdução - Nem todas as decisões são explicáveis pelos métodos de interpretação clássicos - Vivemos uma crise nas decisões de direito tributário? - Reflexões sobre as decisões judiciais no *Common Law* - Quais influências podem estar afetando os julgamentos tributários? - Conclusão - Referências

RESUMO: O objetivo deste artigo é levantar a hipótese de que elementos extra-jurídicos podem estar influenciando decisões de julgadores administrativos e judiciais em matéria tributária, fato não explicável pelas correntes tradicionais de interpretação do direito brasileiro. Contudo, em outros países, notadamente do sistema do *Common Law*, elementos extrajurídicos são considerados, o que pode apontar para novos caminhos a serem trilhados pela comunidade científica nacional, desde que seja adotada postura

* Data de recebimento do artigo: 23.11.2018.
Datas de pareceres de aprovação: 15.12.2018 e 10.01.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 25.01.2019.

¹ HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. In: *The path of the law and the Common Law*. New York: Kaplan, 2009. p. 26-27. Tradução livre, nossa. No original consta: “Sometimes it is said that, if a man neglects to enforce his rights, he cannot complain if, after a while, the law follows his example”.

multidisciplinar. Como conclusão, sustenta-se a utilidade de se ampliar, sem substituir, os tópicos comuns a respeito da interpretação do direito tributário, para abarcar diferentes tipos de julgadores.

PALAVRAS-CHAVE: decisão judicial; legalidade tributária; elementos extrajurídicos; juízes legalistas; juízes realistas.

ABSTRACT: The aim of this article is to raise the hypothesis that extrajudicial elements may be influencing decisions of administrative and judicial judges in tax matters, a fact not explicable by the traditional currents of interpretation of Brazilian law. However, in other countries, notably in the Common Law system, extrajudicial elements are considered, which may point to new paths to be followed by the national scientific community, provided they adopt a multidisciplinary approach. In conclusion, the usefulness of extending, without replacing, common threads regarding the interpretation of tax law, is supported, to include different types of judges.

KEYWORDS: judicial decision; taxation legality; extra-law elements; judges legalists; judges realists.

INTRODUÇÃO

Nos dias que correm, começa-se a discutir academicamente a formação da decisão dos julgadores brasileiros, aí incluídas as decisões tomadas em processos tributários, nas esferas administrativa e judicial. Ao que parece, a clássica *subsunção do fato à norma* não tem sido mais suficiente para demonstrar como as decisões vêm sendo tomadas, o que aponta para a participação de outros elementos, que podem ser interpretativos, não evidenciados na decisão ou mesmo não jurídicos.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é demonstrar que a incipiente problematização dos elementos que interferem na decisão administrativa e judicial, se novos ou poucos explorados no Brasil (ainda que não inéditos, frise-se), encontra suporte dogmático mais elaborado no direito alienígena. Com isso, lançando mão de textos estrangeiros, poderemos encontrar, com mais facilidade, alguns pontos de reflexão que, explorados também entre nós, permitirão à sociedade jurídica não só melhor compreender tais decisões como atuar nessas esferas.

Em outras palavras, se os métodos de interpretação foram identificados e explorados no passado, mas não se prestam mais a explicar *todas* as decisões do presente, poderemos buscar a identificação dos elementos que estão influenciando as decisões de hoje, a fim de estudá-las e permitir, no futuro, compreender todas as decisões administrativas e judiciais que forem dadas. Afinal, o estudo do direito recebe o suporte da ciência jurídica, que precisa ser capaz de explicar tais decisões, ainda que lance mão, também, de conhecimentos auferidos em outras disciplinas. Até porque um dos traços que se espera, no presente, da comunidade acadêmica, é a busca multidisciplinar pelo conhecimento, posto que nem sempre apenas um ramo é suficiente para conhecer a realidade, notadamente diante das transformações mais recentes.

NEM TODAS AS DECISÕES SÃO EXPLICÁVEIS PELOS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO CLÁSSICOS

Estão consolidados na doutrina brasileira, inclusive na tributária, os clássicos métodos interpretativos, a saber: gramatical, histórico, teleológico e sistemático.² Todos esses métodos partem do mesmo pressuposto: a fonte primária do direito é a lei.

Luís Eduardo Schoueri³ vai além, ampliando a exposição para abarcar as escolas da exegese, do direito livre, histórica, a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses. Mas, como esperamos que fique evidenciado, o presente estudo aborda pontos diferentes, posto que não fixa sua atenção na interpretação, mas em dados que podem estar influenciando o julgador, sem que sejam explicitados na decisão.

Isso porque se começa a perceber, no ambiente acadêmico brasileiro, que há decisões administrativas e judiciais que podem não estar fundadas na legislação. Ou, ao menos, não estão sendo fundamentadas, explícita ou implicitamente, em toda a legislação aplicável ou em elementos jurídicos que podem ter influenciado a tomada de decisão dos julgadores. Outros componentes podem estar agindo na tomada de decisão.

Ao que parece, o capítulo dedicado à interpretação e à integração da legislação tributária no CTN (arts. 107 a 112) não é suficiente. Assim, por exemplo, veja-se o que foi dito por Ricardo Mariz de Oliveira e por nós no IV Congresso Brasileiro de Direito Tributário Atual:

Em síntese, foi sustentado que temos vivenciado aumentos ocultos (a maior parte das vezes sem alteração legislativa) da carga tributária através da simples interpretação da legislação quando da sua aplicação, e isto se dá em três níveis, muitas vezes cumulativamente: [...]

- no nível da jurisprudência, principalmente administrativa, mediante decisões sem a devida fundamentação legal, em favor da arrecadação.⁴

[...] tratando-se de responsabilidade tributária na dissolução irregular da pessoa jurídica, a Súmula 435 do STJ não encontra fundamento legal. Ela pode ser um exemplo de *judge made law* ou de aumento da carga tributária por interpretação, sem amparo legal.

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 130-134, com especial ênfase à interpretação como um sistema de linguagem; CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 42 e seguintes, com especial relevo para o papel dos princípios e a interpretação sistemática; COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 182-188; AMARO, Luciano. *Curso de direito tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 205 e ss.

³ *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 600 e ss.

⁴ Resumo da palestra do Ricardo Mariz de Oliveira. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL, DO IBDT - AJUFE/AJUFESP - DEF-FDUSP: OS LIMITES DO PODER LEGAL DE AUMENTAR A CARGA TRIBUTÁRIA, 4., 2016, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 23 e 24 de maio, 2016. Mesa "Interpretação da aplicação das normas, como meio de aumento da carga tributária". Disponível em: http://www.ibdt.org.br/material/arquivos/Congressos/2016/Anais_IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20Tribut%C3%A1rio%20Atual_VF.pdf. Acesso em: 18 jan. 2017.

Em seguida, fui surpreendido pelo Recurso Extraordinário 1.120.295/SP, em que o egrégio STJ aplicou o art. 219, § 1º, do CPC/1973 (interrupção da prescrição tributária com o ajuizamento da execução fiscal), mas nada disse sobre os §§ 3º e 4º, ou sobre a disciplina da interrupção da prescrição no CTN ou na Lei de Execução Fiscal ou na jurisprudência consolidada e aplicada pela própria Corte até uma sessão anterior, qualquer deles cuja menção exigiria dar ganho de causa ao contribuinte.⁵

Assim, partindo-se do pressuposto de que existem “decisões sem a devida fundamentação legal” (Ricardo Mariz de Oliveira) e jurisprudência que “não encontra fundamento legal” (Renato Lopes Becho), vejamos se é possível conhecer outros fundamentos para o quanto decidido pelos julgadores, o que indica uma grave crise do direito.

VIVEMOS UMA CRISE NAS DECISÕES DE DIREITO TRIBUTÁRIO?

A forma como as decisões judiciais são tomadas foi sofrendo alteração ao longo dos anos, fruto de todos os influxos típicos de um elemento cultural como é o direito. Tais decisões estão intimamente relacionadas com a interpretação das normas jurídicas, o que varia de acordo com a época que se analisa.

Atualmente, há situações em que a decisão judicial é facilmente compreendida, quando ocorre a chamada *subsunção* ou *incidência da norma*, em que um fato social é confrontado com uma norma jurídica e a decisão judicial é alcançada quase como um resultado matemático.⁶

É um modelo que tem origem nos clássicos gregos e cuja estrutura pode ser assim exemplificada: todo homem é mortal; Sócrates é homem; logo, Sócrates é mortal. Em termos jurídicos, pode ser assim exposto: o descumprimento de um contrato leva à aplicação de sua cláusula penal - uma multa, p. ex.; o contrato *sob iudice* foi descumprido; logo, a multa deve ser aplicada. Ou, em matéria tributária, “ocorrido o fato ‘João receber honorários’, incide o mandamento ‘quem receber honorários pagará 10% ao Estado’”.⁷

Mas nem sempre é assim, como dito no item anterior. Sem buscarmos os contornos mais atuais para a norma jurídica - posto não ser o objeto deste estudo -, uma reflexão acurada sobre diversas decisões judiciais, notadamente em matéria tributária, permite

⁵ Resumo da palestra do professor Renato Lopes Becho. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL, DO IBDT - AJUFE/AJUFESP - DEF-FDUSP: OS LIMITES DO PODER LEGAL DE AUMENTAR A CARGA TRIBUTÁRIA, 4., 2016, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 23 e 24 de maio, 2016. Mesa “Interpretação da aplicação das normas, como meio de aumento da carga tributária”. Disponível em http://www.ibdt.org.br/material/arquivos/Congressos/2016/Anais_IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20Tribut%C3%A1rio%20Atual_VF.pdf. Acesso em: 18 jan. 2017.

⁶ Seu formato típico pode ser assim descrito: “Costuma-se designar por incidência o fenômeno especificamente jurídico da subsunção de um fato a uma hipótese legal, como consequente e automática comunicação ao fato das virtudes jurídicas previstas na norma”. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45.

⁷ ATALIBA, op. cit., p. 46.

identificar que, por vezes, os julgadores simplesmente não aplicam a Constituição ou a legislação de regência, o que pode apontar para uma crise do direito.

Ao que parece, essa crise não é nova (talvez apenas vejamo-la com mais clareza) e nem é somente brasileira. A assertiva decorre do quanto dito por Luis Recasens Siches:

A nossa época é um tempo de crise, de gravíssima crise, a terceira das grandes crises que registra a história universal, em que o fenômeno da crise se apresenta com formidável volume e radical intensidade. A crise é um mundo de transformação profunda, uma quebra das convicções fundamentais que regeram a vida do pretérito e a ausência de um novo sistema de convicções que se haja instalado real e efetivamente como estrutura da sociedade; portanto, é embaraçoso, um não sei o que esperar, uma perda de segurança na vida e de clareza e firmeza quanto às diretrizes de conduta.⁸

As sensações apontadas por Recasens Siches (quebra das regras que regeram o passado; ausência de um sistema instalado de novas convicções, insegurança jurídica e falta de clareza e firmeza nas diretrizes de conduta) apresentam-se, atualmente, com matiz forte o suficiente para serem incontestes. Para ilustrar, é forçoso reconhecer que a *subsunção* do fato à norma não mais se apresenta em importantes decisões administrativas e judiciais. A surpresa com tais decisões reforça a caracterização do estado de crise, bem como a ausência de clareza e firmeza quanto às condutas do contribuinte que serão aceitas ou não pelo fisco (tenha-se em mente, por exemplo, os negócios jurídicos que são aceitos e aqueles que são considerados *planejamento tributário* e desconsiderados pelos agentes fiscais, em que pese a ausência da lei que veicule os procedimentos para essa desconsideração).

A percepção de crise do direito fica evidente com o livro *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, de Eros Roberto Grau, em que o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal tece fortes críticas à atuação dos juízes, inclusive de seus antigos colegas de Pretório Excelso.⁹ Ele parte da deturpação criada em torno dos princípios jurídicos, que o leva, inclusive, a rever seu próprio pensamento. Em seguida, menciona a *banalização* dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que leva os juízes a “corrigir” o legislador. Confira-se:

⁸ *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1965. p. 530-531. Tradução nossa. No original consta: “No se debe olvidar que nuestra época es un tiempo de crisis, de gravísima crisis, de la tercera de las grandes crisis que registra la historia universal; y que el fenómeno de la crisis se presenta con formidable volumen y radical intensidad. La crisis es un mundo de transformación profunda, una quiebra de las convicciones fundamentales que rigieron la vida del pretérito y la ausencia de un nuevo sistema de convicciones que se haya instalado real y efectivamente como estructura de la sociedad; por lo tanto, es azoramiento, un no saber a qué atenerse, una pérdida de seguridad en la vida y de claridad y firmeza en cuanto a las directrices de conducta”.

⁹ Anoto que Luís Eduardo Schoueri também se vale da obra de Eros R. Grau. Todavia, fixamo-nos em versão posterior, cujo título evidenciamos supra. Nesses termos, veja-se SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 611.

Outra, na banalização dos “princípios” (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um princípio superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto - o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de “corrigir” o legislador, invadindo a competência deste.¹⁰

Deixando claro que o problema maior do momento (de crise, em nossa opinião) do direito atual está na conduta dos juízes, usurpando o que é, classicamente, a função do legislador, Eros Grau os repreende nos seguintes termos:

"Isto é necessário afirmar bem alto: os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender direito, não justiça. Justiça é como a religião, a filosofia, a história."¹¹

Perplexidades que tais, de juristas da nomeada de Eros Roberto Grau ao advogado que atua sozinho e não consegue explicar a decisão judicial para um surpreso cliente, dão azo ao surgimento de ideias pré-concebidas, que, não raras vezes, desmerecerão os julgadores, aqui e alhures. Essa percepção surge de assertiva de José Hermano Saraiva:

A função dos conceitos e dos princípios gerais como elemento de integração e de referência do juízo é, aliás, tão indispensável que quando, por qualquer motivo (e esses motivos podem ser muitos), os conceitos deixem de estar presentes no espírito do julgador, o vácuo resultante é logo preenchido pelos preconceitos. E é uma sub-rogação perniciosa, porque, se aos conceitos podemos nós conhecer e deduzir, os preconceitos escapam a toda a possibilidade de determinação.¹²

A sensação de crise no direito, para nós, advém da identificação de um certo *descolamento* das decisões judiciais do quanto decidido nas casas parlamentares. Quando os juízes deixam de aplicar os conceitos previamente estabelecidos, notadamente aqueles estipulados na Constituição Federal e nas leis do país, surge um ambiente propício para o surgimento de toda sorte de preconceitos, conceitos (agora quanto à atuação dos próprios

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 18.

¹¹ *Ibidem*, p. 19. Quanto aos *princípios* da proporcionalidade e razoabilidade, ensina: “O número *de vezes nas quais esses dois ‘princípios’* são mencionados pela jurisprudência do STF Federal [sic] nestes últimos anos - seja determinando normas de decisão, seja conformando a produção de normas jurídicas gerais - impressiona muito, a ponto de podermos, ironicamente, dizer que ele deixa de ser um Tribunal constitucional para se transformar em um tribunal da proporcionalidade e da razoabilidade. A transgressão do sistema, agora sob o pretexto de aplicação desses princípios, é praticada à largada” (p. 136). O autor diz que isso não é fato novo, provando sua assertiva citando Jean Schmidt, *Essai sur la notion de principe juridique: contribution a l'étude des principes generaux du droit en droit positif français*, em tese de 1955, o que reforça nossa afirmativa de que a crise atual não é nova. Mas, repetimos, talvez ela possa estar, entre nós, mais evidente.

¹² *O que é o direito? A crise do direito e outros estudos jurídicos*. Lisboa: Gradiva, 2009. p. 317.

juízes) previamente estabelecidos, que, como mencionado, não são de agora. Lembremo-nos do conselho de Rui Barbosa na sua célebre *Oração aos moços* para que os juízes não achem sempre razão à Fazenda Pública.¹³

O *pré-conceito* com juízes que não aplicam as leis pode ter sido, no passado - ao menos nas situações de dúvida quanto ao que decidir - estudado, tanto que mencionado o *in dubio pro fisco*¹⁴ e seu contraponto, o *in dubio pro contribuinte*,¹⁵ sendo que este, nos ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho,¹⁶ encontra-se legislado no art. 112 do CTN, quando se trata de infrações fiscais.

Atualmente, ao deixar de aplicar a lei, os julgadores administrativos e judiciais lançam sombras sobre a decisão, deixando-a no escuro e dando margem a interpretações preconceituosas. Contudo, o problema pode estar nas ferramentas científicas que estão sendo utilizadas.

Se pensarmos na história, antes das descobertas científicas já se viveu épocas de superstição e preconceito, que na verdade encobriam o desconhecimento reinante. É claro que não estamos propondo que, por trás de decisões administrativas e judiciais, especialmente em matéria tributária, alguém diga que é *a ira dos deuses*. Mas não podem ser *sinais dos tempos*? Se a resposta for positiva, sem colocarmos nenhum sentido pejorativo, temos que aprimorar nossos mecanismos de percepção desses sinais, que poderão demonstrar como captá-los e conhecê-los, ajustando e atualizando as ferramentas profissionais.

Nesse contexto, atentemos para as lições de T. H. Huxley, expondo os avanços científicos entre os anos 1837 a 1887:

A diminuição ou remoção da ignorância ou preconceito local, a criação de interesses comuns entre os povos amplamente separados e o fortalecimento da organização da comunidade contra a anarquia política ou social, assim efetuados [pelas descobertas científicas], exerceram influência sobre a fortuna presente e futura da humanidade, cujo pleno significado pode ser adivinhado, mas que ainda não pode ser estimado em seu pleno valor.¹⁷

¹³ “Não vos mistureis com os togados, que contraíram a doença de achar sempre razão ao Estado, ao Governo, à Fazenda; por onde os condecora o povo com o título de “fazendeiros”. Essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo, ou ao Estado”. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1949. p. 71.

¹⁴ SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Edição póstuma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 76-77.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 333.

¹⁶ *Curso de direito tributário brasileiro*. 12. ed. Rio: Forense, 2012. p. 581.

¹⁷ *The advance of science in the last half-century*. New York: D. Appleton, 1889 (E-book do Projeto Gutenberg). Tradução nossa. No original consta: “The diminution or removal of local ignorance and prejudice, the creation of common interests among the most widely separated peoples, and the strengthening of the forces of the organization of the commonwealth against those of political or social anarchy, thus effected, have exerted an influence on the present and future fortunes of mankind the full significance of which may be divined, but cannot, as yet, be estimated at its full value”. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/15253/15253-h/15253-h.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

A pergunta que surge, então, pode ser assim externada: será possível conhecer o que está influenciando os julgadores, inclusive em matéria tributária? De nossa parte, acreditamos que, se mudarmos o foco de nossa atenção, indo além das referências tradicionais brasileiras ou mesmo latinas (por vezes até mesmo lançando mão de obras desenvolvidas por outros ramos do conhecimento que não o propriamente jurídico, desde que tenham o julgador ou o ato de decidir como objeto), talvez seja possível ampliarmos o raio de pesquisa e encontrar elementos que, desenvolvidos com propriedade no futuro, auxiliem a comunidade jurídica a lidar com a formação da decisão judicial, notadamente em matéria tributária.

Isso porque nosso sistema jurídico, de origem romano-germânica, fortemente impactado pelo Código Napoleônico, deixou o juiz em segundo plano na formação do direito, sempre atrás do legislador. Contudo, se os juízes estão saindo - em conduta certa ou errada, o que não vem ao caso explorar agora, para os fins que almejamos neste estudo - da postura secundária em que habitualmente se encontravam, é sabido que assim já acontece em outro sistema jurídico. Como se sabe, o *Civil Law* reflete a história do legislador no centro do direito, enquanto o *Common Law*, de origem inglesa, o julgador tem um papel central na formação do direito.

É o caminho que nos propusemos a pesquisar, cujo resultado é o que segue.

REFLEXÕES SOBRE AS DECISÕES JUDICIAIS NO *COMMON LAW*

Como é cediço, os países que adotam o sistema do *Civil Law* têm na lei o elemento central do direito. É o caso do Brasil, facilmente fundamentado no princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal), em matéria tributária reforçado pelo princípio da estrita legalidade (art. 150, I, da CF). Por esse princípio, o direito positivo infraconstitucional será formado por decisões e atos dos parlamentos, é dizer, pelos parlamentares. Eles estipularão o que será lícito e ilícito, o certo perante a lei ou o punível pela lei. Abaixo da Constituição está, em primeiro lugar, a lei.

Já o sistema do *Common Law* tem na decisão judicial seu elemento central. Originado na Inglaterra medieval, sua construção teórica mais próxima da nossa realidade está no constitucionalismo norte-americano, no qual a figura de John Marshall é o primeiro grande expoente. Um julgado crucial é o conhecido *Marbury v. Madison*, de 1803 (portanto, logo após a Constituição, que é de 1789). Após estabelecer que os poderes do Legislativo são definidos e limitados pela Constituição, fixou:

É enfaticamente a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam a regra aos casos concretos têm que, necessariamente, expor e interpretar aquela regra. Se duas leis conflitam entre si, os tribunais decidem por uma.¹⁸

¹⁸ MARSHALL, John. Opinion in *Marbury v. Madison*. In *Writings*. New York: Literary Classics of the United States, 2010. p. 250. Tradução nossa. No original consta: "It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those how apply the rule to particular cases, must of necessity

O objetivo de Marshall era dizer que, se uma lei conflita com a Constituição, o Judiciário tinha que decidir pela aplicação por essa, pois, do contrário, ela não seria a lei maior de uma nação. Nascia aí o Constitucionalismo moderno.

Após Marshall, o segundo grande nome do Poder Judiciário norte-americano foi Oliver Wendell Holmes Jr., que ensinou:

Quando nós estudamos o direito, nós não estamos estudando um mistério, mas uma profissão bem conhecida. Nós estamos estudando o que nós devemos esperar quando comparecemos diante de juízes, ou aconselhamos pessoas de forma a mantê-los longe dos tribunais. [...] O objeto de nosso estudo, então, é predição, predição da incidência da força pública pela instrumentalidade dos tribunais.¹⁹

Talvez tenha sido essa cultura de ver o direito como produto da atuação de juízes e de tribunais que incentivou os norte-americanos a se atentarem para a figura dos julgadores. Pode ser, também, que o processo de escolha e nomeação dos juízes (os *estaduais* ou *locais* são escolhidos por eleição direta, enquanto os *federais* são nomeados pelo presidente da República, após aprovação do Senado) tenha influenciado, mas o fato é que, nos EUA, é possível localizarem-se algumas reflexões sobre a atuação judicial nos termos como estamos investigando.

Nos tempos recentes, destacamos algumas obras que têm nos juízes e tribunais sua atenção. Jeffrey Toobin, por exemplo, publicou dois livros sobre os juízes da Suprema Corte dos EUA.²⁰ Em tais obras, fica evidenciado como os partidos do presidente da República que indica os ministros do Tribunal influenciam os votos e o direcionamento das decisões ali tomadas, que refletem em todas as demais instâncias.

Robert A. Carp e Ronald Stidham levantam a questão central deste estudo (dados extrajurídicos que influenciam decisões judiciais) em relação aos magistrados norte-americanos. Confira-se:

Em que bases e por quais razões os juízes nos Estados Unidos regram suas atuações em requerimentos, petições e questões de política judiciária com os quais têm que lidar? Responderemos a essa pergunta sumariando as teorias e conclusões de pesquisas de um grande número de estudiosos judiciais que tentam descobrir o que faz com que os juízes decidam.²¹

expound, and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each”.

¹⁹ HOLMES JR., op. cit., p. 1. Tradução nossa. No original consta: “When we study law we are not studying a mystery but a well-known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. [...] The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts”.

²⁰ *The nine*. New York: Anchor Books, 2008; e *The oath*. New York: Doubleday, 2012. Este último versando sobre a relação da Suprema Corte e o primeiro mandato de Barack Obama.

²¹ CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald. *Judicial process in America*. 3. ed. Washington: Congressional Quarterly, 1996. p. 291. Tradução nossa. No original consta: “On what basis and for what reasons do judges in the

Após fixarem que tanto os juízes federais quanto os estaduais norte-americanos tendem a ser fortemente influenciados pelos precedentes judiciais e “virtualmente todos os juízes refletem, em algum grau, suas filiações político-partidárias”, aduzem que “todos os juristas são sujeitos a dois tipos maiores de influência: a cultura legal e a cultura democrática”.²² Essas influências encontrarão explicações diversas em duas escolas de pensamentos, como se verá.

Dentro da “cultura legal”, os autores incluem “a natureza do raciocínio legal” (*the nature of legal reasoning*), basicamente a analogia; a “aderência ao precedente” (*adherence to precedent*); e, por fim, as “restrições à tomada de decisão pelo juiz” (*constraints on trial judge decision making*), como a existência de outras vias para a solução do litígio, possibilidade de solução do conflito por outro poder (requerimento ao Poder Executivo ou solicitação de um ato legislativo, p. ex.) e o pressuposto inicial de que as leis e atos administrativos são constitucionais, v.g. São três elementos da cultura legal, então: raciocínio jurídico, aplicação de precedentes e restrições internas.²³

Dentro da “cultura democrática”, os autores observaram a influência da filiação partidária dos magistrados, dividindo a pesquisa em 24 itens como “discriminação racial”, “regulação da economia local” e “liberdade de religião”, dentre diversos outros, e separando as decisões por influência dos partidos Democrata e Republicano; impacto da política local e regional (divisão entre sul e norte do país, que fez eclodir a Guerra Civil americana, com reflexos raciais até os dias de hoje); impacto da opinião pública (maior entre juízes estaduais do que federais, por exemplo) e outras influências que tais.²⁴

Considerando os limites deste texto, vamos direto à conclusão dos autores quanto ao processo de tomada da decisão dos juízes norte-americanos:

Juízes federais e estaduais tomam centenas de decisões a cada ano, e acadêmicos têm que buscar explicar o pensamento por trás dessas decisões. Duas escolas de pensamento oferecem duas explicações. Uma teoria é baseada nas regras e procedimentos da cultura legal. As decisões dos juízes, de acordo com esse modelo, são o produto do tradicional raciocínio legal, da aderência aos precedentes e das autorrestrições judiciais. Outra escola de pensamento, a abordagem realista-comportamentalista, argumenta que os juízes são influenciados na tomada de decisão por fatores como a filiação partidária, valores e atitudes locais, opinião pública e pressões do

United States rule the way they do on the motions, petitions, and judicial policy questions with which they must deal? We shall respond to this query by summarizing the theories and research findings of a large number of judicial scholars who have tried to find out what makes judges tick”.

²² *Ibidem*, p. 292. Tradução livre, nossa. No original consta: “[...] virtually all judges reflect to some degree their political party affiliation”; “[...] all jurists are subject to two major kinds of influences: the legal subculture and the democratic subculture”. Nota da tradução: traduzimos “*subculture*” por cultura pois, em português, *subcultura* poderia ser interpretada com *cultura inferior*, o que não representa, na nossa opinião, a leitura dos autores citados.

²³ *Ibidem*, p. 293-300.

²⁴ *Ibidem*, p. 300-325.

Legislativo e Executivo. Nós afirmamos que, na grande maioria dos casos, o modelo da cultura legal é mais acurada na predição da tomada de decisão judicial. Todavia, estímulos da cultura democrática comumente são úteis em contabilizar decisões judiciais (1) quando a evidência legal é contraditória ou compelem igualmente a ambos os lados; (2) se a situação envolve novas áreas do direito e não há precedentes significativos; e (3) quando juízes são inclinados a ver a si mesmos mais como ativistas legais do que intérpretes da lei.²⁵

Este último ponto, juízes ativistas e juízes intérpretes da lei, gerou uma grande distinção na forma como os magistrados são vistos, que passam a ser considerados como *legalistas* em um grupo e *realistas* em outro.²⁶

Richard A. Posner, juiz federal norte-americano de Segunda Instância, parece ser um importante expoente desse segundo grupo. Senão vejamos:

Eu sinto certo constrangimento em falar a respeito de juízes, especialmente juízes de segundo grau (minha principal referência), porque eu sou um deles. Biógrafos são mais confiáveis do que autobiógrafos, e gatos não são consultados nos princípios da psicologia felina. Ao mesmo tempo, eu sou atingido por quão irrealistas são as concepções quanto aos juízes mantidas pela maioria das pessoas, incluindo advogados praticantes e eminentes professores universitários, que nunca foram juízes - e mesmo por alguns juízes. Esse irrealismo é devido a uma variedade de coisas, incluindo diferentes perspectivas de diferentes ramos das profissões jurídicas - incluindo também uma certa carga de imaginação. Isto é, também, devido ao fato de que a maioria dos juízes são cautelosos, ou mesmo tímidos, em discutir o que eles fazem. Eles tendem a repetir mecanicamente o discurso oficial a respeito do processo judicial (quão regrado ele é) e, costumeiramente, acreditam nisso, apesar de ele não descrever a prática verdadeira. Há, ainda, o senso de que julgar é realmente uma profissão diferente de praticar ou ensinar o direito e se você não é um deles você não consegue entender isso. Eu me lembro

²⁵ CARP; STIDHAM, op. cit., p. 331-332. Tradução nossa. No original consta: "Federal and state judges make hundreds of millions of decisions each year, and scholars have sought to explain the thinking behind these decisions. Two schools of thought provide two explanations. One theory is based on the rules and procedures of the legal subculture. Judges' decisions, according to this model, are the product of traditional legal reasoning and adherence to precedent and judicial self-restraint. Another school of thought, the realist-behaviorist approach, argues that judges are influenced in their decision making by such factors as party affiliation, local values and attitudes, public opinion, and pressures from the legislative and executive branches. We asserted that in the vast majority of cases, the legal subculture model is the more accurate predictor of judicial decision making. However, stimuli from the democratic subculture often become useful in accounting for judges' decisions (1) when the legal evidence is contradictory or equally compelling on both sides; (2) if the situation concerns new areas of the law and significant precedents are absent; and (3) when judges are inclined to view themselves more as activist lawmakers than as law interpreters".

²⁶ A relação do realismo jurídico com o direito tributário brasileiro foi apresentada por nós no livro *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291-294.

que, quando fui apontado para o tribunal, um juiz de outra corte, que era meu conhecido, me deu boas vindas “ao clube”. Este livro abre um pouco as cortinas.²⁷

As considerações sobre o *realismo judicial* chegaram ao ponto de construir uma caricatura: o que os juízes comem no café da manhã influencia suas tomadas de decisão! O evidente cinismo foi abordado pelo também juiz norte-americano de Segundo Grau Alex Kozinski,²⁸ que apresentou o que seria dito nas faculdades de direito sobre a decisão judicial: uma farsa. Nesse contexto, se o juiz dormiu bem ou mal, se se alimentou bem ou estava com indigestão na hora da tomada de decisão refletiria no julgamento.²⁹

O que pode ser uma piada de salão foi tratado com seriedade, todavia, por Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso,³⁰ cuja exposição e síntese podem ser assim versadas:

As decisões judiciais são baseadas somente em leis e fatos? O formalismo legal sustenta que os juízes aplicam razões legais a fatos em um processo de maneira racional, mecânica e deliberada. Em contraste, realistas legais argumentam que a aplicação racional das razões legais não é suficiente para explicar as decisões de juízes e que fatores psicológicos, políticos e sociais influenciam as decisões

²⁷ *How judges think*. Cambridge, Massachusetts (USA); London: Harvard University Press, 2010. p. 2. Tradução nossa. No original consta: “I feel a certain awkwardness in talking about judges, especially appellate judges (my main concern), because I am one. Biographies are more reliable than autobiographies, and cats are not consulted on the principles of feline psychology. At the same time, I am struck by how unrealistic are the conceptions of the judge held by most people, including *practicing lawyers and eminent law professor*, who have never been judges - and even by some judges. This unrealism is due to a variety of things, including the different perspectives of the different branches of the legal profession - including also a *certain want of imagination*. It is also due to the fact that most judges are cagey, even coy, in discussing what they do. They tend to parrot an official line about the judicial process (how rule-bound it is), and often to believe it, though it does not describe their actual practices. There is also the sense that judging really is a different profession from practicing or teaching law, and if you’re not in it you can’t understand it. I remember when I was appointed receiving a note from a court of appeals judge in another circuit with whom I was acquainted, welcoming me to ‘the club’. This book parts the curtains a bit”.

²⁸ “What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making”. In: *Quarterly Report*, p. 254-257. Disponível em: http://alex.kozinski.com/articles/What_I_Ate_for_Breakfast.pdf. Acesso em: 20 jan. 2017.

²⁹ “But as far back as I can remember in law school, the notion was advanced with some vigor that judicial decision making is a farce. Under this theory what judges do is glance at a case and decide who should win; and they do this on the basis of their digestion (or how they slept the night before or some other variety of personal factors). If the judge has had a good breakfast and a good night’s sleep, he might feel lenient and jolly; if he had indigestion or a bad night’s sleep, he might be a grouch and take it out on the litigants. Of course, even judges can’t make both sides lose; I know, I’ve tried. So a grouchy mood, the theory went, is likely to cause the judge to take it out on the litigant he least identifies with, usually the guy who got run over by the railroad or is being foreclosed on by the bank. This theory immodestly called itself Legal Realism”. “What I Ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making”. KOZINSKI, Alex. In: *Quarterly Report*, p. 254. Disponível em: http://alex.kozinski.com/articles/What_I_Ate_for_Breakfast.pdf. Acesso em: 20 jan. 2017.

³⁰ Extraneous factors in judicial decisions. In: *PNAS early edition*. Princeton: Princeton University, 2011. p. 1-4. Disponível em: <http://solum.typepad.com/files/danziger-levav-avnaim-pnas-2011.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

judiciais. Nós testamos a caricatura comum do realismo de que a justiça é “o que o juiz comeu no café da manhã” em sequências de decisões sobre liberdade condicional tomadas por experientes juizes. Gravamos duas pausas diárias para alimentação, que resultaram na segmentação em três distintas “sessões de julgamento”. Identificamos que a porcentagem de decisões favoráveis cai gradualmente de aproximadamente 65% para próximo a zero em cada sessão de julgamento e retorna abruptamente a aproximadamente 65% após a pausa. Nossas descobertas sugerem que as decisões judiciais podem oscilar por variáveis externas que podem não ser transportadas para as decisões legais.³¹

Finalizando as citações deste item, valemo-nos de Aharon Barak,³² que foi presidente da Suprema Corte de Israel. A introdução ao livro já é uma boa síntese do que enfrentou em seu texto: críticas e dúvidas quanto à atuação judicial, bem como pontos importantes da teoria geral do direito. Assim, por exemplo, ele limita o ativismo judicial aos casos difíceis, considera que neles não há uma única resposta correta, reconhece em tais situações a existência de *discretionariedade judicial* - ainda que não absoluta -, assume que os juizes também criam o direito. Enfim, como ele mesmo assume, seu livro examina *a filosofia judicial*, do qual destacamos:

Existem situações em que o juiz se vê diante da necessidade de escolher entre várias opções legais, sem que o sistema legal o oriente nessa escolha discricionária. É verdade que limitações (procedimentais ou substantivas) reduzem as opções à sua disposição e às considerações que ele é autorizado a tomar. A discricção judicial nunca é absoluta, mas dentro da moldura dessas limitações, ele tem liberdade de escolha. Como essa escolha deve ser feita? Claramente, não existem regras que guiem em todos os casos para um e somente um resultado. A existência de regras negaria a existência de discricção judicial; todavia, a escolha não pode ser baseada em acontecimentos. O juiz deve esforçar-se pela melhor solução. Como ele irá descobri-la? Eu acredito que cada juiz tem

³¹ Extraneous factors in judicial decisions. In: *PNAS early edition*. Princeton: Princeton University, 2011, p. 1. Disponível em: <http://solum.typepad.com/files/danziger-levav-avnaim-pnas-2011.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017. Tradução nossa. No original consta: “Are judicial rulings based solely on laws and facts? Legal formalism holds that judges apply legal reasons to the facts of a case in a rational, mechanical, and deliberative manner. In contrast, legal realists argue that the rational application of legal reasons does not sufficiently explain the decisions of judges and that psychological, political, and social factors influence judicial rulings. We test the common caricature of realism that justice is “what the judge ate for breakfast” in sequential parole decisions made by experienced judges. We record the judges’ two daily food breaks, which result in segmenting the deliberations of the into three distinct “decision sessions”. We find that percentage of favorable rulings drops gradually from 65% to nearly zero within each decision session and returns abruptly to after a break. Our findings suggest that judicial rulings can be swayed by extraneous variables that should have no bearing on legal decisions”.

³² BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton (New Jersey, USA): Princeton University Press, 2006. p. ix-xxi.

que criar para si mesmo uma filosofia judicial com a qual ele irá resolver os casos difíceis. Ela será um sistema não obrigatório que irá guia-lo no exercício de seu poder discricionário. Estes são um conjunto de pensamentos sobre como exercer discricção em casos difíceis. A filosofia judicial é um pensamento organizado sobre a maneira como um juiz deve lidar com a problemática de um caso difícil. De minha experiência, a maioria dos juizes tem uma filosofia judicial. Para a maioria, ela é inconsciente. Procuo elevar a filosofia judicial ao domínio da consciência e submetê-la à crítica pública.³³

O que Barak sustenta, em síntese, é que cada juiz deve criar sua *filosofia judicial* para resolver os casos difíceis, que os direcionará no uso de sua *discricionariade*, sendo que ele procura expor essa filosofia, submetendo-a ao escrutínio público.

A discricionariade judicial é um tema raro entre nós, notadamente em matéria tributária. Contudo, à evidência, os julgadores brasileiros parecem estar utilizando-a, até mesmo para dar outra solução a casos fáceis, mas com os quais o julgador não concorda ou não quer concordar, como será visto no próximo item.

QUAIS INFLUÊNCIAS PODEM ESTAR AFETANDO OS JULGAMENTOS TRIBUTÁRIOS?

Considerando o exposto nos itens precedentes, parece razoável supor que os juizes brasileiros também recebem influências externas à interpretação das normas jurídicas quando decidem, inclusive em matéria tributária, como apontado do item 2, *supra*. Essa assertiva encontra suporte implícito, por exemplo, em Tercio Sampaio Ferraz Júnior,³⁴ já que ele também aborda, na teoria da decisão, a redução do papel da regra jurídica a um dos elementos considerados, a questão da discricionariade do julgador, a teoria jurídica do controle do comportamento etc., que leva a ciência do direito a ser vista como uma *tecnologia*. Observe-se, tomando a assertiva como exemplo:

³³ *Ibidem*, p. 117-118. Tradução nossa. No original consta: "Situations exist in which the judge is faced with the necessity of choosing between various legal options, without the legal system guiding this choice the judge has discretion. True, limitations (procedural and substantive) placed upon him limit the options at his disposal and the considerations that he is allowed to consider. A judge's discretion is never absolute, but within the framework of these limitations, he has the freedom to choose. How should this choice be made? Clearly, there are no rules that would lead in every case to one and only one result. The existence of rules would negate the very existence of judicial discretion; nevertheless, the choice cannot be based on happenstance. The judge must strive for the optimal solution. How will he discover this solution? I believe that each and every judge must create for himself a judicial philosophy about the manner in which he will solve hard cases. This should be a system of nonobligatory consideration that will guide him in exercising his discretion. These are a set of thoughts about how to exercise discretion in hard cases. Judicial philosophy is an organized thought about the way in which a judge is to contend with the problematics of a hard case. From my experience, the majority of judges have such a judicial philosophy. For most, it is an unconscious philosophy. I seek to raise judicial philosophy into the realm of consciousness and subject it to public critique".

³⁴ A ciência do direito como teoria da decisão. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 87-103.

[...] a Ciência Jurídica passa a desenvolver aquela analítica especial, que se preocupa com a exegese das normas não como centro de sua atividade, mas como um dos instrumentos capazes de obter enunciados tecnológicos para a solução de conflitos possíveis. Este caráter tecnológico que a teoria guarda permite, por último, separá-la de uma mera compreensão sociológica do direito que se limita a descrever como se dá o comportamento, pois a finalidade da Ciência Jurídica permanece propiciar orientação para o modo como devem ocorrer os comportamentos procedimentais que visam a uma decisão das questões conflitivas.³⁵

É nesse contexto que almejamos pincelar alguns dados gerais do item 4 deste estudo e buscamos considerá-los na realidade brasileira. Desde logo, apontamos que, ao que parece, a liberdade de decidir não tem sido apenas frente aos casos difíceis. Os exemplos apontados por Ricardo Mariz de Oliveira e por nós, citados no item 2, indicam mudanças de jurisprudência, não para a fixação de novas teses em situações ainda não julgadas, um dos indicativos para o que seriam os casos difíceis.

Nesse sentido, colhemos três assuntos que talvez possam ser explorados por nossa comunidade jurídica.

1) Influências políticas

Considerando o quanto levantado pelos autores norte-americanos citados, quanto à influência dos partidos políticos sobre os magistrados, é necessário registrar que escolhas políticas têm muito menos efeito nos julgadores brasileiros, eventualmente excetuando-se os ministros de tribunais superiores, cuja designação parte do presidente da República. Mesmo entre eles não se registra, ao que parece, tanta influência quanto nos EUA. Podemos listar ao menos dois motivos. Primeiro, os juízes brasileiros ingressam na carreira, como regra (exceto os quintos constitucionais nos tribunais de segundo grau), por concurso, a eles sendo vedada atuação político-partidária. Segundo, os partidos políticos brasileiros não têm o histórico e o perfil dos norte-americanos. Lá eles são basicamente dois, com sensíveis distinções entre si, enquanto aqui temos três dezenas, não sendo raro os políticos mudarem de partido com grande liberdade e desenvoltura, demonstrando como o sistema político partidário é diferente entre esses dois países.

Por outro lado, existe a potencial força das procuradorias fazendárias no processo de ascensão de julgadores. Nesse sentido, parece razoável que a sociedade civil busque encontrar um mecanismo de equilíbrio, em que também advogados e contribuintes possam levar informações ao presidente da República a respeito dos candidatos, como proposto por nós.³⁶

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 103.

³⁶ Resumo da palestra do professor Renato Lopes Becho. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL, DO IBDT - AJUFE/AJUFESP - DEF-FDUSP: OS LIMITES DO PODER LEGAL DE AUMENTAR A CARGA TRIBUTÁRIA, 4., 2016, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 23 e 24 de maio, 2016. Mesa "Interpretação da aplicação das normas, como meio de aumento da carga tributária". Disponível em

2) Instabilidade temporária sobre o órgão julgador

Considerando o quanto levantado por Ricardo Mariz de Oliveira,³⁷ é provável que a instabilidade causada, no CARF, pela Operação Zelotes,³⁸ da Polícia Federal, tenha influenciado, diretamente, o ânimo de diversos julgadores administrativos. Se isso for verdade, nos momentos de grande instabilidade no órgão julgador, a sociedade precisa criar mecanismos para que os julgamentos não ocorram.

3) Notícias de jornais

No Brasil, talvez o que o juiz comer no café da manhã não interferirá nas suas decisões tributárias. Por outro lado, talvez as notícias que ele lê nos jornais poderão influenciar seus julgados. Assim, diante de reiteradas manchetes de queda na arrecadação, de aumento no déficit fiscal ou de elevada ocorrência de sonegação de tributos, talvez leve um julgador em matéria tributária a ser mais severo no julgamento, fazendo a balança pesar contra o contribuinte. Se o magistrado supor que o fisco é o hipossuficiente da relação processual-tributária (execução fiscal, v.g.), ele pode tender a decidir a seu favor. Talvez, eventualmente, pode ser que o relatório “Riscos Fiscais”, da Lei de Diretrizes Orçamentárias, esteja impressionando os Ministros do STF. Eles ocupam o noticiário a respeito de grandes causas.³⁹

A solução, nesse quesito, deve passar por algum tipo de contraprova a ser produzida em cada caso concreto, a despeito do quanto a ser enfrentado pela sociedade civil, que pode apontar que o realismo jurídico está comprometendo a saúde econômica como um todo. Pode ser que tenha chegado o tempo previsto por Eros R. Grau:

Isso tudo talvez acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado (talvez então os juízes voltem a ser a boca que pronuncia, sem imprensa, sem televisão...). Ou será a desordem, até que novos rumos nos acudam.⁴⁰

http://www.ibdt.org.br/material/arquivos/Congressos/2016/Anais_IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20Tribut%C3%A1rio%20Atual_VF.pdf. Acesso em: 18 jan. 2017.

³⁷ Resumo da palestra do Ricardo Mariz de Oliveira. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL, DO IBDT - AJUFE/AJUFESP - DEF-FDUSP: OS LIMITES DO PODER LEGAL DE AUMENTAR A CARGA TRIBUTÁRIA, 4., 2016, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 23 e 24 de maio, 2016. Mesa “Interpretação da aplicação das normas, como meio de aumento da carga tributária”. Disponível em: http://www.ibdt.org.br/material/arquivos/Congressos/2016/Anais_IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20Tribut%C3%A1rio%20Atual_VF.pdf. Acesso em: 18 jan. 2017.

³⁸ Para quem não a conhece: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/04/1611246-entenda-a-operacao-zelotes-da-policia-federal.shtml>. Acesso em: 24 jan. 2017.

³⁹ Por exemplo: “Cooperativas de serviços perdem no STF disputa sobre PIS e COFINS”. *Jornal Valor Econômico*, de 07 de novembro de 2014. Na matéria, informa-se que a decisão evitou a perda de R\$ 64,9 bilhões de reais para os cofres públicos.

⁴⁰ GRAU, op. cit., p. 139.

Assim sendo, eventual levantamento do impacto negativo da insegurança jurídica causada por decisões administrativas e judiciais que não seguem a legalidade possa ser um contraponto para os magistrados realistas. Se ficar claro, por exemplo, que os empresários incluem no “risco Brasil” as incertezas legais e judiciais, elevando aqui a margem de lucro média mundial em alguma medida, tais magistrados possam compreender a importância de retornarmos à estrita legalidade em matéria tributária.

CONCLUSÃO

Ao que parece, temos no Brasil juízes legalistas e juízes realistas, o que já foi identificado na doutrina dos EUA e em outros países que receberam a influência do *common law*. Para os juízes legalistas, os temas desenvolvidos tradicionalmente sobre interpretação da lei ou da norma jurídica, com as regras clássicas, seguirá sendo importante. Todavia, pode ser útil ampliarmos as exposições sobre a interpretação para abordarmos assuntos que, eventualmente, influenciam os juízes realistas, tais como a ausência de representatividade democrática para juízes criarem regras não estabelecidas em lei; efeitos macroeconômicos da insegurança jurídica causada pela livre criação do direito pelos magistrados; sugestões para que os processos não sejam julgados em épocas de perturbação institucional; e, o incentivo para que advogados e contribuintes participem, ativamente, dos processos de escrutínio dos juízes em ascensão na carreira ou nos casos de livre nomeação para o Supremo Tribunal Federal, equilibrando a balança da Justiça nesse quesito.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Curso de direito tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. 10. tir. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton, New Jersey, USA: Princeton University Press, 2006.
- BECHO, Renato Lopes. *Filosofia do direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BECHO, Renato Lopes. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL, DO IBDT - AJUFE/AJUFESP - DEF-FDUSP: OS LIMITES DO PODER LEGAL DE AUMENTAR A CARGA TRIBUTÁRIA, 4., 2016, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 23 e 24 de maio, 2016. Mesa Interpretação da aplicação das normas, como meio de aumento da carga tributária. Disponível em: http://www.ibdt.org.br/material/arquivos/Congressos/2016/Anais_IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20Tribut%C3%A1rio%20Atual_VF.pdf. Acesso em: 18 jan. 2017.
- CARP, Robert A.; STIDHAM, Ronald. *Judicial process in America*. 3. ed. Washington: Congressional Quarterly, 1996.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO ATUAL, DO IBDT - AJUFE/AJUFESP - DEF-FDUSP: OS LIMITES DO PODER LEGAL DE AUMENTAR A CARGA TRIBUTÁRIA, 4., 2016, São Paulo. *Anais...* São Paulo, 23 e 24 de maio, 2016. Mesa Interpretação da aplicação das normas, como meio de aumento da carga tributária. Disponível em: http://www.ibdt.org.br/material/arquivos/Congressos/2016/Anais_IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20Tribut%C3%A1rio%20Atual_VF.pdf.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DANZIER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. In *PNAS early edition*. Princeton: Princeton University, 2011. p. 1-4. Disponível em: <http://solum.typepad.com/files/danziger-levav-avnaim-pnas-2011.pdf>.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. In: *The path of the law and the Common Law*. New York: Kaplan, 2009.

HUXLEY, T. H. *The advance of science in the last half-century*. New York: D. Appleton, 1889 (E-book do Projeto Gutenberg). Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/15253/15253-h/15253-h.htm>.

KOZINSKI, Alex. What I ate for breakfast and other mysteries of judicial decision making. In: *Quarterly Report*, p. 254-257. Disponível em: http://alex.kozinski.com/articles/What_I_Ate_for_Breakfast.pdf.

MARSHALL, John. Opinion in Marbury v. Madison. In: *Writings*. New York: Literary Classics of the United States, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts, USA; London: Harvard University Press: 2010.

SARAIVA, José Hermano. *O que é o direito? A crise do direito e outros estudos jurídicos*. Lisboa: Gradiva, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SICHES, Luis Recasens. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1965.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Edição póstuma. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

TOOBIN, Jeffrey. *The nine*. New York: Anchor Books, 2008.

TOOBIN, Jeffrey. *The oath*. New York: Doubleday, 2012.

**ESTUDO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO
DA PRISÃO CIVIL DO IDOSO EM REGIME DIVERSO DO
FECHADO: A PRISÃO CIVIL EM CONFRONTO COM
A PROTEÇÃO INTEGRAL À PESSOA IDOSA***

**STUDY ABOUT THE POSSIBILITY OF COMPLIANCE
WITH THE CIVILIAN PRISON OF THE ELDERLY IN
ANOTHER REGIME OF THE CLOSED: THE CIVIL
PRISON IN CONFRONTATION WITH INTEGRAL
PROTECTION FOR THE ELDERLY**

RICARDO GUEIROS BERNARDES DIAS

Pós-Doutorado em Direito pela *University of Houston*, EUA. Doutor em Direito pela *University of California (Hastings)*/UGF. Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Pós-Graduado em Direito Comparado pela *Université de Sorbonne (Paris-Panthéon)*. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Professor do Efetivo da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. E-mail: ricardogueiros2014@gmail.com.

DIOGO ABINEDER FERREIRA NOLASCO PEREIRA

Mestrando no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Advogado. Professor da Rede de Ensino Doctum. E-mail: diogo.nolasco@gmail.com.

VALTER RODRIGUES DE ABREU JÚNIOR

Graduado em Direito pela Faculdade Doctum de Manhuaçu. Advogado. E-mail: valterjunior13@hotmail.com.

* Data de recebimento do artigo: 10.11.2018.
Datas de pareceres de aprovação: 23.11.2018 e 04.12.2018.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 14.12.2018.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Noções gerais sobre alimentos e prisão civil - 2. A proteção ao idoso no ordenamento jurídico brasileiro - 3. Da possibilidade de regime diferenciado na prisão civil do idoso: 3.1. Do conflito normativo; 3.2. A prisão civil em regime fechado em conflito com a proteção integral ao idoso; 3.3. Da necessidade interpretação da regra conforme as normas constitucionais: 3.3.1. O entendimento jurisprudencial; 3.3.2. Considerações acerca do Projeto de Lei nº 151/2012 do Senado Federal - Conclusão - Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade abordar, por meio de análise jurisprudencial e doutrinária, a possibilidade de cumprimento da prisão civil em regime diverso do fechado, notadamente em regime domiciliar, quando esta for decretada contra idoso devedor de alimentos avoengos, diante da condição peculiar de vulnerabilidade desses indivíduos. O novo Código de Processo Civil positivou o entendimento de que a prisão civil deve ser cumprida em regime fechado, não havendo previsão de exceção em nenhum outro dispositivo legal, tampouco na Constituição Federal. No entanto, tal regra é incompatível com a proteção integral estabelecida no Estatuto do Idoso. Neste contexto, faz-se necessária a interpretação de tais normas conforme a Constituição Federal, com o objetivo de solucionar o conflito estabelecendo uma exceção ao cumprimento da prisão civil em regime fechado quando o destinatário da sanção coercitiva for pessoa idosa devedora de alimentos aos netos, como forma de proteger os direitos fundamentais dessa classe de indivíduos, que necessitam de proteção especial por parte do ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: prisão civil; idoso; direitos fundamentais; conflito de normas.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze, by means of cases and doctrinal analysis, the possibility of complying with the civil prison in a different kind of prison, notably in domicile, when it is decreed against an elderly debtor of payment of alimony, given the peculiar condition of vulnerability of these individuals. The new Civil Procedure Code states that the civil prison must be carried out in maximum security prison, with no provision for exceptions in any other legal provision, nor in the Federal Constitution. However, such a rule is incompatible with the full protection established in the Statute of the Elderly. In this context, it is necessary to interpret such norms in accordance with the Federal Constitution, with the objective of resolving the conflict by establishing an exception to the civil prison in closed regime when the recipient of the coercive sanction is an elderly person who owes food to the grandchildren, as a way of protecting the fundamental rights of this class of individuals, who need special protection on the part of the national legal system.

KEYWORDS: civil prison; old man; fundamental rights; conflict of norms.

INTRODUÇÃO

O Código Civil, nos artigos 1.696 e 1.698, prevê a expansão da obrigação de prestar alimentos para além dos pais, estendendo-se aos ascendentes, atingindo os parentes de grau imediato quando o devedor originário não estiver em condições de cumprir o encargo. Nesta hipótese, aplica-se a regra de que os mais próximos excluem os mais remotos, sendo assim, os avós são os primeiros chamados a concorrer quando os pais não possuírem condições.

O Estatuto do Idoso, a seu turno, dispõe que “Idoso” é toda pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (artigo 1º da Lei 10.741/03). Estes indivíduos, além dos consagrados direitos fundamentais universais elencados na Constituição Federal, são destinatários de direitos fundamentais próprios, decorrentes da proteção especial conferida pela Lei Maior.

A principal medida coercitiva aplicada ao devedor de alimentos é a prisão civil, prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, cuja incidência é restrita à excepcional hipótese de dívida “voluntária e inescusável” dos alimentos. Pela disposição do art. 528, § 3º, do novo CPC, tal prisão civil deverá ser cumprida em regime fechado.

O conflito entre normas ocorre quando dois dispositivos de mesmo valor hierárquico estabelecem duas soluções distintas para o caso concreto. Nesse contexto, deparando-se o julgador com a árdua tarefa de decidir a controvérsia, a interpretação das normas colidentes à luz das disposições contidas na Constituição Federal será de fundamental importância para prover a solução que melhor proporcione Justiça aos litigantes.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE ALIMENTOS E PRISÃO CIVIL

Não há no ordenamento brasileiro uma definição precisa do conceito de alimentos. O Código Civil de 2002, na seção específica sobre o tema (art. 1.694 a 1.710) não tratou de conceituá-lo, optando por dispor sobre a forma como deve ser fixado, quem são os devedores, a possibilidade de revisão, dentre outras definições. Há, no entanto, dispositivo legal que, embora não apresente o conceito específico, é o único que se aproxima de uma definição legal dos alimentos. Trata-se do artigo 1.920 do Código Civil, que, sob o enfoque o direito das sucessões, dispõe sobre o legado de alimentos, como sendo “sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”. Na doutrina, Orlando Gomes, citado por Maria Helena Diniz, conceitua alimentos como “prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si” (DINIZ, 2010, p. 588).

Fato é que, em uma perspectiva constitucional do Direito Civil brasileiro, o termo “alimentos” jamais poderia ter o restrito significado de “alimentação” simplesmente, pois abrange todo o necessário para a garantia de um mínimo existencial, visando à proteção da dignidade da pessoa humana do alimentando. É justamente dessas garantias constitucionais que decorre o direito aos alimentos, sob a égide dos princípios da solidariedade,

da afetividade e principalmente da dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva constitucional, Maria Berenice Dias destaca a redação do art. 227 da Constituição Federal, que garante a crianças e adolescentes direitos básicos como a vida, alimentação, educação, saúde, lazer, cultura e profissionalização, como um possível parâmetro da abrangência da obrigação alimentar (DIAS, 2015, p. 558).

Portanto, embora não exista uma definição própria quanto ao conceito de alimentos, as diretrizes contidas na Constituição Federal dão a mensuração de sua abrangência. Deste modo, a fixação dos alimentos deverá adotar os princípios constitucionais como pilares, conforme bem observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, ao afirmar que as decisões acerca dos alimentos deve ser pautadas princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de afrontar o Texto Magno (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 584).

A obrigação de prestar alimentos, em regra, é dos pais, conforme determina o art. 1.696 do Código Civil. Entretanto, ao contrário do que se imagina no senso comum, pode estender-se aos avós.

A obrigação dos avós, também denominada obrigação alimentar avoenga, fundada nos princípios constitucionais de solidariedade e reciprocidade, está prevista no art. 1.698 do Código Civil, que dispõe acerca da possibilidade de convocação dos parentes de grau imediato caso o devedor originário não esteja em condições de prestar os alimentos.

Nesta modalidade de obrigação alimentar, aplica-se a regra de proximidade, pela qual os parentes mais próximos excluem os mais remotos, sendo assim, os avós são os primeiros a serem chamados a concorrer quando os pais não puderem fazê-lo.

A carência de condições a que se refere o texto legal pode decorrer de diversos fatores, como a morte, ausência, desídia do devedor, atrasos constantes ou quaisquer outras situações que prejudiquem a subsistência do credor (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 628). Todavia, a estipulação do encargo aos avós não se dará de forma automática, somente sendo possível imputar-lhes tal responsabilidade mediante decisão judicial fundamentada, proferida em processo judicial sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a obrigação alimentar avoenga é complementar e subsidiária, razão pela qual é necessário esgotar as tentativas de recebimento dos devedores primários, com a edição da Súmula 596: “A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais”.

Havendo inadimplemento da obrigação alimentar pelo devedor, surge para o credor o direito de cobrá-lo judicialmente, por meio dos procedimentos de “Cumprimento de Sentença” (art. 528 a 533 do CPC), e “Execução de Alimentos” (art. 911 a 913 do CPC), pelos quais o alimentando poderá lançar mão de diversos meios de recebimento compulsório da dívida, como o protesto judicial, penhora de bens, desconto em folha de pagamento, além de outras providências que o juiz entenda necessárias.

Dentre essas providências, o Conselho de Justiça Federal - CJF defende a possibilidade de levantamento de saldo de conta vinculada ao FGTS, conforme Enunciado 572, da VI Jornada de Direito Civil (2013), que diz que: “Mediante ordem judicial, é admissível, para a satisfação do crédito alimentar atual, o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS”. Para Flávio Tartuce, trata-se de medida que proporciona menor onerosidade, além de garantir a dignidade das partes, pois o credor receberá o valor devido, ao passo que o devedor se vê livre do risco de ser preso (TARTUCE, 2016, p. 1421).

Existem ainda, outras medidas de cunho processual passíveis de serem aplicadas ao executado, conforme sustenta Marcelo Abelha Rodrigues, como a multa em favor do credor no montante de até 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da dívida em execução, prevista no art. 774, parágrafo único, do Código de Processo Civil, além de medidas processuais coercitivas, ainda que atípicas, isto é, não previstas no ordenamento, como a apreensão de passaporte ou carteira de motorista, proibição de frequentar estádios de futebol, de ter cartões de crédito, conta bancária, dentre outras (RODRIGUES, 2018).

Apesar de todas estas possibilidades de cumprimento forçado da decisão alimentícia, a providência mais utilizada atualmente é a prisão civil. Trata-se de medida excepcionalíssima no ordenamento jurídico pátrio e goza de previsão constitucional, disposta no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, bem como na Súmula Vinculante nº 25, que adequou o referido texto ao Pacto de San José da Costa Rica, proibindo a prisão civil do depositário infiel. É importante destacar que não há previsão de exceção na Carta Magna, podendo tal prisão ser aplicada a todos os devedores de alimentos decorrentes do parentesco.

A prisão civil não possui caráter de sanção penal punitiva, mas sim de meio de coercitivo para pagamento de dívida, como uma forma de causar pressão psicológica ao devedor pela ameaça ou pelo efetivo recolhimento prisional (MADALENO, 2007, p. 186). Portanto, o cumprimento do tempo estipulado não exonera o débito, assim como, havendo quitação, o devedor deve ser colocado em liberdade.

A legislação processual civil vigente adotou o critério da atualidade como recorte temporal da dívida alimentar capaz de sujeitar o devedor à prisão civil. Isso porque, nos termos do art. 528, § 7º, do Código de Processo Civil, apenas as três últimas parcelas vencidas antes do ajuizamento da execução e as que se vencerem em seu curso, autorizam a coerção corporal. Com isso, sendo a dívida de alimentos relativamente antiga, a prisão civil, apesar de ser um importante meio coercitivo, poderá ser insuficiente para garantir a satisfação integral do débito. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery criticam esse entendimento, pois o devedor poderá deixar de pagar mais do que três meses e se livrar da prisão civil pagando valor muito abaixo do montante da dívida (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 1316).

Além disso, o Novo CPC, após grande debate legislativo, positivou o entendimento já consolidado de que a prisão deve ser cumprida em regime fechado (art. 528, § 4º),

sem qualquer menção a possíveis exceções, deste modo, o devedor deve permanecer durante todo o tempo no estabelecimento prisional, enquanto durar o prazo estipulado da segregação, que será de um a três meses.

2. A PROTEÇÃO AO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos fundamentais têm como característica marcante a universalidade, logo, existem para todos, independentemente de suas condições. No entanto, à luz do princípio da isonomia, consagrado pelo pensamento de Aristóteles sobre “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”, a Constituição Federal Brasileira prevê proteção diferenciada aos idosos, pois, diante de sua condição de vulnerabilidade, estes indivíduos demandam cuidados especiais por parte da família, da sociedade e principalmente do Estado.

Desta forma, tornam-se sujeitos de direitos fundamentais próprios e gozam de proteção especial, conforme preconiza o art. 230 da Constituição Federal: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Com base nestas importantes definições constitucionais sobre os direitos dos idosos, foi promulgada em 2003 a Lei 10.741 - Estatuto do Idoso, com o objetivo de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais destes cidadãos. A referida lei considera como idoso toda pessoa que possui idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Tal critério atende aos parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que conceitua o idoso pelo critério cronológico a partir dos 60 (sessenta) ou 65 (sessenta e cinco) anos de idade, de acordo com a expectativa de vida da população da nação a que pertence (BEZERRA, 2006, p. 6).

O ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da proteção integral, que confere aos idosos direitos específicos em relação às demais pessoas, com prioridade absoluta (artigos 2º e 3º da Lei 10.741/03), em virtude da idade avançada destes, o que naturalmente implica em maior fragilidade, fazendo-se necessária a adoção de medidas para garantir-lhes a igualdade (PONTES, 2006, p. 16).

Desta forma, observa-se uma relevante evolução nos direitos fundamentais inerentes aos idosos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tornando-os verdadeiros destinatários de proteção positivada no ordenamento jurídico, por meio de ações sociais e políticas públicas de cunho obrigatório, que devem ser reconhecidas e praticadas por toda a sociedade, a fim de viabilizar o exercício da cidadania e resgatar-lhes o merecido respeito (MARTINEZ, 2005, p. 14).

Com efeito, garantir aos idosos a mencionada proteção especial pelo ordenamento jurídico pátrio é uma forma a respeitar a condição de vulnerabilidade em que se encontram, ocasionada pelos efeitos do tempo, do desgaste natural sofrido pelo corpo humano, e

pela sociedade, que muitas vezes discrimina o idoso, o exclui do convívio social e nega vigência aos seus direitos.

3. DA POSSIBILIDADE DE REGIME DIFERENCIADO NA PRISÃO CIVIL DO IDOSO

3.1. Do conflito normativo

Por todo exposto até aqui, nota-se que o idoso goza de proteção jurídica diferenciada no ordenamento pátrio, sendo destinatário de proteção especial do Estado, conforme previsto na Constituição Federal, além de haver legislação específica destinada à proteção de seus direitos.

Estas normas protetivas, no entanto, podem entrar em conflito com outras que, em tese, são incompatíveis com a proteção especial conferida ao idoso, gerando dúvida sobre qual delas deve prevalecer perante o caso concreto. Este conflito normativo, que pode ocorrer tanto no plano constitucional como na esfera infraconstitucional, possui grande relevância no mundo jurídico, na medida em que a aplicação de certas normas na relação jurídica em que o idoso é parte pode ser lesiva aos seus direitos fundamentais.

Segundo Luís Roberto Barroso, as normas jurídicas são a forma pela qual o direito se expressa, e são dotadas de cunho imperativo e obrigatório, com o objetivo de promover a ordem e a justiça na sociedade (BARROSO, 2009, p. 189). São, portanto, meios utilizados pelo Estado para organizar a sociedade, estabelecendo regras de conduta com efeito coercitivo, que devem nortear o comportamento dos cidadãos e do próprio Estado, muitas vezes acompanhadas de uma sanção aplicável à hipótese de descumprimento.

Dentre outras classificações, vislumbra-se a diferenciação estabelecida entre as normas jurídicas constitucionais e as demais, chamadas normas infraconstitucionais. Neste ponto, Barroso destaca a força normativa da Constituição e a supremacia das normas constitucionais diante das infraconstitucionais. Sendo assim, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas de acordo com os princípios e regras constitucionais, de forma que “a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis” (BARROSO, 2009, p. 197-198).

Neste contexto, os princípios e regras expostos na Constituição Federal atuam como parâmetro de elaboração, validade, aplicação e alcance das normas infraconstitucionais, de forma que a hierarquia daquelas normas é importante critério para interpretação do julgador, auxiliando na solução do conflito normativo.

Robert Alexy busca elucidar o conflito e a interpretação das normas estabelecendo diferenciação entre regras e princípios. Segundo o autor, toda norma é constituída de uma

regra ou de um princípio: Princípios são “mandamentos de otimização”, que determinam que algo seja feito de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, podendo haver relativização do princípio conforme tais condições se apresentem. Já as regras são “determinações” que impõem que algo seja feito exatamente da forma como está previsto, não havendo que falar em relativização, apenas se a regra será cumprida ou não (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Nesse contexto, os princípios estabelecem os valores, objetivos, finalidades que um determinado Estado define como relevantes e fundamentais para a organização da vida em sociedade. Os princípios na Constituição Federal, conforme as lições de Barroso ora citadas, possuem força normativa, norteador a atuação estatal nas três esferas.

As regras, ao contrário, não têm a finalidade de nortear a atuação estatal por meio de valores ou objetivos sociais, mas de determinar a realização de algo, exatamente da forma prevista em seu conteúdo. Segundo Alexy, havendo possibilidade jurídica e fática para a incidência da regra, então deve prevalecer “definitivamente aquilo que a regra prescreve” (ALEXY, 2008, p. 104), ou seja, esta se aplicará integralmente, da maneira que o seu conteúdo determina, não havendo que se falar em maior ou menor incidência da regra.

Esta diferenciação implica em formas diversas de solução de conflitos. Para Alexy, a colisão entre princípios resolve-se pela determinação de qual deles tem precedência sobre o outro, isto é, qual terá maior peso diante do caso concreto. Define o autor que o conflito é resolvido “por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes” (ALEXY, 2008, p. 93-95). Para a solução do conflito entre regras, no entanto, não há discussão quanto ao peso desta no caso concreto, mas sim quanto à sua validade. Nesse sentido, Alexy afirma que a solução do conflito entre regras só é possível se houver previsão de exceção à regra, ou então, a declaração de invalidade desta (ALEXY, 2008, p. 92).

Havendo conflito, portanto, torna-se fundamental interpretar as regras conflitantes, objetivando estabelecer a invalidade de uma delas ou mesmo a possibilidade de se estabelecer uma exceção. Nesse aspecto, levando-se em consideração sua função norteadora, os princípios, notadamente os constitucionais, tornam-se parâmetros para a interpretação das regras e solução conflito.

Desta maneira, conclui-se que os valores, objetivos e orientações constantes das normas de caráter principiológico podem nortear o julgador na interpretação das regras, como forma de estabelecer uma exceção a esta, ou mesmo declarar sua invalidade perante o caso concreto.

Portanto, havendo conflito entre normas infraconstitucionais constituídas sob a forma de regras, uma destas terá que ser invalidada perante o caso concreto, ou dever-se-á viabilizar uma exceção a uma delas. Nesse contexto, a interpretação de tais regras conforme a Constituição faz-se necessária para encontrar a melhor solução para o caso.

3.2. A prisão civil em regime fechado em conflito com a proteção integral ao idoso

Uma vez que a legislação estabelece a extensão da obrigação alimentar aos avós, não é incomum que pessoas idosas se tornem devedoras de alimentos e, em caso de inadimplência, sujeitas à prisão civil.

Conforme já abordado, o Novo CPC positivou a regra de que a prisão civil deve ser cumprida em regime fechado. O Estatuto do Idoso, por sua vez, determina que os idosos devem gozar de proteção integral, bem como a garantia, com absoluta prioridade, do direito à vida, da preservação de sua saúde física e mental.

Deste modo, estando o idoso sujeito à sanção da prisão civil em virtude de inadimplemento da obrigação alimentar, vislumbra-se um conflito normativo de mesmo patamar hierárquico, entre a determinação expressa do cumprimento da prisão civil em regime fechado prevista no CPC e a igualmente expressa proteção integral aos direitos do idoso, com absoluta prioridade, consagrada pelo Estatuto próprio. Indaga-se, portanto, se seria possível, em eventual inadimplemento da obrigação alimentar avoenga, o cumprimento da prisão civil do idoso em regime aberto, semiaberto ou domiciliar, como forma de impor uma exceção à regra que determina, expressamente, o regime fechado.

A questão demonstra-se deveras complexa, uma vez que a coercibilidade da prisão civil repousa no efetivo cerceamento da liberdade do devedor em estabelecimento prisional, o que, em tese, o compele a realizar o pagamento do débito para obter a liberdade. Deste modo, a prisão em regime diverso do fechado perderia o seu condão coercitivo, não atingindo o fim a que se propõe, deixando o alimentando à míngua. Por outro lado, submeter o idoso ao precário e desumano sistema prisional brasileiro pode afetar profundamente sua saúde e sua dignidade, de modo desrespeitoso aos seus direitos fundamentais, o que, obviamente, não condiz com a proteção integral que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico.

3.3. Da necessidade interpretação da regra conforme as normas constitucionais

Considerando que as regras determinam que algo seja feito exatamente da forma como está previsto em seu texto, tal conflito resolve-se pela previsão de uma exceção ou pela declaração de invalidade desta perante o caso concreto. Ambas as soluções demandam interpretação das normas em conflito.

Diante da inequívoca supremacia da Constituição Federal no ordenamento jurídico brasileiro, as demais normas existentes devem se subsumir aos valores e diretrizes fixados pela Lei Maior, funcionando esta como verdadeira norteadora da aplicação das regras, possibilitando que o julgador possa aplicá-las interpretando-as de acordo com os princípios constitucionais vigentes, visando alcançar o efeito pretendido pela norma constitucional (BARROSO, 2009, p. 319).

O Novo CPC segue essa linha de entendimento, ao dispor, logo em seu art. 1º, que o processo civil deverá se orientar pelos valores e normas estabelecidas na Constituição Federal. Observa-se, portanto, que já não basta aplicar a norma de forma indistinta. É preciso interpretá-la perante o caso concreto, com base nas disposições constitucionais.

Nesta perspectiva, a aplicação das regras jurídicas em conflito deve ser precedida de interpretação conforme as diretrizes estabelecidas pelas normas constitucionais. Assim, o julgador não deve se limitar a ser mero aplicador da norma, mas sim um interpretador desta.

Sob esse enfoque, Humberto Theodoro Junior et al. asseveram que “não é mais possível nos dias de hoje que um juiz trate de um caso tomando o Direito apenas como um apanhado de regras”. Aludem os referidos autores que desde Hans Kelsen entende-se que a norma compreende mais do que a simples literalidade da lei, mas sim sentido que dela se extrai, permitindo mais de uma interpretação de seu texto, proporcionado, assim, melhor aplicação do direito à realidade dos fatos (THEODORO JUNIOR et al., 2015, p. 39).

De tal modo, considerando-se as diretrizes constitucionais, é possível encontrar fundamentação para a solução do conflito apresentado. Isso porque, embora tanto o instituto da prisão civil como a necessária proteção ao idoso possuam previsão constitucional, eles estão dispostos na Lei Maior de forma distinta, veja-se:

A prisão civil, à luz dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, está disposta na Constituição como um instituto que deve ser evitado ao máximo, somente aplicando-se em casos excepcionalíssimos, conforme se depreende do próprio texto constitucional, que define que a prisão civil só será aplicada em caso de “inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia”.

A proteção diferenciada ao idoso, entretanto, está prevista como uma ação afirmativa, uma diretriz a seguida pelo Estado, pela sociedade e pela família, como uma garantia ampla direcionada a uma classe de indivíduos, em virtude da condição de vulnerabilidade em que naturalmente se encontram.

Desta forma, tais parâmetros constitucionais funcionam como fundamentos de interpretação ao julgador, de forma a possibilitar que a regra que determina a prisão civil em regime fechado possa admitir uma exceção, mesmo que não haja previsão nesse sentido no ordenamento, quando o destinatário da sanção coercitiva for um idoso.

No sentido de firmar posicionamento doutrinário acerca da possibilidade de cumprimento da prisão civil em regime diverso do fechado, foi aprovado durante a VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal o Enunciado 599:

Deve o magistrado, em sede de execução de alimentos avoengos, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa da prisão civil ou determinar seu cumprimento em modalidade diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que

contraindiquem o rigor na aplicação desse meio executivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida.

Como justificativa à sua elaboração, argumentou-se que a prisão civil, embora seja eficaz ao recebimento da verba alimentícia, não pode ocorrer de forma a causar prejuízo à sobrevivência do alimentante. No caso de alimentos prestados por avós, que em sua maioria são idosos, além de tratar-se de verba de caráter subsidiário, há a necessidade de prestar maiores cuidados a estes na velhice, em virtude da maior possibilidade de serem acometidos por problemas de saúde e necessitarem arcar com gastos excepcionais, como os tratamentos médicos, que muitas vezes impossibilitam o cumprimento da obrigação. Nesse contexto, a obrigação alimentar avoenga não poderia se colocar no mesmo patamar que a obrigação alimentar dos pais. Assim, buscou-se viabilizar a prisão domiciliar aos idosos devedores de alimentos avoengos.

Todavia, tal hipótese comporta críticas por parte da doutrina, em virtude da perda da eficácia coercitiva da prisão regime domiciliar. Assim entende Araken de Assis, que aduz a necessidade de deixar claro ao devedor de alimentos que o descumprimento de sua obrigação ensejará aplicação de pena dura e rigorosa, sendo assim, a prisão domiciliar não enseja nenhum estímulo de pagamento sobre o devedor, além da excessiva dificuldade do controle do confinamento, muitas vezes improvável (ASSIS, 2013, p. 1.077-1.078).

Tal crítica é louvável e digna de considerações por seus concretos fundamentos, entretanto, conforme bem fundamentado pela justificativa ao Enunciado 599 do Conselho da Justiça Federal, não se deve equiparar a obrigação alimentar dos pais à avoenga. A peculiaridade desta obrigação e das condições em que os idosos, em geral, se encontram permite estabelecer uma exceção à regra. Há doutrinadores que, inclusive, defendem a prisão civil em regime não fechado como regra, consoante Paulo Lôbo, que assevera que a pena deve ser cumprida em regime aberto em casas de albergado, ou em regime domiciliar na falta destas, pois não se pode equiparar o alimentante inadimplente aos custodiados em razão de ilícitos criminais (LÔBO, 2011, p. 395). No mesmo sentido, Rolf Madaleno destaca a viabilidade de prisão civil domiciliar por acarretar constrangimento pessoal e social ao devedor de alimentos (MADALENO, 2007, p. 256).

Desta forma, caminha corretamente a doutrina no sentido de viabilizar a prisão civil do idoso em regime não fechado, de forma a resguardar seus direitos fundamentais e observar a necessária proteção especial e integral que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico pátrio.

Demais disso, poder-se-ia argumentar que, ao resguardar os direitos do idoso, estar-se-ia violando os direitos do alimentando, em regra, crianças e adolescentes, que também gozam de proteção especial. No entanto, entende-se que é possível garantir o direito aos alimentos sem necessariamente violar os direitos do idoso, mormente porque

existem outros meios eficazes para o recebimento da verba alimentícia e que em muitos casos demonstram-se mais efetivos perante o idoso do que a prisão civil, como é o caso do desconto em folha de pagamento, do protesto judicial da dívida, inclusão em cadastros de inadimplentes e da penhora online.

Portanto, do ponto de vista doutrinário, é possível vislumbrar a possibilidade da prisão civil do idoso em regime diverso do fechado, especialmente o domiciliar, conforme as condições pessoais do devedor, sendo que, para a satisfação da dívida, outros meios eficazes e menos gravosos devem ser aplicados pelo julgador.

Há outro ponto (constitucional) que poderia passar desaperecido. Mas acredita-se - mesmo que para fins de homenagem ao debate - que seria salutar colocar em questão a constitucionalidade da premissa de toda a celeuma que gera a problemática deste ensaio: a (im)possibilidade subsidiária avoenga em casos de prestação alimentícia.

Ao contrário de alguns poucos outros países, o Brasil adotou a postura segundo a qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (art. 5º, XLV, CF).

Por óbvio, o leitor do presente ensaio poderia indagar/contrapor sobre essa alegação. Poderia asseverar que o referido dispositivo supracitado não se amoldaria à presente discussão. E isso basicamente por duas razões:

- 1) O inciso XLV se refere às penas no âmbito do direito penal e o presente estudo foge dessa esfera ao enfrentar o aspecto cível;
- 2) Poder-se-ia alegar que a vedação da “transferência” a terceiro não é algo incomum em nosso ordenamento, tendo em vista que são inúmeras as hipóteses dessa ocorrência, como, por exemplo, as dívidas do falecido que passam a ser de responsabilidade do herdeiro.

Bem, esses dois argumentos, a princípio plausíveis, possuem o efeito oposto: qual seja, o de fortalecer a tese aqui a ser exposta. Em verdade, ir mesmo além dela.

Ora, se o inciso XLVI do art. 5º, CF tem o condão teleológico de impedir o efeito metaindividual em razão do rigor da pena imposta, com mais razão ainda teríamos a possibilidade de realizar tal raciocínio quando se tratar de uma pena essencialmente de cunho criminal (ou seja, com rigor similar), mas com uma causa não penal (ou seja, uma causa cível por inadimplemento).

Em outras palavras, se o constituinte ao vislumbrar a seriedade da tipicidade penal resolve, assim mesmo, não “transferir” suas consequências a terceiro, quanto mais não se poderia extrair - no sentido hermenêutico - quando o que houve foi uma “tipicidade cível” (inadimplemento).

Nesse sentido, poder-se-ia, ao menos para o fim de reflexão, não apenas tergiversar a respeito da impossibilidade de não se aplicar o regime fechado, como preconiza o novo código de processo civil, mas também questionar a própria constitucionalidade da responsabilidade subsidiária avoenga, tendo em vista que os efeitos do não cumprimento judicial geram efeitos tipicamente penais.

Em outras palavras, e por fim, caberia indagar: uma causa-infração derivada de um tipo penal recebe uma mitigação constitucional; por outro lado, a mesma constituição não concederia a mesma mitigação quando a causa-infração deriva de um “tipo” cível?

3.3.1. O entendimento jurisprudencial

Com o advento no Novo CPC, a teoria dos precedentes tornou-se ainda mais relevante à solução de conflitos, pois o julgador deve orientar-se por meio dos precedentes ao proferir a sentença, conforme determina o art. 489, § 1º, arts. 926, 927 e 928, todos do CPC. Sobre a importância da jurisprudência, Humberto Theodoro Junior et al. asseveraram a relevante função da jurisprudência como forma de garantir segurança jurídica nas relações humanas e nos negócios jurídicos, cabendo aos Tribunais interpretar e aplicar a lei utilizando-se dos precedentes para atingir tal finalidade (THEODORO JUNIOR et al., 2015, p. 56). Com efeito, a correta utilização dos precedentes como forma de uniformizar e solidificar a jurisprudência permite novas interpretações aos comandos normativos, de forma a adequá-los aos fins propostos pela Lei Maior.

Nesse sentido, nota-se que a jurisprudência por vezes admite a prisão civil do idoso em regime não fechado, contudo, tal posicionamento ainda não é pacífico, havendo decisões em ambos os sentidos, veja-se:

No ano de 2013, o STJ, em julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* - RHC 38824/SP, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi, determinou o cumprimento da prisão civil de uma avó de 77 anos de idade devedora de alimentos em regime domiciliar, fundamentando tratar-se de hipótese excepcionalíssima, que visava prestigiar a dignidade da pessoa humana, evitando que a pena adquirisse caráter cruel ou desumano para a devedora, depois de sopesados os interesses envolvidos no litígio. Neste caso, foi preponderante o fato de a devedora de alimentos ser pessoa de idade avançada e portadora de doença grave.

Recentemente, no entanto, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS), ao julgar o Agravo de Instrumento nº 1402403-88.2016.8.12.0000, negou tal possibilidade, mesmo se tratando de caso semelhante. Neste julgamento, o fato de o devedor ser idoso e portador de doença grave não foram suficientes para afastar o cumprimento da prisão civil em regime fechado, embora o próprio Tribunal reconheça que tais situações são suficientes para possibilitar que a prisão civil ocorra em regime domiciliar. Vê-se, portanto, que casos semelhantes tiveram decisões diversas no âmbito do STJ e do TJMS.

Registre-se, por oportuno, outros dois casos semelhantes recentes que igualmente tiveram julgamentos diversos no que tange à possibilidade do cumprimento da prisão civil em regime não fechado:

No primeiro deles, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao julgar o HC nº 0048777-26.2014.8.19.0000, negou a ordem requerida em sede de Habeas Corpus, sob o entendimento de que a prisão civil não se confunde com a criminal, sendo impossível a concessão do benefício do regime domiciliar.

Já no segundo caso, HC nº 0135722.20.2015.814.0000, o Tribunal de Justiça do Pará reconheceu que a condição de idoso e portador de doença grave seria suficiente a autorizar a prisão civil domiciliar, como forma de “prestígio à dignidade da pessoa humana”.

Portanto, percebe-se, pelo entendimento jurisprudencial pátrio, que a condição de idoso seria apta a autorizar o cumprimento da prisão civil em diverso do fechado, notadamente em regime domiciliar, desde que acompanhada de doença grave.

Contudo, por vezes nem mesmo o reconhecimento de tais condições tem sido suficiente para estabelecer uma exceção à regra perante o caso concreto, de forma a afastar o cumprimento da prisão civil do idoso em regime fechado, havendo decisões diversas em casos semelhantes, de modo que não há previsibilidade nem segurança jurídica no entendimento jurisprudencial atual.

3.3.2. Considerações acerca do Projeto de Lei nº 151/2012 do Senado Federal

Como uma possível solução para proporcionar maior segurança jurídica ao idoso quanto à possibilidade de prisão civil em regime diverso do fechado, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 151/2012, que tem como Relator o Senador Paulo Paim.

Inicialmente, o projeto visava acrescentar ao Estatuto do Idoso e à Lei de Alimentos a vedação integral à prisão civil do idoso. Na justificativa do projeto, argumentou-se que muitos avós idosos são presos civilmente em virtude da irresponsabilidade de seus filhos, causando grande humilhação e injustiça a pessoas de saúde frágil e com altos gastos com medicamentos.

Todavia, após parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, apresentou-se emenda substitutiva, do Senador Humberto Costa, no sentido de modificar o projeto de lei para alterar o CPC, a Lei de Alimentos e o Estatuto do Idoso, para proibir somente a prisão civil do idoso decorrente de obrigação alimentar de natureza subsidiária.

Finalmente, após análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, decidiu-se por meio de nova emenda substitutiva, do Senador Paulo Bauer, que deveria haver inovação legislativa no sentido de alterar o Estatuto do Idoso visando possibilitar ao juiz a decisão quanto à melhor forma de cumprimento da prisão civil da pessoa idosa, autorizando este a decretá-la em regime domiciliar, conforme as condições de saúde do devedor.

O relator considerou que a solução não é simplesmente proibir a prisão civil, pois esta seria eficaz ao pagamento da obrigação alimentar, além do fato de que nem todos os idosos possuem condição de fragilidade, mas o alimentando, ao contrário, possui necessidade de receber os alimentos. Em suas palavras, o projeto visa regulamentar explicitamente o entendimento jurisprudencial dominante, como forma de evitar decisões judiciais em sentido contrário. Assim, o projeto atual visa acrescentar ao Estatuto do Idoso o art. 71-A, com a seguinte redação:

Art. 71-A. Nas hipóteses permitidas em lei de prisão por inadimplemento de dívida de alimentos, se o devedor for idoso, o juiz deverá estabelecer a melhor forma de cumprimento da prisão, de acordo com as circunstâncias de saúde do devedor.

Parágrafo único. No caso do *caput* deste artigo, o juiz, se entender necessário, poderá fixar prisão domiciliar, admitida, nesse ponto, a aplicação da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, no que couber.

Cabe ressaltar que o presente projeto ainda está em fase de tramitação no Congresso Nacional, mas, se aprovado na forma em que se encontra atualmente, tornar-se-á uma clara hipótese de exceção à regra da prisão civil em regime fechado, capaz de conferir maior previsibilidade e segurança jurídica aos idosos no que tange à possibilidade de cumprimento da prisão civil em regime domiciliar, corroborando com o entendimento doutrinário e jurisprudencial ora apresentado.

CONCLUSÃO

Com base em princípios constitucionais como a solidariedade e reciprocidade, os avós, em geral pessoas idosas e que gozam de proteção diferenciada no ordenamento jurídico pátrio, podem ser compelidos judicialmente a prestar assistência material aos seus netos por meio do pagamento de pensão alimentícia. O descumprimento de tal obrigação, entretanto, enseja ao devedor a sanção coercitiva da prisão civil, que, por disposição expressa do novo CPC, deve ser cumprida em regime fechado.

Tal regra coloca-se em confronto com as disposições contidas no Estatuto do Idoso, que, regulamentando disposição constitucional, prevê prioridade absoluta à garantia da vida, saúde e integridade física e psíquica das pessoas maiores de 60 anos.

Diante deste conflito normativo, a solução apresentada é o estabelecimento de uma cláusula de exceção em uma das regras. A ausência de previsão expressa desta exceção, contudo, gera divergência doutrinária e jurisprudencial, acarretando decisões conflitantes, permitindo ou negando a prisão civil em regime não fechado.

Todavia, a interpretação das normas conforme a Constituição tem fornecido subsídio à solução do conflito. A diretriz constitucional relativa à prisão civil limita sua aplicação, de forma cada vez mais restritiva e excepcional. A proteção ao idoso, ao contrário, é prevista

de forma positiva, ampla, impondo ao Estado, à sociedade e à família garantir cada vez mais os direitos fundamentais destes. Assim, tais disposições constitucionais permitem a interpretação das normas infraconstitucionais possibilitando uma exceção à prisão civil em regime fechado quando o devedor for pessoa idosa.

A doutrina majoritária assim caminha, reconhecendo que a aplicação do regime domiciliar ao idoso preso civilmente é legítima. No mesmo sentido direciona-se a jurisprudência, na medida em que os julgadores abstêm-se de aplicar a norma de forma indistinta e abstrata, buscando interpretá-la conforme a Constituição perante o caso concreto. Assim, os Tribunais têm firmado entendimento de que a prisão civil domiciliar do idoso é possível, analisadas suas condições peculiares. Por fim, o Projeto de Lei 151/2012 do Senado, se aprovado, poderá positivizar tal entendimento.

Diante de todo exposto, conclui-se pela possibilidade da prisão civil do idoso devedor de alimentos avoengos em regime não fechado, especialmente o domiciliar, não havendo razão para que os julgadores deixem de lhes conceder tal benefício somente pela falta de previsão legal expressa, vez que a norma deve ser interpretada conforme a Constituição, sopesados os interesses conflitantes.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEZERRA, Rebecca Montes Nunes; PINHEIRO, Naide Maria (Org.). *Estatuto do Idoso comentado*. Campinas: LZN, 2006.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Decreto nº 678, de 10 de novembro de 1992. Altera o Decreto nº 601, de 14 de julho de 1992, que dispõe sobre a composição das Diretorias e dos Conselhos de Administração Fiscal e curador das entidades que menciona. *DOU* 11.11.1992.

BRASIL. Lei 10.046, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei 13.105, de 15 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 151 de 2012*. Autor: Senador Paulo Paim. Publicado em: 11 maio 2012. Disponível em: www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105506. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC: 38824 SP 2013/0201081-3*. Relator: Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. Data de Julgamento: 17.10.2013. Data de Publicação: 24.10.2013. Disponível em: stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24320860/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-38824-sp-2013-0201081-3-stj?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. *Súmula 596*. Segunda Seção. Data de Julgamento: 08.11.2017. Data de Publicação: 20.11.2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 10 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 25*. Presidente: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Data de Aprovação: 16.12.2009. Data de Publicação: 23.12.2009. Disponível em: stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantesAcesso. Acesso em: 10.11.2018.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 572*. VI Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/643>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 599*. VII Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/857>. Acesso em: 10 nov. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. A execução de alimentos pela via da dignidade humana. In: CAHALI, José Francisco; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. *AI: 14024038820168120000 MS 1402403-88.2016.8.12.0000*. Relator: Desembargador Marco André Nogueira Hanson. 3ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 19.04.2016. Data de Publicação: 25.04.2016. Disponível em: <http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339754229/agravo-de-instrumento-ai-14024038820168120000-ms-1402403-8820168120000?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 nov. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PARÁ. Tribunal de Justiça. *HC: 01357222020158140000 PA*. Relator: Desembargadora Vera Araújo de Souza. Câmaras Criminais Reunidas. Data de Julgamento: 07.03.2016. Data de Publicação: 10.03.2016. Disponível em: tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/334980605/habeas-corpus-hc-1357222020158140000-belem?ref=juris-tabs. Acesso em: 10 nov. 2018.

PONTES, Patrícia Albino Galvão; PINHEIRO, Naide Maria (Org.). *Estatuto do Idoso comentado*. Campinas: LZN, 2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *HC: 00487772620148190000 RJ 0048777-26.2014.8.19.0000*. Relator: Desembargador Carlos José Martins Gomes. 16ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 25.11.2014. Data de Publicação: 01.12.2014. Disponível em: tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/156814309/habeas-corpus-hc-487772620148190000-rj-0048777-2620148190000. Acesso em: 10 nov. 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? In: TALAMINI, Eduardo; MINAMI, Marcos Youki. *Medidas executivas atípicas*. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO*

THE EXTINCTION OF THE TAX CREDIT

SACHA CALMON NAVARRO COELHO

Advogado. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Tributário das Faculdades Milton Campos. Ex-Juiz Federal. Ex-Procurador Chefe da Procuradoria Fiscal de Minas Gerais. E-mail: scalmon@sachacalmon.com.br.

SUMÁRIO: O pagamento, a forma por excelência de extinção do crédito tributário - O dia e o local do pagamento - Natureza jurídica do juro moratório - A consulta fiscal e seus efeitos - Responsabilidade pelo recebimento do crédito tributário: pagamento e quitações - Pagamento em moeda corrente, cheque ou vale-postal, em estampilha, papel selado ou processo mecânico: os efeitos do pagamento - Pagamento sob condição: incongruência jurídica - Imputação de pagamento - A consignação judicial do pagamento - Pagamento indevido: repetição do indébito - Restituição de tributos indiretos dotados de repercussão jurídica obrigatória - Decadência do direito de pleitear a restituição - Prescrição da ação para anular a decisão administrativa que denega restituição - A compensação: Conceito - Tipos de compensação - A transação - A remissão - Distinção entre isenção e remissão - A prescrição e a decadência - A conversão do depósito em renda - A consignação em pagamento: conversão da oferta de pagamento em renda - O pagamento antecipado e a "homologação do lançamento" nos termos do art. 150 e seus §§ 1º e 4º - A decisão administrativa irreformável - A decisão judicial passada em julgado.

RESUMO: Este artigo trata da extinção do crédito tributário e as formas como a extinção pode ocorrer.

PALAVRAS-CHAVE: crédito tributário; extinção; pagamento; compensação; transação; remissão.

ABSTRACT: This paper deals with the extinction of the tax credit as well as the extinction can occur.

KEYWORDS: tax credit; extinction; payment; compensation; transaction; remission.

* Data de recebimento do artigo: 11.01.2019.
Datas de pareceres de aprovação: 25.01.2019 e 31.01.2019.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 06.02.2019.

O PAGAMENTO, A FORMA POR EXCELÊNCIA DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O art. 156 do CTN elenca as formas de extinção do crédito tributário.

A palavra *pagamento*, na Teoria das Obrigações, tem um sentido amplo e outro restrito. Orlando Gomes pontifica que no primeiro sentido significa o adimplemento de todo tipo de obrigação. No segundo sentido, significa o adimplemento das obrigações pecuniárias.

A obrigação tributária, a teor do art. 3º do CTN, é estritamente pecuniária.

O CTN, já anotamos, usa o vocábulo em *sentido estrito*, até porque o pagamento do tributo só pode ser mesmo em moeda ou em valor que nela se possa exprimir (papel selado, selo, estampilha, vale-postal, cheque).

A dação em pagamento de coisa distinta de dinheiro é prerrogativa do credor, a teor do Código Civil, em razão de *transação* judicial ou administrativa. O devedor não tem escolha: seu ato, por isso que necessitado, consiste em dar dinheiro, ou valor que nele se possa exprimir, a título de pagamento da obrigação tributária, a qual, por definição, é *pecuniária*. No Direito Tributário, o Estado só pode receber, em dação em pagamento, coisa diversa do dinheiro se autorizado por lei. O crédito tributário é indisponível pela Administração.

As obrigações tributárias são pagas em moeda nacional. A disciplina do pagamento no CTN é prevista nos artigos 157 a 161.

O DIA E O LOCAL DO PAGAMENTO

Se o art. 327 do Código Civil institui que, salvo convenção das partes, previsão legal ou caso não permita a natureza da obrigação ou das circunstâncias, a dívida é quesível, ou seja, com o dever do credor de ir ao domicílio do devedor para receber o pagamento. O CTN dispõe exatamente de modo contrário. A dívida tributária é portátil (art. 159, CTN), ou seja, é dever do devedor ir até o credor.

Até certo ponto, essas regras estão desatualizadas. O recebimento das dívidas, mormente a dívida fiscal, está terceirizado. Os bancos, mediante contratos com as Fazendas Públicas, são, por assim dizer, as antigas coletorias ou exatorias fiscais, inteiramente desaparecidas. Hoje, paga-se *online*, em qualquer lugar, qualquer tributo, seja federal, estadual, distrital ou municipal.

Sempre nos insurgimos contra o art. 97 do CTN, que não inclui nas matérias reservadas à lei o prazo para pagar. Ora, o dia do pagamento é de importância ímpar dentro do desenho obrigacional. O devedor não pode ficar inseguro, ao alvedrio do credor.

O art. 160 fala em legislação tributária sem aspas. Ao contrário do que fez no art. 96 para, ao lado das leis em sentido formal e material, incluir os atos administrativos com eficácia normativa, assim como os decretos regulamentares e os atos administrativos de caráter normativo, as instruções, as práticas reiteradas da Administração, as decisões singulares ou coletivas de órgãos administrativos de julgamento *et cetera* (art. 100 e

parágrafo único do CTN). Deduzimos que, tiradas as aspas, a expressão legislação tributária utilizada no art. 160 do CTN significa coleção de leis. Assim, somente lei em sentido formal pode fixar e alterar o local e o dia do pagamento do crédito tributário. Em sentido contrário, Alcides Jorge Costa e outros entendem que o rol do art. 97 é *numerus clausus*. Entendem que reduzir os prazos de pagamento não significa aumentar o tributo, e que alongá-los tampouco equivale a reduzi-los. Concordamos. Ocorre que não é esse o ponto. O art. 97 põe, com ênfase, matérias exclusivas de lei em *numerus apertus*. O que importa é que, à semelhança das obrigações *ex voluntate*, em que o dia do pagamento é cláusula especial, nenhum devedor, nas obrigações *ex lege*, como é o caso das obrigações tributárias, fique jungido ao talante do credor. Por isso, insistimos em que o dia e o local do pagamento são matérias sob reserva de lei, a teor do art. 160 do CTN, que ao dispor sobre o “tempo do pagamento” supre a lacuna do art. 96, tanto que o parágrafo único concede descontos caso o devedor antecipe o pagamento. Ora, o tributo é indisponível pelo Executivo, servo da lei...

O art. 161, sem dúvida, reforça a tese. Veja-se: para suprir a lacuna, supondo inexistência de legislação, *rectius* lei específica, dispondo sobre a demora no pagamento, o próprio CTN - lei complementar *ratione materiae* - logo dispõe que serão os juros de mora de 1% a.m. (um por cento ao mês), como a mostrar que o dia e local do pagamento do crédito tributário são matérias sob reserva de lei.

Aliás, os juros no Brasil merecem menção constitucional. Aqui o legislador também se refere à legislação, no entanto sem aspas, ou seja, como sinônimo de lei, como no artigo anterior. Ninguém decerto admite que a autoridade administrativa possa fixá-los, dispensando lei. Então, por que insistir, exclusivamente com base no art. 97 do CTN, que também não contempla juros como matéria sob reserva de lei, em que o prazo para o pagamento do crédito tributário, justamente o objeto da obrigação *ex lege*, possa variar ao sabor do credor?

Ora, como vimos, o tipo dos juros de mora também não está no art. 97 do CTN. Admite algum tribunal que a Administração, sem lei, fixe-o?

Sem dúvida que não. E por isso o CTN, na qualidade de *lex legum* (lei sobre como fazer leis), dispõe, no art. 159, sobre o local do pagamento e, no art. 160, sobre o tempo do pagamento, considerando como *dies ad quem* o trigésimo depois da data em que se considerou o sujeito passivo notificado do lançamento. A propósito, já decidiu o STF, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.296/PE que é indevida a delegação, pelo Poder Legislativo, de determinadas matérias que estariam submetidas, em razão de sua importância e natureza, ao postulado da reserva absoluta de lei, em sentido formal. No entanto, preocupante perceber que, em entendimentos recentes, o postulado tem sido mitigado, vislumbrando-se uma maior possibilidade de delegação a depender do tributo em questão.

Nos tributos sujeitos ao chamado lançamento por homologação, o dia do pagamento é aquele fixado na lei específica do imposto, pois neles inexistente, em princípio, “notificação

do lançamento” (lançamentos *ex officio*, suplementares, são sempre possíveis enquanto não ocorrida a preclusão do ato de lançar).

A expressão “sujeito passivo” abarca o contribuinte, o responsável por transferência do dever de pagar e também o substituto tributário.

NATUREZA JURÍDICA DO JURO MORATÓRIO

Questão interessante, ligada aos artigos sob comento, diz respeito à natureza jurídica dos juros moratórios em matéria tributária, com repercussão no instituto da denúncia espontânea (art. 138 do CTN).

O art. 397 do Código Civil diz que “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”. *Dies interpellat pro homine*, portanto.

Em Direito Tributário, a mora implica acrescer ao principal da dívida os juros moratórios, como forma de indenizar o credor pelo não recebimento do tributo no dia previsto em lei. É o que se deduz do art. 161 do CTN, “sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis”. As multas, sim, têm caráter punitivo. São postas para desencorajar o *inadimplemento* das obrigações tributárias. Podem ser elevadas, porém não confiscatórias ou abusivas, como registrado por Baleeiro.

O art. 161, depois de falar nos juros pela mora, refere-se às penalidades cabíveis, distinguindo os institutos.

Está claro que a mora compensa o pagamento a destempo, e que a multa o pune. Os juros de mora em Direito Tributário possuem natureza compensatória (se a Fazenda tivesse o dinheiro em mãos, já poderia tê-lo aplicado com ganho ou quitado seus débitos em atraso, livrando-se, agora ela, da mora e de suas consequências). Por isso os juros moratórios devem ser conformados ao mercado, compensando a indisponibilidade do numerário. A multa, sim, tem caráter estritamente punitivo e por isso é elevada em todas as legislações fiscais, exatamente para coibir a inadimplência fiscal ou ao menos para fazer o sujeito passivo sentir o peso do descumprimento da obrigação no seu termo. Cumulação de penalidades? Os juros não possuem caráter punitivo, somente a multa.

A CONSULTA FISCAL E SEUS EFEITOS

O parágrafo segundo do artigo 161 não pode passar *in albis*.

Uns acham que a decisão desfavorável da consulta dá ao contribuinte novo prazo para pagar o tributo; caso contrário, estaria a cair em armadilha, sem certeza, desvestido de segurança. Portanto, nada de juros e nenhuma multa. Pessoalmente, pensamos que os juros não são devidos, nem a multa, só a correção monetária. Outros acham que a resposta desfavorável reconduz o sujeito passivo ao *status quo ante*. Pagará o principal, os juros de mora e também a correção monetária. Os que assim pensam querem evitar a procrastinação no cumprimento das obrigações tributárias, mas não chegam a pregar a infligência de multas. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra, que *in medio est virtus*.

Os tribunais, inclusive o STF, decidem que o § 2º do art. 161 do CTN é de ser aplicado se a consulta for feita dentro do prazo de pagamento do crédito fiscal. A resposta da consulta é problema da Administração...

As legislações regulam intensamente e com cautela a consulta fiscal, instituto valioso que não deve ser malversado pelo Estado nem pelo contribuinte. Ficamos com o STF e o CTN.

RESPONSABILIDADE PELO RECEBIMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: PAGAMENTO E QUITAÇÕES

O CTN dispõe no art. 162 sobre o modo e, no art. 163, sobre a imputação do pagamento.

Quando as administrações tributárias celebram contratos com os bancos para o recebimento de créditos fiscais, estes como que se tornam *coletores de impostos*. Ao darem quitação, garantem o devedor. Na hipótese de haver desvio, malversação, desfalque, o banco responde perante a Administração, e ao contribuinte nenhuma responsabilidade pode ser imputada, ainda quando empregado seu tenha se conluiado com empregado do banco para juntos fraudarem o *credor* e o *devedor*.

A situação aqui é diversa daquela em que o sujeito passivo entrega o dinheiro a diretor ou empregado, ou mesmo ao seu contador, para que pague o tributo devido a tempo e a hora, só que este não é pago. A *culpa in vigilando* é do sujeito passivo, que, nesse caso, fica obrigado a pagar o tributo com os consectários legais.

Não é a espécie que estamos a retratar. Embora o art. 7º, § 3º, do CTN alerte, para outros fins evidentemente, que “não constitui delegação de competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos”, isto não significa que os pagadores de tributos fiquem sujeitados a novos pagamentos caso haja qualquer tipo de problema com os bancos que os impeça de repassar a arrecadação às pessoas políticas credoras.

A) Entre o Poder Público e os bancos existe relação contratual, direitos e deveres, vantagens recíprocas. *Pacta sunt servanda*. Se o banco quebra, o problema é do Poder Público. Se o funcionário do banco desvia o numerário, a *culpa in vigilando* é do banco. Cabe-lhe ressarcir o Estado e regressar contra o seu funcionário.

B) Pago o tributo e concedido o recibo de quitação pelo banco, há pagamento, liberando o contribuinte. Para que o contribuinte seja responsabilizado, é necessário comprovar o *consilium fraudis*. Nesse caso, não terá havido pagamento, só recibo fraudado. Mas se a fraude é perpetrada por funcionário da empresa ou diretor seu, em proveito próprio, prejudicando-a, nenhuma é a sua responsabilidade, dela. No meio do pacto entre celerados, o sujeito passivo recebe a quitação, e o banco responde perante o Estado. O tema conecta-se com os artigos 135 e 137 do CTN, que já comentamos e para os quais deve ser remetido o leitor.

PAGAMENTO EM MOEDA CORRENTE, CHEQUE OU VALE-POSTAL, EM ESTAMPILHA, PAPEL SELADO OU PROCESSO MECÂNICO: OS EFEITOS DO PAGAMENTO

Diferentemente do que ocorre no Direito Privado, o pagamento não libera o sujeito passivo da obrigação. O recibo de pagamento comprova o valor pago (que pode ser insuficiente). Há sempre a possibilidade de lançamentos fiscais suplementares, menos nos tributos em que a Administração *diretamente* expede os lançamentos (IPTU, IPVA etc.), salvo se o erro for de fato. O IPTU da casa “B” é expedido ao proprietário da casa “A”. Há cabida para expedir novo lançamento.

PAGAMENTO SOB CONDIÇÃO: INCONGRUÊNCIA JURÍDICA

Não faz sentido, como já afirmado, o art. 150 do CTN, ao cuidar do lançamento por homologação, pôr condição onde inexistente “negócio jurídico”, embora existam as chamadas “condições legais” que não são verdadeiras condições, mas cláusulas condicionantes. O pagamento é ato jurídico em sentido estrito, material, unilateral e devido, não comportando condição, só cabível nos atos jurídicos bilaterais (negócio jurídico).

Condição é modalidade do negócio jurídico, incondizente com o pagamento, que é ato unilateral e necessitado (ato jurídico material).

O pagamento é feito em dinheiro de contado e por outras formas. Pode ocorrer pagamento mediante papel selado, aposição de estampilhas ou impressão mecânica.

Na espécie do contribuinte que paga por processo mecânico, em verdade ocorre a obtenção mecânica do recibo de pagamento. O pagamento em si é em dinheiro. O atecnicismo, todavia, não compromete. Aqui, ao contrário da estampilha, cabe repetir o indébito.

Passemos ao pagamento por cheque ou vale postal. Neste último caso, o correio apenas se obriga a fornecer ao sujeito passivo a prova do pagamento. Estar a prestação adimplida é outra questão.

O art. 162, § 2º, regula o pagamento mediante cheque. Dispõe que o crédito somente se considera extinto com o resgate daquele pelo sacado. Nem poderia ser diferente. Cheque sem fundos ou imperfeito é ordem de pagamento à vista frustrada, nada paga ou quita. Errado é o artigo ao falar em extinção do crédito. Pode haver, e isso é comum na obrigação tributária, nos tributos sujeitos a homologação ou por declaração e mesmo nos de lançamento direto, pagamentos insuficientes, não exaurientes da matéria tributável. Equivale a dizer que o pagamento nem sempre extingue o crédito. Pode ser que sim e pode ser que não. Por isso mesmo o sujeito ativo da obrigação tributária se reserva um trecho de tempo para *revisar lançamentos* e produzir outros tantos. Em Direito Tributário - é notável a diferença em relação ao Direito Privado - só há sossego para o devedor quando se dá a preclusão do ato de lançar, acarretando, pois, decadência do direito de crédito da Fazenda Pública, ou então após a prescrição da ação de cobrança. Cabe aqui antecipar algumas noções. Em realidade, *inexiste decadência do ato de lançar*. Somente

direitos decaem, nunca os atos jurídicos. Estes precluem quando sujeitados ao tempo. A seu turno, a prescrição é instituto processual. O direito de ação prescreve. Então temos:

- a) certos atos jurídicos, caso do lançamento tributário, precluem;
- b) os direitos decaem ou caducam, caso do direito de crédito da Fazenda Pública não formalizado; e
- c) o direito de executar o devedor, para haver o crédito tributário, mediante ação, prescreve.

Pois *inexiste decadência do direito de lançar*. O lançamento é dever da Administração. A preclusão do ato que exterioriza o poder-dever de lançar acarreta a decadência do crédito.

E assim se explica porque o pagamento, por si só, não extingue o crédito tributário. Isto só ocorre, com certeza, quando a Fazenda expressamente se dá por quitada, o que quase nunca ocorre, ou quando se perfazem a *decadência do direito de crédito* ou a *prescrição da ação de cobrança*.

A Fazenda Pública, só por isso, é uma *credora privilegiada*.

IMPUTAÇÃO DE PAGAMENTO

Prática comum nas repartições fazendárias é a chamada “imputação de pagamento”, que consiste na realocação do pagamento do crédito tributário feito pelo contribuinte.

Esta técnica da “imputação” foi reconhecida como indevida pelo Primeiro Conselho de Contribuintes da União. Em acórdão de 24 de janeiro de 2001, a sua Sexta Câmara, no Acórdão nº 106-11.703 (Recurso nº 122.768), reconheceu, por unanimidade de votos, inexistir autorização legal para esse procedimento.

Pelo Código Civil, art. 352, o devedor de dois ou mais débitos tem o direito de indicar ao credor qual deles está a pagar. Pelo CTN, ocorre exatamente o inverso. É o credor que impõe ao devedor qual crédito está a receber. É reter o art. 163 do Digesto Tributário.

Parece-nos, a esta altura, que a obrigação no Direito Civil e a obrigação no Direito Tributário são como que antípodas. O Direito Civil, cevado em milênios, é extremamente coerente. A adoção da tese “obrigacional” pelo Direito Tributário brasileiro inverte o Direito Civil e privilegia um dos polos da relação: o Estado (como se tudo não passasse de função administrativa em prol da Administração). Prova acabada do que se está a dizer é o estranho conúbio no leito pedregoso do CTN entre os institutos da *imputação do pagamento* e da *consignação em pagamento*, uma algaravia sem par que se resolve pela inconstitucionalidade da primeira. A Fazenda Pública não pode imputar os pagamentos diante dos princípios constitucionais do devido processo legal, da legalidade e da oficialidade dos atos administrativos. Tal excrescência foi posta no Código em nome do *Príncipe Medieval*, justo na disciplina da obrigação, teoricamente um pacto entre iguais.

A inserção do art. 163 no CTN deu-se nos desvãos do *mimetismo legal*, por imitações dos preceitos do Direito Civil, no interesse da Fazenda.

A CONSIGNAÇÃO JUDICIAL DO PAGAMENTO

O art. 164 do CTN disciplina a consignação judicial do pagamento de crédito tributário.

A ação de consignação em pagamento instrumentaliza o dever de pagar do sujeito passivo da obrigação pelos motivos previstos no Código Tributário Nacional.

O art. 164 contraria o art. 163 do Código, que cuida da imputação do pagamento, já que o sujeito passivo que deseja pagar um dado crédito tributário está autorizado a consigná-lo, se o Fisco subordinar o seu pagamento ao de outro tributo, pouco importando se devido ou não.

O inciso III permite a consignação para livrar o contribuinte de conflitos de competência, ou seja, de exigência por mais de uma Fazenda de tributo idêntico sobre um mesmo fato gerador. Por suposto, as Fazendas Públicas se acham investidas do poder de exigir o tributo, daí o concurso ativo a constranger o contribuinte.

O § 1º restringe o cabimento da ação, cujo objeto é pagar, e não discutir a legalidade ou a constitucionalidade da exigência.

A dúvida objetiva, real e atual, sobre ser devido ou não o tributo não cabe na angusta via da ação consignatória fiscal. O caso seria de ação declaratória. A dúvida subjetiva, interiorizada (perplexidade), ensejaria, a seu turno, consulta administrativa, impedindo até mesmo a ação declaratória. O Judiciário não esclarece dúvidas, *decide controvérsias concretas*.

No caso do inciso III, especificamente, a existência concreta do concurso de exigências por mais de um Fisco tem de ser comprovada, sob pena de carência da ação. Imaginem-se dois municípios exigindo o ISS sobre um mesmo fato gerador. Há que provar que ambos estão a exigir, a um só tempo, o imposto.

A ação consignatória restringe-se ao caso concreto posto em lide e só aproveita ao demandante.

Na espécie, o autor deve demonstrar o concurso de exigências e depositar o valor do pagamento, chamando as Fazendas para receberem o crédito. A ação tem dois momentos. No primeiro, o sujeito passivo, para não ter que pagar a dois ou mais credores, fá-lo *em juízo* e não toma partido de nenhum deles, afastando-se da disputa. No segundo momento, as Fazendas interessadas controvertem entre si para que o juízo determine a quem é devido o pagamento. A procedência da ação, definitiva a decisão, extingue o crédito tributário. Pode ocorrer, no entanto, que a ação seja julgada improcedente por inexistência de causa de pedir. Não havia concurso nem tampouco existiam os fatos alegados como impeditivos do pagamento (incisos I e II).

As consequências estão previstas no § 2º. Procedente a ação, reputa-se efetuado o pagamento, sem juros, multas ou correção monetária. Improcedente a ação, deve o consignante pagar o crédito acrescido de juros, multas, correção monetária, custas e honorários advocatícios.

Muitos autores, no caso do inciso III transcrito, entendem que as Fazendas credoras podem ser de diversa ordem. União e Estado, Estado e Município e assim por diante.

No passado, discordamos de tal posicionamento diante da clareza do dispositivo legal, mas a jurisprudência tem acatado o uso da ação de consignação mesmo para tributos distintos quando a discussão está no fato a ser tributado.

PAGAMENTO INDEVIDO: REPETIÇÃO DO INDÉBITO

O art. 165 do CTN dispõe sobre a repetição de indébito tributário e seu cabimento.

A obrigação tributária é *ex lege*. Nela não prospera o brocardo do Direito Privado segundo o qual quem paga mal *paga duas vezes*, nem se precisa comprovar a justeza do erro (em termos subjetivos).

Seja o erro de direito, seja de fato, o tributo pago indevidamente comporta restituição (ou compensação com futuros recolhimentos). Entenda-se erro de direito como aquele decorrente de equívoco sobre a existência, interpretação ou aplicação da norma jurídica. Lado outro, erro de fato é o equívoco acerca de circunstância material, não se referindo direta e necessariamente à norma jurídica.

Erros materiais e alterações judiciais sobre o *an* e o *quantum debeatur* igualmente autorizam a restituição do tributo indevidamente pago ou a repetição do indébito. Pode ocorrer, após o pagamento, que os tribunais venham a declarar ilegal ou inconstitucional a lei fundante da tributação.

Pensamos, com outros autores, que as decisões administrativas finais com efeito normativo *erga omnes* (art. 100 do CTN) ensejam a restituição quando infirmam os critérios que foram utilizados para exigir o pagamento do tributo *a posteriori* declarado indevido pela própria Administração. Aliás, em rigor ético, a própria Administração deveria tomar a iniciativa, o que raramente acontece, ao menos entre nós.

RESTITUIÇÃO DE TRIBUTOS INDIRETOS DOTADOS DE REPERCUSSÃO JURÍDICA OBRIGATÓRIA

O art. 166, com a redação que ostenta, exige atenta leitura. Trata da repetição do indébito no caso dos denominados *Tributos Indiretos*.

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

A expressão “por sua natureza”, ou seja, relativa ao ser-em-si do tributo, é de supina importância.

É que a teoria da translação do ônus fiscal, bem estudada em seu aspecto econômico na Ciência das Finanças, é extremamente complexa. Os financistas são unânimes na

assertiva de que todos os tributos incidentes sobre as organizações econômicas, inclusive o imposto de renda e os patrimoniais, são trasladáveis mediante o mecanismo dos preços e dos contratos. De igual modo, as condições de mercado, estruturais ou conjunturais, forçam os agentes econômicos ao fenômeno da *absorção dos custos fiscais*.

Com este introito, estamos a dizer que existem dois tipos de translação ou, se se preferir, de repercussão dos ônus fiscais, ou seja, dos *encargos financeiros* que os tributos representam.

Assim, temos:

- a) a repercussão econômica, sem maior interesse para o Direito Tributário;
- b) a repercussão jurídica, do maior interesse para o Direito Tributário.

O tributo é uma criação do Direito, e não uma *entidade econômica*. Esta postura metodológica, deixamo-la esclarecida nos capítulos inaugurais deste livro.

Quando o CTN se refere a tributos que, pela sua própria natureza, comportam a transferência do respectivo encargo financeiro, está se referindo a tributos que, pela sua *constituição jurídica*, são feitos para *obrigatoriamente* repercutir, casos do IPI e do ICMS, entre nós, idealizados para serem transferidos ao consumidor final. A natureza a que se refere o artigo é *jurídica*. A transferência é juridicamente possibilitada. A abrangência do art. 166, portanto, é limitada, e não ampla.

Sendo assim, é possível, pela análise dos documentos fiscais e pela escrita contábil das empresas, verificar a transferência formal do encargo financeiro do tributo.

O CTN está rigorosamente correto. Não seria ético, nem justo, devolver o tributo indevido a quem não o suportou. Seria enriquecimento sem causa. Por isso mesmo, exige a prova da não repercussão, ou então a autorização do contribuinte de fato, o que suportou o encargo, para operar a devolução ao contribuinte *de jure*, o sujeito passivo da relação jurídico-tributária. Mas quando, por exemplo, na substituição tributária, o substituído vende por R\$ 100,00 a mercadoria, incluso o ICMS, mas o substituto recolhe antecipadamente o imposto com base de cálculo de R\$ 150,00, é possível provar a não repercussão. O substituído tem direito à restituição ou compensação. Sim, porque o substituto não paga com dinheiro dele, senão que do substituído, de quem recupera o que despendeu.

Mas, nos tributos que não são juridicamente construídos para repercutir, no quais inexistem mecanismos comprovadores da inclusão do tributo nos documentos legais, é *impossível comprovar o repasse* (prova diabólica).

Aqui a repercussão é econômica, plausível, possível, mas juridicamente improvável.

Qualquer jurisprudência que venha a exigir a prova da não repercussão em casos que tais, para deferir a restituição, será equivocada e imprudente.

Acarreta três efeitos extremamente danosos:

- a) estimula as Fazendas Públicas a praticarem a tributação ao arrepio da Constituição e das leis, certas de que seus desmandos jamais ensejariam a repetição do indébito (*fato consumado e proveito da própria torpeza*);

b) gera nos contribuintes incerteza, indignação e insegurança. Ao menor sinal de ilegalidade ou inconstitucionalidade da exigência fiscal, cessariam eles os pagamentos, indo a juízo discutir a questão, com pedidos de depósito das quantias litigandas. Portanto, ter-se-ia deterioração das relações de confiança entre o Fisco e o contribuinte, aumento de litigiosidade e queda na arrecadação (se o indébito é irrestituível, é melhor não pagar o débito);

c) desprestigia o Direito, tornando-o campo minado, e não regulação justa dos relacionamentos sociais.

A matéria exige insistência tendo em vista que não raro, a própria doutrina se equivocava. Alguns, por exemplo, afirmam que alguns tributos comportam a transferência e outros não. Errôneo tal pensamento, tendo em vista que, no âmbito econômico, *todos comportam!*

Veja-se o IPTU, que muitos, com erro, acham que é *imposto real* (também não existe imposto real, todo imposto é pessoal).

Não transfere o locador ao locatário, no contrato, o dever de pagá-lo?

Até o imposto de renda é transferível.

As empresas, na contabilidade dos custos, incluem-no nos preços, se não pelo total, ao menos parcialmente.

O imposto de renda das pessoas físicas, até ele, em certas circunstâncias, é transferível. Veja-se: os médicos não cobram mais ou menos conforme esteja ou não o imposto incluso no preço da consulta?

O certo, portanto, é distinguir repercussão econômica e repercussão jurídica. Tributos que repercutem economicamente, mas não são, pela sua natureza, construídos juridicamente para repercutir, estão livres da exigência do art. 166 do CTN. Citemos, v.g., a COFINS, o PIS, o ISOF etc.

Ademais, sobre o assunto, a matéria está pacificada no Tribunal dos Tribunais (Superior Tribunal de Justiça):

IOF - o tributo em referência não comporta, por sua própria natureza, a transferência do respectivo encargo financeiro, razão pela qual é de repelir-se a aplicação à espécie do art. 166 do CTN e da Súmula nº 546 do STF.

No âmbito da restituição dos tributos indevidamente pagos, o art. 167 e seu parágrafo único são autoexplicativos.

DECADÊNCIA DO DIREITO DE PLEITEAR A RESTITUIÇÃO

Dispõe o art. 168 sobre o espinhoso tema do prazo para a repetição do indébito:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;

II - na hipótese do inciso III do art. 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.

Na hipótese dos incisos I e II, ou seja, pagamento indevido no *momento mesmo do ato*, o direito de pedir a restituição caduca em cinco anos, a contar da data de extinção, por qualquer forma, do crédito tributário. Observe-se, no entanto, uma peculiaridade, decorrente do próprio sistema do CTN. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, a extinção do crédito tributário ocorre pela homologação, expressa ou tácita, do pagamento. E o prazo para homologar, já vimos, é de cinco anos, a contar do fato gerador, a teor do art. 150, § 4º.

Como é fato raro a homologação expressa pela Fazenda Pública, considera-se extinto o crédito tributário cinco anos depois de ocorrido o seu fato gerador (homologação tácita).

Assim sendo, o prazo de cinco anos para exercer o direito de pedir a restituição tem como *dies a quo* justamente o *dies ad quem* da Fazenda Pública para homologar o crédito restituendo. Isso é o que decorre da leitura sistemática dos arts. 150, § 4º, 156, VII, 165, I, e 168, I, do CTN, que culmina na adoção da tese dos “cinco mais cinco”. Esta a exegese pacífica do STJ:

Tributário. Embargos de divergência. Compensação. PIS. Prescrição/decadência. Início do prazo. Precedentes.

1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, *id est*, a corrente dos cinco mais cinco.

3. A ação foi ajuizada em 28.02.2002. Valores recolhidos, a título de PIS, no período de 01/89 a 01/95. Não transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 02/1992) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

4. Precedentes desta Corte Superior.

5. Embargos de divergência parcialmente acolhidos para, com base na jurisprudência predominante da Corte, declarar a prescrição, apenas, das parcelas anteriores a 02/1992, concedendo as demais, nos termos do voto.

(STJ, 1ª Seção, EREsp nº 607.383, rel. Min. José Delgado, DJ de 13.12.2004).

Contudo, como já tivemos oportunidade de abordar, a Lei Complementar nº 118/2005 veio a determinar (inclusive com a intenção expressa de retroação) e se denominando interpretativa, que a contagem dos cinco anos deveria se dar a partir do pagamento, e não da homologação.

Já tivemos oportunidade de afirmar que os dispositivos mencionados da Lei Complementar nº 118/05 acima citados têm conteúdo interpretativo, por isso, não valem para o passado (retroatividade), pois vieram interpretar dispositivo já interpretado pelo Poder Judiciário, ferindo a segurança jurídica, o Estado Democrático de Direito e a Separação de Poderes que aquele consagra. Não valem os mencionados dispositivos também *pro futuro*, pois - como dito - os mencionados dispositivos não possuem comando normativo a inovar na ordem jurídica.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu a proteção parcial do contribuinte, acatando as inovações da LC nº 118/05, mas somente para os novos fatos, ou seja, o pagamento indevido realizado antes da LC nº 118/05 se submete ao prazo de 5 (cinco) anos após a homologação que, se tácita, demandará outros cinco anos; o pagamento indevido posterior à LC nº 118/05 tem prazo de cinco anos a partir do próprio pagamento para se pleitear a restituição judicial. É ver os seguintes precedentes, especialmente o incidente de uniformização de jurisprudência do STJ, que, na PET nº 5.994, consolidou entendimento sobre prazo prescricional decenal para pedidos de restituição de tributo lançado por homologação anteriores à LC nº 118/2005:

PROCESSO CIVIL. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ART. 14, § 4º, DA LEI Nº 10.259/2001. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS DO FATO GERADOR MAIS CINCO ANOS DA HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. ART. 4º DA LC Nº 118/2005. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA DECIDIDA SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 8/2008.

1. Nos termos do art. 14, § 4º, da Lei nº 10.259/2001 - Lei dos Juizados Especiais Federais, quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça

- STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

2. Demonstrada a divergência jurisprudencial entre os julgados da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência - TNU e do Superior Tribunal de Justiça, a uniformização torna-se imperiosa.

3. O STJ, por intermédio da sua Corte Especial, no julgamento da AI no EREsp 644.736/PE, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, a qual estabelece aplicação retroativa de seu art. 3º, porquanto ofende os princípios da autonomia, da independência dos poderes, da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

4. Referido entendimento foi reiterado pela Primeira Seção em 25.11.2009, por ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.002.932/SP, oportunidade em que a matéria foi decidida sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

Incidente de uniformização acolhido para adotar o entendimento desta Corte quanto à aplicabilidade da Lei Complementar nº 118/2005 no tocante à prescrição (STJ, 1ª Seção, Pet. nº 5.994/SC, Min. Humberto Martins, j. 10.03.2010, DJe 18.03.2012).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC Nº 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que

se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC nº 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a “interpretação” dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC nº 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC nº 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

(AI no EREsp nº 644.736-PE, rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, j. em 06.06.2007, DJ de 27.08.2007, p. 170).

Julgando o tema pela sistemática dos recursos repetitivos, o STJ firmou o entendimento de que os recolhimentos indevidos anteriores à LC nº 118/2005 sujeitam-se à tese dos cinco mais cinco; porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º DALC Nº 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência, e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação respectiva.

2. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.2005), 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, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”, constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

[...]

7. *In casu*, surge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal *a quo*, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC nº 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC nº 70/91, uma vez que a Lei nº 9.430/96, vigente a partir de 31.03.1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar, às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida.

Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (REsp 1002932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).

Permanecemos no entendimento de que o referido art. 3º da LC nº 118/05 tem cunho interpretativo, mas vai de encontro com a interpretação do Poder Judiciário, que não tem o monopólio da interpretação, mas tem a palavra final, que já foi dada, adrede. Nada há a esclarecer. O que se quer é mudar a jurisprudência sem mudar a lei, à guisa de interpretá-la *pro domo sua*. Isso é temerário; terminará no dirigismo jurisdicional, dos primórdios da Revolução Francesa, incompatível com a tripartição dos poderes e o princípio da supremacia do Judiciário, controlador das leis e atos administrativos em termos formais e materiais.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 566.621/RS, ao analisar a constitucionalidade do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, que havia reduzido de dez para cinco anos o prazo que o contribuinte dispunha para a recuperação de tributos indevidamente recolhidos, considerou inconstitucional o art. 4º da referida lei, que, por tratar de questão meramente interpretativa, deveria ser aplicada retroativamente a todos os contribuintes.

O entendimento que prevaleceu no Plenário do STF foi o de que a LC nº 118/2005 inovou ao reduzir o prazo prescricional de recuperação de tributos previsto no Código Tributário Nacional (CTN), razão pela qual não poderia retroagir para atingir situações pretéritas. Houve um ponto específico que o Plenário do STF divergiu com relação ao posicionamento anterior manifestado pela Corte Especial do STJ. O STF utilizou uma regra de transição muito menos benéfica do que aquela utilizada pelo STJ. De acordo com a decisão do STF, apenas os contribuintes que ingressaram com ação pleiteando a restituição de tributos até 09.06.2005 têm direito à sistemática dos dez anos. Por outro lado, os contribuintes que ingressaram com ação depois de 09.06.2005 têm direito à sistemática de cinco anos para a recuperação dos tributos recolhidos indevidamente.

Apesar de esse julgamento ter sido realizado pelo Plenário do STF, existia dúvida se essa decisão seria definitiva, pois teria sido analisada sem repercussão geral, e ainda existia outro RE, de nº 561.908, pendente de julgamento, que analisava com repercussão geral o mesmo tema envolvendo a LC nº 118/2005, cujo relator era o ministro Marco Aurélio. Essa dúvida foi solucionada com a disponibilização da decisão do RE nº 561.908. O ministro Marco Aurélio, em decisão monocrática, negou seguimento a recurso da União Federal e fez referência expressa ao que foi decidido no RE nº 566.621, fazendo prevalecer o entendimento restritivo. Portanto, o tema envolvendo o prazo de prescrição para a recuperação de tributos indevidamente recolhidos parece estar pacificado no âmbito do STF. O fato subjacente à repetição do indébito é o PAGAMENTO INDEVIDO, segundo os princípios da “*actio nata*” e do “*tempus regit actus*”. O STF decidiu a questão como se ela se referisse a um conflito de leis no tempo em abstrato e ainda admitiu que o legislador pode AB-ROGAR a jurisprudência mansa e pacífica dos tribunais, com “leis interpretativas”. O curioso é que a lei que se quis inovar continua com a mesma redação, por isso que a lei “quis apenas interpretar”. Quem inovou a “*ordo juris*” foram os tribunais que se fizeram legisladores positivos.

Na espécie do inciso III, ou seja, reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória (que tenha ordenado o pagamento), o prazo para pedir a restituição tem como *dies a quo* a data em que for publicada ou comunicada pessoalmente à parte a decisão administrativa ou judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

Em sede de restituição, agregue-se que o IR que os Estados e municípios retenham a eles pertence. Mas se o Estado e o município deixam de reter o devido, cabe à União atuar. É que eventual restituição do IR cabe à União. Por outro lado, a parte do estado e dos municípios nos Fundos de Participação (FPE e FPM) é calculada após a exclusão dessas retenções. Se não as há, aumentam as participações.

Por fim, questão relevantíssima e civilizatória diz respeito aos honorários de sucumbência quando as pessoas políticas são vencidas nas demandas, mormente nas lides temerárias, aliás, frequentes.

De início, insta ressaltar que em sede de cumprimento de sentença devemos proceder com a atualização monetária dos honorários advocatícios, bem como das custas processuais (quais sejam, iniciais, periciais, recursais). Os juros de mora incidem apenas quanto aos honorários advocatícios. Vejamos.

a) Atualização monetária e juros. Índice aplicável

A Lei 9.494 determina em seu art. 1º-F que a correção monetária nas condenações contra a Fazenda Pública deve se dar pelo índice TR, é ver:

Art. 1º-F Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (grifos nossos).

A controvérsia se dá quanto ao julgamento das ADIs 4357 e 4425 estas, com pendência sobre a declaração de inconstitucionalidade no que tange o regime especial de precatórios. O que se colhe dos Informativos do STF 631, 643 e 697 é que o art. 5º da Lei 11.960/09, que deu a redação ao art. 1º-F da Lei 9.494/97, foi declarado inconstitucional. Insta frisar que tal julgamento com modulação de efeitos pelo STF ocorrida em 25.03.2015 refere-se a precatórios, instaurando dúvida quanto à abrangência do que foi decidido pelo STF.

Com o fito de resolver a controvérsia, o STJ se manifestou em sede de recurso repetitivo (cf. art. 543-C do CPC), por ocasião do julgamento do REsp nº 1.270.439/PR, pela declaração de inconstitucionalidade apenas parcial, por arrastamento, do art. 5º da Lei Federal 11.960/09 com base na ADIN 4357/DF do STF, entendendo que esta se referiu apenas à utilização da TR como critério de correção monetária, permanecendo válida a redação atual do art. 1º-F da Lei 9.494/2009 em relação aos juros de mora (exceto para as dívidas de natureza tributária). O Tribunal fixou que, diante da inconstitucionalidade da TR, as condenações da Fazenda Pública deveriam ser corrigidas, em regra, pelo IPCA-E (mensal), salvo a existência de leis específicas (por exemplo, SELIC para as dívidas tributárias). *In verbis*:

Em virtude da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/09: (a) a correção monetária das dívidas fazendárias deve observar índices que reflitam a inflação acumulada do período, a ela não se aplicando os índices de remuneração básica da caderneta de poupança; e (b) *os juros moratórios serão equivalentes aos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para as quais prevalecerão as regras específicas.*

O Relator da ADIn no Supremo, Min. Ayres Britto, não especificou qual deveria ser o índice de correção monetária adotado. Todavia, há importante referência no voto-vista do Min. Luiz Fux, quando Sua Excelência aponta para o IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que ora se adota.

Vale observar que, a respeito de qual índice seria adequado antes de 29.06.2009 (ano da Lei que conferiu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/1997), a redação original do art. 1º-F da Lei 9.494/1997 (artigo incluído pela MP 2.180-35/2001) fixava juros de mora de 0,5% ao mês “nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos”. Não tinha incidência, portanto, em condenações referentes a questões tributárias, previdenciárias, assistenciais e de responsabilidade civil, dentre outras.

Assim, quanto à correção monetária em períodos anteriores a 29.06.2009, deve-se utilizar o IPCA-E a partir de janeiro de 2001, data em que foi extinta a UFIR como indexador (MP nº 1.973-67, art. 29, § 3º). Para 01.2001, utiliza-se o IPCA-E acumulado no período de janeiro a dezembro de 2000. A partir de fevereiro de 2001, faz-se uso do IPCA-E mensal.

Por fim, insta frisar que alguns Estados (ex.: TJMG) aceitam as tabelas de Corregedoria presentes no *website* dos tribunais como adequadas à atualização monetária, considerando que estas refletiriam o índice IPCA-E.

b) Termo inicial. Honorários advocatícios

Em resumo, se fixados em percentual, a atualização vai se dar da data do ajuizamento (Súmula nº 14 do STJ).

Se fixados em valor fixo, a atualização vai se dar da data da prolação da decisão que fixou (EDcl no REsp nº 802.545/AM), ainda que sejam modificados posteriormente (EDcl nos EDcl no AREsp nº 595.034/PE).

c) Custas processuais

Deve se dar desde a data do efetivo pagamento - Juros de Mora: índice aplicável e termo inicial.

Encerrando controvérsias acerca do tema, em 19.04.2017, o c. STF, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 96, fixou a seguinte tese de repercussão geral: “Incidem os juros da mora no período compreendido entre a data da realização dos cálculos e a da requisição ou do precatório”, vencido, em parte, na redação da tese, o Ministro Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.04.2017.

Assim, consideramos a incidência desde o trânsito em julgado (art. 85, § 16, CPC/2015), com base em “índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança”, nos termos do art. 1º-F da Lei Federal 9.494/1997, com redação dada pela Lei Federal 11.960/2009, em conformidade inclusive com o REsp nº 1.270.439/PR, que entendeu pela declaração de inconstitucionalidade apenas parcial no que tange ao uso do índice TR para a atualização monetária.

d) Ressarcimento das custas pagas quando não expresso na sentença. Entendimento por não estarem implícitos na condenação em honorários

Caso a sentença determine apenas o devido a título de honorários, nada mencionando a respeito das custas, o entendimento jurisprudencial é de que, caso não seja arguido antes do trânsito em julgado, não é devido o pleito em sede de cumprimento de sentença (AgRg no REsp nº 1.165.509/RJ, AgRg no REsp 789.440/MG).

e) Condenação implícita ao pagamento de honorários advocatícios. Não cabimento

O entendimento jurisprudencial corrente é no sentido de que a parte deverá opor EDs em face de decisão omissa quanto aos honorários, e que após o trânsito em julgado não é mais possível discutir a questão (REsp 1285074/SP, REsp 1272024/RS). No entanto, o art. 85, § 18, CPC/2015 é expresso em sentido contrário, *in verbis*: “caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança”, razão pela qual a jurisprudência deverá ser revista.

f) Multa por embargos de declaração protelatórios. Da atualização monetária

No caso do CPC/2015, o art. 1.026, § 2º, é expresso ao mencionar que a multa será fixada como percentual sobre o valor *atualizado* da causa. O CPC/1973, por outro lado, menciona apenas o “valor da causa”, mas é pacífico no STJ que o valor da causa também deve ser atualizado para se calcular essa sanção (EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 361.924/RS, AgRg no REsp 1314549/MS, AgRg no REsp 1533645/MG).

g) Omissão da decisão quanto à atualização monetária e juros de mora

Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação (Súmula nº 254 do STF).

O mesmo vale para a correção monetária. A ideia é que ambos são *acessórios da condenação principal* (AgRg no REsp 1.532.388/MS, AgInt nos EREsp 1354577/SP).

TABELA CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (ESTADUAL)					
ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA					
Honorários Advocatícios			Custas		
Índice	Até 25.03.2015	Índice TR	Índice	Até 25.03.2015	Índice TR
	Depois de 25.03.2015	IPCA-E		Depois de 25.03.2015	IPCA-E
Termo inicial	Até 25.03.2015	Data do ajuizamento	Termo inicial	Data do Pagamento	
	Depois de 25.03.2015	Data da prolação da decisão			

TABELA CUMPRIMENTO DE SENTENÇA (ESTADUAL)		
JUROS DE MORA		
Honorários Advocatícios		Custas
Índice	0,5% a.m.	Não incide
Termo inicial	Trânsito em julgado	

PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PARA ANULAR A DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE DENEGA RESTITUIÇÃO

O art. 169 do CTN traz hipótese especial para o ajuizamento de ação em face da Fazenda Pública:

Art. 169. Prescreve em 2 (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.

O sujeito passivo tem o direito, antes de ingressar em juízo, de pedir administrativamente a restituição do que pagou sem dever. Em caso de denegação, o prazo para pleitear a anulação da decisão administrativa é de dois anos.

Alguns juízes, muito poucos, felizmente, exigem que os autores das ações repetitórias comprovem o *interesse de agir* com a prova da denegação administrativa do pedido.

Ora, isso significa denegação de justiça. O acesso ao Judiciário é direito fundamental, e a ida prévia à Administração é faculdade, e não conduta obrigatória do sujeito passivo.

O parágrafo único do art. 169 é de uma desfaçatez sem tamanho. É modalidade de prescrição intercorrente, já não mais da ação, mas do processo, em inteiro descompasso com a realidade. Trata-se, em verdade, de absurdo privilégio processual em prol da Fazenda Pública, contra o princípio da isonomia.

Correndo por metade a prescrição, mesmo após a intimação (*rectius*: citação) do representante judicial da Fazenda Pública, tem-se que prescreveria o direito do autor em um ano, na melhor das hipóteses, após a citação, à falta de sentença.

Em rigor, o autor só poderia ser responsabilizado pelas delongas processuais a seu cargo. A inércia ou a morosidade do Judiciário não podem ser a ele debitadas.

Ruborizados, com louvável pudor, os representantes judiciais da Fazenda não fazem uso do deslavadamente iníquo parágrafo único do art. 169, salvo raríssimas exceções, invariavelmente repelidas pelos juízes.

A COMPENSAÇÃO: CONCEITO

Dispõe o Código Civil Brasileiro, em seus arts. 368 e 369, que, caso duas pessoas sejam, simultaneamente, credoras e devedoras uma da outra, com dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis, são extintas as obrigações, até o limite da compensação.

O que se passa aqui é a praticabilidade. A lei permite, ao invés de dois pagamentos contrapostos, a realização de um só, pelo saldo (raramente as dívidas se equivalem). No entanto, a disciplina do instituto exclui as dívidas tributárias.

Alguns justificam a exclusão pelo interesse geral em prol da arrecadação, pois o Estado depende dos tributos para subsistir. O publicista Ernst Blumenstein justifica a exclusão pela natureza pública do crédito tributário. De todo modo, a situação é preocupante, pois, entre nós, o Estado, *lato sensu*, cobra os tributos, mas não paga seus débitos. Dá-se o absurdo de muitos contribuintes quebrarem por não receberem seus créditos contra o Estado, enquanto este lhes cobra implacavelmente os créditos tributários, assenhoreando-se dos bens restantes em processo privilegiado de execução fiscal. A situação é, no mínimo, kafkiana.

O legislador do CTN, nesse ponto, foi generoso e prático. Prescreveu de modo amplo, em seu art. 170, a *compensação fiscal*, ultrapassando o Código Civil, extremamente conservador.

O Código deveria ser imperativo. Mas, respeitoso da competência tributária dos entes públicos, remeteu às legislações respectivas a previsão em lei da compensação fiscal. Os legisladores, então, restringem ao máximo esta forma de pagar.

Note-se que quaisquer créditos, como, por exemplo, os decorrentes de contratos com os Poderes Públicos e os provenientes de precatórios, títulos da dívida pública ou de desapropriações, podem ser opostos aos *débitos tributários* favoráveis às Fazendas Públicas.

Correto, portanto, o Código Tributário Nacional.

Na prática, porém, fica-se a depender dos legisladores das ordens de governo que convivem na Federação. Estes já não nos representam a contento. As maiorias parlamentares servem aos governos, ao Fisco.

TIPOS DE COMPENSAÇÃO

A compensação pode ser legal, judicial ou voluntária.

A compensação legal é feita nos termos da lei, *ipso jure*. É o caso da compensação fiscal porque o tributo é *ex lege*, indisponível pelo Estado-Administração. A compensação é voluntária quando resulta de convenção entre as partes. Dela se diz que é judicial quando a dívida se faz *líquida e certa* por decisão judicial.

São pressupostos da compensação legal:

- a) duas dívidas que sejam recíprocas;
- b) fungíveis; e
- c) exigíveis.

Entre nós, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o contribuinte não precisa provar em juízo a certeza e a liquidez dos créditos fiscais que deseja compensar.

Esclareça-se que, entre nós, a legislação restringe a compensação aos créditos fiscais, ou seja, *débitos e créditos* decorrentes de relações jurídico-tributárias, as mais das vezes créditos decorrentes de cobranças declaradas no todo ou em parte ilegais ou inconstitucionais, que os contribuintes utilizam para substituir a moeda, fato que levou Ives Gandra da Silva Martins a considerá-los como “moeda escritural”.

O que se passa é que não tanto as legislações, mas, sobretudo, as normas complementares do Executivo (art. 100 do CTN) trazem restrições não pensadas pelo legislador para deferirem administrativamente as compensações legalmente previstas, terminando por indeferi-las, o que força os contribuintes a ir ao Judiciário para removê-las.

O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência acatando em encerrros de mandados de segurança o *direito de os contribuintes compensarem créditos e débitos*, ficando por conta da Administração verificar a certeza e a liquidez daqueles, e a risco do contribuinte a observância dos pressupostos legais. Certíssimo, se a compensação tributária é feita *ipso jure*, basta ao contribuinte catar submissão à lei, e à Administração, verificar, estritamente, o seu cumprimento.

Nos impostos sujeitos a pagamento sem prévio consentimento do Estado e, pois, submetidos à homologação, compete obrigatoriamente à Administração fiscalizá-los.

Assim sendo, tanto faz pagar os impostos em moeda ou em valores que nela se possam exprimir, como de resto predica o art. 3º do CTN (moeda, cheque, estampilha, títulos dotados de poder liberatório específico, créditos legítimos de natureza fiscal).

Restam duas questões:

a) é possível pagar tributos com títulos públicos emitidos pelo Estado desde que lei lhes atribua este específico efeito liberatório. No Brasil, em várias circunstâncias, a hipótese foi e é possível, sendo até desejável; e

b) a compensação entre créditos e débitos dos impostos plurifásicos e não cumulativos é compensação, mas não da espécie de que estamos a tratar.

Parece-nos que não assiste razão a Alcides Jorge Costa quando diz que “outro caso de compensação legal diz respeito ao ICMS e ao IPI”, referindo-se a esta forma alternativa de pagamento. É que, como bem observado por Gilberto de Ulhôa Canto, o que se abate do imposto a pagar é o imposto que outros contribuintes recolheram em operações anteriores, de modo que: a uma, falta a correspectividade de obrigações; a duas, não se poder falar em dualidade de débitos, pois os dos contribuintes anteriores já foram extintos; e a três, inexistem *dívidas vencidas*, pois a primeira, anterior, já está paga (ou deveria tê-lo sido).

Trocando em miúdos, ao abaterem *do débito do ICMS* ou do IPI pelas saídas tributáveis os *créditos* advindos das entradas tributadas, os contribuintes não estão pagando dívida de imposto com *créditos tributários* diversos, nascidos de outra relação jurídica. Estão, em verdade, operando abatimentos absolutamente necessários ao cálculo normal do *quantum debeat* do imposto. Apenas cumprem as leis desses impostos, cuja natureza não cumulativa determina a técnica de cálculo do imposto devido. Não se cuida aqui de pagar por compensação, mas de compensar débitos e créditos (não cumulatividade) para depois pagar. É a própria norma tributária, em seu mandamento, que está sendo necessitadamente cumprida por determinação constitucional.

A necessidade de vazão dos créditos das operações anteriores é tema resolvido nas legislações europeias sobre os impostos não cumulativos: os créditos estruturalmente acumulados são “comprados” pelos Estados europeus (*cash*). Não é preciso adotar a *teoria da compensação* - de resto insuficiente - para resolver esta questão. Os IVAs são feitos para repercutir, sob pena de se transformarem em *impostos sobre a indústria, o comércio e os serviços*, quando, na verdade, são impostos sobre a renda consumida (consumo). São os adquirentes de bens e serviços os contribuintes de fato.

O artigo 170-A do CTN, incluído pela Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, por sua vez, trata dos casos de pedidos de compensação em que o contribuinte discuta o caráter indevido de pagamento que fez no passado, pleiteando a sua conversão em créditos aproveitáveis.

Não se aplica aos casos em que o crédito não decorra de pagamento indevido, mas de incentivo legal (crédito-prêmio de IPI), ou quando a inconstitucionalidade do tributo haja sido declarada pelo STF em ADIn, e a legislação oponha obstáculos ilegítimos ao direito de compensação (diferimento, fracionamento etc.).

Não se aplica também ao aproveitamento de créditos por pagamentos indevidos efetuados antes do início de sua vigência, conforme decisão proferida pela 1ª Seção do

STJ, sob o regime de Recursos Repetitivos, no Recurso Especial nº 1.164.452-MG (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.08.2010, DJe 02.09.2010).

A esta garantia não se aplica, portanto, o disposto no art. 144, § 1º, do CTN, segundo o qual “aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos créditos de apuração ou processos de fiscalização [...] ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios [...]”.

Em verdade, a nova garantia não se aplica nem mesmo aos fatos geradores ocorridos após a entrada em vigor da lei que a institui, desde que o pagamento de que decorra o crédito a compensar lhe seja antecedente. Isso em homenagem aos princípios do direito adquirido e da boa-fé, sem os quais ao Poder Público seria dado até mesmo revogar, com efeitos imediatos sobre as compensações em curso, a legislação autorizativa. Aplica-se aqui o *tempus regit actus*.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, abriu a possibilidade de as parcelas não pagas de precatórios que são pagos em 10 parcelas, uma por ano, servirem como crédito líquido e certo para a compensação de débitos tributários próprios ou de terceiros. Ditos precatórios são só aqueles decorrentes de ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999.

A TRANSAÇÃO

O que é a transação no Direito Civil? Conforme previsão do art. 840 do Código Civil, é o término de litígio mediante concessões de ambas as partes.

Transigir é abrir mão de direitos para resolver litígio, preventiva ou litigiosamente (antes do litígio, para evitá-lo, ou durante este para obviá-lo).

No Direito Privado, prevalece o império da vontade das partes capazes, que podem livremente dispor de seus direitos.

Em Direito Tributário, o sujeito ativo não pode dispor do crédito tributário, que é público e indisponível. Somente a lei pode dele dispor.

Transacionar não é pagar; é operar para possibilitar o pagar. É *modus faciendi*, tem feito processual, preparatório do pagamento. Por meio de uma transação, muitas vezes ocorre pagamento em moeda consorciado a pagamento por compensação, a aplicação de remissões e anistias, ou mesmo a dação em pagamento de coisa diversa do dinheiro.

O certo é que a transação exige concessões recíprocas, como, *v.g.*, renúncia a honorários. Se apenas uma parte cede, não há transação, senão que ato unilateral capaz de comover ou demover a outra parte.

O Código Civil pátrio, à semelhança do que ocorre com a compensação, exclui da transação os créditos tributários, restringindo-a a direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841).

O CTN dispõe:

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.

Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

Pelo sistema do CTN, portanto, a transação só pode ser terminativa do litígio, afastada a modalidade preventiva.

A REMISSÃO

Em Direito, existe *remição*, que é resgate (o executado, ou terceiro por ele, paga a dívida para remir o bem penhorado), e *remissão*, que é perdão (o sujeito passivo fica dispensado de *pagar o tributo*). É ato unilateral do Estado-legislador, por motivos elevados e não por simples favor, o que seria contrário aos princípios da igualdade e da capacidade contributiva. A remissão tributária é, portanto, literalmente, *dispensa de pagamento de tributo devido*, total ou parcial, conforme preceitua o art. 172 do CTN:

Art. 172. A lei pode autorizar a autoridade administrativa a conceder, por despacho fundamentado, remissão total ou parcial do crédito tributário, atendendo:

I - à situação econômica do sujeito passivo;

II - ao erro ou ignorância escusáveis do sujeito passivo, quanto a matéria de fato;

III - à diminuta importância do crédito tributário;

IV - a considerações de equidade, em relação com as características pessoais ou materiais do caso;

V - a condições peculiares a determinada região do território da entidade tributante.

Parágrafo único. O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no art. 155.

O inciso I é vago. Qual o critério para definir que situação atrai o favor?

Ficamos adstritos ao prudente alvedrio do legislador, que, no entanto, está adstrito ao *princípio da razoabilidade*, sob pena de censura jurisdicional.

O inciso II, muitas vezes, permite ao Estado corrigir seus erros, tendo em vista o cipoal legislativo e a obscuridade das leis e regulamentos.

O inciso III, em época de inflação ou mesmo fora dela, ajuda a eliminar a sobrecarga operacional do Executivo e do Judiciário quando a relação custo-benefício é desfavorável ao credor.

É ainda mais vago o inciso IV, podendo gerar subjetivismo de uso político.

Mais preciso e mais necessário se faz o inciso V.

Para evitar abusos legislativos, a Constituição endureceu a disciplina da remissão e passou a exigir lei específica para evitar o oportunismo oculto em leis sobre matérias totalmente diversas, conforme se observa de seu art. 150, § 6º.

A remissão pode ser geral ou individual. No primeiro caso, a lei já traz com maior força os critérios de decisão da autoridade administrativa. No segundo caso, a sua atuação é mais intensa e minudente como órgão de aplicação da lei - sempre genérica - ao caso concreto, mormente em face da “vaguidade” das palavras da lei...

Aqui, uma sincera meditação sobre a teoria dos pesos e contrapesos, ínsita na tese da separação dos Poderes do Estado, leva o Estado-Administração a concretizar com prudência e medida o que de frouxo estiver na generalidade da lei, ato do legislador.

O parágrafo único do art. 172 é regra de retorno ao *status quo ante* em caso de burla ou simulação, sempre dolosas.

Contudo, a depender dos requisitos, pode o contribuinte ter agido com boa-fé.

O art. 155 diz respeito à moratória. Recomenda-se a sua releitura.

Havendo má-fé, o tempo em que vigorou a remissão é nenhum para efeitos prescricionais do crédito tributário, eis que não ocorreu a sua extinção. Comprovada a boa-fé, a revogação da remissão não impede o fluxo do tempo que redundna na prescrição do direito de ação da Fazenda Pública. Vale dizer, a revogação só produz efeitos se a prescrição não tiver atingido o seu *dies ad quem*.

DISTINÇÃO ENTRE ISENÇÃO E REMISSÃO

Remissão é dispensa de crédito. Isenção é causa impeditiva da obrigação. São conceitos que, embora se pareçam, não se confundem. Conforme já apontado por Souto Maior Borges, a confusão entre os conceitos reside naqueles que caracterizam a isenção como dispensa legal de pagamento de tributo devido, ou seja, dispensa de uma obrigação já existente. Ao contrário, conforme visto alhures, a isenção impede o surgimento da obrigação tributária, ao passo que a remissão extingue uma obrigação existente.

A PRESCRIÇÃO E A DECADÊNCIA

Os atos jurídicos sujeitados a tempo certo, se não praticados, precluem. Os direitos, se não exercidos no prazo assinalado aos seus titulares pela lei, caducam ou decaem. As ações judiciais, quando não propostas no espaço de tempo prefixado legalmente, prescrevem. Se um direito, para aperfeiçoar-se, depende de um ato jurídico que não é praticado (preclusão), acaba por perecer (caducidade ou decadência). Se um direito não autoexecutável precisa de uma ação judicial para efetivar-se, não proposta esta ou

proposta a destempo, ocorre a prescrição, gerando a oclusão do direito, já que desvestido da possibilidade de ação. E a cada direito corresponde uma ação...

O crédito tributário nasce com a ocorrência do fato gerador. Salvo os casos em que o contribuinte, sem interferência do Estado, ele próprio, recolhe o tributo, o direito de crédito da Fazenda Pública, para aperfeiçoar-se e tornar-se exigível, depende do *ato jurídico do lançamento*. Se este não é praticado a tempo (preclusão), ocorre a *decadência daquele direito*. Ocorrendo, porém, o lançamento, e formalizando-se o crédito, com ou sem discussão, pode a Fazenda Pública *exigi-lo* do sujeito passivo da obrigação tributária. Na hipótese de este último não pagar, só resta à Fazenda ir ao Judiciário com uma ação de execução lastreada numa certidão de dívida ativa (título executivo extrajudicial) para obrigá-lo a pagar dentro de 5 (cinco) dias, nos termos da Lei 6.830/1980, sob pena de penhora em seus bens disponíveis.

Pelo sistema do CTN, a *decadência e a prescrição extinguem, sem pagamento, o crédito tributário*.

Dispõe o art. 173 do CTN, cuidando da decadência do crédito tributário:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

[...]

Este artigo, em leitura conjunta com o § 4º do art. 150, implica em quatro pontos de partida, *dies a quo*, para contar os cinco anos que fazem decair o direito de crédito da Fazenda Pública em decorrência de preclusão do ato jurídico do lançamento:

a) a regra geral - ligada à anualidade do exercício fiscal - é a do art. 173, I: o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

O fato gerador ocorre em março de 1997. Começa-se a contar o prazo decadencial em 1º de janeiro de 1998. Cinco anos depois ocorrerá a decadência;

b) todavia, o *dies a quo* acima referido pode ser antecipado caso a Fazenda Pública se apresse ao dia primeiro do exercício seguinte, praticando, sem lhes dar seguimento, atos necessários ao lançamento. É precisamente o que dispõe o parágrafo único do artigo sob comentário.

A Fazenda, já em junho de 1997, expede notificação requerendo documentos ligados ao fato tributável. Da data do recebimento da notificação começa-se a contar o prazo de decadência do crédito;

c) nos impostos sujeitos a "lançamento por homologação", contudo - desde que haja pagamento, ainda que insuficiente para pagar todo crédito tributário -, o dia inicial da

decadência é o da ocorrência do fato gerador da correspondente obrigação, a teor do § 4º do art. 150.

É que a Fazenda tem cinco anos para verificar se o pagamento é suficiente para exaurir o objeto da obrigação tributária, isto é, o crédito tributário. Mantendo-se inerte, o Código considera esta inércia como *homologação tácita*, perdendo a Fazenda a oportunidade de operar lançamentos suplementares em caso de insuficiência de pagamento (preclusão). Daí que no termo do quinquênio ocorre a decadência do direito de crédito da Fazenda Pública, extinguindo-se a obrigação.

Em ocorrendo, todavia, fraude ou simulação, *devidamente comprovadas pela Fazenda Pública*, imputáveis ao sujeito passivo da obrigação tributária do imposto sujeito a “lançamento por homologação”, a data do fato gerador deixa de ser o dia inicial da decadência. Prevalece o *dies a quo* do art. 173, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetivado. A solução está conforme o sistema do CTN. O que se não pode admitir é direito patrimonial incaducável. Afora esta solução para os casos de decadência, ocorrendo dolo ou simulação na antecipação do pagamento, somente uma outra é pensável, qual seja, a da adoção da regra do Código Civil que cuida da prescrição das ações pessoais. Ao que nos consta, os tribunais não enveredaram por este caminho, exigente de analogia para ser trilhado e de difícil adoção, porque aqui a espécie é de decadência, e não de prescrição, a exigir crédito já formalizado, certo, líquido e exigível (princípio da *actio nata*).

A solução do dia primeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado aplica-se ainda aos impostos sujeitos a homologação do pagamento na hipótese de não ter ocorrido pagamento antecipado... Se tal não houve, não há o que homologar... Aqui uma ressalva: quando se diz que não havendo pagamento, não há o que compensar, não se pode aplicar o mesmo entendimento aos tributos - como vimos - apurados por período, v.g., o ICMS. Se se questiona o creditamento de determinado material, fez esse creditamento parte da apuração mensal, em que, apurados os créditos e débitos, o contribuinte recolheu o que entendia por devido. Nesse caso, há o que homologar e a regra é do § 4º do art. 150 do CTN;

d) finalmente prescreve o Digesto Tributário que o dia inicial para a contagem do quinquênio decadencial, nos casos de anulação do lançamento inicial por *vício de forma*, é aquele em que se tornar definitiva (*rectius*: irrecorrível) a decisão anulatória. Por suposto, esta decisão só pode ser de natureza administrativa, ocorrente no bojo de um processo de revisão de lançamento (autocontrole do ato administrativo do lançamento pela própria Administração). É que, se a decisão fosse judicial, já não se trataria mais de *decadência*. O crédito já estaria formalizado. O direito de crédito já estaria incorporado ao patrimônio jurídico da Fazenda Pública. A tese é fácil de provar se atentarmos para a *imutabilidade do lançamento efetivado com erro de direito* pela Fazenda Pública. Diz o art. 146 do CTN:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Ora, se por erro de direito se não permite à Fazenda Pública alterar lançamento efetivado, como admitir que possa fazê-lo, *sem limite de tempo*, por erro meramente formal?

O erro nunca pode beneficiar o seu fautor. É princípio geral de Direito, aplicável ao Direito Tributário por expressa determinação do art. 108 do CTN, que cuida da interpretação da legislação tributária.

Ademais disso, com visão sistemática, não se pode descurar do art. 149, parágrafo único, do mesmo CTN, que preceitua somente ser possível iniciar uma a revisão de lançamento se não extinto o direito da Fazenda Pública.

Em síntese, embora anômalo em relação à teoria geral da decadência, que não admite interrupções, pois que sua marcha é fatal e peremptória, o sistema do Código adotou uma hipótese de interrupção da caducidade. Mas há que entendê-la com temperamentos. Em rigor, já terá ocorrido um lançamento, e, pois, o direito de crédito da Fazenda já estaria formalizado. Não há mais falar em decadência. Em real verdade, está a se falar é em *anulação de lançamento* - por isso que inaproveitável - e sua substituição por outro, hipótese, por exemplo, de lançamento feito por autoridade incompetente para fazê-lo (o SERPRO, v.g., e não o funcionário fiscal da Receita Federal).

Em rigor, há aqui um tremendo equívoco, tanto que esta revisão anulatória só pode ser feita dentro do prazo decadencial (art. 149 do CTN). Como entre a anulação e a efetivação do novo lançamento poderia transcorrer tempo apertado, já perto do fim do período decadencial, “inventou-se” este novo *dies a quo* para operá-lo, alargando-se em prol da Fazenda o quinquênio decadencial, com esforço na teoria da nulidade do ato jurídico. Lançamento nulo é lançamento inexistente. Outro há de ser feito para assegurar o direito da Fazenda ao crédito tributário.

Mais um privilégio!

O art. 174 do CTN cura da prescrição da ação de cobrança do crédito tributário, a qual, se não exercitada tempestivamente, leva a sua extinção.

A questão aqui reside em saber o que é *constituição definitiva do crédito tributário*. Noutro giro, ela ocorre com a comunicação ao sujeito passivo, pessoal ou por publicação, do ato administrativo do lançamento em sua versão imodificável (do ponto de vista da Fazenda Pública), ou ocorre com a inscrição em dívida ativa do crédito tributário da Fazenda Pública?

Não negamos que o autocontrole da Administração se estenda ao ato de inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

Os funcionários públicos legalmente investidos dessa específica competência podem decidir que o crédito não é bom e anulá-lo *ex officio*. Veja-se, só para exemplificar, a inscrição de um crédito já lançado e revisado em regular processo administrativo, porém eivado de inconstitucionalidade por decisão posterior, mas tempestiva do Supremo Tribunal Federal, considerando nula a lei ou o artigo de lei em que se baseara.

É natural que a Administração anule o crédito ou pelo menos o inscreva em dívida ativa, mas não extraia a *certidão de dívida ativa*, à espera de uma sempre possível, ainda que improvável, ação rescisória do julgado.

O crédito, nesse caso, já está constituído?

A resposta é afirmativa; só falta o título executivo.

Imagine-se, ainda, que, depois de efetivado o lançamento e formalizado o crédito para a Administração, esta postergue a sua inscrição, delongando, assim, a fixação do *dies a quo* do prazo prescricional. A inscrição em dívida ativa poderia ser utilizada maleficamente.

A tese a adotar é simples. Não pode ficar ao arbítrio da Administração decidir o *dies a quo* do prazo prescricional que a prejudica.

A data da constituição definitiva do crédito tributário deve ser entendida como sendo aquela em que o lançamento tornou-se definitivo, insusceptível de modificação pelos *órgãos incumbidos* de fazê-lo.

Um lançamento é definitivo quando efetivado, quando não mais possa ser objeto de recurso por parte do sujeito passivo ou de revisão por parte da Administração. Isto pode ocorrer em pontos vários de tempo, dependendo das leis de cada ordem de governo e das vicissitudes do próprio processo de efetivação e revisão do ato jurídico do lançamento.

O ato de inscrição do crédito tributário decorrente do lançamento se insere noutra dimensão, a da formalização do *título executivo extrajudicial* da Fazenda Pública, sem o qual não é possível manejar a ação de execução fiscal. Não há execução sem título. O brocardo é velho de séculos.

A constituição definitiva do crédito tributário dá-se antes. A sua desconstituição é que pode ser:

a) *administrativa* (unilateral) - no momento do autocontrole, à hora da formalização do título executivo; ou

b) *judicial* - em decorrência do controle jurisdicional, mediante pronunciamento judicial no bojo de ações postas à apreciação dos juízes.

Diferentemente da decadência, a prescrição pode ser interrompida e suspensa, podendo inclusive dar-se a chamada prescrição intercorrente, já iniciado o processo judicial, por inércia ou descaso da parte (perda do direito de ação já posta em juízo), não cabendo aqui adentrar o tema, cuja sede é estritamente de Direito Processual, de grande utilidade, v.g., no Direito Penal.

O CTN regula, em sede de Direito Tributário, apenas os casos de interrupção da prescrição, valendo-se do Direito Civil (art. 174, CTN).

A expressão originária do CTN dava a interrupção pela citação pessoal do devedor. A Lei Complementar nº 118/2005, que alterou o inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, passou a constar que o simples despacho do juiz é suficiente para tal interrupção (aqui se deve atentar que esta suspensão não será determinada, sendo que a contagem deve ser retomada quando paralisado o feito por culpa do credor - prescrição intercorrente). Por outro lado, quanto ao inciso II do mesmo parágrafo único do art. 174 do CTN admitir *protesto judicial* por parte da Fazenda Pública é, no mínimo, um exagero (inciso II). O inciso IV, todavia, enseja considerações adicionais. Quando os contribuintes confessam a dívida fiscal para requererem moratórias, parcelamentos, estarão interrompendo a prescrição? Nem se olvide de que a confissão em Direito Tributário é relativa. A obrigação é *ex lege*. Depende da lei, e não da confissão do sujeito passivo. Este o momento adequado para inserir a figura do lançamento, em Direito Tributário, como ponto de separação entre os prazos de decadência e os prazos de prescrição, da seguinte forma:

↘ Do fato gerador da obrigação até o ato jurídico do lançamento ou até o dia previsto para a homologação do pagamento, *correm* os prazos decadenciais.

↘ Depois do lançamento e/ou durante todo o tempo de sua revisão (se houver), já não correm os prazos de decadência, nem podem correr os prazos de prescrição, que só há prescrição se inexistirem obstáculos *ab extra*. Pelo princípio da *actio nata*, ou seja, para que prescreva o direito de ação, é necessário que o autor possa exercê-lo livremente. A sua inércia e o fugir do tempo redundam na prescrição. O direito não socorre aos que dormem.

↘ Isto posto, *definitivo o lançamento*, começam a correr os prazos da prescrição.

O que se tem que verificar é simples. As hipóteses legais de suspensão do crédito tributário *impedem o curso dos prazos de prescrição*, favorecendo a Fazenda Pública.

Com efeito, durante todo o processo administrativo de discussão do crédito tributário (reclamações e recursos), não corre a prescrição. Do mesmo modo, as liminares em mandado de segurança e o depósito integral do crédito tributário suspendem a sua exigibilidade e, portanto, a prescrição, sem falar nos parcelamentos para pagamento do crédito tributário, estes últimos com as nuances que vimos quando tratamos do assunto.

Ademais, o depósito do crédito tributário favorece a Fazenda, pois se converte em renda, sem necessidade de execução, na hipótese de o sujeito passivo perder a ação a que se liga o dinheiro posto à disposição do juízo, para garantir a instância em prol do sujeito ativo da obrigação tributária.

Por isso, afiguram-se nos inconstitucionais, por afrontar a isonomia, todas as leis extravagantes que criam e ampliam os princípios e garantias materiais e processuais da Fazenda Pública, já suficientemente protegida.

Finalmente, faz-se observação de razoável importância.

É cediço afirmar que a prescrição do direito de ação somente a extingue, deixando intacto o direito material que lhe conferia substrato.

Comumente se diz: a obrigação, de legal, torna-se moral. Se o devedor paga, não pode demandar a restituição do que pagou, embora prescrita a ação. Esta era para obrigá-lo a pagar, dobrando a sua vontade, se recalcitrante, substituindo-a pela do juiz, a determinar o pagamento ou a entrega da coisa. A decadência mata o direito material. Nesse caso, pode-se repetir o indébito, diferentemente da prescrição, que só mata a ação, sem afetar o direito material. São lugares comuns e, em Direito Privado, até admissíveis.

Ocorre que no Direito Tributário pátrio, a teor do CTN, tanto a decadência quanto a prescrição *extinguem o crédito tributário*.

Quem paga dívida fiscal em relação à qual já estava a ação prescrita tem direito à restituição, sem mais nem menos.

A CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM RENDA

Ocorre muitas vezes a prolação de sentenças em prol da Fazenda Pública, em encerramentos de ações ordinárias implicando depósitos integrais das quantias litigadas, seja nos próprios autos, seja em ações cautelares preparatórias ou mesmo incidentais. Levando a coisa adiante, também em mandados de segurança pode ocorrer o mesmo. Nas ações de consignação em pagamento, a seu turno, o depósito do pagamento é da própria essência da *actio*.

Resolvida a controvérsia em prol da Fazenda Pública, o juiz determina a conversão do depósito em renda, com isso extinguindo o crédito tributário (desde que ocorra a coisa julgada formal e material).

Renomados autores acham que os depósitos voluntários feitos pelos contribuintes são retiráveis a qualquer tempo, correndo o sujeito passivo os riscos da empreitada.

O argumento não nos comove e vai contra a índole do sistema idealizado no CTN em vários lugares.

Seria deveras injusto, por exemplo, impedir a Fazenda de executar o seu crédito, já que o depósito suspende a exigibilidade, para, no finalzinho de uma ação, vamos supor, declaratória de inexistência de relação jurídica e de débito fiscal, permitir ao contribuinte retirar o depósito. Nesse caso, perda a ação pelo contribuinte, teria a Fazenda de começar desde o início, ajuizando ação de execução, por sua vez embargável, desde que garantido o juízo. Ora, o instituto da conversão do depósito em renda, já se vê, impede este tipo de aventura judicial.

O depósito, diga-se mais, evita a imposição de penalidades, a aplicação de juros e de correção monetária, afastando, sobremais, a mora do devedor. Tem suas vantagens. Mais uma vez é de se dizer: onde o cômodo, também o incômodo.

Alfim, a conversão do depósito em renda é uma forma de pagar, sem risco, possibilitada pelo depósito judicial prévio da quantia litiganda, perdida a lide. Além disso, na hipótese de vir a ganhar a demanda, o sujeito passivo reingressa na disponibilidade do numerário, desnecessitando de repetir o indébito e de sujeitar-se aos demorados precatórios que viabilizam a restituição após morosos processos judiciais.

A CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO: CONVERSÃO DA OFERTA DE PAGAMENTO EM RENDA

A consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do art. 164, é uma recondução ao depósito que se converte em renda.

Vimos já, quando tratamos do pagamento, o modo de pagar mediante ação de consignação. Vimos os motivos que justificavam a ação, liberando o contribuinte da obrigação tributária.

A bem dizer, não é o ato de consignar que extingue o crédito, mas a conversão do depósito em renda, finda a ação, na hipótese de ser julgada procedente (pagamento forçado contra o credor que resiste à pretensão de adimplir do consignante).

O PAGAMENTO ANTECIPADO E A “HOMOLOGAÇÃO DO LANÇAMENTO” NOS TERMOS DO ART. 150 E SEUS §§ 1º E 4º

O Código se expressa mal duas vezes. Em primeiro lugar, não há pagamento antecipado, e sim pagamento puro e simples no prazo assinalado pela lei, sob pena de o inadimplemento ocasionar a infligção de multas, juros e correção monetária ao sujeito passivo. Em segundo lugar, não há homologação tácita do lançamento - que não existe enquanto ato privativo da Administração -, mas homologação expressa do pagamento ou inércia da Fazenda em praticar o ato jurídico do lançamento (preclusão) e, pois, decadência do direito ao crédito que porventura não tenha sido recolhido.

Como já deixamos claro, em nosso Direito Tributário, o pagamento prova o pagamento, e não a extinção definitiva do crédito tributário, ressalvada a moratória homologada. No caso dos tributos sujeitos ao “lançamento por homologação”, por lei obriga-se o contribuinte a pagar, e dá-se um tempo de cinco anos à Fazenda para verificar se o pagamento está correto. Findo o prazo sem atuação da Fazenda, nenhum lançamento suplementar poderá ser feito (preclusão), e, pois, decai o seu direito ao crédito. Terá de conformar-se com o que foi pago pelo contribuinte. Ao cabo, esta modalidade de extinção do crédito tributário reconduz-se à *decadência do direito de crédito*.

Na terminologia do Código, no entanto, o *dies ad quem* do prazo de cinco anos para verificar o comportamento do contribuinte como pagante ou inadimplente chamase “homologação tácita”. Em ocorrendo, considera-se definitivamente extinto o crédito tributário

(ver, neste livro, a parte que cuida do lançamento por homologação e da decadência do direito de crédito).

A DECISÃO ADMINISTRATIVA IRREFORMÁVEL

A Administração pode exercer o controle de legalidade de seus próprios atos. Aliás, deve, como predicam os princípios da moralidade e do respeito à lei.

Por outro lado, o lançamento é ato jurídico simples, que se faz preceder e proceder de atos preparatórios e revisionais, que acabam por retificá-lo ou ratificá-lo, total ou parcialmente (revisão do lançamento).

Este procedimento comporta impulsos *ex officio* e outros tantos de iniciativa do sujeito passivo (contencioso administrativo). Contudo, o processo tributário administrativo não comporta duração ilimitada. Esgotados os recursos cabíveis, oportunamente exercitados nos prazos previstos, sobrevém uma última decisão que põe fim, na esfera administrativa, à discussão sobre o lançamento.

Quando a decisão definitiva favorece total ou parcialmente o contribuinte, não mais podendo ser objeto de ação anulatória, extingue-se o crédito tributário na medida da decisão. Isto porque o sujeito passivo não tem interesse em propor ação anulatória da decisão administrativa que lhe foi favorável. O crédito então está inteiro ou parcialmente extinto, nos exatos termos da decisão administrativa.

Quando, porém, a Fazenda sai vitoriosa no todo ou em parte, o sujeito passivo pode recorrer ao Poder Judiciário para pleitear a sua reforma, pois, entre nós, nenhuma relação jurídica pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, que detém o monopólio da jurisdição.

Dir-se-á que o preceito constitucional se aplica também à Administração. Não procede a asserção, porque a ninguém é lícito ir a juízo para demandar a anulação de ato jurídico seu, consciente e fundamentadamente praticado. Portanto, a decisão administrativa irreformável que põe fim ao crédito tributário, extinguindo-o, referida no CTN, é aquela que, favorável ao contribuinte, não enseja ação anulatória de débito fiscal (Ação do contribuinte como autor, nunca da Administração).

A DECISÃO JUDICIAL PASSADA EM JULGADO

O Poder Judiciário exercita o controle jurisdicional dos atos administrativos. O lançamento é ato jurídico administrativo sujeito a censura jurisdicional. Esgotada ou não a esfera administrativa do lançamento, há sempre cabida, não prescrito o direito de ação, para a discussão judicial do crédito lançado. Como no caso do processo tributário administrativo, o processo judicial não pode perpetuar-se. Haverá sempre uma decisão última e final que põe fim ao litígio, com a entrega definitiva da prestação jurisdicional.

A função jurisdicional tem por finalidade dirimir controvérsias a respeito da aplicação do Direito aos casos concretos, fixando-lhe o sentido e o alcance. Uma vez proferida a decisão última e final, a que não mais comporta recursos, dá-se por encerrado o processo. Havendo julgamento do mérito, a decisão, em homenagem aos princípios da certeza e da segurança, reveste-se de definitividade e imutabilidade. Ocorre a coisa julgada formal e material. Quando a decisão judicial é favorável ao contribuinte, no todo ou em parte, tem o condão de *extinguir o crédito tributário*, a teor do art. 156, X, do CTN.

Ultimamente tem-se dito no Brasil que a Fazenda Pública pode aforar ações rescisórias para desconstituir decisões favoráveis aos contribuintes, passadas em julgado, quando nos tribunais superiores “haja pronúncia de validade da lei”, ao contrário do que foi decidido na decisão atacada. O prazo para entrar com ações rescisórias é de dois anos, nos termos do CPC, e seu objeto é desconstituir a coisa julgada. Achamos que a rescisória é de cabimento estreito (juiz peitado ou incompetente, decisão não fundamentada, desvio de prova, decisão exótica etc.). Portanto, vamos subir de patamar. De ver a questão da ação rescisória quando ligada a questões relativas às declarações de constitucionalidade da lei fundante da tributação, tendo-se baseado as decisões rescindidas no pressuposto de sua inconstitucionalidade.

O estudo do tema só tem razão de ser em termos constitucionais. A ação afigura-se como meio hábil para desconstituir sentenças ou acórdãos passados em julgado que se revelaram, tempos depois, em razão da *tese jurídica* adotada (*quaestio juris*), contrários ao juízo constitucional da Suprema Corte? Duas hipóteses são possíveis: a) os tribunais declararam a lei inconstitucional, e o STF a tem como constitucional; b) os tribunais adotaram a constitucionalidade da lei ou do ato normativo, e o STF pronuncia o veredicto da sua inconstitucionalidade. Parece-nos que - presente a conturbação jurisprudencial - é impossível utilizar a rescisória como instrumento de uniformização de jurisprudência, com base no princípio da igualdade, até porque a esse suposto - o da uniformização - e sob aquele tão alto motivo - o do princípio da isonomia - o que a parte quer é, em verdade, reverter o julgamento e com isso reduzir a escombros o instituto da coisa julgada. E jamais foi motivo de espanto - diga-se logo - o fato de o Direito ser aplicado diferentemente a casos iguais. Como veremos, a rescisória só é possível na hipótese referida na alínea *b, supra*.

ACÓRDÃOS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

EDCL. NO AGRG NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 278.928/SP
RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO
DJe: 01.02.2019

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CARÁTER INFRINGENTE - EXCEPCIONALIDADE - INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA PARA IMPUGNÁ-LOS - IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO (IPTU) - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE EXPLORA ATIVIDADE ECONÔMICA COM O PROPÓSITO DE OBTER LUCRO - NÃO EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA, NO QUE CONCERNE AOS IMÓVEIS PÚBLICOS POR ELA OCUPADOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A") - ORIENTAÇÃO QUE PREVALECE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM RAZÃO DO JULGAMENTO FINAL, COM REPERCUSSÃO GERAL, DO RE 594.015/SP - SUCUMBÊNCIA RECURSAL (CPC, ART. 85, § 11) - NÃO DECRETAÇÃO, NO CASO, POR TRATAR-SE DE RECURSO DEDUZIDO SOB A ÉGIDE DO CPC/73 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso extraordinário deduzido pela parte embargante, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 07 a 13 de dezembro de 2018.

CELSO DE MELLO - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de embargos de declaração, tempestivamente opostos, contra decisão que, emanada desta colenda Turma, resultou consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 234):

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. NÃO ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 281/STF.

O recurso extraordinário só é cabível quando seus requisitos constitucionais de admissibilidade ocorrem, e um deles é o de que a decisão recorrida decorra de causa julgada em única ou última instância (art. 102, III, da Constituição Federal).

Agravo regimental a que se nega provimento.

Inconformada com esse julgamento, a parte ora embargante, invocando a norma inscrita no art. 1.022 do CPC, opõe os presentes embargos de declaração (fls. 237/238).

Tendo em vista o caráter infringente dos presentes embargos de declaração, ensejou-se, à parte ora embargada, a possibilidade de contrariá-los (fls. 241).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de embargos de declaração que se revestem de caráter infringente, pois, neles, a parte ora recorrente objetiva o reexame de pretensão anteriormente submetida a colenda Turma, quando do julgamento do RE 278.928-AgR/SP.

É certo que o Supremo Tribunal Federal tem advertido, em tema de embargos de declaração, que estes não se revelam cabíveis quando opostos com o objetivo de infringir o julgado.

Não custa rememorar, neste ponto, consoante tenho salientado em diversos julgamentos proferidos nesta Corte (RTJ 132/1020), que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite os embargos de declaração, quando estes revelam o intuito do embargante de obter, em sede absolutamente inadequada, o reexame de matéria que foi correta e integralmente apreciada pelo acórdão impugnado:

Os embargos de declaração não devem revestir-se de caráter infringente. A maior elasticidade que se lhes reconhece, excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão (RTJ 89/548 - RTJ 94/1167 - RTJ 103/1210 - RTJ 114/351), não justifica - sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso - a sua inadequada utilização com o propósito de questionar a correção do julgado e obter, em consequência, a desconstituição do ato decisório. (RTJ 158/993, Rel. Min. Celso de Mello)

Ocorre, no entanto, que os presentes embargos de declaração foram corretamente utilizados pela parte ora recorrente, que apontou a existência, no acórdão embargado, de omissão sobre questão efetivamente veiculada em sede recursal extraordinária e não apreciada por esta colenda Turma.

Com efeito, devidamente esgotadas as instâncias ordinárias, há de ser afastado o óbice da Súmula 281/STF e impõe-se sejam acolhidos estes embargos de declaração, em ordem a desconstituir as anteriores decisões proferidas nestes autos e, em consequência, reapreciar o recurso extraordinário deduzido por Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras.

O recurso extraordinário em questão foi interposto contra decisão da Vara de Execuções Fiscais Municipais de São Paulo/SP, que, em sede de embargos infringentes, confirmou a sentença que julgou improcedentes os embargos de devedor opostos à Execução Fiscal.

A parte recorrente, ao deduzir o apelo extremo em referência, sustentou que o órgão judiciário de origem teria transgredido preceitos inscritos na Constituição da República.

Sendo esse o contexto, passo a examinar a postulação recursal extraordinária. E, ao fazê-lo, observo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, após reconhecer a existência de repercussão geral da questão constitucional igualmente versada na presente causa, julgou

o RE 594.015/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, nele fixando entendimento consubstanciado em acórdão assim ementado:

IMUNIDADE - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA ARRENDATÁRIA DE BEM DA UNIÃO - IPTU. Não se beneficia da imunidade tributária recíproca prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'a', da Constituição Federal a sociedade de economia mista ocupante de bem público.

Vê-se, assim, que a pretensão deduzida no apelo extremo não se revela viável.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, acolho estes embargos de declaração, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso extraordinário deduzido pela parte ora embargante.

Não incide, neste caso, o que prescreve o art. 85, § 11, do CPC/15, por tratar-se de recurso deduzido contra decisão publicada sob a égide do CPC/73.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

EMB. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 278.928

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

EMBTE.(S): PETRÓLEO BRASILEIRO S A PETROBRAS

ADV.(A/S): VANESSA RAHAL CANADO (228498/SP)

ADV.(A/S): LUÍS FERNANDO DE LIMA CARVALHO (176516/SP) E OUTRO(A/S)

EMBDO.(A/S): MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Decisão: A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso extraordinário deduzido pela parte embargante, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 07.12.2018 a 13.12.2018.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Edson Fachin.

Marcelo Pimentel

Secretário

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.759.143/DF (2018/0100787-7)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

DJe: 04.02.2019

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARROLAMENTO SUMÁRIO. PARTILHA AMIGÁVEL DE BENS. EXPEDIÇÃO DE FORMAL INDEPENDENTEMENTE DA COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DO ITCD. EXEGESE DO ART. 659, § 2º, DO CPC/2015. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

1. A controvérsia tem por objeto decisão que, em Arrolamento Sumário (com partilha amigável dos bens), autorizou, com suporte no art. 659, § 2º, do CPC, a expedição do formal de partilha e demais documentos, independentemente da comprovação de quitação do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD) sobre os respectivos bens.

2. Inicialmente, cabe registrar que os arts. 663 e 664 do CPC constituem mera reprodução de dispositivos idênticos que constavam nos arts. 1.035 e 1.036 do CPC/1973, razão pela qual não procede a assertiva do ente público de que a entrada em vigor do novo diploma normativo conferiu tratamento prejudicial à Fazenda Pública.

3. Em relação à expedição do formal de partilha, é inegável que a entrada em vigor do novo CPC introduziu, de forma expressa, a inversão do procedimento no CPC revogado. Com efeito, no CPC/1973, o art. 1.031, § 2º, registrava que a expedição do formal de partilha somente seria feita depois de transitada em julgado a sentença de homologação e, ao mesmo tempo, fosse verificado pela Fazenda Pública o pagamento de todos os tributos. Diferentemente, o art. 659, § 2º, do atual CPC prescreve que basta a certificação do trânsito em julgado da decisão judicial referente à partilha dos bens para a expedição dos alvarás competentes, reservando-se a intimação da Fazenda Pública para momento posterior, a fim de que promova o lançamento administrativo dos tributos pertinentes, os quais não serão objeto de discussão e/ou lançamento no arrolamento de bens.

4. O Tribunal de origem valeu-se de fundamento constitucional para afirmar que a disciplina do novo CPC não invadiu matéria reservada à Lei Complementar, motivo pelo qual devem ser considerados parcialmente revogados o art. 192 do CTN e o art. 31 da LEF. Transcreve-se o seguinte excerto do voto condutor (fl. 144, e-STJ): “Ao contrário do art. 1.031, § 2º, do CPC de 1973, no qual o formal de partilha ou alvarás referentes aos bens só eram expedidos mediante verificação pela Fazenda Pública do pagamento de todos os tributos, há norma expressa no novo Código de Processo Civil, a qual, atento ao princípio da celeridade e da efetividade, dispôs que, no caso do arrolamento sumário, a partilha amigável será homologada antes do recolhimento do ITCD e, somente após a expedição dos alvarás referentes aos bens haverá intimação do fisco para lançamento administrativo dos tributos. A inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 659, § 2º, permite que a partilha amigável seja homologada anteriormente ao recolhimento do imposto de transmissão causa mortis, e somente após a expedição do formal de partilha ou da carta de adjudicação é que a Fazenda Pública será intimada para providenciar o lançamento administrativo do imposto, supostamente devido. [...] Tal regra excepcionou o art. 192 do Código Tributário

Nacional ('nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas'), haja vista que, tendo por base o rol elencado no artigo 146 da Constituição Federal de 1988, o conteúdo do supracitado artigo não é de natureza tributária, e sim processual, sendo o mesmo entendimento aplicado ao art. 31 da Lei de Execução Fiscal. Portanto, descabida a alegação de inconstitucionalidade da interpretação apresentada no § 2º do art. 659 do NCPD ao presente caso. Desse modo, não sendo os dispositivos de reserva de Lei Complementar, entende-se que o mencionado artigo do CTN poderá ser derogado por Lei Ordinária mais recente".

5. Como se infere, a Corte local, ao aplicar a regra do art. 659, § 2º, do CPC de 2015, afirmou que o aparente conflito com o art. 192 do CTN e com o art. 31 da LEF se resolve segundo o critério cronológico (lei posterior revoga a anterior), particularmente com base na premissa de que a norma do Código Tributário Nacional versa sobre Direito Processual, não reservado ao campo da Lei Complementar (art. 146, III, da CF/1988), razão pela qual não há inconstitucionalidade no tratamento conferido pelo atual CPC.

6. No Recurso Especial, a tese defendida é de que o art. 659, § 2º, do CPC invadiu tema relacionado às garantias do crédito tributário, o que revela que a controvérsia possui fundamento constitucional, devendo ser resolvida por meio do Recurso Extraordinário interposto pelo ente público.

7. Registre-se que idêntico apelo foi recentemente julgado na Segunda Turma, adotando-se a conclusão aqui proposta. Precedente: REsp 1.739.114/DF (j. em 21.06.2018, pendente de publicação).

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)". Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 25 de setembro de 2018 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República contra acórdão assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO SUCESSÓRIO SOB O RITO DO ARROLAMENTO SUMÁRIO. ADJUDICAÇÃO. REQUISITOS. EXPEDIÇÃO DE FORMAS DE PARTILHA ANTES DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO. POSSIBILIDADE.

O recorrente alega violação dos arts. 659, § 2º, 663, 664, §§ 4º e 5º, do CPC, do art. 192 do CTN e do art. 31 da LEF.

Foram apresentadas as contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste gabinete em 3 de setembro de 2018.

A controvérsia tem por objeto decisão que, em Arrolamento Sumário (com partilha amigável dos bens), autorizou, com suporte no art. 659, § 2º, do CPC, a expedição do formal de partilha e demais documentos, independentemente da comprovação de quitação do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD) sobre os respectivos bens.

Inicialmente, cabe registrar que os arts. 663 e 664 do CPC constituem mera reprodução de dispositivos idênticos que constavam no CPC/1973, razão pela qual não procede a assertiva do ente público, de que a entrada em vigor do novo diploma normativo conferiu tratamento prejudicial à Fazenda Pública. Confira-se, no CPC de 2015:

Art. 663. A existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou da adjudicação, se forem reservados bens suficientes para o pagamento da dívida. Parágrafo único. A reserva de bens será realizada pelo valor estimado pelas partes, salvo se o credor, regularmente notificado, impugnar a estimativa, caso em que se promoverá a avaliação dos bens a serem reservados.

Art. 664. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 1.000 (mil) salários mínimos, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente de assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição de valor aos bens do espólio e o plano da partilha. [...]

§ 4º Aplicam-se a essa espécie de arrolamento, no que couber, as disposições do art. 672, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.

§ 5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha.

No CPC/1973 o tema recebia exatamente o mesmo tratamento normativo:

Art. 1.035. A existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou da adjudicação, se forem reservados bens suficientes para o pagamento da dívida. Parágrafo único. A reserva de bens será realizada pelo valor estimado pelas partes, salvo se o credor, regularmente notificado, impugnar a estimativa, caso em que se promoverá a avaliação dos bens a serem reservados.

Art. 1.036. Quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 2.000 (duas mil) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento, cabendo ao inventariante nomeado, independentemente da assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano da partilha.

[...]

§ 4º Aplicam-se a esta espécie de arrolamento, no que couberem, as disposições do art. 1.034 e seus parágrafos, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio.
§ 5º Provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha.

Diferentemente, em relação à expedição do formal de partilha, é inegável que a entrada em vigor do novo CPC introduziu, de forma expressa, a inversão do procedimento no CPC revogado.

Com efeito, no CPC/1973, o art. 1.031, § 2º, registrava que a expedição do formal de partilha somente seria feita depois de transitada em julgado a sentença de homologação e, ao mesmo tempo, fosse verificado pela Fazenda Pública o pagamento de todos os tributos. O art. 659, § 2º, do atual CPC prescreve que basta a certificação do trânsito em julgado da decisão judicial referente à partilha dos bens para a expedição dos alvarás competentes, reservando-se a intimação da Fazenda Pública para momento posterior, a fim de que promovasse administrativamente o lançamento dos tributos pertinentes, os quais não serão objeto de discussão e/ou lançamento no arrolamento de bens:

Art. 1.031 (CPC/1973). A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei.

[...]

§ 2º *Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos.*

Art. 659 (CPC/2015). A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos da lei, será homologada de plano pelo juiz, com observância dos arts. 660 a 663.

[...]

§ 2º *Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou de adjudicação, será lavrado o formal de partilha ou elaborada a carta de adjudicação e, em seguida, serão expedidos os alvarás referentes aos bens e às rendas por ele abrangidos, intimando-se o fisco para lançamento administrativo do imposto de transmissão e de outros tributos porventura incidentes, conforme dispuser a legislação tributária, nos termos do § 2º do art. 662.*

Nesse sentido, o primeiro fundamento que a Corte local utilizou para compor a lide consistiu na disciplina que o atual Código de Processo Civil conferiu ao tema. O órgão colegiado, em acréscimo, valeu-se de fundamento constitucional para afirmar que a disciplina do novo CPC não invadiu matéria reservada à Lei Complementar, motivo pelo qual devem ser considerados parcialmente revogados o art. 192 do CTN e o art. 31 da LEF. Transcrevo o seguinte excerto do voto condutor (fl. 142, e-STJ):

[...] a inovação trazida pelo art. 659 do NCPC para a partilha amigável e adjudicação no arrolamento sumário, será a sua homologação antes do recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*. Somente após a expedição do formal de partilha e demais diligências pertinentes, é que a Fazenda Pública deverá ser intimada para realizar o lançamento administrativo do imposto e outros tributos.

[...] Por se tratar de matéria de natureza processual, registro que é possível que lei ordinária traga exceção à regra contida no art. 192 do CTN, que assim dispõe: “*Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio ou às suas rendas*”. Não há, pois, qualquer inconstitucionalidade na interpretação dos dispositivos processuais contidos na sentença ora recorrida. Inexiste, pelo mesmo motivo, violação ao art. 31 da LEF.

Como se infere, a Corte local conferiu interpretação literal para aplicar a regra do art. 659, § 2º, do CPC de 2015, afirmando que o aparente conflito com o art. 192 do CTN e com o art. 31 da LEF se resolve segundo o critério cronológico (lei posterior revoga a anterior), particularmente com base na premissa de que a norma do Código Tributário Nacional versa sobre Direito Processual, não reservado ao campo da Lei Complementar (art. 146, III, da CF/1988), razão pela qual não há inconstitucionalidade no tratamento conferido pelo atual CPC.

No Recurso Especial, a tese defendida é de que o art. 659, § 2º, do CPC invadiu tema relacionado às garantias do crédito tributário, o que revela que a controvérsia possui fundamento constitucional, devendo ser resolvida por meio do Recurso Extraordinário interposto pelo ente público.

Registro que o STJ julgou matéria que tangencia o tema acima no rito dos recursos repetitivos (REsp 1.150.356/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 25.08.2010), mas o precedente é inaplicável ao caso concreto porque, em primeiro lugar, não se discute a questão da competência para a autoridade judicial reconhecer isenção tributária. Ademais, o fundamento central das conclusões adotadas no precedente aludido consistia exatamente na análise do art. 1.031, § 2º, do CPC/1973, norma que, conforme acima demonstrado, foi revogada pelo art. 659, § 2º, do atual CPC.

Ao contrário, idêntico apelo foi recentemente julgado na Segunda Turma, adotando-se a conclusão aqui proposta. Precedente: REsp 1.739.114/DF (j. em 21.06.2018, pendente de publicação).

Com essas considerações, conheço parcialmente do Recurso Especial para, nessa extensão, negar-lhe provimento.

É como voto.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5014726-28.2018.4.04.7108/RS

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. SUSPENSÃO. SÓCIO DE EMPRESA. (IN)EXISTÊNCIA DE RENDA PRÓPRIA. REQUISITOS LEGAIS. - A mera manutenção do registro de empresa não justifica cancelamento ou suspensão do seguro-desemprego, pois não demonstrada percepção de renda própria suficiente à manutenção do trabalhador.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 30 de janeiro de 2019.

VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em face da sentença que denegou a segurança em que a impetrante postulava a concessão de seguro-desemprego.

Em suas razões recursais a apelante alegou que (a) toda a documentação acostada aos autos dá conta de comprovar as alegações da recorrente; (b) são provas do direito ora pleiteado, não somente a declaração de inatividade juntada aos autos, mas também a consulta à situação da Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física dos anos de 2017 e 2018 (Evento 1 - OUT19 e OUT20), que se verificou que não consta na base de dados da Receita Federal, e (c) não procedeu à entrega das declarações, justamente por não ter auferido a renda necessária para que fosse obrigada a tal incumbência. Nesses termos requereu seja “deferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, com a imediata liberação das parcelas do Seguro-Desemprego” e “ao final, requer seja dado integral PROVIMENTO ao presente APELO”.

Sem contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

Sobreveio parecer do Ministério Público Federal opinando pela sua não intervenção. É o relatório.

VOTO

A r. sentença foi exarada nos seguintes termos:

FUNDAMENTAÇÃO

Ao apreciar o pedido liminar, foi proferida decisão nos seguintes termos:

A concessão de medida liminar em ação mandamental exige (1) prova pré-constituída acerca dos fatos (direito líquido e certo); (2) relevância dos fundamentos alegados e (3) risco de ineficácia da medida (artigos 1º e 7º, III, da Lei nº 12.016/2009).

No caso, não estão configurados os requisitos autorizadores da medida pleiteada. Com efeito, a teor da Lei nº 7.998/90 (artigo 3º), o trabalhador dispensado sem justa causa tem direito à percepção do seguro-desemprego desde que comprove ter recebido salário de pessoa jurídica ou de pessoa física a ela equiparada relativos a, pelo menos, 12 meses nos últimos 18 meses imediatamente anteriores à data de dispensa (quando da primeira solicitação), pelo menos 09 meses nos últimos 12 meses imediatamente anteriores à data da dispensa (quando da segunda solicitação) e cada um dos 06 meses imediatamente anteriores à data de dispensa (quando das demais solicitações). Além disso, a fruição do benefício exige que o postulante não esteja em gozo de qualquer benefício de prestação continuada (exceto o auxílio-acidente, o auxílio suplementar e o abono de permanência), bem como que não esteja em gozo de auxílio-desemprego e que não possua renda própria destinada à manutenção própria e de sua família. No caso, o benefício não foi concedido a/o impetrante sob o argumento de renda própria pelo fato de ser sócio(a) da empresa S. CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA., CNPJ 02.822.861/0001-80 (evento 1, INFEN10).

Os documentos anexados ao evento 1, DECL12/13 comprovam a inatividade da empresa apenas nos anos de 2013 e 2015. Em relação aos anos de 2017 e 2018, a impetrante junta DCTFs entregues no mês de janeiro de cada ano (evento 1, DECL15-17), entendendo comprovada, assim, a alegada inatividade, com base na Instrução Normativa nº 1.599/2015 da Receita Federal, cujo § 5º assim estabelece:

Art. 3º

[...]

§ 5º As pessoas jurídicas e demais entidades de que trata o *caput* do art. 2º que estejam inativas ou não tenham débitos a declarar voltarão à condição de obrigadas à entrega da DCTF a partir do mês em que tiverem débitos a declarar (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1.646, de 30 de maio de 2016)

Ora, consoante expresso no próprio dispositivo invocado na inicial, estão obrigadas à entrega de DCTF as empresas inativas que voltarem a contrair dívidas, o que, de *per sí*, constitui indicativo de atividade.

Logo, por ausente a comprovação, de plano, da inatividade da empresa, indefiro, por ora, a liminar requerida.

Não ocorrendo fato novo que justifique a alteração desse entendimento, adoto-o como razão de decidir.

No caso dos autos, o único óbice apontando pela autoridade impetrada à concessão do benefício postulado foi o fato de presumir a existência de renda, por se tratar de sócio de empresa (evento14).

Ocorre que o art. 3º da Lei 7.998/90, ao estabelecer os requisitos para a concessão do seguro-desemprego, apesar de prever como óbice ao deferimento a existência de renda própria de qualquer natureza suficiente à manutenção do trabalhador e de sua família, não impede que o trabalhador tenha registro como titular de empresa.

Analisando a documentação anexada aos autos, está comprovada a inatividade da empresa nos anos de 2013 e 2015 (evento 1, DECL12/13). Em relação aos anos de 2017 e 2018, a impetrante junta Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTFs) dos

meses de janeiro declarando que não efetuou qualquer atividade operacional, não operacional, patrimonial ou financeira.

Por sua vez, a própria Receita Federal, por intermédio da Instrução Normativa RFB nº 1.599, de 11 de dezembro de 2015, passou a prever que na DCTF, a inatividade é declarada no mês de janeiro de cada ano-calendário, ou seja, as pessoas jurídicas que estiverem inativas no mês de janeiro devem apresentar a DCTF relativa a esse mês, informando essa condição, ficando desobrigadas de apresentar a DCTF a partir de fevereiro, *in verbis*:

Art. 3º Estão dispensadas da apresentação da DCTF:

I - as Microempresas (ME) e as Empresas de Pequeno Porte (EPP) enquadradas no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, relativamente aos períodos abrangidos por esse regime, observado o disposto no inciso I do § 2º deste artigo;

II - os órgãos públicos da administração direta da União;

III - as pessoas jurídicas e demais entidades de que trata o *caput* do art. 2º em início de atividades, referente ao período compreendido entre o mês em que forem registrados seus atos constitutivos até o mês anterior àquele em que for efetivada a inscrição no CNPJ; e

IV - as pessoas jurídicas e demais entidades de que trata o *caput* do art. 2º, desde que estejam inativas ou não tenham débitos a declarar, a partir do 2º (segundo) mês em que permanecerem nessa condição, observado o disposto nos incisos III e IV do § 2º deste artigo.

IV - as pessoas jurídicas e demais entidades de que trata o *caput* do art. 2º, desde que estejam inativas ou não tenham débitos a declarar, a partir do 2º (segundo) mês em que permanecerem nessa condição, observado o disposto no inciso III do § 2º deste artigo. (Destacado)

(Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1.646, de 30 de maio de 2016)

Extraí-se, ainda, no sítio da Receita Federal que “Na DSPJ, a inatividade era declarada no exercício seguinte, ou seja, uma pessoa jurídica que esteve inativa no ano-calendário de 2015 informou essa condição à RFB na DSPJ - Inativa 2016. Na DCTF, a inatividade é declarada no mês de janeiro de cada ano-calendário, ou seja, as pessoas jurídicas que estiverem inativas no mês de janeiro devem apresentar a DCTF relativa a esse mês, informando essa condição, e ficam, então, desobrigadas de apresentar a DCTF a partir de fevereiro” e “ATENÇÃO: Em razão dos diversos questionamentos encaminhados à Ouvidoria da RFB, esclarece-se que: conforme disposto no inc. IV do *caput* do art. 3º da IN RFB nº 1.599/2015, as pessoas jurídicas inativas ou que não tenham débitos a declarar estão dispensadas da apresentação da DCTF a partir do 2º (segundo) mês em que permanecerem nessa condição, observado o disposto no inc. III do § 2º do mesmo artigo. Logo, após a entrega de uma declaração sem débitos (esteja a PJ inativa ou não), somente será aceita DCTF de mês posterior se ela contiver débitos ou incidir em algum dos casos elencados no inc. III do § 2º do art. 3º da IN RFB nº 1.599/2015. (Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/>)

declaracoes-e-demonstrativos/dctf-declaracao-de-debitos-e-creditos-tributarios-federais/dctf-declaracao-de-debitos-e-creditos-tributarios-federais. Acesso em: 30.12.2018, destacado).

Assim, o mero fato de a impetrante figurar como sócia de empresa não se mostra razão impeditiva para perceber seguro-desemprego, pois ausente o auferimento de rendimentos, no caso concreto.

Ilustra-se tal entendimento em jurisprudência abaixo colacionada:

APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. SEGURO-DESEMPREGO. MANDADO DE SEGURANÇA. SÓCIO DE EMPRESA. 1- Diante da prova juntada, não há como presumir percepção de renda pela parte impetrante oriunda da empresa de que integra o quadro societário. E, afastada a referida presunção, não há qualquer incompatibilidade entre a sua condição de sócio à época em que ocorreu a demissão e o reconhecimento da sua situação de desemprego involuntário. 2- *O simples fato de o trabalhador constar como sócio de empresa inativa não está mencionado, no art. 3º da Lei 7.998/90, como fator impeditivo ao deferimento do benefício de seguro-desemprego. Sequer, nos arts. 7º e 8º da Lei 7.998/90, como causa para suspensão ou para cancelamento do benefício.* 3- Manutenção da sentença que concedeu a segurança. (TRF4 5043525-85.2016.404.7000, Quarta Turma, Relator Candido Alfredo Silva Leal Junior, juntado aos autos em 26.05.2017).

MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. SÓCIO DE EMPRESA. NÃO PERCEPÇÃO DE RENDA. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. *A mera manutenção do registro de empresa não justifica cancelamento ou suspensão do seguro-desemprego, pois não demonstrada percepção de renda própria suficiente à manutenção do trabalhador.* (TRF4 5003057-52.2016.404.7106, Quarta Turma, Relatora Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 26.05.2017).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DEFERIDA. SEGURO-DESEMPREGO. 1. Demonstrado que o fato de o agravado haver desempenhado o seu trabalho junto à empresa I. a partir de 27.10.2014 indica que já não exercia atividades na empresa Nova Imagem. A dissolução formal dessa sociedade, embora ocorrida apenas em 17.11.2015, não indica, por si só, que o agravado possuía renda própria diversa daquela que lhe era paga pela empresa I. Essa realidade indica unicamente que as atividades da empresa foram formalmente encerradas após a conclusão fática de suas operações comerciais. 2. A mera manutenção do registro de empresa, não justifica cancelamento ou suspensão do seguro-desemprego, pois não demonstrada percepção de renda própria suficiente à manutenção do trabalhador. 3. Mantida decisão agravada. (TRF4, Agravo de Instrumento nº 5015343-40.2016.404.0000, 4ª Turma, Des. Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, por unanimidade, juntado aos autos em 09.06.2016).

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. SEGURO-DESEMPREGO. SUSPENSÃO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA COMO CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. EXISTÊNCIA DE RENDA PRÓPRIA AFASTADA. 1. Esta Corte tem entendido que o recolhimento de contribuição previdenciária, quer enquanto contribuinte

individual, quer enquanto segurado facultativo, não está elencado nas hipóteses legais de suspensão ou cancelamento do seguro-desemprego. 2. *A jurisprudência interpreta pro misero o requisito do inciso V do art. 3º da Lei n. 7.998/90. Portanto, ainda que o autor tivesse auferido renda no curso do período até a baixa da microempresa em seu nome, entende-se como fugaz e episódica, incapaz de afastar a situação de desempregado anteriormente reconhecida.* (AC nº 5011171-60.2014.404.7005, 3ª Turma, Rel. Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, D.E. 12.08.2015) - destaquei.

In casu, como o único óbice apontando pela autoridade impetrada à concessão do benefício postulado foi o fato de presumir a existência de renda, por se tratar de sócio de empresa, o que resulta afastado nos autos, tenho por necessário conceder a antecipação de tutela, pois se trata de verba destinada a prover o sustento de trabalhador desempregado, que não dispõe de outros meios para se manter.

Presentes, portanto, a probabilidade do direito invocado e o risco na demora da concessão da tutela aqui buscada, porquanto não ficou demonstrado, pela autoridade impetrada, que a impetrante percebia renda própria.

Em face do disposto nas súmulas nºs 282 e 356 do STF e 98 do STJ, e a fim de viabilizar o acesso às instâncias superiores, explícito que a decisão não contraria nem nega vigência às disposições legais/constitucionais prequestionadas pelas partes.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação.

Normas para envio de artigos doutrinários

A Editora Plenum propõe-se a divulgar a produção intelectual de autores da área jurídica.

Os trabalhos enviados são analisados pelos membros do Conselho Avaliador. As identidades do autor do trabalho e do Conselheiro avaliador não serão informadas, de forma a preservar a imparcialidade e a independência na análise dos textos encaminhados.

Os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico. Caso as aceite, poderá adaptá-las ao texto e encaminhar para nova análise.

O envio de trabalhos à Editora Plenum visando publicação implica aceitação dos termos e condições da Cessão de Direitos Autorais, que são:

- O recebimento de trabalhos não implica obrigatoriedade de publicação. A Editora Plenum reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu Conselho Editorial. A priorização da publicação dos artigos aceitos decorrerá de juízo de oportunidade.
- A Editora Plenum poderá utilizar o trabalho cedido pelo autor e aceite para publicação durante todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais previstos na lei brasileira de Direitos Autorais.
- A utilização pela Editora Plenum pode ser em qualquer meio, impresso e/ou eletrônico, já existente ou que venha a ser criado futuramente, isoladamente ou em conjunto com outras obras, podendo distribuir e comercializar em todos os meios existentes ou que venham a ser criados.
- Cabe à Editora Plenum determinar todas as características editoriais e gráficas, acesso, forma de visualização, download, preço, venda, revenda, modo de distribuição, publicidade e divulgação.
- Como contrapartida, o autor receberá exemplar do Juris Plenum Ouro (DVD) ou uma edição da Revista Juris Plenum em que o texto for veiculado, dando quitação à Editora Plenum referente aos direitos autorais.
- O autor autoriza a Editora Plenum a efetuar correções ou modificações para adequar o texto às normas de publicação e também às normas da ABNT.
- Os textos encaminhados à Editora Plenum para publicação não necessitam ser inéditos, nem exclusivos e devem tratar de tema não superado pela legislação vigente e pelo entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores.
- Os textos encaminhados à Editora Plenum para publicação devem conter a seguinte formatação: digitação em arquivo do Word (caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF), fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento simples, margens laterais de 3 cm, superior e inferior com 2 cm e papel tamanho A4. Não deve ser utilizado o tabulador (TAB) para determinar recuos.
- A quantidade de páginas deve ser adequada ao assunto tratado, porém o Conselho Editorial só analisará os textos que possuírem no mínimo 10 laudas e no máximo 30, na formatação acima especificada.
- Os artigos deverão começar pelo título do trabalho. Logo abaixo deve constar o nome do autor ou autores, acompanhado(s) da qualificação/titulação e profissão exercida.
- Os artigos deverão conter resumo e palavras-chave nos idiomas Português e Inglês. O texto deve apresentar os seguintes elementos: Introdução, tópicos referentes à exposição da matéria, Conclusão e Referências Bibliográficas.
- Qualquer destaque que se queira dar ao texto deve ser feito utilizando-se o itálico. Não deve ser usado negrito ou sublinhado. Citações de outros autores, legislação ou jurisprudência devem ficar em parágrafo recuado.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

